



Roj: **STS 2214/2024 - ECLI:ES:TS:2024:2214**

Id Cendoj: **28079130032024100099**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **08/04/2024**

Nº de Recurso: **1981/2023**

Nº de Resolución: **580/2024**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 6239/2022,**  
**ATS 6262/2023,**  
**STS 2214/2024**

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Contencioso-Administrativo

#### Sección Tercera

#### Sentencia núm. 580/2024

Fecha de sentencia: 08/04/2024

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **1981/2023**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Vista: 20/02/2024

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> María Isabel Perelló Doménech

Procedencia: AUD. NACIONAL SALA C/A. SECCIÓN 6

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: APR

Nota:

R. CASACION núm.: **1981/2023**

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> María Isabel Perelló Doménech

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Contencioso-Administrativo

#### Sección Tercera

#### Sentencia núm. 580/2024

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat



D.<sup>a</sup> María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

En Madrid, a 8 de abril de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación **1981/2023** interpuesto por la Procuradora D.<sup>a</sup> Consuelo Rodríguez Chacón en representación de TOURLINE EXPRESS MENSAJERÍA S.L.U, y CTT CORREIOS DE PORTUGAL S.A, con la asistencia letrada de D. Basilio , D.<sup>a</sup> Trinidad y D.<sup>a</sup> Alejandra , contra la sentencia de la Sección 6.<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 5 de diciembre de 2022 dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 248/2018. Se ha personado como parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO representada y defendida por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente la Excm.a Sra. D.<sup>a</sup> María Isabel Perelló Doménech.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- La Sección 6.<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 5 de diciembre de 2022 (recurso contencioso-administrativo nº 248/2018) en cuya parte dispositiva se establece:

<<FALLAMOS.- Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora D.<sup>a</sup> Consuelo Rodríguez Chacón en nombre y representación de Tourline Express Mensajería, S.L.U (Tourline) y de CTT Correios de Portugal S.A, contra 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, mediante la cual se les impuso una sanción de multa por importe de 3.148.845 €, euros, resolución que declaramos conforme a derecho.

Con expresa imposición de las costas a la parte recurrente>>.

**SEGUNDO.**- Los antecedentes del expediente en el que se dicta la resolución sancionadora controvertida los expone el fundamento primero de la sentencia en los siguientes términos:

<< (...) 1. El 13 de octubre de 2014, GENERAL LOGISTICS SYSTEMS SPAIN, S.L. (GLS), su matriz GENERAL LOGISTICS SYSTEMS B.V. (GLS BV) y la matriz de ambas, ROYAL MAIL PLC presentaron ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, una solicitud de exención del pago de la multa que pudiera imponerse por la comisión de una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TJUE, 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, información que fue completada posteriormente.

2. A la vista de la información recibida, la Dirección de Competencia inició una información reservada con el fin de determinar la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación, en su caso, de expediente sancionador.

3. El 10 de noviembre de 2015, la Dirección de Competencia concedió la exención condicional a GLS, a su matriz GLS BV y a su matriz última ROYAL MAIL PLC.

4. Los días 11 y 12 de noviembre de 2015, la Dirección de Competencia llevó a cabo una inspección en la sede de CORREOS EXPRESS PAQUETERÍA URGENTE, S.A. (CEX). Contra dichas actuaciones de inspección y la Orden de Investigación de 30 de octubre de 2015 que las amparaba, el 23 de noviembre de 2015 CEX presentó recurso solicitando su nulidad (R/AJ/121/15 CORREOS 6 EXPRESS), que fue desestimado el 4 de febrero de 2016 por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, tras el preceptivo informe de la Dirección de Competencia.

5. Con fecha 20 y 21 de abril de 2016, la Dirección de Competencia realizó nuevas inspecciones en las sedes de INTERNATIONAL COURIER SOLUTION, S.L. (ICS), MBE SPAIN 2000, S.L. (MBE) y REDYSER TRANSPORTE, S.L. (REDYSER).

El 2 de mayo de 2016, REDYSER presentó recurso contra la inspección realizada en su sede, solicitando la nulidad de la orden de investigación y de las actuaciones inspectoras realizadas en ejecución de la misma (R/AJ/036/16 REDYSER). Tras el preceptivo informe de la Dirección de Competencia, el 30 de junio de 2016 la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC adoptó resolución desestimando el citado recurso R/AJ/036/16, sin que conste interposición de recurso contencioso administrativo contra dicha resolución desestimatoria.

6. Desde el 21 de abril hasta el 6 de julio de 2016, la Dirección de Competencia realizó distintos requerimientos de información a distintas empresas que fueron cumplimentados por estas.



7. El 22 de julio de 2016, la Dirección de Competencia, acordó la incoación del expediente NUM000 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: - 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; 8 - 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.

8. A partir de esa fecha, la Dirección de Competencia continuó realizando distintos actos de instrucción.

9. El 17 de mayo de 2017, la Dirección de Competencia notificó a las empresas incoadas el Pliego de Concreción de Hechos.

10. Los días 8 y 9 de junio de 2017, la Dirección de Competencia dirigió solicitudes de información a las empresas imputadas a los efectos de recabar sus volúmenes de negocios totales y en el mercado afectado por las prácticas investigadas durante la duración de las mismas, desglosado por años.

11. El 12 de julio de 2017, la Dirección de Competencia acordó el cierre de la fase de instrucción del expediente.

12. El 19 de julio de 2017, el Director de Competencia acordó la propuesta de resolución del procedimiento, notificándola debidamente a las partes para que presentaran las alegaciones que estimasen oportunas, así como la propuesta de la práctica de pruebas y actuaciones complementarias que considerasen convenientes, incluida la solicitud de celebración de vista.

13. El 28 de agosto de 2017, la Dirección de Competencia elevó a la Sala de Competencia de la CNMC su informe y propuesta de resolución.

14. 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.

Asimismo, se acordó suspender el plazo para resolver el procedimiento sancionador con fecha de efectos el día 27 de octubre de 2017. El plazo de suspensión fue levantado mediante acuerdo de fecha 27 de noviembre de 2017, con fecha de efectos el mismo día.

15. Con fecha 25 de enero de 2018, la Sala de Competencia requirió a las empresas incoadas 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.

16) La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló en su reunión de 8 de marzo de 2018, la resolución contra la que se dirige el recurso contencioso administrativo que dio origen al presente proceso.>>

Recoge la sentencia en su fundamento de derecho segundo:

<<La resolución impugnada, cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes, describe a TOURLINE EXPRESS MENSAJERÍA, S.L.U. (TOURLINE) como una empresa española adquirida en 2005 por la empresa pública portuguesa CTT CORREIOS DE PORTUGAL S.A., formando parte del Grupo CTT. Su objeto social es la prestación de servicios de transporte, carta, mensajería, paquetería y recadería ejerciendo la actividad de operador logístico y de transporte.

CTT-CORREIOS DE PORTUGAL, S.A. (CTT) es titular del 100% de las acciones de TOURLINE. Inició su actividad principal de prestación del servicio público de correos en Portugal en 1970, realizando actualmente también otras actividades como la prestación de servicios de la sociedad de la información, redes y comunicaciones electrónicas y servicios de transferencia de fondos a través de cuentas corrientes.>>

Y en su fundamento jurídico cuarto, *in fine*:

<<Por esa razón concluye la resolución, que se priva a todos los clientes de TOURLINE de la oportunidad de recibir una oferta comercial de ICS por el mero hecho de ser cliente de TOURLINE. Igualmente, los clientes de ICS, sean objeto o no de la relación comercial, no podrían recibir ninguna oferta de TOURLINE, y ello pese a que el cliente no conozca los servicios de TOURLINE y quiera conocerlos. Destaca que lo relevante es que ambas compañías eran conscientes de la existencia del pacto recíproco de no agresión y de su voluntad de cumplirlo.

En definitiva, de las comunicaciones transcritas deduce la resolución recurrida un pacto bilateral de no agresión entre TOURLINE e ICS cuyo respeto solicitan ante un determinado incidente comercial que suele terminar con la retirada de la oferta de la otra parte o con una estrategia conjunta para presentar una oferta poco



competitiva que determine la no aceptación por parte del cliente afectado. La resolución recurrida califica esta conducta como una infracción de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE única y continuada durante el periodo referido constitutiva de cártel consistente en un pacto de no agresión en el mercado de mensajería y paquetería empresarial de la que es responsable, TOURLINE>>

La resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 8 de marzo de 2018 en el expediente NUM000 "MENSAJERÍA Y PAQUETERÍA EMPRESARIAL", tiene la siguiente parte dispositiva:

<<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. a) 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 4.4.1, las siguientes empresas:

(..)

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.

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 - TORULINE EXPRESS MENSAJERÍA, S.L.U.: 3.148.845 euros

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.

Sexto. Declarar la confidencialidad de la información solicitada por las partes en los términos previstos en el Fundamento de Derecho 5.16 de esta resolución. >>

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, la representación procesal de Tourline Express Mensajería S.L.U y de la CTT Correios de Portugal S.A, anunciaron la interposición del recurso de casación, que fue admitida por la Audiencia Nacional con remisión de las actuaciones a Tribunal Supremo previo emplazamiento de las partes.

**CUARTO.-** Personados en tiempo y forma ante este Tribunal, mediante auto de la Sección Primera de esta Sala de 25 de mayo de 2023 se acordó la admisión del recurso de casación, en el que se acordaba entre otros:

3.º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación : el artículo 2.4 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 concertada (actual artículo 2.4 del Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión, de 10 de mayo de 2022), sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras cuestiones o normas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso.>>

Con remisión de las actuaciones a la Sección Tercera, conforme a las reglas de reparto de asuntos.

**QUINTO.-** Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, por diligencia de ordenación y dado traslado para interponer el recurso, lo que llevo a cabo mediante escrito de fecha 6 de julio de 2023, en el que alega la infracción de:

- art. 2.4 del Reglamento de Exención, que prevé la posibilidad de eximir los acuerdos verticales entre empresas que sean competidoras en el plano minorista, y no excluye del beneficio de la exención ningún aspecto del acuerdo siempre y cuando se cumplan las condiciones previstas por el propio Reglamento de Exención. Impone con ello la sentencia recurrida una interpretación restrictiva del art. 2.4 del Reglamento de Exención que desconoce la dinámica propia de las relaciones verticales a las que debe aplicarse ese precepto.

-de los arts. 1 LDC y 101 TFUE. La sentencia recurrida contradice la jurisprudencia del TJUE al concluir de manera automática y sin analizar la posible nocividad sobre la competencia de la conducta sancionada, que una conducta que se desenvuelve en el seno de una relación vertical, y que en principio, *quod non*, no se encuentra cubierta por el Reglamento de Exención, constituye una restricción por objeto.

Y relaciona sus pretensiones y pronunciamientos que solicita:



-que el Tribunal Supremo establezca la siguiente interpretación del art. 2.4 del Reglamento de Exención y de los arts. 1 LDC y 101 TFUE y la jurisprudencia del TJUE: << El art. 2.4 del Reglamento de Exención debe interpretarse en el sentido de que resulta de aplicación a aquellos acuerdos que son accesorios a la relación principal de carácter vertical, y que cualquier aspecto que exceda el contenido de dicho acuerdo vertical debe ser analizado en el marco del Reglamento de Exención y no puede ser calificado de manera automática como una restricción por objeto sin contar con un acervo de experiencia sólido y fiable, o en su defecto, sin demostrar que la conducta es suficiente nociva para la competencia como para provocar una restricción>>.

-Fijada esa doctrina, se solicita que se case y anule la sentencia recurrida y, consecuentemente entrando a conocer y resolver el asunto de autos conforme a Derecho, estime el recurso contencioso-administrativo planteado en su momento por esta parte contra la Resolución de la CNMC de 8 de marzo de 2018, dictada en el expediente NUM000 , MENSAJERÍA Y PAQUETERIA EMPRESARIAL, y, en su virtud, anule dicha resolución y acuerde que la cláusula de no competencia es inherente a la relación vertical existente entre Tourline e ICS.

Todo ello con imposición de costas de la primera instancia a la parte recurrida.

**SEXTO.-** Dado traslado del escrito de interposición a la parte recurrida, el Abogado del Estado formalizó su oposición mediante escrito presentado el 7 de octubre de 2023 en el que, tras exponer las razones en las que sustenta su oposición al motivo de casación formulado, y solicita la inadmisión del recurso de casación, y en su defecto debe señalarse como doctrina jurisprudencial que *"el pacto recíproco de clientes, como el considerado no está cubierto por el reglamento de exención de acuerdos verticales y prácticas concertadas"*. Y previa fijación de jurisprudencia y en aplicación de la misma declare no haber lugar al recurso de casación confirmando la sentencia recurrida que desestimó el recurso contencioso-administrativo promovido contra la resolución sancionadora originariamente impugnada.

Termina suplicando, dicte sentencia inadmitiendo y en su defecto fijando la doctrina interesada en el fundamento jurídico décimo dictando sentencia que desestime el recurso y confirme la sentencia recurrida.

**SÉPTIMO.-** Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento. Se fijó para celebración de Vista Pública el día 20 de febrero de 2024, quedando su contenido documentado en la correspondiente acta y en el soporte digital (CD) que obra unido a las actuaciones, procediendo esta Sala a continuación a la deliberación y votación del mismo en días sucesivos, con observancia de las disposiciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Resolución objeto de casación.

Mediante el presente recurso de casación las sociedades mercantiles "Tourline Express Mensajería, S.L.U" y "CTT Correios de Portugal, S.A" impugnan la sentencia de 5 de diciembre de 2022 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que desestimó el recurso contencioso-administrativo 248/2018 interpuesto por las citadas entidades contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 8 de marzo de 2018, en el expediente NUM000 , "Mensajería y Paquetería Empresarial".

Dicha resolución de la CNMC sanciona a diez empresas de mensajería y paquetería empresarial por infracciones muy graves de los artículos 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistentes en pactos de no agresión entre las diferentes empresas, entre las que se encuentran las aquí recurrentes, Tourline (en su pacto con ICS) a la que se impone una multa de 3.148.845 euros, y la entidad << CTT Correios de Portugal, SA , a la que se declara responsable solidaria.

### SEGUNDO.-La Sentencia impugnada y los términos del debate.

Los fundamentos jurídicos en los que la sentencia de instancia sustenta su criterio favorable a la desestimación del recurso contencioso deducido por "Tourline Express Mensajería" y "CTT Correios de Portugal, S.A" se exponen a lo largo de los fundamentos jurídicos sexto a decimocuarto de la Sentencia, y, por lo que ahora interesa, cabe transcribir los razonamientos de los FFJJ 8º a 11º en los que se aborda la cuestión que es objeto de debate en casación.

La mencionada Sala razonó en los siguientes términos:

"OCTAVO.- La entidad recurrente considera que los supuestos pactos de no agresión en realidad serían restricciones accesorias a la operación principal realizada en el marco del régimen de prestación de servicios entre ambas. Insiste en que no ha pactado ninguna restricción con ICS y en cualquier caso esta sería accesorias.

El argumento no puede prosperar.



El apartado 29 de la Directrices Generales relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, refiere el concepto de restricciones accesorias a aquella restricción que esté directamente relacionada con la realización de una operación principal no restrictiva, siempre que sea necesaria y proporcionada a la misma. Siguen las Directrices Generales explicando que *"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"*.

La necesidad de la restricción tiene lugar cuando sea imposible llevar a cabo la operación principal sin la restricción en cuestión.

En el presente caso, el pacto de no agresión entre TOURLINE e ICS no es necesario en el sentido de indispensable para la viabilidad de la relación de prestación de servicios que mantienen; TOURLINE no ha acreditado por qué deben de ser protegidos todos sus clientes respecto de ICS, en virtud del acuerdo de prestación de determinados servicios que mantienen pues este no tiene por objeto todos sus clientes y de ser necesario ese pacto estaría recogido en el acuerdo con ICS y no sería un pacto verbal.

Ninguno de los dos y en particular TOURLINE, explica por qué no pueden ofertar a un cliente de la otra parte que esta haya obtenido en virtud de su propia política comercial y esto excluye que esa restricción sea accesorio, en realidad es ajena a la relación lícita que mantienen y tampoco es proporcionada.

NOVENO.- Sostiene la recurrente que de haber existido un pacto recíproco de clientes con ICS estaría cubierto por el Reglamento de exención de Acuerdos Verticales.

Este argumento no puede prosperar.

La conducta sancionada es ajena a la relación vertical entre TOURLINE e ICS que la resolución recurrida en ningún momento ha cuestionado. Lo que se sanciona es el pacto recíproco de no agresión, de respeto de clientes entre ambas y en cuya virtud ni TOURLINE ni ICS puede formular ofertas a los clientes del otro incluyendo los clientes ajenos a la relación de servicios entre ambos.

Además, el art. 2.4 del Reglamento 330/2010 de la Comisión, de Exención por categorías, no se aplica a las relaciones entre competidores de carácter recíproco ni a las relaciones entre competidores no recíprocas salvo que *"el proveedor sea un prestador de servicios en distintos niveles de actividad comercial y el comprador suministre sus bienes y servicios en el nivel minorista y no es una empresa competidora en el nivel comercial en el que compra los servicios contractuales"*.

Y aun cuando se entendiera que el pacto se enmarca en el seno de la relación vertical e integra una restricción grave de la competencia tampoco concurren los supuestos del artículo 4.b) del Reglamento UE 330/2010 para obtener el beneficio de la exención porque:

TOURLINE no ha establecido en España ni en los acuerdos con ICS sistemas de distribución exclusiva, por territorios o tipologías de clientes.

No se da la segunda excepción, porque ICS opera en el ámbito minorista, no el mayorista

Tampoco se da la tercera excepción, porque TOURLINE no ha establecido un sistema de distribución selectiva en España.

No se da la cuarta excepción, porque aquí 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. 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, como aquí sucede, serían un acuerdo horizontal de reparto de mercado.

DÉCIMO.- Sostiene la actora que de acreditarse un acuerdo de respeto recíproco de clientes cumpliría todas las condiciones del art. 1.3 LDC y 101.3 del TFUE.

Ahora bien, no aprecia la Sala que el pacto de no agresión contribuya a mejorar la producción o comercialización de los bienes o servicios ofertados y tampoco concurren conjuntamente las tres condiciones siguientes:

a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.

b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.



A su juicio, los acuerdos entre Tourline e ICS generan un aumento de la capilaridad de las redes y un uso más eficiente de las mismas, lo cual permite a su vez aumentar el volumen de facturación y reducir el coste unitario por envío, así como una mejora del nivel de servicio y atención que prestan a sus respectivos clientes.

Sin embargo, con independencia de que esos efectos a los que alude la actora no se han acreditado lo que sí reduce el pacto es la incertidumbre entre TOURLINE e ICS al asumir el respeto de sus clientes recíprocos y la posibilidad de esos clientes de recibir ofertas de todos los operadores por lo que desde el punto de vista de la libre competencia no advertimos eficiencia alguna.

DÉCIMOPRIMERO.- A continuación, afirma la actora que si el eventual acuerdo de respeto recíproco de clientes entre TOURLINE 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 TOURLINE 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 TOURLINE 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 el contrato suscrito y sin embargo se mantuvieron en vigor durante un largo periodo de tiempo.

Por otro lado, puede afirmarse que la estructura del mercado de mensajería y paquetería empresarial es muy competitiva y por ello poco consistente con la presencia de un cártel. Pudiera también resultar contrario a la lógica económica la coexistencia de 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 TOURLINE 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."

### **TERCERO.-Posición de las partes procesales.**

Las sociedades mercantiles recurrentes invocan la infracción del artículo 2.4 del Reglamento 330/2010, de la Comisión, de 2 de abril, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3º TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. Aducen que la CNMC descarta la aplicación del Reglamento de Exención y califica automáticamente la conducta como infracción por objeto sin evaluar su grado de nocividad, como exige la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, violando con ello esa jurisprudencia y los artículos 101 TFUE y el artículo 1 LDC. Razona que la sentencia de la Audiencia Nacional recurrida considera que el Reglamento de Exención no es aplicable a la conducta sancionada porque se enmarca en la relación horizontal existente entre ICS y Tourline, que son competidores en el mercado de servicios minoristas de paquetería y mensajería empresarial, conclusión que, en su parecer, no es conforme con el art. 2.4 del citado Reglamento que prevé la posibilidad de eximir los acuerdos verticales entre empresas que sean competidoras en el plano minorista y no excluye del beneficio de la exención ningún aspecto del acuerdo siempre y cuando se cumplan las condiciones previstas en el mismo. Afirma que con ello la Sentencia impugnada impone una interpretación restrictiva del art. 2.4 del Reglamento de Exención que desconoce la dinámica propia de las relaciones verticales a las que debe aplicarse ese precepto.

A este respecto destaca que la conducta sancionada es inherente a la relación vertical existente entre Tourline e ICS. Por un lado, ICS subcontractaba los servicios de Tourline para servicios fuera de Madrid (debido que su red se limitaba a Madrid, tal y como reconoce la Sentencia recurrida) y por ello la abstención por parte de Tourline de realizar ofertas a los clientes a los que tenía acceso a través de ICS era proporcional y justificada y, por otro, la supuesta inhibición por parte ICS respecto de los clientes de Tourline no formaba parte de ningún



acuerdo y se trataba de una conducta unilateral cuyo objetivo era el mantenimiento de buenas relaciones con Tourline en el marco de su relación vertical.

La conclusión alcanzada por la sentencia recurrida es errónea, en su opinión. En primer lugar, porque está obviando las características concretas de la relación entre Tourline e ICS. Así, y a pesar de que ICS también prestaba algunos servicios (aunque limitados y puntuales) a Tourline y podía tener acceso a información relevante con impacto en los clientes de Tourline, entre ambas empresas no había ningún acuerdo por el que ICS estuviera obligada a respetar los clientes de Tourline. Además, la Sentencia recurrida ignora que ICS a lo largo del procedimiento administrativo ha reconocido que su abstención respecto de algunos de los clientes de Tourline no responde a un acuerdo entre ambas empresas, sino que se trata de una decisión unilateral justificada en la voluntad de mantener buenas relaciones comerciales con Tourline. De este modo, es posible concluir que entre Tourline e ICS no existía un pacto de no agresión para respetarse mutuamente la totalidad de sus clientes y que simplemente se trata de un " *acuerdo vertical no recíproco*" en el sentido del art. 2.4 del Reglamento de Exención.

Considera la parte recurrente que la resolución sancionadora basa sus conclusiones en la limitada prueba existente en el expediente en contra de Tourline (cuatro emails) e ignora las explicaciones expuestas por ICS sobre su inhibición respecto de los clientes de Tourline, todo lo cual vendría a confirmar que Tourline era ajeno a la conducta de ICS, que en ningún caso existía un pacto recíproco o de respeto de clientes y que las comunicaciones y conductas de Tourline e ICS se encuentran plenamente justificadas en virtud de la relación comercial de carácter vertical que ambas empresas mantenían.

Continúa su alegato indicando que ni la CNMC ni la Sentencia impugnada cumplen con el estándar de prueba que exige la jurisprudencia nacional y europea para concluir que una determinada conducta constituye una restricción por objeto. Concretamente, sostiene que no existe un acervo sólido y fiable de experiencia que permita concluir que la conducta de Tourline e ICS constituye una restricción por objeto, en línea con lo exigido por los tribunales europeos.

Y concluye solicitando a la Sala que fije como doctrina que debe establecerse en interpretación del artículo 2.4 del Reglamento de Exención y de los artículos 1 LDC y 101 TFUE y la jurisprudencia del TJUE es que una cláusula de no competencia concluida entre dos empresas competidoras en el contexto de una subcontratación de servicios debe interpretarse como un acuerdo accesorio a la relación principal de carácter vertical y que, por lo tanto, queda cubierto por dicho art. 2.4 del Reglamento de Exención. Adicionalmente, cualquier conducta que exceda lo permitido por el Reglamento de Exención no puede calificarse de manera automática como una restricción de la competencia por objeto, siendo para ello será necesario contar un acervo de experiencia sólido y fiable y, en ausencia de este, la autoridad de competencia tendrá que demostrar que la conducta tiene el grado suficiente de nocividad para la competencia como para constituir una restricción por objeto.

Por su parte, el Abogado del Estado opone en primer término la causa de inadmisión del recurso de casación por la incongruencia por exceso en la sentencia recurrida, en la medida que se pronuncia sobre temas o cuestiones no debatidas oportunamente en el proceso, que afecta al principio de contradicción en relación al derecho de defensa y a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

En cuanto al fondo, se opone al recurso de casación. Tras recordar el marco normativo y señalar que los hechos probados no pueden ser objeto de revisión a través del recurso de casación, indica que no se sancionan las restricciones impuestas por el comercializador sobre el que realiza el servicio, el subcontratado, en relación con el cliente objeto de la subcontratación. Éstas serían restricciones accesorias lícitas desde la perspectiva del derecho de la competencia en la medida en que son indispensables para la realización de la operación principal (la lícita subcontratación). Se consideran indispensables porque, si el comercializador no pudiera proteger a los clientes que pone a disposición del subcontratado, posiblemente no subcontrataría el servicio, generando ineficiencias. Al ser indispensables, estar justificadas y ser proporcionadas (sólo protegen a los clientes del comercializador objeto de la subcontratación de las ofensivas comerciales del subcontratado), se "toleran".

Lo que sí se sanciona son las restricciones ocultas que: (1) son bilaterales (esto es, protegen también de las ofensivas comerciales del comercializador a los clientes del subcontratado) (2) y abarcan clientes ajenos a la subcontratación.

Sostiene dicha representación que al ser el pacto anticompetitivo accesorio de la operación principal -la lícita contratación de Tourline por ICS- la conducta sancionada es ajena a la relación vertical entre Tourline e ICS, y lo restrictivo de la competencia es el pacto recíproco de no agresión, de respeto de clientes entre ambas y en cuya virtud ni TOURLINE ni ICS puede formular ofertas a los clientes del otro incluyendo los clientes ajenos a la relación de servicios entre ambos.





El requisito de que la restricción accesoria sea necesaria objetivamente y proporcionada en el sentido de imprescindible - pues, en su criterio, sería imposible realizar la operación vertical lícita sin ella- es examinado por la resolución de la CNMC y la sentencia recurrida lo confirma señalando:

"En el presente caso, el pacto de no agresión entre Tourline e ICS no es necesario en el sentido de indispensable para la viabilidad de la relación de prestación de servicios que mantienen; Tourline no ha acreditado por qué deben de ser protegidos todos sus clientes respecto de ICS, en virtud del acuerdo de prestación de determinados servicios que mantienen pues este no tiene por objeto todos sus clientes y de ser necesario ese pacto estaría recogido en el acuerdo con ICS y no sería un pacto verbal.

Ninguno de los dos y en particular Tourline, explica por qué no pueden ofertar a un cliente de la otra parte que esta haya obtenido en virtud de su propia política comercial y esto excluye que esa restricción sea accesoria, en realidad es ajena a la relación lícita que mantienen y tampoco es proporcionada."

Ni siquiera se prueba ni se alega que esa operación principal no prohibida hubiera sido más difícilmente realizable o menos rentable sin el concurso del pacto secreto y mutuo de no agresión.

Añade a lo anterior que en la resolución sancionadora se ha procedido a la realización del análisis imprescindible para demostrar en qué modo la presunta restricción derivada del acuerdo de reparto de clientela o pacto de no agresión entre competidores tiene un grado de nocividad suficiente como para ser calificado como una restricción de la competencia por su propio objeto contrario al artículo 1 LDC y 101 TFUE, en los términos de la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Supremo.

Sostiene que se ha realizado el análisis del contexto económico y jurídico en el que se inscribe el acuerdo, la naturaleza de los bienes y servicios afectados, las condiciones reales del funcionamiento y la estructura del mercado, tanto de producto como geográfico, que lleva a concluir que se valoran el carácter anticompetitivo del acuerdo tras una evaluación objetiva y rigurosa de las condiciones y circunstancias en que se producen las prácticas colusorias.

Indica que el pacto recíproco de clientes entre Tourline e ICS no está cubierto por el Reglamento de Exención de acuerdos verticales y prácticas concertadas, y la exención que se contempla en ese caso alcanza solo a las relaciones verticales y a los acuerdos adoptados en el marco de dichas relaciones, pero no al acuerdo que se sanciona, adoptado entre operadores del mismo mercado minorista que tienen por objeto un reparto de clientes, y que suponen una restricción de la competencia.

Y es que el análisis de las restricciones verticales y las posibles exenciones a la aplicación del artículo 101 derivadas de la aplicación del RECAV se enfrentan a la circunstancia ineludible 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.

Por último, y como se considera que las restricciones de competencia sancionadas son separables e independientes de la relación subyacente-principal-lícita-vertical que mantiene Tourline con ICS, no se trata solamente de que suponen una cooperación horizontal sino que esa cooperación es autónoma y oculta a la cooperación vertical respecto de la cual no existe restricción vertical alguna contraria a la prohibición del artículo 1 TFUE y artículo 1 LDC, en el sentido del RECAV.

#### **CUARTO.- La cuestión que reviste interés casacional.**

El Auto de la Sección Primera de 25 de mayo de 2023 que admitió a trámite el recurso de casación declaró que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en interpretar el artículo 2.4 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 (actual artículo 2.4 del Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión, de 10 de mayo de 2022), a fin de determinar si el pacto recíproco de clientes entre Tourline con ICS quedaría cubierto por el Reglamento de exención de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

Y se indica que las normas que, en principio serán objeto de interpretación son los artículos 2.4 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 concertada (actual artículo 2.4 del Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión, de 10 de mayo de 2022), sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras cuestiones o normas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso.

#### **QUINTO.- De la objeción de inadmisión del recurso.**



Procede rechazar de forma previa la causa de inadmisión del recurso de casación objetada por el Abogado del Estado, que se sustenta en la supuesta incongruencia *ex tra petita* de la Sentencia impugnada. En la tesis defendida por el representante de la Administración procede la inadmisión del recurso de casación por cuanto se basa en un pronunciamiento de la Sala de la Audiencia Nacional sobre el encaje o no de la conducta sancionada en el artículo 2.4 del Reglamento 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril, siendo esta cuestión totalmente ajena al debate procesal como se desprende -según afirma- del contenido de los escritos procesales presentados en la instancia. Y a partir de tal pronunciamiento extraño al debate, se articula el presente recurso de casación, que deviene así inviable.

Alegato que no puede ser acogido por cuanto la sentencia impugnada aborda la cuestión relativa a la aplicabilidad del mencionado Reglamento en atención a los diferentes planteamientos de las partes procesales y lo hace de forma coherente y congruente, llevando a cabo un examen minucioso y pormenorizado de la cuestión litigiosa y emitiendo una respuesta lógica y exhaustiva que en modo alguno desborda los límites de la congruencia procesal. Por ende, el óbice formal alegado sobre la supuesta incongruencia en exceso de la sentencia carece de fundamento y determina la desestimación de la alegación sobre la inadmisibilidad del recurso de casación.

#### **SEXTO.- Marco Normativo. La posición de la Sala.**

El artículo 2.4 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 concertada (actual artículo 2.4 del Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión, de 10 de mayo de 2022), dispone:

[...] 4.La exención prevista en el apartado 1 no se aplicará a los acuerdos verticales suscritos entre empresas competidoras. No obstante, se aplicará cuando empresas competidoras suscriban un acuerdo vertical no recíproco y: a) el proveedor sea un fabricante y un distribuidor de bienes y el comprador sea un distribuidor y no una empresa competidora en el plano de fabricación o b) el proveedor sea un prestador de servicios en distintos niveles de actividad comercial y el comprador suministre sus bienes y servicios en el nivel minorista y no es una empresa competidora en el nivel comercial en el que compra los servicios contractuales.

Como vemos, lo que contempla este precepto es que dos empresas competidoras puedan adoptar un acuerdo de carácter vertical y que este acuerdo pueda no tener la consideración de contrario o restrictivo de las normas que regulan la competencia. Entre los acuerdos verticales que vinculan a dos empresas, caben aquellos por los que una empresa presta sus servicios a otra que actúa en el mismo mercado, pero que por diferentes razones carecen de capacidad suficiente para prestar sus servicios en una parte del mercado. Se trata así de empresas competidoras que intervienen en el mismo mercado y que, en determinados casos, resulta necesario incluir restricciones a fin de proteger la acción principal, siendo así que una restricción de este tipo se considera justificada en cuanto obedece a la finalidad de evitar que el proveedor del servicio pueda obtener un aprovechamiento utilizando la información que obtiene a través de su relación contractual.

En el supuesto objeto del recurso la conducta examinada se desarrolla en el mercado de la mensajería y paquetería empresarial y se inicia en un contexto de relaciones de colaboración, subcontratación o prestación de servicios. No cabe duda de que las relaciones de colaboración o prestación de servicios de mensajería no presentan objeción desde la perspectiva del derecho de la competencia, siendo así que la conducta que se encuadra en el ilícito de la LDC se refiere a los llamados pactos de no agresión alcanzados entre las empresas fuera y al margen de la original relación de prestación de servicios.

Hemos de partir de los hechos declarados probados por la CNMC - y aceptados por la Audiencia Nacional- a través de la prueba practicada, hechos que han de respetarse en casación.

Vemos así que las empresas <<Tourline e ICS>> suscribieron un contrato de prestación de servicios el 1 de noviembre de 2011, por el que la primera se comprometía a prestar el servicio de recogida, transporte y entrega en destino de los envíos de sobres, paquetes o valijas entregados por ICS. En el seno de este contrato se incluyó una cláusula por la que Tourline se comprometía a no utilizar la información proporcionada por ICS en ejecución del contrato para fines comerciales y para conseguir nuevos clientes, ni a iniciar nuevas actividades comerciales, así como a abstenerse de contactar con los clientes de ICS para prestar los servicios objeto del contrato.

Se pueden considerar que estas previsiones son restricciones accesorias, en cuanto permiten y son en sí mismas necesarias e indispensables para la realización de la operación de subcontratación existente entre Tourline e ICS , y que por esta razón eluden la prohibición del artículo 101 TFUE . Se trata de restricciones accesorias que se encuentran directamente relacionadas y subordinadas a la operación principal, la indicada prestación de servicios y que pueden considerarse como objetivamente necesarias y proporcionadas, en el



sentido de que su no inclusión determinaría que aquella relación de prestación de determinados servicios de mensajería resultara de imposible o de difícil realización ( STGUE de 18 de septiembre de 2001, caso T 112/99) .Así lo reconoce la propia CNMC que distingue las lícitas relaciones de colaboración entre ICS y Tourline para el complemento de las redes de mensajería- subcontratación y prestación de servicios- en las que se incorporan las cláusulas de no competencia que no son cuestionadas por la Dirección de la Competencia, en cuanto se consideran restricciones accesorias.

No obstante, además de las reseñadas cláusulas de no competencia que figuran en el contrato y que tienen su ámbito en el propio desarrollo de la relación de colaboración, obran en autos determinadas actuaciones de las aludidas mercantiles, consistentes -básicamente- en conversaciones plasmadas en varios correos electrónicos en los que representantes de ambas empresas exigen el cumplimiento mutuo de un pacto de no agresión, que consiste en la prohibición de captar los clientes recíprocamente. Son tales pactos los que se consideran innecesarios en la relación de colaboración existente entre Tourline e ICS, en cuanto exceden de la misma, al incluir en tal prohibición no solo a aquellos clientes a los que se refiere la relación comercial inicial , sino a la totalidad de los clientes de una y otra empresa.

Los mensajes intercambiados entre directivos y empleados de las empresas se recogen en el apartado 4.1 de la resolución sancionadora de la CNMC. En dichas comunicaciones escritas se hace mención y se reconoce expresamente la realidad y vigencia de un pacto de no agresión referido a la imposibilidad de captar cualquier cliente entre ambas sociedades, o pacto de respeto a los clientes propios. Y no sólo recuerdan e invocan la existencia y vigencia de tales acuerdos, sino que solicitan la estricta observancia de sus términos.

Procede así deslindar los pactos o cláusulas que pueden encuadrarse en el marco de la relación proveedor-cliente existente entre las mencionadas empresas , en la que tiene su encaje la estipulación de prohibición de utilización de información derivada de las relaciones comerciales que vinculaba a ambas mercantiles, de aquellos otros acuerdos y conductas consistentes en la prohibición de no entablar ningún tipo de relación, contacto o de dirigir propuestas comerciales a ninguno de los clientes de la otra compañía, compromisos que comportan una clara limitación para la competencia en el mercado y que resultan ajenos a la dinámica y a la lógica económica de dicha relación comercial inicial . Tales acuerdos no pueden calificarse de restricciones accesorias por ser excesivas, innecesarias y superfluas para el normal desarrollo de la relación de cooperación lícita.

Existe conformidad entre las partes y así lo indican la CNMC y la Audiencia Nacional en que la cláusula contractual de no competencia unilateral suscrita en el seno del contrato de prestación de servicios -en el que Tourline prestaba servicios de courier a ICS- tenía por objeto la protección de clientes de ICS a los que Tourline tenía acceso en virtud del contrato. Y ambas partes consideran de forma coincidente - así lo razona la CNMC en su resolución- que la aludida cláusula obedece a la lógica económica y comercial del contrato, así como reconocen de igual forma que dicha restricción tiene el carácter de necesaria y proporcional para el en el contrato principal. Todo ello de forma acorde con lo dispuesto en el apartado 29 de las Directrices Generales relativas a la aplicación del apartado 3º del artículo 81 del Tratado que explica que el concepto de restricciones accesorias considerando como tales aquellas restricciones que estén directamente relacionadas con la realización de una operación principal no restrictiva , siempre que sea necesaria y proporcionada y que establece que una restricción esta directamente relacionada con la operación principal cuando está subordinada a su realización e indisolublemente ligada a la misma. En esa línea cabe citar la Sentencia del Tribunal General de 8 de noviembre de 2016 ( asunto T-472/13 Lundbeck/Comisión ) sobre el criterio y ámbito de enjuiciamiento de las restricciones accesorias y el doble examen sobre las restricciones del carácter necesario respecto a la operación principal y el análisis de si la restricción es objetivamente necesaria para la realización de la operación principal y si es proporcionada para ello.

El desacuerdo - y la conducta sancionada- no radica en el contenido de la aludida cláusula contractual, ni en la consideración de su bondad en el marco del contrato de prestación de servicios de courier. Lo que es objeto de sanción y de controversia es el pacto bilateral de no agresión que incluye el respeto mutuo y recíproco a los clientes propios de las compañías, su expansión - y exceso- a un ámbito extrínseco que desborda la propia relación vertical y que tiene por objeto restringir la capacidad de una empresa para realizar ofertas comerciales a los clientes de la otra empresa.

Y hace necesario insistir en los hechos acreditados. Y de lo actuado resulta que desde el año 2013 dirigentes y empleados de ambas empresas enviaron diferentes comunicaciones en las que se admite este pacto mutuo de no agresión que excluye la posibilidad de realizar cualquier proposición u oferta comercial por el hecho de ser cliente de alguna de estas compañías. Los pactos acreditados en el expediente tenían por objeto limitar la capacidad de las empresas de realizar ofertas comerciales de sus productos a todos los clientes como se pone de manifiesto en los correos del año 2013 obrantes en los folios nº 4576 y 4577 intercambiados entre <<ICS y Tourline >> en los que se reclama el respeto a los clientes de ambas compañías y en los que se llega



a indicar que <<no se ocurriría ofertar e intentar quitar a un cliente>>. Y esta actuación material no es, como sostiene la parte recurrente, una conducta unilateral o una abstención voluntaria de una parte, sino que refleja la realidad de un acuerdo entre empresas competidoras, Tourline e ICS, que desarrollan su actividad en el mismo mercado relevante de mensajería y paquetería empresarial en España, e implica un reparto de clientes entre ambas que conlleva una limitación de la capacidad de competir en relación a clientes de un diferente operador, actuación separable, independiente y autónoma de la inicial relación vertical .

Se trata de un acuerdo entre empresas que tiene por objeto el reparto de los clientes, de modo que no se les pueden formular ofertas comerciales a ningún cliente de la otra empresa, todo ello de forma ajena a la relación de servicios existente entre ambos. Y este pacto sobre la clientela constituye en sí mismo una grave restricción de la competencia por el objeto perjudicial para la competencia que incide negativamente en el juego de la competencia, sin necesidad de un examen de sus efectos.

En suma, se trata de un pacto bilateral de no agresión que no puede considerarse como una restricción necesaria en la lícita relación de colaboración entre competidores. Ni tampoco puede entenderse que es proporcional (como se razona en el apartado 4.2 de la resolución de la CNMC) y ciertamente constituye una verdadera restricción de la competencia por su objeto en cuanto excluye de la competencia a ciertos clientes de otro operador que no se encuentran vinculados al acuerdo de colaboración comercial que elimina la incertidumbre competitiva que rige entre las empresas.

Con arreglo a la jurisprudencia del TJUE y de esta Sala entre las que cabe citar las SSTS 20 de abril de 2021 ( RC 2681/2020), de 17 de septiembre de 2021 ( RC 5409/2020) y 1 de diciembre de 2021 ( RC 7267/2020) al tratarse de una infracción por objeto, consistente en el reparto del mercado, se desprende la existencia de un grado de nocividad sobre la competencia, siendo así que no resulta necesario acreditar el efecto que estos acuerdos tiene sobre la competencia.

En este sentido, la Sentencia del TGUE de 8 de septiembre de 2016, asunto T 472-2013 indica que algunos tipos de coordinación entre empresas revelan un grado de nocividad para la competencia suficiente para que pueda considerarse innecesario el examen de sus efectos. Dicha jurisprudencia atiende a la circunstancia de que determinadas formas de coordinación entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia ( sentencia de 11 de septiembre de 2014, CB/Comisión, C-67/13 P y de 14 de marzo de 2013, Allianz Hungária Biztosító y otros, C-32/11) De esa manera, se ha juzgado que algunos comportamientos colusorios, como los que llevan a la fijación horizontal de los precios por los carteles, o consistentes en excluir a ciertos competidores del mercado, pueden considerarse hasta tal punto aptos para generar efectos negativos, en especial en los precios, la cantidad o la calidad de los productos o los servicios, que cabe estimar innecesaria la demostración de que tienen efectos concretos en el mercado para aplicar el artículo 101 TFUE. En la misma línea, la STJUE de 11 de septiembre de 2014, asunto C-67/13, que reitera la jurisprudencia que declara que determinadas formas de coordinación entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia.

Y la Sentencia del TJUE de 20 de noviembre de 2008, asunto C-209/07, reitera que para apreciar si un acuerdo está prohibido por el artículo 81 CE, apartado 1, la toma en consideración de sus efectos concretos es superflua cuando resulta que éste tiene por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el interior del mercado ( sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64 y de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, C-105/04 P. Y refiere que a la distinción entre << infracciones por objeto>> y las infracciones por efecto >> reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas puede considerarse , por su propia naturaleza perjudiciales para el buen funcionamiento del juego sólo pertenecen a esta categoría los acuerdos que tengan por objeto la fijación de precios horizontal, la limitación de la producción o el reparto de los mercados, cuyos efectos anticompetitivos son tan evidentes que no requieren análisis económico ( apartado 22) Y concluye que este tipo de acuerdos choca manifiestamente con la concepción inherente a las disposiciones del Tratado CE relativas a la competencia, según la cual los operadores económicos deben determinar de forma independiente forma de coordinación que sustituya conscientemente la política que vayan a adoptar en el mercado. En efecto, el artículo 81, apartado 1º, prohíbe cualquier forma de cooperación que sustituya conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre empresarios.

Finalmente, en la STJUE de 14 de marzo de 2013, Asunto C-32/11, el Tribunal indica que para tener un objeto contrario a la competencia, basta con que el acuerdo pueda producir efectos negativos en la competencia, es decir, que sea concretamente apto para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado interior. La cuestión de si tal efecto se produce realmente, y en su caso, en qué medida, únicamente puede ser relevante para calcular el efecto de las multas y los derechos de indemnización por daños y perjuicios (sentencia T-Mobile Netherlands y otros, apartado 31).

**SÉPTIMO.- Sobre el motivo de casación relativo al test de nocividad.**

Considera la parte recurrente que la necesidad de llevar a cabo el mencionado test de nocividad deriva de la posibilidad de que conducta sancionada quede cubierta por el Reglamento de Exención y por la ausencia de un acervo sólido y fiable para calificar la conducta como una restricción por objeto. Y esta falta de prueba sería imprescindible- en su opinión- el demostrar que la conducta presenta un grado de nocividad suficiente, y analizar tanto la naturaleza de los servicios afectados, como la estructura y condiciones reales de funcionamiento del mercado pertinente. Y es por ello que concluye la parte que no es posible concluir que la conducta sancionada constituye una restricción por objeto y que no se ha demostrado que Tourline e ICS tenga un grado de nocividad suficiente para entender que su objeto es restringir la competencia, tal y como exige la jurisprudencia. Y concluye sobre la errónea interpretación de los arts 1 LDC y 101 TFUE pues no puede presumirse que todas las conductas que no cumplen las condiciones para beneficiarse de las exenciones previstas en el Reglamento citado, estén incluidas en el artículo 101 TFUE, que es lo que entiende la Sentencia recurrida.

La tesis no puede prosperar. En primer término, por cuanto frente a lo afirmado, existe una prueba suficiente y sólida sobre la realidad de los acuerdos y pactos de no agresión, conjunto probatorio que se expresa en la resolución sancionadora y que consiste en las conversaciones y correos escritos intercambiados entre directivos y empleados de las citadas empresas competidoras de los que no deriva una situación unilateral de cortesía o tolerancia, sino que en ellos se admite abiertamente la existencia de los acuerdos bilaterales de respeto recíproco de los clientes y en los que se reivindica y se requiere el cumplimiento de dichos pactos que, según hemos razonado, van más allá de lo que constituye propiamente la relación de colaboración, pues se enmarca en la relación horizontal existente entre ambas, competidoras en el mercado de servicios minoristas de paquetería y mensajería empresarial. Y tal realidad acreditada a través del material probatorio es la que debemos considerar en casación.

En segundo lugar, por cuanto la conducta enjuiciada no solo no puede beneficiarse de la exención del Reglamento, por tratarse de pactos que exceden el ámbito inicial de dicha relación, sino que constituye por si misma una actuación coordinada entre empresas competidoras con el objetivo de reparto de todos los clientes, que ha de considerarse como un cartel para el reparto del mercado.

Y, en tercer lugar, respecto a la necesidad de aplicar en este caso el test de nocividad, es claro que el alegato se sustenta en la negación de la calificación de la infracción por objeto, cuando lo que se ha justificado es la existencia de un comportamiento colusorio particularmente dañino para competencia, como es un cartel horizontal para el reparto del mercado ( de los clientes) imputable a las recurrentes .

Cabe recordar no solo la jurisprudencia de esta Sala antes reseñada, sino también la reciente Sentencia del TJUE (Gran Sala) dictada en el asunto C-333/21, sobre la Superliga europea, en la que el Tribunal se pronuncia sobre diversos aspectos relevantes, que cabe destacar varios de sus apartados, referidos a la determinación de la existencia de un comportamiento que tiene por "objeto" impedir, restringir o falsear la competencia:

*161 Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, tal como se ha recapitulado, en particular, en las sentencias de 23 de enero de 2018, F. Hoffmann-La Roche y otros (C-179/16 ) y de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros (C- 307/18 si bien el concepto de "objeto" contrario a la competencia no constituye, como se desprende de los apartados 158 y 159 de la presente sentencia, una excepción respecto del concepto de "efecto" contrario a la competencia, debe interpretarse de manera estricta.*

*162 De este modo, debe entenderse que este concepto se refiere exclusivamente a ciertos tipos de coordinación entre empresas que revelen un grado de nocividad para la competencia suficiente para que se pueda considerar innecesario el examen de sus efectos. Determinadas formas de coordinación entre empresas pueden considerarse, en efecto, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia [ sentencias de 30 de junio de 1966, LTM, 56/65, de 23 de enero de 2018, F. Hoffmann-La Roche y otros, C-179/16 y de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros, C-307/19 ].*

*163 Entre los tipos de comportamiento que merecen tal calificación se encuentran, en primer lugar, ciertos comportamientos colusorios particularmente nocivos para la competencia, como los cárteles horizontales que llevan a la fijación de precios, a la limitación de las capacidades de producción o al reparto de clientes. En efecto, comportamientos de este tipo pueden dar lugar a un incremento de los precios o a una reducción de la producción y, en consecuencia, de la oferta, lo que conduce a una deficiente utilización de los recursos en perjuicio de las empresas usuarias y de los consumidores ( sentencias de 20 de noviembre de 2008, Beef Industry Development Society y Barry Brothers, C-209/07 , de 11 de septiembre de 2014, CB/Comisión, C-67/13 P y de 16 de julio de 2015, ING Pensii, C-172/14 ).*



164 Sin ser necesariamente tan nocivos para la competencia, existen otros tipos de comportamiento de los que puede considerarse, en determinados casos, que tienen un objeto contrario a la competencia. Así sucede, en particular, con determinados tipos de acuerdos horizontales diferentes de los cárteles, por ejemplo, aquellos que llevan a la exclusión de empresas competidoras del mercado [ sentencias de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros, C-307/18 y de 25 de marzo de 2021, Lundbeck/Comisión, C-591/16 P, o de determinados tipos de decisiones de asociaciones de empresas ( sentencia de 27 de enero de 1987, Verband der Sachversicherer/Comisión, 45/85 ).

165 Para apreciar, en un determinado caso, si un acuerdo, una decisión de una asociación de empresas o una práctica concertada tiene, por su propia naturaleza, un grado de nocividad para la competencia suficiente para considerar que tiene por objeto impedir, restringir o falsear la competencia, es preciso examinar, en primer término, el contenido del acuerdo, de la decisión o de la práctica en cuestión; en segundo término, el contexto económico y jurídico en el que se inscribe, y, en tercer término, los fines que pretende alcanzar ( sentencias de 11 de septiembre de 2014, CB/Comisión, C-67/13 P , y de 23 de enero de 2018, F. Hoffmann-La Roche y otros, C-179/16 ).

166 A este respecto, de entrada, y por lo que se refiere al contexto económico y jurídico en el que se inscribe el comportamiento en cuestión, debe tomarse en consideración la naturaleza de los bienes o servicios afectados, así como las condiciones reales que caracterizan el funcionamiento y la estructura de los sectores o mercados pertinentes ( sentencias de 11 de septiembre de 2014, CB/Comisión, C-67/13 y de 23 de enero de 2018, F. Hoffmann-La Roche y otros, C- 179/16 ). En cambio, no resulta en absoluto necesario analizar y, con mayor razón, demostrar los efectos de este comportamiento sobre la competencia, ya sean estos reales o potenciales y negativos o positivos, como se desprende de la jurisprudencia citada en los apartados 158 y 159 de la presente sentencia.

167 A continuación, y en lo tocante a los fines perseguidos por el comportamiento en cuestión, es preciso identificar los fines objetivos sobre la competencia que se pretenden alcanzar con ese comportamiento. En cambio, la circunstancia de que las empresas implicadas hayan actuado sin tener la intención subjetiva de impedir, restringir o falsear la competencia y el hecho de que hayan perseguido determinados objetivos legítimos carecen de relevancia a efectos de la aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1 (véanse, en este sentido, las sentencias de 6 de abril de 2006, General Motors/Comisión, C-551/03 P y jurisprudencia citada, y de 20 de noviembre de 2008, Beef Industry Development Society y Barry Brothers, C- 209/07).

168 Por último, el análisis del conjunto de elementos mencionados en los tres apartados anteriores de la presente sentencia debe, en cualquier caso, poner de manifiesto las razones precisas por las que el comportamiento en cuestión tiene un grado de nocividad para la competencia que justifique considerar que tiene por objeto impedir, restringir o falsear la competencia ( sentencia de 11 de septiembre de 2014, CB/Comisión, C-67/13 P ).

Con arreglo a la anterior jurisprudencia, reiteramos que lo que se enjuicia en el presente supuesto es una actuación concertada entre dos empresas competidoras que, al margen de una relación de colaboración lícita, acuerdan no captar ni dirigir ofertas o propuestas comerciales de sus productos a los clientes de la parte contraria y en definitiva, pactan el reparto de la clientela. El comportamiento descrito, un cártel horizontal que lleva a la reparto de clientes, ha de considerarse como una restricción por su objeto, que presenta por sí un potencial de distorsión de la competencia y una aptitud de generar efectos negativos sobre la misma, que hace innecesario un examen de sus efectos, pues se trata de una forma de coordinación por su propia naturaleza perjudicial para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia y pueden dar lugar a una reducción de precios , de la producción y en fin, una reducción de la oferta que implica una deficiente utilización de los recursos en perjuicio de las empresas usuarias y de los consumidores . El análisis del tipo de coordinación entre ICS y Tourline revela per se un grado suficiente de nocividad para la competencia que determina que no sea necesario el examen de sus efectos para comprobar si concurren los factores que justifiquen que la competencia ha resultado restringida o falseada de forma sensible.

Empero , la CNMC adiciona en su resolución un razonamiento que versa sobre los efectos del acuerdo de no agresión en el mercado, con el examen de los efectos reales y concretos sobre los clientes afectados que no pueden acceder a las ofertas de un operador en el mercado, que supone asimismo la eliminación de la incertidumbre de las empresas, particularmente, en el diseño de su estrategia comercial. Y razona que el pacto es perjudicial para la competencia tras considerar su contenido, las específicas condiciones y circunstancias concurrentes, el contexto en el que surge, la naturaleza de los bienes y servicios afectados tal como se colige de los apartados 3º, 4º y 5º de la resolución, que contienen una valoración objetiva de las circunstancias en las que tiene lugar el comportamiento contrario a la competencia ex arts 1 LDC y 101 TFUE.

Se constata la comisión de una infracción por objeto, como es la actuación coordinada de dos empresas competidoras en el reparto de los clientes que, como hemos indicado, implica sin necesidad del examen



de sus efectos un perjuicio grave para la competencia, y se incorpora un razonamiento sobre los efectos altamente nocivos para la competencia de los acuerdos a partir de los datos obrantes en el expediente que refleja el carácter perjudicial del comportamiento colusorio como es el pacto de reparto de todos los clientes, incluidos aquellos que no se encuentran concernidos en la relación recíproca. Todo ello nos lleva a concluir que se valoran los efectos anticompetitivos y el carácter nocivo del acuerdo tras una evaluación objetiva y rigurosa de las condiciones y circunstancias en que se producen las prácticas colusorias. En fin, obran en el expediente que permite deducir junto a los demás factores considerados el carácter nocivo del pacto entre competidores que implicó un sistema de mutuo y recíproco reparto de clientes con la finalidad de reducir o eliminar la competencia que tiene por sí un grado suficiente de nocividad.

En fin, la conducta sancionada presenta un intenso grado de nocividad y aptitud para restringir la competencia por las razones que se exponen a lo largo de la resolución sancionadora de la CNMC - y en su apartado 4.5 - en el que se detallan los singulares efectos sobre clientes específicos, las limitaciones de las ofertas comerciales, la construcción de ámbitos de actuación libres de competencia y su impacto en el interés público, tratándose, en suma, de una cooperación de carácter horizontal entre empresas que pactan el reparto de clientes que encuentra su encaje en los aludidos preceptos.

#### **SÉPTIMO.- La respuesta a la cuestión de interés casacional.**

El artículo 2.4 del Reglamento 3030/2010, 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 ( actual artículo 2.4 del Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión de 10 de mayo de 2022) no es aplicable a los pactos recíprocos entre clientes como el acordado entre Tourline e ICS, ajenos a la relación vertical, que constituyen una restricción horizontal de reparto del mercado que tienen su encaje en el artículo 1 LDC y 81.1 TFUE.

#### **OCTAVO. Costas.**

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 94.3 y 139.1 LJCA, en cuanto a las costas del recurso de casación cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico sexto de esta sentencia:

1. NO HA LUGAR al recurso de casación **1981/2023** interpuesto por TOURLINE EXPRESS MENSAJERÍA S.L.U, y CTT CORREIOS DE PORTUGAL S.A, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 5 de diciembre de 2022 dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 248/2018.

2.- No se imponen las costas procesales derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.