



Roj: **SAN 2092/2023 - ECLI:ES:AN:2023:2092**

Id Cendoj: **28079230062023100259**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **19/04/2023**

Nº de Recurso: **243/2018**

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: 0000243 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02716/2018

Demandante: INTERNATIONAL COURIER SOLUTION, S.L., y su matriz TOTALICS, S.L.

Procurador: D^a ADELA CANO LANTERO

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. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a diecinueve de abril de dos mil veintitrés.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 243/18 promovido por la Procuradora D^a Adela Cano Lantero en nombre y representación de **INTERNATIONAL COURIER SOLUTION, S.L.**, y su matriz **TOTALICS, S.L.**, 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 tres sanciones de multa por importe de 173.130 euros, 403.970 euros y 196.214 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 *"... (i) declare la nulidad del apartado PRIMERO letras (g), (h) e (i) de la parte dispositiva de la Resolución Recurrida, en lo que respecta a ICS y TOTALICS, declarando que no ha resultado acreditada infracción alguna del art. 1 LDC consistente en tres pactos de no agresión, esto es un pacto entre ICS y TOURLINE, un pacto entre ICS y CEX, y un pacto entre ICS y DHL, respectivamente, con la consiguiente anulación de las sanciones impuestas por tales infracciones (apartado SEGUNDO letras (g), (h) e (i)); y (ii) subsidiariamente, y en relación con las infracciones declaradas cometidas por ICS, declare la nulidad del apartado SEGUNDO letras (g), (h) e (i) de la parte dispositiva de la Resolución Recurrida, declarando no haber lugar a imponer sanción económica alguna o, subsidiariamente, reduciéndola en un importe significativo; y (iii) en todo caso, condene en costas a la Administración demandada"*.

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 15 de febrero de 2023, 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 :

(...)

g) 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 4.4.8, las siguientes empresas: - - INTERNATIONAL COURIER SOLUTIONS, S.L. y solidariamente su matriz TOTALICS, S.L.

- TORULINE EXPRESS MENSAJERÍA, S.L.U. y solidariamente su matriz CTT-CORREIOS DE PORTUGAL, S.A.

h) 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 4.4.9, las siguientes empresas:

- INTERNATIONAL COURIER SOLUTIONS, S.L. y solidariamente su matriz TOTALICS, S.L.

- CORREOS EXPRESS PAQUETERÍA URGENTE, S.A. y solidariamente su matriz SOCIEDAD ESTATAL DE CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A.

- i) 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 4.4.10, las siguientes empresas: - - INTERNATIONAL COURIER SOLUTIONS, S.L. y solidariamente su matriz TOTALICS, S.L.

- DHL EXPRESS MADRID SPAIN, S.L.U. y solidariamente su matriz DHL EXPRESS IBERIA, S.L.

(...)

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

(...)

g) En el pacto de no agresión entre ICS y TOURLINE:

- INTERNATIONAL COURIER SOLUTIONS, S.L.: 173.130 euros

h) En el pacto de no agresión entre ICS y CEX:

- INTERNATIONAL COURIER SOLUTIONS, S.L.: 403.970 euros

i) En el pacto de no agresión entre ICS y DHL:

- INTERNATIONAL COURIER SOLUTIONS, S.L.: 196.214 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 NTERNATIONAL COURIER SOLUTION, S.L. (ICS) como una empresa de mensajería, transporte y logística que ofrece servicios de envío urgente de paquetes y documentos a nivel local en Madrid, a través de medios propios, y nacional e internacional mediante su subcontratación con otros operadores del sector y posterior comercialización, pues carece de una red de distribución que le permita realizar servicios de mensajería y paquetería de ámbito nacional. Alude también a TOTALICS, S.L. (TOTALICS) para reseñar que ostenta la titularidad del 100% de las acciones de ICS y que en 2017 facturó 218.000 euros.

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 ICS, entidad recurrente, y otras empresas competidoras, pone de manifiesto que la actora es una empresa que ofrece servicios de mensajería y paquetería empresarial, aunque solo cuenta con medios propios para la realización de dichos servicios en el ámbito local de Madrid. De este modo, y al carecer de una red de distribución que le permita realizar dichos servicios en el ámbito nacional, subcontrata con otras empresas del sector, en concreto con TOURLINE, con CEX y con DHL, para poder prestar estos servicios a sus clientes. Y es precisamente en el análisis de estos contratos donde la CNMC detecta las prácticas anticompetitivas. Alude así a que en los referidos contratos se incluye una cláusula específica de no competencia con el fin de proteger a los clientes de ICS y a los que dichos proveedores acceden en ejecución del servicio contratado, remitiéndose a distintos documentos y comunicaciones obrantes en el expediente que evidenciarían situaciones de conflicto comercial y en los que una de las partes solicitaba a la otra el respeto de los clientes.

La resolución dedica epígrafes sucesivos a los pactos de respeto de clientes entre ICS, por un lado, y TOURLINE, CEX y DHL, por otro, en los que detalla los hechos que ponen de manifiesto su existencia, con expresa referencia a las pruebas que los justifican (páginas 69 a 78, epígrafes 4.1 a 4.3 del 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 pues, a su juicio, la conducta de ICS sería lícita, e inexistente por ello la infracción que se le imputa.

CUARTO.- En efecto, y tras resumir la posición adoptada por la CNMC en la resolución acerca de la conducta de ICS y los pactos calificados como de no agresión o de respeto recíproco de clientes con cada uno de sus subcontratistas (CEX, DHL y TOURLINE), 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 doctrina de las restricciones accesorias en derecho de la competencia, y considera que, en este caso, se elude la prohibición impuesta en los referidos artículos al cumplir los requisitos que exige la referida doctrina, es decir, guardar relación directa con la realización de una operación principal no restrictiva, que su adopción sea objetivamente necesaria para la formalización del acuerdo, y que sea proporcionada.

Desarrolla a continuación los motivos por los que supone que concurren tales requisitos, y destaca el carácter recíproco de sus relaciones con CEX, DHL y TOURLINE pues no solo habría actuado como cliente de los mismos -relación contratada por escrito-, sino también como proveedor de servicios, lo que no constaría por escrito, pero se seguiría de la correspondencia y documentación aportada por la misma recurrente.

Rechaza de manera explícita que la conducta pudiera ser calificada como cártel al faltar los presupuestos que lo definen por cuanto: niega la existencia de acuerdo; insiste en el alcance de las restricciones verticales entre competidores; denuncia la falta de carácter secreto de los supuestos acuerdos; y destaca además que las conductas no resultan restrictivas por el objeto.

Entiende por todo ello que la CNMC ha hecho una interpretación extensiva inadmisible del concepto de cártel, lo que enlaza con la afirmación de que se trata de una actuación desmesurada de la Comisión -que realizó cuatro inspecciones domiciliarias, y ha rechazado todas las alegaciones y pruebas propuestas por la demandante-, alejada de la verdadera dimensión y naturaleza de los hechos. Y afirma que *"... en todo procedimiento iniciado por denuncia de una de las partes en un potencial ilícito concurrencial, existe un sesgo previo en la CNMC que le condiciona a tipificar tal conducta como cártel, aunque no lo sea, con la finalidad de proteger directamente al denunciante -en otro caso no podría exonerarle de la potencial sanción- e indirectamente el propio sistema de fomento de las denuncias"*.

Por otra parte, niega que las conductas sancionadas hayan producido efectos en el mercado, que en todo caso serían positivos por razones de expansión territorial y de recursos, permitiendo de este modo el acceso al mercado de ICS que, de no existir las relaciones con CEX, DHL y TOURLINE, no sería posible.

Y razona en torno a la necesaria aplicación de la exención del artículo 5 de la LDC por tratarse, dice, de una conducta de menor importancia, teniendo en cuenta lo establecido al respecto en el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

QUINTO.- Sobre la base de lo expuesto, es cuestión de evidente relevancia la determinación de si ICS, TOURLINE, CEX y DHL son o no competidores en el mercado afectado, cuestión que 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. Explica que *"ICS es una empresa que ofrece servicios de mensajería y paquetería empresarial, aunque solo cuenta con medios propios para la realización de dichos servicios en el ámbito local de Madrid. Al carecer de una red de distribución que le permita realizar dichos servicios en el ámbito nacional, subcontrata con otras empresas del sector para poder prestar estos servicios a sus clientes"*. Y añade que *"En los contratos suscritos por ICS con TOURLINE, con CEX y con DHL para la recogida, transporte y entrega de los envíos que ICS gestiona y que no puede realizar con sus propios medios, se incluye una cláusula específica de no competencia con el fin de proteger los clientes de ICS y a los que dichos proveedores acceden en ejecución del servicio contratado. No obstante, constan en el expediente distintos documentos y comunicaciones relativos a situaciones de conflicto comercial, solicitando una parte a la otra el respeto de los clientes, entre ICS por un lado y TOURLINE, DHL y CEX, respectivamente, por el otro lado"*.

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 probado 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 336 a 378 del PCH, que se sustenta en la información obtenida en la inspección realizada en abril de 2016 en la sede de ICS y en las contestaciones a los requerimientos de información realizados a esta empresa

(folios 2834 a 2857 y 6559 a 6579), a CEX (folios 1707 a 2084) y a DHL (folios 2641 a 2652, 2878 a 2908 y 3487 a 3504).

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 TOURLINE, puede citarse el correo electrónico con asunto "RE: Banco Espirito Santo" enviado el 1 de octubre de 2013 por el Director Comercial de ICS al Director Comercial de TOURLINE, recabado en la inspección realizada en la sede de ICS (folios 4575 y 4576) y en el que el directivo de ICS reconocía expresamente la vigencia de un pacto de no agresión entre ICS y TOURLINE de carácter bilateral al manifestar lo siguiente: *"Soy consciente que existe entre nuestras compañías un pacto de no agresión, y en cualquier empresa con la que trabajéis no se nos ocurriría ofertar e intentar quitaros el cliente, elegantemente nos iríamos, igual que harías vosotros si fuera al revés"* (folios 4575 y 4576).

También puede citarse como prueba de la existencia y del cumplimiento por las partes de un pacto de no agresión el correo electrónico interno de ICS de 31 de enero de 2014, donde se manifiesta expresamente que *"Ya estuvimos con ellos. No pudimos ofertarles porque eran clientes de Tourline y al ser proveedor nuestro existe un pacto de no agresión."* (folios 4583 a 4585).

En cuanto al reparto de clientes entre ICS y CEX es significativo el que, como pone de relieve la propia resolución recurrida, en las negociaciones previas a la firma del contrato entre ICS y CEX, ICS quisiera incluir una cláusula de respeto de sus clientes por parte de CEX, y así una directiva de ICS envió el 23 de diciembre de 2011 un correo electrónico a directivos de CEX pidiéndoles la inclusión en el borrador de contrato de una cláusula en tal sentido:

"Una vez revisado el contrato, vemos que hay tres cosas que el contrato debería recoger:

1.- No competencia o concurrencia con nuestros clientes actuales o futuros que sus envíos se realicen con Chrono, durante la vigencia y hasta transcurridos 3 años de la cancelación del contrato (...)" (folios 4504 a 4506)

Existen otros correos igualmente significativos que menciona la CNMC y que evidencian la existencia y vigencia de los pactos de no agresión entre ambas empresas, y así el correo interno de ICS de 15 de octubre de 2015 (folios 4634 y 4635), en el que el Director Comercial ordenaba a su comercial lo siguiente: *"Escribe a (comercial de CEX que lleva ICS), diciendo que no pueden tocar nuestra cartera de clientes tal y como tenemos firmado en contrato. Al cliente dile, que le envías la tarifa actual y a ver por dónde sale"*.

La prueba justificativa de los acuerdos con DHL es muy similar, y se manifiesta en la existencia de conflictos comerciales. Así, se refiere la resolución a un conflicto con el cliente de DHL, GETINSA, en abril de 2014, lo que dio lugar a que DHL remitiera una queja a ICS, lo que motivó a su vez que el comercial de ICS enviara un nuevo correo a GETINSA retractándose de las tarifas internacionales que le había ofertado unos días antes, incrementándolas en un 50% y añadiendo la siguiente justificación: *"Como te comenté en la reunión integramos servicios de transporte a nivel mundial, pero tenemos acuerdos internos de no agresión comercial a nuestros Partners."* (folios 4586 a 4588). También en febrero de 2015 la CNMC constató un conflicto con el cliente de DHL SPECIAL TOUR. Advierte la resolución que ICS consiguió captar a dicho cliente y que, tras detectarlo DHL, le pidió explicaciones, a lo que ICS contestó en un correo de 20 de febrero de 2015 que siempre había respetado los clientes de DHL, pero justificó su actuación en este caso concreto porque el cliente no estaba trabajando ya con DHL, sino con una tercera empresa. En dicho correo (folio 4606) manifestaba lo siguiente: *"Como bien sabes, nuestra empresa ICS respeta vuestros clientes y nuestra política antes de ofrecer cualquier servicio es preguntar quién es su actual proveedor. El acuerdo de no agresión hacia los clientes de DHL está latente en la mente de todos los comerciales. Habrás comprobado que llevamos mucho tiempo trabajando con vosotros y siempre nos hemos respetado comercialmente. He recabado información sobre el cliente Special Tours y hablado con (...), comercial de la cuenta. Special Tours, estaba trabajando con Mail Boxes cuando se le visitó."*

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 ICS y las empresas TOURLINE, CEX y DHL en los términos en que lo recoge la resolución recurrida, por lo que procede rechazar este motivo de la demanda.

SEXTO.- Procede plantearse entonces si los pactos pudieran ser considerados restricciones accesorias a las operaciones principales lícitas que son las que vinculan a las referidas empresas.

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, por lo 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 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.

Como hemos visto, existe una prueba incuestionable de la existencia de los pactos de no agresión, y nos remitimos a estos efectos a la prueba mencionada en el fundamento anterior y a la que refleja la resolución recurrida y que no ha sido desvirtuada de contrario, pues la prueba propuesta por ICS en su demanda se ha dirigido exclusivamente a combatir el importe de la multa.

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 de que 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.- Sostiene la recurrente que las conductas que se sancionan en ningún caso serían constitutivas de un cártel por no reunir los requisitos a los que se condiciona esta clase de infracción.

Pues bien, dicha alegación ha sido analizada y rechazada en sentencia de esta Sección de fecha 5 de diciembre de 2022, recurso núm. 245/18, interpuesto por DHL contra la misma resolución aquí recurrida.

Y en dicha sentencia, razonábamos lo siguiente:

"DÉCIMOPRIMERO. - A continuación, afirma la actora que si el eventual acuerdo de respeto recíproco de clientes entre DHL e ICS se considerase una restricción ni exenta ni justificada, nunca podría calificarse como un cártel. Recordemos que la Disposición Adicional Cuarta de la LDC, apartado 2, vigente en el momento de los hechos, definía el cártel como "todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones". A juicio de la Sala, queda acreditado que DHL acordó un pacto recíproco de respeto de clientes con ICS que constituye una práctica restrictiva de la competencia por el objeto que persigue excluir determinados clientes del juego de la libre competencia restringiendo la incertidumbre competitiva que debe regir entre las empresas en un marco de normal y libre competencia, pudiendo adaptar de forma artificial su comportamiento comercial y competitivo, en perjuicio de sus clientes.

Puede entenderse que los efectos en el mercado del acuerdo de reparto de mercado entre DHL e ICS son limitados, pero no inexistentes, pues se proyectan sobre los clientes concretos afectados por ese pacto en concreto, respecto de los cuales se elimina la competencia.

Esos acuerdos eran secretos en la medida en que no se recogían en los contratos suscritos y en que DHL no quería reflejarlos por escrito y sin embargo se mantuvieron en vigor durante un largo periodo de tiempo.

Por otro lado, sostiene la actora con fundamento en el informe pericial que aporta, que la estructura del mercado de mensajería y paquetería empresarial es muy competitiva y por ello poco consistente con la presencia de un cártel. Resulta asimismo contrario a la lógica económica que puedan coexistir diez cárteles bilaterales en el mismo mercado teniendo en cuenta que las empresas participantes en los cárteles detectados no tienen poder de mercado ni individual ni conjuntamente.

A juicio de la Sala, aunque la lógica económica pudiera avalar este planteamiento ello no desvirtúa la acreditación de la existencia de un pacto anticompetitivo de DHL con ICS que se mantuvo en el tiempo hasta la inspección en la sede de esta última.

Además, aunque las conductas se han analizado de manera individual en el expediente, no puede desdeñarse el impacto que para la libre competencia y los intereses generales tiene un elevado número de pactos paralelos de respeto de clientes en el mismo mercado afectado de mensajería y paquetería"

Por otra parte, no podemos compartir la afirmación de la entidad actora según la cual los acuerdos entre ICS y TOURLINE, CEX y DHL no solo no serían anticompetitivos, sino que servirían a una mejora de las condiciones de competencia al ampliar las posibilidades de acceso al mercado superando limitaciones territoriales y de capacidad operativa.

De este modo, sugiere que cumplirían las condiciones previstas en el artículo 101.3 del TFUE y del artículo 1.3 de la LDC 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 ya dicho, 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.

OCTAVO.- Propone ICS 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 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 desproporcionada.

Parte ICS 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, *"... la CNMC ha incurrido en un claro error al ejercer su potestad sancionadora, dando pie a la interposición de una sanción totalmente arbitraria, injustificada, falta de motivación y poco predecible por mi mandante"*.

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 reproachable 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 ICS con TORLINE, CEX y DHL 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 ICS, 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 ICS en cada una de las conductas sancionadas (5,9% en el caso del pacto con TOURLINE, 2,3% en el del CEX, y 3,4% en el de DHL) y el volumen de negocios total en 2017, 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 (1,5% en el caso del pacto con TOURLINE, 2,3% en el de CEX y 1,7% en el de DHL).

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.

DÉCIMO.- 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 la Procuradora D^a Adela Cano Lantero en nombre y representación de **INTERNATIONAL COURIER SOLUTION, S.L.**, y su matriz **TOTALICS, S.L.**, 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 tres sanciones de multa por importe de 173.130 euros, 403.970 euros y 196.214 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