



Roj: **SAN 6195/2022 - ECLI:ES:AN:2022:6195**

Id Cendoj: **28079230062022100716**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **05/12/2022**

Nº de Recurso: **237/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0000237 /2018

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 02703/2018

**Demandante:** UNITED PARCEL SERVICE ESPAÑA LTD. Y COMPAÑÍA SRC y UNITED PARCEL SERVICE ESPAÑA LTD

**Procurador:** D. JAIME QUIÑONES BUENO

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

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.:** D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA

### **SENTENCIA N<sup>o</sup>:**

**Ilma. Sra. Presidenta:**

D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D<sup>a</sup>. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a cinco de diciembre de dos mil veintidós.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala promovido por el Procurador de los Tribunales D. Jaime Quiñones Bueno que actúa en nombre y en representación de las mercantiles **UNITED PARCEL SERVICE ESPAÑA LTD. Y COMPAÑÍA SRC y UNITED PARCEL SERVICE ESPAÑA LTD**, contra la Resolución dictada en fecha 8 de marzo de 2018 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en el expediente S/DC/0578/16 MENSAJERIA Y PAQUETERIA INDUSTRIAL, por la que se le impuso una sanción de multa por importe de 19.230.103 euros. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

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

*"1º) Con carácter principal, anule íntegramente la Resolución de 8 de marzo de 2018 de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, recaída en el expediente S/DC/0578/16 MENSAJERÍA Y PAQUETERÍA EMPRESARIAL.*

*2º) Con carácter subsidiario, anule la citada Resolución en lo que se refiere al cálculo de la sanción impuesta por las razones expuestas en el Fundamento Jurídico IV de esta demanda".*

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

**TERCERO.** Una vez practicadas las pruebas admitidas a trámite, las partes presentaron los correspondientes escritos de conclusiones quedando posteriormente el recurso pendiente para votación y fallo. Y se fijó para ello la audiencia del día 28 de septiembre de 2022.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** En el presente recurso contencioso administrativo, la entidad actora, UNITED SERVICE ESPAÑA LTD. Y COMPAÑÍA SRC y UNITED PARCEL SERVICE ESPAÑA LTD (en adelante, UPS), impugna la Resolución dictada en fecha 8 de marzo de 2018 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en el expediente S/DC/0578/16 MENSAJERÍA Y PAQUETERÍA INDUSTRIAL, por la que se le impuso una sanción de multa por importe de 19.230.103 euros y ello porque la CNMC ha entendido que UPS junto con la empresa MBE SPAIN 2000, S.L. (en adelante, MBE) había participado en un cártel consistente en un "pacto de no agresión" y de respeto de los clientes en el mercado de mensajería y paquetería industrial entre 2009 y abril de 2016.

Concretamente, la parte dispositiva de la resolución impugnada tiene el siguiente contenido:

*"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.*

*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.*

(...)

*Las empresas matrices referidas en el primer resuelven responderán solidariamente del pago de la sanción de sus empresas filiales".*

**SEGUNDO.** Entendemos oportuno para una correcta determinación del objeto de debate determinar cuál ha sido el mercado de producto afectado en el que, según la CNMC, se han producido los pactos de no agresión que se han sancionado. En este sentido, la Sala de Competencia de la CNMC describe en la resolución sancionadora cual es el mercado de producto afectado diciendo: *"De acuerdo con la Dirección de Competencia, el mercado afectado en este expediente es el mercado de mensajería y paquetería empresarial (mercado incluido en el segmento CEP descrito en el apartado 22 de esta Resolución), 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. Se excluyen por tanto los servicios de mensajería y paquetería destinados a particulares y los servicios de paquetería industrial. De acuerdo con las investigaciones realizadas por la Comisión Europea tal y como recoge la Propuesta de la Dirección de Competencia, la mensajería y paquetería empresarial se centra en el envío de paquetes pequeños y en tiempos de entrega cortos, gracias tanto a la densidad de sus redes como al uso de un sistema de "centro de operaciones and spoke" del que carecen en otros segmentos del mercado, como el de la paquetería industrial. Tendría además otras dos características esenciales:

. Importantes economías de escala, al tratarse de una industria de red. Los costes de recogida y entrega constituyen una de las partes más importantes de los costes directos de los prestadores de estos servicios y, además, es importante la cobertura tanto en origen como en destino.

. Productos altamente diferenciados, pues el servicio prestado se puede diferenciar en un amplio número de dimensiones:

i. Rapidez de entrega (entrega urgente o entrega estándar).

ii. Geográfica (servicios nacionales o internacionales).

iii. Calidad del servicio (fiabilidad, seguridad, capacidad de seguimiento de los envíos, etc.)."

Asimismo, la CNMC describe el Mercado de la mensajería y paquetería empresarial desde el punto de vista de la demanda y de la oferta. Así, respecto de la demanda señala que: "La demanda de prestación de servicios de mensajería y paquetería empresarial, 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. Sus necesidades específicas pueden variar según la dimensión de la empresa, su exposición a la venta online, el grado de internacionalización de sus envíos y si son contratantes finales o intermediarios, entre otras cuestiones. Debido a ello, las empresas de mensajería y paquetería empresarial tienen una muy amplia variedad de clientes: desde pequeñas empresas o autónomos, compradores ocasionales de dichos servicios, hasta las grandes compañías internacionales que realizan diariamente cientos de envíos, pasando por las pequeñas y medianas empresas, que suponen el grueso del tejido empresarial en el mercado español. A todos ellos se les ofrece una gama cada vez más amplia y completa de servicios, incluyendo envíos tanto nacionales como internacionales, con origen o destino fuera de España".

Y, en relación con la descripción del mercado desde el punto de vista de la oferta, la CNMC señala que: "De acuerdo con el referido Informe del Sector Postal de la CNMC y la práctica decisoria de la Comisión Europea, las empresas que operan en el mercado de la mensajería y paquetería empresarial en España se pueden clasificar en los siguientes grupos, en función de su estructura organizativa y ámbito territorial:

*Integradores:* Son grandes operadores especializados en el reparto urgente de paquetería internacional. De acuerdo con la Decisión de la Comisión Europea en el asunto COMP/M.6570 UPS/TNT Express, su principal característica es que disponen 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. Los integradores se caracterizan por cinco elementos básicos:

i. son propietarios de todos los activos utilizados para el transporte, que incluyen una flota de aviones con vuelos programados a través de la cual gestionan una parte importante de los envíos realizados por la empresa;

ii. tienen una cobertura geográfica de carácter global;

iii. cuentan con un modelo operativo "hub and spoke";

iv. tienen una red informática propia, y

v. tienen una reputación de credibilidad en relación con la entrega de los paquetes a tiempo.

Tras la adquisición por FEDEX del control exclusivo de TNT en 2016, existen tres integradores a nivel mundial -el grupo alemán DHL, el grupo americano FEDEX (que ya incluye al grupo holandés TNT adquirido) y el americano UPS. Sólo los integradores cuentan con medios propios para realizar entregas urgentes en cualquier parte de mundo por lo que el resto de los operadores del mercado debe subcontratarlos para prestar este tipo de servicios a sus clientes. (...). Ello supone que en lo que respecta al segmento de los envíos internacionales, los integradores pasan de ser competidores a ser proveedores de otros operadores. Por otro lado, al estar especializadas en el tramo internacional, en ocasiones no cuentan con redes lo suficientemente densas en el territorio nacional por lo que la parte más capilar de la recogida o entrega de sus envíos, así como la alimentación por carretera, suele subcontratarse bien con otros operadores del sector con mayor presencia nacional o bien con empresas transportistas terceras que operarían como parte de su propia red. (...)



*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, a la que pertenecen en 2016 el 16,5% de los operadores inscritos en la Sección A del Registro Postal.*

*Un aspecto especialmente destacable del funcionamiento del mercado de la mensajería y paquetería empresarial es la frecuencia con la que se dan relaciones contractuales de colaboración, subcontratación o prestación de determinados servicios entre los diversos operadores en la medida en que, por sus características diversas, generalmente ninguno de ellos cuenta con todos los inputs necesarios para poder prestar de forma autónoma todos los servicios que ofertan a sus clientes. Así, por ejemplo, aunque la mayor parte de los operadores nacionales ofrecen servicios internacionales a sus clientes, no disponen de redes en el extranjero. Por ello, para prestar este tipo de servicios a sus clientes, deben subcontratarlos con los integradores o con operadores especializados en el transporte terrestre internacional, como GLS. También deben subcontratar los servicios que prestan a sus clientes aquellos operadores que no disponen de redes de distribución propias, como el caso de los revendedores (por ejemplo, MBE) o aquellas empresas cuya red propia se limita a un ámbito territorial local, como por ejemplo ICS, cuya red de mensajería se limita a Madrid. Por su parte determinados operadores internacionales que no tienen redes lo suficientemente densas en España para cubrir todo el territorio nacional (por ejemplo, GLS o FEDEX) han celebrado acuerdos de colaboración con empresas nacionales para el uso compartido de sus redes".*

**TERCERO.** Y en ese mercado la CNMC ha concluido que las mercantiles UPS y MBE han adoptado acuerdos bilaterales de no agresión o de respeto de los clientes que se han calificado como prácticas colusorias llevadas a cabo entre empresas competidoras constitutivas de un cártel. Y se recogen en el apartado 4.4.4. de la resolución impugnada las razones que han llevado a la CNMC a esa conclusión diciendo:

*"De acuerdo con la Propuesta de Resolución, UPS era de manera muy destacada, el principal proveedor de servicios tras la venta del negocio internacional de MBE por el grupo UPS en mayo de 2009. Las relaciones comerciales entre ambos se regían por un Acuerdo de febrero de 2000, firmado cuando todavía eran parte del mismo grupo, que siguió vigente pese a la venta por UPS del negocio internacional de MBE en 2009. El siguiente acuerdo no se firmaría hasta abril de 2015. El cártel entre MBE y UPS es paradigmático de las restricciones que se producen en este mercado. Aunque antes de mayo de 2009 formaran parte del mismo grupo empresarial, se extrae de los correos electrónicos recabados en el expediente que, aunque funcionaban como estrechos colaboradores, competían por determinados clientes y tenían conflictos por ellos. Las restricciones detectadas serían plenamente representativas de pactos de no agresión restrictivos por objeto de la competencia. No obstante, al formar parte del mismo grupo, no concurre el requisito de aplicación del artículo 1 de la LDC ni el 101 del TFUE que exige la concurrencia de al menos dos empresas independientes. Desde el momento en que comenzaron su andadura como empresas independientes, una vez que la matriz de UPS vendió el negocio internacional de MBE a otro grupo, los artículos citados resultan plenamente aplicables, y así lo advirtió la Dirección de Competencia en el párrafo 402 de la Propuesta de Resolución. El primer incidente comercial entre estas dos entidades tras su separación y el pleno sometimiento de sus relaciones comerciales a la normativa de defensa de la competencia es de septiembre de 2009. Tal y como se ha recogido en los hechos acreditados, entonces se enviaba internamente en la red de MBE un correo electrónico donde se compelió a los franquiciados a restringir su capacidad comercial en relación con los clientes de UPS. Se hacía entonces una mención expresa a la regla de oro no escrita consistente en que, ante un cliente de UPS, el franquiciado de MBE debía despedirse agradeciendo su atención al cliente potencial y añadiendo que, a la inversa, lo exigimos absolutamente igual. De hecho, la solución que se esboza para el supuesto de que el cliente insista en obtener una cotización es la de presentar una tarifa cara tras consultarlo con el comercial de UPS (ídem si ocurriese lo mismo con otro centro de MBE). Igualmente, en las instrucciones a los franquiciados se incluyen también indicaciones específicas que deben tener en cuenta antes de realizar una oferta comercial, como es averiguar el actual proveedor de servicio de transporte del cliente como forma de evitar posibles interferencias y problemáticas futuras o como que el respeto comercial entre centros MBE y Partner se considera un punto básico y fundamental del código ético. En ninguno de los casos, se hace matización alguna sobre si respeto comercial o pacto de no agresión abarca solo a los clientes de MBE operados o no por TNT. En sentido inverso, dado que MBE no presta servicios de courier, las alusiones a un respeto mutuo de clientes implican que la restricción operaba para todos los clientes de UPS que, dicho sea de paso, no tienen relación alguna con MBE, ni siquiera como subcontratista de los servicios de MBE, dado que éste no presta servicios de courier. Esto es, como consecuencia del referido pacto, se priva a todos los clientes de UPS de la oportunidad de recibir una oferta comercial (o una oferta comercial competitiva de MBE) por el mero hecho de ser cliente de UPS. Igualmente, los clientes de MBE no podrían recibir ninguna oferta de*



UPS, y ello pese a que el cliente no conozca los servicios de UPS y quiera conocerlos. Esto es, los clientes de MBE para los que éste subcontrate a otro courier distinto de UPS, no podrían en virtud del pacto de no agresión recibir ofertas de UPS por el mero hecho de ser clientes de MBE. Quedan así excluidos de una opción comercial potencialmente competitivo sin que exista ninguna justificación para ello distinta de la protección absoluta de la cartera de clientes de MBE para con sus proveedores (en este caso UPS), con independencia de quién de ellos realice el servicio. En el expediente se pueden apreciar varias comunicaciones donde se hace alusión a este pacto recíproco de no agresión, que se esgrime tanto por UPS como por los franquiciados de MBE. Son alusiones al pacto realizadas en el marco de incidentes comerciales. Si bien en algunos casos de clientes relacionados con la relación comercial, en otros se trata de quejas exigiendo el cumplimiento del pacto de no agresión en relación con todos los clientes. Lo relevante en cualquier caso es que ambas compañías eran conscientes de la existencia del pacto recíproco de no agresión y de su voluntad de cumplirlo.

Por otro lado, constan en el expediente varias pruebas que acreditan el cumplimiento sistemático del pacto de no agresión desde esa primera alusión al pacto recíproco entre ambos en septiembre de 2009, ya como entidades independientes (en contraposición a entidades pertenecientes al mismo grupo). Por ejemplo, en el documento "UPS-MBE Spain meeting" de noviembre de 2010, se detallan los clientes de UPS a los que habría intentado captar MBE y para los que UPS habría exigido su retirada; las comunicaciones en junio de 2010 en relación con el cliente de UPS HITEK cuando MBE habría restringido ofertas a una empresa del grupo por ser cliente de UPS; los correos en relación con el cliente FONDO DE CULTURA de diciembre de 2010, al que MBE retira su oferta comercial tras comprobar que era un cliente de UPS; el conflicto en relación con el cliente de MBE EXIDE y RED LOGÍSTICA en enero de 2011 para el que ni MBE ni UPS han acreditado que se tratase de un cliente de la relación comercial; el fichero electrónico en relación con una reunión entre directivos de MBE y de UPS en junio de 2011, donde se intentó extender el respeto de clientes a otros revendedores de UPS; las actas en relación con una reunión celebrada en febrero de 2012 sobre la inconveniencia de compartir clientes; los incidentes relativos a varios clientes de UPS durante 2013 recogidos en un documento Excel; el incidente en febrero de 2014 en relación con el cliente de UPS NADSA y del que se tuvo que retirar MBE tras la queja de UPS; y, tras la firma del nuevo acuerdo de colaboración entre ambas empresas de abril de 2015, los incidentes de mayo y junio de 2015 en relación con los clientes PANDA CLEVER y POYATOS EXPORT donde se vuelve a hacer referencia a la existencia de un pacto de no agresión bilateral entre ambos y ello a pesar de que se trataba de supuestos de ventas pasivas, con un perjuicio claro para el cliente. Tanto MBE como UPS alegan indefensión por la imposibilidad de conocer el criterio con el que la Dirección de Competencia les ha imputado los hechos que acreditan el pacto de no agresión. En contra de estas alegaciones, la Sala de Competencia considera que la Dirección de Competencia ha explicado claramente, primero en su PCH (apartados 99 a 105 de forma genérica, apartados 106 a 378 para cada uno de los pactos, y apartados 397 a 398 en los que se establecen los criterios para la calificación de las conductas y la imposibilidad de considerar como restricciones accesorias y los pactos de no agresión) y luego en la Propuesta de Resolución el criterio aplicado. Así, por ejemplo, en el párrafo 352 de la PR, la Dirección de Competencia explica que un pacto verbal de no agresión en el que ambas empresas se abstienen de prestar servicios a clientes de la contraparte, que se aplica respecto de todos los clientes, incluyendo también aquéllos que quedan fuera de la relación de prestación de servicios, no puede ser considerado una cláusula accesoria de protección de clientes, pues no ha sido acreditado por ninguna de las empresas imputadas el carácter objetivamente necesario de la restricción para la realización de la principal operación no restrictiva. Y añade: "El hecho de que no se haya demostrado la objetiva necesidad de la restricción para la realización de una operación principal hace que ni siquiera sea necesario realizar un juicio de proporcionalidad de las conductas pues sólo una vez comprobada la citada necesidad de una restricción, ha de comprobarse si su duración y su ámbito de aplicación material y geográfico no exceden de lo que sería necesario para la realización de dicha operación. Por otra parte dicho análisis sería imposible pues al no constar por escrito estos pactos, no consta ni su duración ni su ámbito de aplicación material y geográfico, y son los hechos considerados acreditados por esta Dirección en el PCH, teniendo en cuenta especialmente la información aportada por el solicitante de clemencia y la recabada en las inspecciones, los que han llevado a esta dirección a la convicción de que éstos se alcanzaban sin determinar previamente un límite temporal y tampoco una delimitación material o geográfica, pues los citados pactos de no agresión, como se ha reiterado, además de recíprocos eran absolutos, comprendiendo todos los clientes de la otra parte".

De hecho, en su escrito de alegaciones a la PR, ni MBE ni UPS cuestionan o alegan nada en relación con los incidentes comerciales concretos entre ellas, excepto en relación con aquellos sucedidos durante el periodo en el que UPS y MBE formaban parte del mismo grupo, y por los que ya la PR les excluyó de responsabilidad por este motivo. Incluso, MBE, sin cuestionar los términos literales de los correos electrónicos citados en el PCH y en la PR, señala que es consciente del lenguaje "desafortunado" empleado, aunque discrepa, en general, de su consideración como ilícitos. Por su parte, UPS, tan solo alude a que el ejercicio de delimitar lo que constituye una manifestación de la restricción accesoria o del pacto de no agresión constituiría una "prueba diabólica" al tiempo que cuestiona, en general, la calificación jurídica. Pues bien, esta Sala considera que tanto MBE como UPS han



podido aportar las pruebas pertinentes para acreditar que MBE había revendido los servicios de paquetería de UPS en los incidentes señalados por la Dirección de Competencia para demostrar que el cliente en cuestión pertenecía o no a la relación comercial, sobre todo en aquellos casos donde las imputadas consideren que existen dudas. De hecho, muchas de las otras empresas imputadas en los restantes cárteles han realizado este esfuerzo probatorio. La Dirección de Competencia también ha realizado este análisis caso por caso mediante una exhaustiva investigación, contrastando las pruebas y alegaciones de distinta procedencia para concretar la responsabilidad individual de cada una de estas empresas, especificando los hechos acreditados que se le imputan a cada una de ellas. La Sala ha confirmado también dicho examen. Se han tomado en consideración para la valoración de cada pacto aquello cuya posible justificación ha sido acreditada por las imputadas. Insiste esta Sala en que este ejercicio dista mucho de ser complicado, y mucho menos para las empresas imputadas que disponen de toda su contabilidad y documentación relativa a sus actividades comerciales. Además, todos los casos acreditados sobre restricciones por parte de UPS en relación con sus clientes (esto es restricciones a MBE para que no ofrezca sus servicios a clientes de UPS) no pueden constituir en ningún caso restricciones accesorias por cuanto MBE no tiene capacidad para prestar servicios como courier y, son, por tanto, demostraciones del pacto de no agresión. Por último, en opinión de esta Sala las referencias generales a pactos de no agresión recíprocos entre ambas son suficientemente representativos de los pactos de no agresión, sin que las partes hayan alegado al respecto nada más que el clásico argumento de la prueba diabólica o el del lenguaje desafortunado. Por lo anterior, no aprecia esta Sala la pretendida indefensión de las imputadas por cuanto queda clara, tanto de la PR como de sus alegaciones, que han comprendido los criterios empleados por la Dirección de Competencia para esclarecer cuándo se trata de incidentes en los que se reclama el cumplimiento del pacto de no agresión. De acuerdo con la Dirección de Competencia (ver apartado 186 de la PR), esta Sala considera que se ha respetado la exigencia de razonabilidad del engarce entre los hechos acreditados y las conductas anticompetitivas que se declaran probadas y que se imputan a MBE y UPS. Coincide esta Sala con la Dirección de Competencia en afirmar que los elementos de prueba que constan en el expediente, que sustentan de modo congruente y conforme a un razonamiento lógico y fundamentado los hechos considerados acreditados, responden a los estándares fijados por la jurisprudencia nacional y de la Unión Europea. No basta con que las empresas nieguen la imputación realizada, es necesario que muestren en detalle que la información no es correcta o que las conclusiones a las que ha llegado esta Dirección son erróneas o inconsistentes (ver la sentencia del TS de 27 de octubre de 2015413, remitiéndose a la sentencia del TGUE de 3 de marzo de 2011 Caso Siemens/Comisión, asunto T- 110/07).

En definitiva, conforme a la valoración expuesta por esta Sala y los hechos plenamente acreditados en el expediente, en consonancia con la Dirección de Competencia, se considera probada la existencia de un pacto de no agresión, consistente en un acuerdo de reparto de clientes entre MBE y UPS que habría estado vigente desde septiembre de 2009 y, al menos, hasta la inspección realizada en la sede de MBE en abril de 2016. Dicho pacto de no agresión sería contrario al artículo 1 de la LDC y al artículo 101 del TFUE y constituiría una infracción única y continuada, constitutiva de cártel, durante el periodo referido".

**CUARTO.** En el escrito de demanda presentado por la parte actora -UPS- se solicita la nulidad de la resolución sancionadora impugnada y ello en virtud de las siguientes consideraciones.

1. Invalidez de las pruebas empleadas frente a UPS en la resolución impugnada que fueron recabadas en la inspección domiciliaria realizada en la sede de MBE. Y ello porque, a su juicio, la Orden de Investigación empleada en la inspección domiciliaria incumplía el requisito legal de concreción en la descripción de su objeto y, por tanto, es nula de pleno derecho.
2. Niega que UPS y MBE sean empresas competidoras y, por tanto, no pueden formar parte de un cártel. Y niega que sean empresas competidoras de los servicios de mensajería y paquetería empresarial por dos razones: (i) MBE es un simple revendedor de servicios de terceros de mensajería y paquetería y no comercializa sus propios servicios en competencia con los ofrecidos por UPS u otras compañías de paquetería y mensajería de tal manera que, solo puede operar en el ámbito de la mensajería y la paquetería ofreciendo servicios de terceros; y (ii) porque, a los efectos de determinar si dos empresas son "competidores" reales o potenciales en el sentido de las normas de defensa de la competencia, debe analizarse su relación competitiva en el escenario previo a la celebración del acuerdo de colaboración que les vincula (el denominado "análisis ex ante"). No es correcto analizar si existe una relación de competencia a partir de la situación posterior a la celebración de ese acuerdo.
3. Incluso para el supuesto de que UPS y MBE pudieran considerarse competidoras, a efectos del derecho de la competencia, según la recurrente, la conducta que pretende sancionar la CNMC estaría amparada en todo caso por el Reglamento nº 330/2010, de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y practicas concertadas. En este sentido sostiene que los Acuerdos Marco celebrados



entre UPS y MBE constituyen un supuesto típico de los denominados "acuerdos de distribución dual", en los que el fabricante de un servicio determinado también actúa como distribuidor del mismo servicio en competencia con distribuidores independientes de su servicio. Y los acuerdos de distribución dual entran en el ámbito de aplicación del Reglamento 330/2010 siempre que se trate de acuerdos "no recíprocos"; esto es, de acuerdos en los que una de las partes (en este caso UPS) está presente en todos los niveles de la cadena de producción (esto es, mayorista y minorista), mientras que la otra parte (en este caso, MBE) opera únicamente en el nivel minorista. Así lo establece explícitamente el artículo 2.4.b) del Reglamento 330/2010 y el párrafo 28 de las Directrices sobre Restricciones Verticales.

4. Asimismo, la recurrente sostiene que los Acuerdos Marco celebrados entre UPS y MBE se benefician de la exención por categorías del Reglamento 330/2010 ya que tales Acuerdos Marco cumplen las dos condiciones cumulativas requeridas a tal efecto: (i) Primera condición: La cuota de mercado de las partes del acuerdo está por debajo del umbral del 30% -este hecho no es discutido por la Resolución impugnada-; y (ii) Segunda condición: Los Acuerdos Marco no incluyen ninguna de las restricciones especialmente graves.

5. De forma subsidiaria plantea la incorrecta aplicación de los criterios de cálculo de la multa que deben llevar o bien a su nulidad o, en todo caso, a su reducción. En este sentido considera que es improcedente la aplicación del volumen de ventas mundial de UPS (320.501.721 euros) como base de cálculo de la sanción pues entiende que, a los efectos de calcular el importe de las multas previstas en la LDC, la CNMC debió atenerse al volumen total de ventas en España (156.531.490 euros). Por otra parte, señala que como UPS y MBE no son empresas competidoras debió calificarse la conducta imputada como infracción grave en lugar de infracción muy grave. Asimismo, sostiene que la Resolución impugnada aplica incorrectamente el criterio de la "cuota de mercado" del art. 64.1.b) LDC pues utiliza un parámetro no previsto legalmente, como es la supuesta cuota de participación de UPS en la infracción. Y, de este modo, el grado de densidad antijurídica que se asigna a la conducta de UPS se encuentra sobreestimado artificialmente. Finalmente, señala el carácter discriminatorio el tipo sancionador aplicado a UPS en comparación con los aplicados en la misma resolución.

**QUINTO.** Centrado el objeto de debate iniciamos el análisis por la alegación de nulidad de la resolución sancionadora porque, a juicio de la recurrente, la Orden de Inspección que determinó la entrada en la sede de la mercantil MBE los días 20 y 21 de abril de 2016 no contenía una definición suficiente del objeto de la investigación ya que se limitaba a definiciones genéricas e imprecisas y ello, según refiere, implica que las pruebas obtenidas en esa inspección sean ilícitas y no puedan tenerse en cuenta para sancionar a la recurrente, UPS.

Esta Sala rechaza esta afirmación ya que la Orden de Investigación de 30 de octubre de 2015 sí recogía de forma suficiente y adecuada cual era el objeto, la finalidad y el alcance de la inspección y cumplía así con los parámetros señalados en el artículo 13.3 del Reglamento de la Defensa de la Competencia, aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero. Concretamente, en dicha Orden de Investigación se señalaba que el objeto de la investigación se centraba en *"posibles prácticas anticompetitivas en el mercado de mensajería y paquetería comercial, constituida por los servicios urgentes de envío de documentos y paquetes de tamaño reducido 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 un pacto de no agresión. La materialización de estos acuerdos se habría hecho efectiva, realizándose un seguimiento del cumplimiento de este acuerdo de reparto de clientes mediante correo electrónico, teléfonos y reuniones entre las empresas implicadas"*.

Esta Sala entiende que la información que se recogía en la Orden de Investigación para justificar así la entrada y registro domiciliario en la sede de MBE era suficientemente clara en cuanto a la determinación del mercado afectado lo que evita una actuación arbitraria, discriminatoria y caprichosa de la Administración en la búsqueda de pruebas inculpatorias.

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

*"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.*

59. *Con esta finalidad, la Comisión también está obligada a exponer, en la decisión que ordena la inspección, una descripción de las características esenciales de la infracción objeto de sospecha, indicando el supuesto mercado de referencia y la naturaleza de las restricciones de competencia objeto de sospecha, explicaciones sobre la manera en la que se supone que la empresa objeto de inspección está implicada en la infracción, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la verificación, así como las facultades conferidas a los investigadores comunitarios".*

De igual modo se pronuncia el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 31 de octubre de 2017 (recurso casación nº 1062/2017) en la que se dice: *"Así pues, 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 deba trasladar al investigado todos los datos que están a su disposición, ni tampoco deba realizar una calificación precisa de las conductas investigadas, pues conserva un margen de apreciación suficiente para garantizar la confidencialidad de informaciones que estén en su poder y planificar su actuación. No debe olvidarse que la finalidad de la inspección es conseguir pruebas, lo que significa que a falta de éstas no puede exigirse a la CNMC que actúe con el mismo rigor de motivación que cuando impone la sanción.

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 y, precisamente, se ordena el registro para 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)".*

Por ello, en el caso analizado, concluimos que si 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 que garantiza el derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio. Y ello porque, frente al criterio de la parte actora, entendemos que, si se concretan las prácticas y la operativa de la actuación. Concretamente, en la Orden de Investigación si se concretaba el objeto de la investigación al señalar de forma específica que pretendía la investigación de *"posibles prácticas anticompetitivas en el mercado de mensajería y paquetería comercial, constituida por los servicios urgentes de envío de documentos y paquetes de tamaño reducido 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 un pacto de no agresión. La materialización de estos acuerdos se habría hecho efectiva, realizándose un seguimiento del cumplimiento de este acuerdo de reparto de clientes mediante correo electrónico, teléfonos y reuniones entre las empresas implicadas".*

Criterio este que coincide con el que esta misma sección ha fijado en la sentencia firme dictada en fecha 28 de junio de 2022 en el PO nº 204/2016 que desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la mercantil CORREOS EXPRESS frente a la Orden de Investigación de 30 de octubre de 2015 dictada en relación con la entrada en su sede los días 11 y 12 de noviembre de 2015. Orden de Investigación que coincide con la Orden que autorizaba la entrada en la sede de MBE ahora puesta en discusión por la mercantil recurrente en este proceso.

**SEXTO.** La mercantil recurrente solicita la nulidad de la resolución sancionadora argumentando que no puede ser responsable de una infracción única y continuada constitutiva de un cártel consistente en la adopción junto con la mercantil MBE SPAIN 2000, S.L. (en adelante, MBE) de pactos bilaterales de no agresión o de respeto de los clientes porque no son empresas competidoras entre sí y, por tanto, los acuerdos de no agresión no pueden calificarse como conductas anticompetitivas previstas en el artículo 1 de la LDC y artículo 101 del TFUE. Añade que, además, esos pactos de no agresión tienen relación y están vinculados con los acuerdos de colaboración vertical adoptados entre UPS y MBE en el mercado de la mensajería y paquetería industrial y ello implica, según expone, que esos pactos de no agresión están exentos de la consideración de prácticas colusorias por aplicación del Reglamento 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril, 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 (en adelante, Reglamento 330/2010). Y, además, sostiene que, en todo caso, esos pactos tienen la consideración de prestaciones accesorias del acuerdo marco de distribución entre UPS y MBE lo que también impide que puedan considerarse colusorios.

No se discute por ninguna de las partes que en el mercado de mensajería y de paquetería industrial UPS es un integrador y como tal es un operador de transporte y de actividades logísticas, que incluyen agencia de transporte, tránsito (corretaje) y almacenamiento y distribución (logística) por la misma empresa o por un tercero, así como el embalaje expreso especial para el transporte aéreo, en tren, camión o cualquier otro medio, propio o de un tercero, su distribución y entrega en destino. Y que, en ese mismo mercado, MBE es un revendedor lo que implica que 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. Y que luego comercializa, a través de su red de franquiciados, servicios de mensajería y paquetería empresarial.

Y esa diferente posición en el mercado analizado justifica la existencia de un acuerdo de colaboración entre UPS y MBE en el ámbito de las relaciones verticales que la CNMC, mientras no contenga cláusulas anticompetitivas, como es el adoptado en 2015, entiende que su adopción es lícita desde el punto de vista del derecho de la competencia. Concretamente, la CNMC dice: *"El acuerdo entre MBE y UPS difiere del resto en la medida en que MBE estaba integrada en el grupo de UPS hasta el año 2009, cuando éste vendió la actividad a nivel mundial de Mail Boxes, Etc. que fue adquirida por MBE Spa. Hasta entonces, ambas formaban parte de la misma unidad económica. En febrero de 2000 suscribieron (cuando formaban parte del mismo grupo) un Acuerdo Marco que se mantuvo en vigor hasta el 30 de abril de 2015, cuando se formalizó otro acuerdo (siendo ya entidades independientes). El primer Acuerdo Marco no incluía ninguna cláusula de no competencia, mientras que el de 2015 sí incluye dos cláusulas por las que MBE y UPS se comprometen respectivamente a abstenerse de realizar cualquier tipo de venta activa a clientes de la contraparte".* Y, precisamente, la CNMC imputa a UPS la realización de prácticas colusorias con MBE desde el año 2009, en que dejaron UPS y MBE de ser empresas dependientes, hasta abril de 2016 porque en ese periodo ambas empresas adoptaron pactos bilaterales de no agresión o de respeto recíproco de los clientes entre sí. Pactos cuya existencia no discute la recurrente y que han sido acreditados por la CNMC a través de numerosos documentos recabados en la inspección de la sede de MBE (correos electrónicos y documentos internos de MBE y de ésta con los citados operadores), que contienen alusiones explícitas a los pactos de no competencia o acuerdos de respeto comercial que MBE mantiene con UPS al menos desde 2009 hasta abril de 2016. Pactos de no agresión por los que UPS y MBE se repartían sus clientes al impedir u obstaculizar que la contraparte en el acuerdo pudiera realizar ofertas comerciales al cliente del otro, con independencia de los deseos de los clientes y de la contraparte. Pactos de reparto de todos los clientes que, según la CNMC, solo tienen como finalidad limitar la competencia que pudiera ejercerse sobre sus clientes.



**SÉPTIMO.** Como venimos diciendo, la defensa de la mercantil recurrente, UPS, realiza un exhaustivo esfuerzo argumental para demostrar que los pactos de no agresión sancionados se han realizado entre empresas que no son competidoras y que, por tanto, no pueden calificarse como pactos colusorios constitutivos de un cártel. Y considera que no son competidoras porque MBE es un simple revendedor que solo comercializa servicios de terceros en el mercado de mensajería y paquetería y no comercializa sus propios servicios en competencia con los ofrecidos por UPS. Mientras que UPS es un integrador que comercializa sus propios servicios de mensajería y paquetería. Y, añade, que si UPS y MBE están presentes en el nivel minorista es debido exclusivamente a la existencia del acuerdo de distribución con UPS por el que MBE se convirtió en su cliente y distribuidor de servicios de mensajería y paquetería de UPS y que, en esa situación, era admisible, según dice, establecer ciertas restricciones sobre las ventas activas de conformidad con las previsiones del Reglamento 330/2010. Además, sostiene que, como el acuerdo de distribución no es recíproco -porque UPS no distribuye los servicios de MBE-, esos pactos están exentos de las prohibiciones del artículo 101 del TFUE según refiere el artículo 2.4.b) del Reglamento 330/2010, de la Comisión, de 20 de abril, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdo verticales y prácticas concertadas.

Por el contrario, la CNMC en la resolución impugnada concluye que UPS y MBE son empresas competidoras en el nivel minorista de los servicios de mensajería y de paquetería distinguiendo expresamente que, entre ambas empresas, concurren dos tipos de relaciones distintas entre sí. Y, además, la CNMC solo ha apreciado ilicitud, por ser contraria a la competencia, en los pactos de no agresión que se realizan al margen del acuerdo principal de colaboración que afecta al ámbito de las relaciones verticales. En este sentido, la resolución sancionadora es clara al efectuar esa distinción diciendo: *"Las prácticas restrictivas detectadas se producen en el mercado de la mensajería y paquetería empresarial normalmente (aunque no siempre) en el contexto de relaciones de comercialización, colaboración, subcontratación y/o prestación de este tipo de servicios. En efecto, como ya se ha descrito, un aspecto destacable del funcionamiento del mercado de la mensajería y paquetería empresarial es la frecuencia con la que se dan relaciones contractuales de colaboración, subcontratación o prestación de determinados servicios entre los diversos operadores en la medida en que, por sus características diversas, generalmente ninguno de ellos cuenta con todos los inputs necesarios para poder prestar de forma autónoma todos los servicios que ofertan a sus clientes. Así, por ejemplo, aunque la mayor parte de los operadores nacionales ofrecen servicios internacionales a sus clientes, no disponen de redes en el extranjero. Por ello, para prestar este tipo de servicios a sus clientes, deben subcontratarlos con los integradores o con operadores especializados en el transporte terrestre internacional. También deben subcontratar los servicios que prestan a sus clientes aquellos operadores que no disponen de redes de distribución propias, como es el caso de los revendedores (ie. MBE), o aquellas empresas cuya red propia se limita a un ámbito territorial local (ie. ICS). Por su parte determinados operadores internacionales que no tienen redes lo suficientemente densas en España para cubrir todo el territorio nacional, deben celebrar acuerdos de colaboración o comercialización con empresas nacionales para poder atender todas las necesidades de mensajería y paquetería de sus clientes en nuestro país. En este tipo de relaciones de colaboración, normalmente por escrito, se incluyen en ocasiones restricciones que tienen por objeto proteger la acción comercial del que consigue el cliente (el comercializador) de aquél que efectivamente presta el servicio en la relación de colaboración (proveedor o Courier)). Ya que, debido a la información que obtiene a través de la relación comercial si el cliente resulta atractivo para el proveedor del servicio, es extremadamente fácil para él preparar una oferta activa para ese cliente que mejore la del comercializador.*

*No obstante, en paralelo, y siempre de forma verbal, ha quedado acreditado durante la instrucción del expediente que algunas empresas, aprovechando la relación comercial de subcontratación, comercialización o prestación de servicios que les unía (excepto en el caso de CEX-REDYSER, pacto respecto del que no existía si quiera una relación comercial subyacente), concluyeron pactos de no agresión recíprocos por los que convenían no realizar ofertas comerciales a ningún cliente de la contraparte. Estos pactos no tienen por objeto ningún interés legítimo de protección del esfuerzo comercial. Únicamente pretenden proteger sus clientes de la competencia que pudieran ejercer sus socios comerciales. El proveedor (o Courier) protege así a todos sus clientes de sus socios comerciales y el comercializador protege también a sus clientes de todos sus proveedores (aunque no sean clientes de la relación comercial subyacente).*

*Conforme con lo anterior, en este expediente se pueden distinguir, básicamente, dos tipos de relaciones entre los operadores:*

*. Operaciones Principales: son las relaciones, plasmadas en contratos por escrito, de subcontratación, comercialización o prestación de determinados servicios de mensajería y paquetería, ya explicadas, que son habituales en el sector debido a la alta complementariedad de las redes entre los operadores.*



*. Pactos de no agresión: Son los pactos, siempre acordados verbalmente, 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.*

*Esta Sala del Consejo, lo mismo que la Dirección de Competencia, no cuestiona la licitud desde la perspectiva del derecho de la competencia de las relaciones de subcontratación, comercialización o prestación de servicios de mensajería y presente expediente.*

*El objeto de este expediente son los pactos de no agresión concluidos entre algunos operadores que tienen como resultado el reparto de todos sus clientes entre sí, pues obstaculizan o impiden el acceso mutuo de un operador a los clientes de la contraparte. Son estos pactos los que ha investigado y acreditado la Dirección de Competencia durante la instrucción del procedimiento. En efecto, en el caso de los pactos de no agresión no se trata de proteger el esfuerzo comercial de una de las partes de la relación comercial, sino de proteger a los clientes de los posibles ataques comerciales de cualquiera de los operadores con los que pueda mantener una relación de prestación de servicios, sin que las partes hayan acreditado por qué estas limitaciones amplias sobre la competencia entre ambas son indispensables para la operación principal. Si se admitiesen este tipo de pactos de no agresión, bastaría a un operador concluir varios acuerdos de comercialización con distintos proveedores (para la prestación de servicios no necesariamente significativos) para impedir cualquier acción comercial (activa o pasiva) sobre todos sus clientes (y no solo los de la relación comercial) de cualquiera de los proveedores con los que mantenga una relación comercial. El operador de mensajería y paquetería podría así aislar a sus clientes de una parte significativa de la competencia (tanto como acuerdos comerciales tenga el comercializador). La Dirección de Competencia se refiere a este tipo de pactos cuando describe pactos "bilaterales" o cuando se refiere a pactos de no agresión "por todos los clientes" y son las restricciones que constituyen el objeto de este expediente".*

Esta Sala no comparte la tesis de la recurrente. Tesis que parte de un error y es que los pactos de no agresión y de respeto recíproco de los clientes que la CNMC ha calificado como anticompetitivos y que ha sancionado no se han producido en el ámbito de las relaciones verticales entre UPS y MBE -en el que no son efectivamente empresas competidoras-, sino en el ámbito del mercado minorista de la prestación de servicios de mensajería y paquetería industrial en el que ambas empresas ya están en un mismo nivel de actuación y son empresas competidoras lo que impide que pueda aplicarse a esos pactos bilaterales de respeto de clientes las prescripciones previstas en el Reglamento 330/2010. Y siendo en ese ámbito concreto donde se han producido los pactos anticompetitivos no podemos admitir la conclusión recogida en el informe pericial emitido en fecha 25 de octubre de 2018 por D. Aureliano, Director Asociado de Frontier Economics, aportado por la recurrente como prueba en apoyo de sus afirmaciones y ello porque concluye que UPS y MBE no son empresas competidoras partiendo de un dato erróneo ya que la CNMC no ha sancionado en el ámbito de las relaciones verticales entre UPS y MBE al que se está refiriendo el informe pericial cuando concluye diciendo que es imposible que MBE pueda replicar a UPS siendo, como así mantiene el perito, bastante improbable que MBE pueda convertirse en un integrador que compita efectivamente con UPS ya que para ello debería MBE efectuar cambios significativos en su estructura productiva y dirigirse a un segmento diferente de clientes lo que implicaría por su parte una inversión muy cuantiosa en recursos y la asunción de riesgos muy importantes.

En definitiva, esta Sala concluye que la CNMC ha sancionado a UPS por la realización junto con MBE de prácticas anticompetitivas en un mercado en el que si son competidores. Y, en este sentido, es clara la resolución sancionadora cuando expone que entre UPS y MBE hay dos tipos de relaciones comerciales distintas y que solo se ha sancionado por los pactos bilaterales de no agresión o de respeto de clientes en el mercado minorista porque es ilícita y anticompetitiva.

A pesar del esfuerzo argumental de la defensa de la recurrente, esta Sala comparte el criterio de la CNMC por cuanto que en las relaciones entre UPS y MBE conviene diferenciar entre la relación subyacente de subcontratación de servicios que tendría una naturaleza vertical y los pactos sancionados entre competidores que se proyectan sobre los clientes y no sobre las relaciones de subcontratación subyacente. La naturaleza de los pactos de no agresión anticompetitivos sancionados es horizontal, pues se trata de pactos entre competidores para no comercializar sus servicios respecto de determinados clientes (con independencia del que realice el servicio en sí). Los pactos y acuerdos adoptados en los acuerdos marco de colaboración son lícitos, mientras que la ilicitud afecta a los pactos de no agresión, acordados en paralelo a sus relaciones comerciales para, aprovechando que tienen una relación comercial, eliminar cualquier competencia entre ellos. El hecho de que puedan tener una relación vertical entre ambas y que MBE no pueda competir con UPS en el sector mayorista, no significa que no compitan a nivel minorista. De hecho, en dicho nivel es en el que compiten y también es en ese nivel en el que han acordado no agresirse mutuamente, respetando de forma anticompetitiva un operador los clientes del otro, y viceversa.



Por ello no es admisible que a esos pactos de no agresión, dado que se producen en el ámbito minorista del mercado, se les pueda aplicar, como así pretendía la recurrente, la exención de la prohibición de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, por aplicación del Reglamento nº 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, 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.

Como venimos diciendo lo que se sanciona es una restricción por la que una parte se compromete a no competir con la otra respecto a cualquiera de sus clientes (sean o no objeto de la relación comercial vertical entre ambos). Se trata de clientes respecto a los que no les une una relación vertical y por los que deberían lícitamente competir. Desde el momento en que, respecto a estos clientes, se sitúan como competidores (ambos deberían poder ofrecerles sus servicios) no cabe la imposición de un pacto horizontal restrictivo y secreto entre ambos competidores. Incluso asumiendo que el acuerdo vertical junto con las restricciones pudiera estar amparado por la exención del Reglamento 330/2010, dado que probablemente no se supera la cuota del 30%, un pacto que impida a MBE competir por los clientes de UPS sería, en todo caso, una restricción especialmente grave que retira la exención para todo el acuerdo dado que entraría en el supuesto del artículo 4.b) del Reglamento 330/2010. En este sentido, el párrafo 50 de las Directrices de Acuerdos Verticales describe un claro supuesto de compartimentación del mercado como resultado de una restricción especialmente grave de este tipo al decir: *"La restricción especialmente grave contemplada en el artículo 4, letra b), del Reglamento de Exención por Categorías se refiere a los acuerdos o prácticas concertadas que tienen por objeto directo o indirecto la restricción de las ventas por parte del comprador del acuerdo o sus clientes, en la medida en que estas restricciones se refieran al territorio en que el comprador o sus clientes pueden vender los bienes o servicios objeto del contrato o a los clientes a los que pueden vender tales bienes o servicios. Esta restricción especialmente grave se refiere a la compartimentación del mercado por territorio o clientes. Ello puede ser consecuencia de obligaciones directas, como la obligación de no vender a determinados clientes o a clientes situados en determinados territorios o la obligación de transferir los pedidos de estos clientes a otros distribuidores. También puede ser consecuencia de medidas indirectas destinadas a inducir al distribuidor a no vender a estos clientes, tales como la denegación o reducción de primas o descuentos, la negativa a suministrar, la reducción de los volúmenes suministrados o la limitación de los volúmenes suministrados a la demanda del territorio o del grupo de clientes asignados, la amenaza de rescisión de los contratos, la exigencia de un precio más elevado para que se exporten los productos, la limitación de la proporción de ventas que pueden exportarse u obligaciones de transferencia de beneficios. Asimismo, puede resultar del hecho de que el proveedor no preste un servicio de garantía a escala de la Unión, por el que todos los distribuidores están obligados a prestarlo y son reembolsados por el proveedor, incluso en relación con productos vendidos por otros distribuidores en su territorio. Resulta aún más probable que estas prácticas se consideren una restricción de las ventas del comprador cuando se usan juntamente con la aplicación por parte del proveedor de un sistema de control destinado a verificar el destino real de los bienes suministrados (por ejemplo, el uso de etiquetas diferenciadas o números de serie). Sin embargo, no se consideran de especial gravedad las obligaciones que se imponen al revendedor de mostrar la marca del proveedor. Como el artículo 4, letra b), sólo se refiere a las restricciones de ventas por el comprador o sus clientes, esto implica que las restricciones de las ventas del proveedor tampoco son una restricción especialmente grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 59 sobre las ventas de recambios en el contexto del artículo 4, letra e), del Reglamento de Exención por Categorías. El artículo 4, letra b) se aplica sin perjuicio de una restricción del lugar de establecimiento del comprador. Así pues, el beneficio del Reglamento de Exención por Categorías no se pierde si se acuerda que el comprador limitará sus centros de distribución y almacenes a un territorio, lugar o dirección concretos"*.

Y, en el caso analizado, no se dan las excepciones del artículo porque UPS no ha establecido en España ni en los acuerdos con MBE sistemas de distribución exclusiva por territorios o tipologías de clientes. Además, estos sistemas de distribución exclusiva sólo ampararían las restricciones de las ventas activas y no a las ventas pasivas, mientras que el pacto de no competencia afecta a ambos tipos de ventas. Y tampoco concurre la segunda excepción, porque MBE opera en el ámbito minorista y no en el mayorista. Tampoco concurre la tercera excepción, porque UPS no ha establecido un sistema de distribución selectiva en España. Ni tampoco concurre la cuarta excepción, porque no se trata de componentes incorporados a un producto que se puedan vender a un tercero para que este los incorpore a sus propios productos.

Por tanto, los acuerdos de respeto de clientes que limitan al vendedor de los servicios mayoristas captar clientes minoristas más allá de los directamente afectados por el servicio mayorista (por ejemplo, clientes potenciales o clientes en los que el servicio mayorista es prestado por un tercero o por el mismo operador comprador) no formarían parte del acuerdo vertical, sino que serían un acuerdo horizontal de reparto de mercado. En particular, a los efectos de este acuerdo, las partes no operarían en planos distintos de la cadena de distribución, y este acuerdo no regularía las condiciones en las que se presta el servicio mayorista. Y los pactos de no agresión entre UPS y MBE que se han sancionado implican una restricción por la que una



parte se compromete a no competir con la otra respecto a cualquiera de sus clientes (sean o no objeto de la relación comercial vertical entre ambos). Se trata de clientes respecto a los que no les une una relación vertical y por los que deberían lícitamente competir. Desde el momento en que, respecto a estos clientes, se sitúan como competidores (ambos deberían poder ofrecerles sus servicios) no cabe la imposición de un pacto horizontal restrictivo y secreto, entre ambos competidores porque para el cliente final, MBE y UPS son competidores, porque tienen estructuras y políticas comerciales minoristas distintas. Además, MBE no opera bajo la marca comercial de UPS. Además, una cosa es que una determinada relación se analice desde la óptica de las relaciones verticales y otra bien distinta es que las restricciones vinculadas a ella se beneficien por ello, automáticamente, de la exención prevista en el Reglamento de Acuerdos Verticales porque en su párrafo 10 se dice que tampoco quedarían exentos aquellos acuerdos verticales que contengan restricciones que puedan restringir la competencia y perjudicar a los consumidores o que no sean imprescindibles para alcanzar los efectos de mejora de la eficiencia económica.

**OCTAVO.** Asimismo, la recurrente sostiene que las restricciones detectadas se limitan a los clientes objeto de la relación comercial existente entre ambos, UPS y MBE, en cuyo caso cabría analizarlas, a su juicio, desde la perspectiva de las restricciones accesorias a la relación vertical lo que determinaría que serían lícitas.

El apartado 28 de la Directrices de la Comisión Europea sobre la aplicación del artículo 83, apartado 3 del Tratado (actual artículo 101.3 del TFUE "Directrices Generales") establece que las restricciones adoptadas en el marco de un determinado acuerdo o relación comercial deben analizarse a la luz del artículo 101.1 para determinar si son accesorias a la operación principal no restrictiva. Y de acuerdo con el apartado 29 de la Directrices Generales, 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, siempre que sea necesaria y proporcionada a la misma. Así, cuando un acuerdo no tiene por objeto o por efecto restringir el juego de la competencia, se excluye del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 101 a las restricciones que estén directamente relacionadas con la realización de esa operación principal y que, además, sean indispensables para su realización. Y, según las Directrices Generales *"una restricción está directamente relacionada con la operación principal cuando está subordinada a su realización e indisolublemente ligada a la misma"*. De tal manera que *"si a partir de factores objetivos, puede concluirse que, en ausencia de la restricción, la principal operación no restrictiva resultaría de difícil o imposible realización, la restricción podría considerarse objetivamente necesaria para su realización y proporcionada a la misma"*.

El TJUE en el asunto C-176/16299 ha indicado en relación con las restricciones accesorias que:

*"71. Cuando se trata de determinar si una restricción puede eludir la prohibición prevista en el artículo 101 TFUE , apartado 1, sobre la base de que es accesoria con respecto a una operación principal que no es contraria a la competencia, debe averiguarse si sería imposible llevar a cabo dicha operación sin la restricción en cuestión. 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 exigido para ser calificada de accesoria. En efecto, tal interpretación llevaría a ampliar dicho concepto a restricciones que no son estrictamente imprescindibles para llevar a cabo la operación principal. Ese resultado sería contrario al efecto útil de la prohibición prevista en el artículo 101 TFUE , apartado 1 ( sentencia de 11 de septiembre de 2014, MasterCard y otros/Comisión, C-382/12 P, EU:C:2014:2201 , apartado 91)".*

Como venimos refiriendo, en el caso analizado concurren dos tipos de relaciones: (1) las relaciones de subcontratación, comercialización o prestación de determinados servicios de mensajería y paquetería lícitas y habituales en el sector (operación principal) y (2) unos pactos de no agresión o de respeto de los clientes, que prohíben a una y otra parte intentar captarse mutuamente los clientes (en paralelo a la relación de colaboración).

Y las operaciones principales constituyen relaciones de colaboración en el mercado de la mensajería y paquetería empresarial donde para los operadores puede ser más eficiente, bajo determinadas circunstancias, complementar sus redes mediante acuerdos de prestación de servicios que crearlas. En principio, esas operaciones, como así ha indicado la CNMC que no ha sancionado, no implican restricciones sobre la competencia. No obstante, los pactos de no agresión por los que se ha sancionado a la recurrente junto con MBE no pueden calificarse como restricciones accesorias de esa operación principal lícita. Y ello porque, por una parte, esos pactos de no agresión no se incluyen explícitamente en los contratos de colaboración o comercialización lo cual demuestra el interés de las partes de ocultar y de mantener en secreto esos pactos al margen de la operación principal lo cual incide en la idea de que si el objetivo de estos fuera realmente optimizar la comercialización de los productos no tendrían carácter secreto al margen del contrato de colaboración.

En definitiva, concluimos que la recurrente no ha acreditado por qué es indispensable para la operación principal un pacto de no agresión de ventas activas y pasivas que incluya no solo a los clientes objeto de



la relación comercial, sino a todos los clientes; y tanto los del comercializador como los del proveedor. Esto es, la recurrente no ha acreditado por qué deben de ser protegidos recíprocamente todos los clientes de un determinado operador de la competencia, tanto activa como pasiva, de otro solo porque haya concluido un acuerdo de prestación de determinados servicios que no tiene por objeto todos sus clientes.

Ello lleva a esta Sala a concluir que los pactos de no agresión entre MBE y UPS acreditados en el expediente y que no se han negado por la recurrente se han realizado al margen del acuerdo vertical de colaboración y tenían por objeto en el mercado minorista, en el que tanto UPS como MBE eran competidores, restringir la capacidad que una parte del acuerdo podría tener para realizar ofertas a los clientes de la otra por el simple hecho de ser cliente de uno u otro, repartiéndose por tanto los clientes entre sí y alterando las condiciones del mercado que existirían si estuviera sometido a la libre competencia. El hecho de que el reparto de mercado se haya producido en el contexto de unas relaciones comerciales previas que pudieran considerarse perfectamente lícitas, no permite atribuir también ese carácter lícito a esos pactos de no agresión porque no tienen la consideración, como ya hemos argumentado anteriormente, de prestaciones accesorias de la operación principal lícita.

**NOVENO.** De forma subsidiaria, la mercantil recurrente solicita que se reduzca el importe de la sanción de multa impuesta refiriendo diversas irregularidades en su determinación, tales como (i) el cálculo de la cuantía de la multa debe hacerse respecto del volumen total de ventas de UPS en España - 156.531.490 euros- en lugar del volumen de ventas total utilizado por la CNMC que se corresponde con el volumen de ventas mundial que alcanza el importe de 320.501.721 euros; (ii) la infracción debe calificarse como grave en lugar de muy grave por aplicación del artículo 63.2.a) de la LDC aplicable cuando las empresas no son competidoras entre sí; (iii) errónea aplicación del criterio relativo a la cuota de mercado de la empresa responsable de la infracción porque la CNMC ha aplicado la cuota de participación en la infracción; y (iv) se le ha discriminado en cuanto a la determinación del porcentaje aplicado -6%- en comparación con los aplicados a otras empresas sancionadas en la misma resolución.

En primer lugar, esta Sala entiende que es correcta la decisión de la CNMC cuando califica las conductas imputadas como infracción muy grave prevista en el artículo 62.4.a) de la LDC que considera como tal el desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales como así hemos referido a lo largo de esta sentencia en la que hemos concluido que las empresas UPS y MBE si son competidoras en el mercado minorista del mercado de mensajería y paquetería industrial por lo que no es posible calificar las conductas como infracción grave.

En lo que se refiere al importe de las sanciones, el apartado c) del artículo 63.1 de la LDC señala que las infracciones muy graves podrán ser castigadas con multa de hasta el 10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa. Y de conformidad con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, a partir de la sentencia de 29 de enero de 2015 (Recurso 2872/2013), dicho porcentaje ha de aplicarse sobre el volumen total de negocio de la empresa en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la sanción, debiendo graduarse las multas conforme a lo dispuesto en el artículo 64 de la LDC y atendiendo a su finalidad disuasoria y al principio de proporcionalidad. Por ello, la CNMC ha determinado de forma correcta la cuantía de la sanción por cuanto que ha aplicado el tipo sancionador al volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa tal como así dispone en artículo 63.1.c) de la LDC-. Precepto que persigue que la sanción tenga efecto disuasorio lo que no se obtendría si se admitiera la interpretación de la actora que indica que el tipo sancionador debería aplicarse sobre el volumen total de negocios de la empresa, pero en el mercado geográfico afectado por la conducta sancionada, en este caso España. Distinción esta que no se recoge en el precepto analizado que habla de volumen total de negocios de la empresa sin especificar que deba ser en el mercado geográfico afectado.

Por otra parte, consideramos que la CNMC no ha fijado el tipo sancionador en el 6% de forma discriminatoria ya que en este caso no puede compararse con el tipo sancionador que ha impuesto a otras empresas también sancionadas en la misma resolución sancionadora porque, en este caso, se ha sancionado a las empresas no por acuerdos adoptados entre todas ellas sino por acuerdos bilaterales adoptados con otra empresa, en este caso MBE, y no con todas las demás empresas que han sido sancionadas de forma autónoma a la infracción imputada al recurrente. Tipo sancionador que se ha impuesto atendiendo a los criterios recogidos en el artículo 64 de la LDC tales como la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la cuota de mercado de la empresa responsable, el alcance de la infracción, la duración de la infracción, el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos y los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción.



En definitiva, debemos confirmar el importe de la sanción de multa impuesta a UPS porque se ha impuesto atendiendo a los criterios legales analizados.

**DÉCIMO.** En definitiva, esta Sala acuerda la desestimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto lo que implica que se impongán a la mercantil recurrente las costas procesales causadas en esta instancia de conformidad con el artículo 139.1 de la LJCA.

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

#### FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo nº **237/2018**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Jaime Quiñones Bueno que actúa en nombre y en representación de las mercantiles **UNITED PARCEL SERVICE ESPAÑA LTD.** y **COMPAÑÍA SRC y UNITED PARCEL SERVICE ESPAÑA LTD.**, contra la Resolución dictada en fecha 8 de marzo de 2018 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en el expediente S/DC/0578/16 MENSAJERIA Y PAQUETERIA INDUSTRIAL, por la que se le impuso una sanción de multa por importe de 19.230.103 euros. Y, en consecuencia, se confirma porque entendemos que es conforme con el ordenamiento jurídico.

Se imponen a la mercantil recurrente las costas procesales causadas en esta instancia.

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

Así, lo mandamos, pronunciamos y firmamos.