

RESOLUCIÓN
(Expte. S/DC/0578/16 MENSAJERÍA Y PAQUETERÍA EMPRESARIAL)

SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

SECRETARIO

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Barcelona, a 8 de marzo de 2018

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha dictado esta Resolución en el expediente S/DC/0578/16 MENSAJERÍA Y PAQUETERÍA EMPRESARIAL, incoado el 22 de julio de 2016 por la Dirección de Competencia contra varias empresas, por supuestas infracciones del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989), del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), consistentes en una serie de acuerdos entre empresas competidoras destinados al reparto de clientes en el mercado español de la mensajería y paquetería empresarial.

ÍNDICE

I. ANTECEDENTES.....	5
II. LAS PARTES	16
III. ANÁLISIS DEL MERCADO AFECTADO	20
1. Marco normativo	20
2. Caracterización del mercado.....	23
IV. HECHOS ACREDITADOS	31
1. Introducción.....	31
2. Reparto de clientes entre CEX y otras empresas competidoras	35
2.1. Reparto de clientes entre CEX y GLS.....	36
2.2. Reparto de clientes entre CEX y REDYSER.....	43
2.3. Reparto de clientes entre CEX y FEDEX	47
3. Reparto de clientes entre MBE y otras empresas competidoras.....	48
3.1. Respeto de clientes entre MBE y UPS	50
3.2. Reparto de clientes entre MBE y TNT	55
3.3. Reparto de clientes entre MBE y FEDEX.....	59
3.4. Reparto de clientes entre MBE y CEX	66
4. Reparto de clientes entre ICS y otras empresas competidoras.....	69
4.1. Pacto de no agresión entre ICS y TOURLINE	69
4.2. Reparto de clientes entre ICS y CEX	72
4.3. Reparto de clientes entre ICS y DHL	75
FUNDAMENTOS DE DERECHO.....	78
PRIMERO. HABILITACIÓN COMPETENCIAL	78
SEGUNDO. OBJETO DE LA RESOLUCIÓN Y NORMATIVA APLICABLE ...	78
TERCERO. PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL ÓRGANO INSTRUCTOR	80
CUARTO. VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA.....	81
4.1. Delimitación de las prácticas restrictivas objeto del expediente.....	82
4.2. Doctrina de las restricciones accesorias.....	84
4.3. Análisis de las prácticas restrictivas objeto del expediente	89
4.3.1. Existencia de acuerdo entre competidores	90
4.3.2. Objeto restrictivo de los pactos de no agresión	91
4.3.3. Calificación de los pactos de no agresión como cártel.....	96

4.4. Valoración de la Sala del Consejo de cada uno de los cárteles. Individualización de las conductas, declaración de responsabilidad y duración	99
4.4.1. Cártel entre CEX y GLS	101
4.4.2. Cártel entre CEX y REDYSER	104
4.4.3. Cártel entre CEX y FEDEX	108
4.4.4. Cártel entre MBE y UPS	108
4.4.5. Cártel entre MBE y TNT	114
4.4.6. Cártel entre MBE y FEDEX	118
4.4.7. Cártel entre MBE y CEX	121
4.4.8. Cártel entre ICS y TOURLINE	124
4.4.9. Cártel entre ICS y CEX	126
4.4.10. Cártel entre ICS y DHL	129
4.5. Efectos	131
4.6. Análisis de la culpabilidad	134
4.7. Exención del pago de la multa a GLS y GLS, BV	134
QUINTO. RESPUESTA AL RESTO DE ALEGACIONES A LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN Y OTRAS CUESTIONES PLANTEADAS EN FASE DE RESOLUCIÓN	135
5.1. Caducidad del procedimiento	135
5.2. Validez de las inspecciones de CEX y MBE	137
5.3. Delimitación del mercado afectado	138
5.4. Vulneración de derechos de defensa	141
5.5. Vulneración del principio de presunción de inocencia	143
5.6. Las restricciones responden a una política unilateral de los revendedores y operadores independientes	148
5.7. Los pactos de no agresión constituyen restricciones accesorias a la relación principal subyacente	150
5.8. Carácter vertical de los acuerdos, aplicabilidad del REC y/o exención en virtud de los apartados 3 el artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE.	155
5.9. Conducta de menor importancia	160
5.10. Inaplicabilidad del artículo 101 del TFUE por falta de afectación del comercio entre los Estados miembros.	162
5.11. Consideraciones realizadas en los informes económicos presentados por las empresas	163
5.12. Incorrecta imputación a la matriz de la responsabilidad por la infracción de su filial	168

5.13. Sobre la no inclusión de la propuesta de sanción en la propuesta de resolución elaborada por la Dirección de Competencia.....	172
5.14. Solicitud de prueba	173
5.15. Solicitud de vista.....	175
5.16. Solicitud de confidencialidad	176
SEXTO. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN.....	176
6.1. Consideraciones previas	176
6.2. Respuesta a alegaciones relacionadas con la determinación de la sanción.....	177
6.3. Análisis de los criterios del artículo 64 de la LDC	179
6.4. Recapitulación	191
6.5. Exención del pago de la sanción a GLS	192
RESUELVE 192	
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.....	192
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.....	195
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.....	195
Quinto. Instar a la Dirección de Competencia para que vigile el cumplimiento íntegro de esta Resolución.....	195
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.....	195

I. ANTECEDENTES

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 (CNMC), a los efectos del artículo 65 de la LDC o, en su caso, del artículo 66 de la LDC, **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 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 (folios 1 al 29).

Esta solicitud de clemencia inicial fue completada el 18 de noviembre (folios 38 al 298) y el 9 de diciembre de 2014 (folios 299 a 329). Posteriormente, y a solicitud de la Dirección de Competencia, GLS, aportó aclaraciones respecto a la información aportada y presentó información adicional:

- Las aclaraciones fueron solicitadas por la Dirección de Competencia el 29 de mayo y el 27 de agosto de 2015 y aportadas respectivamente el 11 de junio (folios 335 a 351) y el 8 de septiembre de 2015 (folios 357 a 370).
 - El solicitante de clemencia presentó información adicional el 27 de enero (folios 494 a 496), el 1 de febrero (folios 497 a 500), el 3 de marzo (folios 503 a 506) y 28 de junio de 2016 (folios 3346 a 3347) y nuevamente el 9 de febrero de 2017 (folios 7269 a 7316), en contestación a la solicitud de aclaración de la Dirección de Competencia de 26 de enero de ese mismo año, relativa a la traducción de distintos documentos.
2. A la vista de la información recibida y de conformidad con el artículo 49.2 de la LDC, 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, en virtud del artículo 65.1.a) de la LDC, por haber sido la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la Dirección de Competencia, le permitía ordenar el desarrollo de una inspección en los términos establecidos en el artículo 27 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), en relación con el cártel descrito en la citada solicitud de exención.
 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 PAQUETERIA URGENTE, S.A. (en adelante 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

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 (folios 462 a 482). Contra dicha Resolución desestimatoria, CEX interpuso recurso contencioso-administrativo ordinario ante la Audiencia Nacional, pendiente de resolución en la fecha de adopción de esta resolución.

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 (folios 1643 a 1660), 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 remitidos y contestados en las fechas que se exponen a continuación:
 - Con fecha 21 de abril, se requirió información a FEDEX SPAIN, S.L. (FEDEX, folios 843 a 846), a GLS (folios 847 a 850) y a CEX (folios 853 a 856).

Tras las respectivas ampliaciones de plazo concedidas a las tres empresas se recibió su respuesta los días 10 (GLS, folios 1661 a 1706); 12 (CEX, folios 1707 a 2084) y 13 de mayo (FEDEX, folios 2085 a 2221), solicitando todas ellas confidencialidad y aportando versión censurada.

- Con fecha 18 de mayo, se requirió información a DHL EXPRESS MADRID SPAIN, S.L.U. (DHL, folios 2222 a 2225), TOURLINE EXPRESS MENSAJERIA, S.L.U. (TOURLINE, folios 2226 a 2229), UNITED PARCEL SERVICE ESPAÑA LTD Y COMPAÑIA SRC (UPS, folios 2230 a 2233) y a TNT EXPRESS WORLDWIDE SPAIN, S.L.U. (TNT, folios 2234 a 2237).

Las respuestas a dicho requerimiento fueron recibidas los días 30 de mayo (TNT, folios 2515 a 2541), 1 (TOURLINE, folios 2563 a 2640), 7 (DHL, folios 2641 a 2652) y 9 de junio (UPS, solicitando confidencialidad y aportando versión censurada, folios 2653 a 2686). Con fecha 27 de junio DHL subsanó su petición de confidencialidad (folios 2878 a 2908) completándola posteriormente el 11 de agosto (folios 3487 a 3504). El 13 de octubre TNT completó su respuesta al requerimiento de información formulado el 18 de mayo, solicitando confidencialidad y aportando versión censurada (folios 5960 a 6155).

- Con fecha 10 de junio, se requirió información a REDYSER, MBE e ICS, recibiendo su respuesta los días 23 (ICS, folios 2834 a 2857), 24 (MBE, folios 2858 a 2877) y 27 de junio (REDYSER folios 2909 a 3345) solicitando todos ellos confidencialidad y aportando versión censurada.
 - Por último, el 6 de julio de 2016 se requirió información a MENSYTRANS, S.A., que contestó el 15 de julio (folios 3359 a 3395).
7. Asimismo, en los meses de abril, mayo y julio de 2016, la Dirección de Competencia realizó las siguientes actuaciones de información reservada en relación con la documentación aportada por las empresas inspeccionadas y la solicitante de clemencia y el tratamiento confidencial de la misma:
- Con fecha 27 de abril, la Dirección de Competencia notificó a CEX la incorporación de la documentación recabada en la inspección realizada en su sede, concediéndole un plazo de 10 días para solicitar, en su caso, la confidencialidad de aquellos documentos que considerase oportunos, aportando las correspondientes versiones censuradas (folios 892 a 1495);
 - Con fecha 4 de mayo de 2016, MBE aportó determinada información que le había sido requerida durante la inspección realizada en su sede (folios 1548 a 1618);
 - Con fecha 14 de julio de 2016, la Dirección de Competencia acordó, por considerar que no eran relevantes de acuerdo con el objeto de la investigación, la devolución de determinados contratos aportados por las siguientes empresas: CEX, DHL, FEDEX, GLS, TNT, TOURLINE y UPS (folios 3352 a 3358).
8. El 22 de julio de 2016 la Dirección de Competencia, observando indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la LDC sobre la base de la información reservada realizada, de conformidad con el artículo 49.1 de la LDC, **acordó 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.
9. A partir de esa fecha, la Dirección de Competencia continuó realizando distintos **actos de instrucción**, entre los que deben citarse los siguientes:
- El 30 de agosto de 2016, se acordó la incorporación al expediente de determinada documentación, en formato papel y electrónico, recabada en las inspecciones realizadas en las sedes de REDYSER (folios 3512 a 3612), MBE (folios 3613 a 4491) e ICS (folios 4492 a 4651), acuerdo que fue notificado el mismo día a las referidas entidades concediéndoles un plazo de diez días para solicitar, en su caso, la confidencialidad de aquellos documentos que considerasen oportunos, aportando las correspondientes versiones censuradas.
- El 9 de septiembre de 2016, ICS y REDYSER solicitaron confidencialidad de los documentos recabados en las inspecciones de sus sedes, aportando versión censurada (folios 4704 a 4740 y 4743 a 4791, respectivamente). En el caso de ICS, la solicitud fue completada, previo requerimiento, el 14 de diciembre de 2016 (folios 6618 a 6638) y el 31 de enero de 2017 (folios 7164 a 7186). En lo que respecta a REDYSER, se complementó por escrito presentado el 8 de febrero de 2017 (folios 7217 a 7262). El 15 de septiembre de 2016, MBE solicitó confidencialidad de la documentación recabada en la inspección de su sede, aportando versión censurada (folios 4881 a 5850).
- El 17 de febrero de 2017, se acordó la devolución de determinada información a MBE por no ser relevante para el objeto del expediente.
 - En cuanto a GLS, el 10 de febrero de 2017 se le solicitó que justificase el carácter confidencial de los datos contenidos en la solicitud de exención y el 28 de febrero, tras ampliación de plazo concedida, se recibió contestación solicitando confidencialidad de parte de la citada documentación, la cual fue completada el 3 de marzo, aportando versiones censuradas. Tras el análisis de la citada solicitud, el 7 de marzo de 2017 se notificó a GLS el acuerdo por el que se aceptaba parcialmente la confidencialidad solicitada (folios 7832 a 7834).

10. Asimismo durante los meses de agosto, octubre y noviembre de 2016, la Dirección de Competencia realizó sucesivos **requerimientos de información** a distintas empresas que fueron remitidos y contestados en las fechas que se exponen a continuación:
- El 31 de agosto se requirió información a las empresas DIHEGAR MENSAJERIA 2013 (folios 4652 a 4653), S.L.U., FUTURAKUL, S.L. (folios 4657 a 4658) y DUE LOGISTICA, ALMACENAJE Y TRANSPORTE 2007, S.L. (DUE, folios 4662 a 4663). El 14 de septiembre de 2016 se recibieron las respuestas de DUE (folios 4792 a 4858) y FUTURAKUL (folios 4859 a 4880) a los requerimientos realizados.
 - El 10 de octubre se requirió información a TNT HOLDINGS LUXEMBOURG SARL (folios 5890 a 5892), FEDERAL EXPRESS CORPORATION (folios 5894 a 5896) y GLS BV. El 27 de octubre se recibieron las contestaciones de FEDERAL EXPRESS CORPORATION (folios 6272 a 6294) y TNT HOLDINGS LUXEMBOURG, SARL (folios 6295 a 6306), solicitando ambas confidenciales y aportando versiones censuradas. El 28 de octubre de 2016 se recibió respuesta de GLS, BV (folios 6307 a 6314). Y el 7 de diciembre (folios 6615 y 6616) dio respuesta a la solicitud de confidencialidad, enviando versión no confidencial.
 - El 11 de octubre se requirió información a CTT-CORREIOS DE PORTUGAL, S.A. (folios 5933 a 5935) y a DHL EXPRESS IBERIA, S.L.U. (folios de 5937 a 5939). El 28 de octubre de 2016 contestó DHL EXPRESS IBERIA, S.L.U. (folios 6315 a 6326), solicitando confidencialidad, presentando ésta última versión censurada. El 31 de octubre se recibió respuesta de CTT-CORREIOS DE PORTUGAL, S.A. (folios 6327 a 6339).
 - El 17 de octubre se requirió información a MBE WORLDWIDE, SPA (folios de 6182 a 6184) y a TOTALICS, S.L. (folios de 6188 a 6190). El 27 de octubre de 2016 se recibió escrito de ICS en respuesta al requerimiento de información realizado a su matriz TOTALICS, S.L. (folios 6260 a 6263). El 4 de noviembre se recibió respuesta de MBE WORLDWIDE, SPA (folios 6347 a 6364), solicitando confidencialidad y aportando versión censurada.
 - El 25 de octubre se requirió información a SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. (folio 6251), que contestó el 14 de noviembre (folios 6424 a 6455), solicitando confidencialidad y aportando versión censurada.
 - El 18 de noviembre se solicitó información a UNITED PARCEL SERVICE ESPAÑA LTD (folios de 6477 a 6481) y a ICS (folios 6483 a 6486), recibiendo sus contestaciones el 1 (ICS, folios 6559 a 6579) y el 15 de

diciembre (UNITED PARCEL SERVICE ESPAÑA LTD, folios 6655 a 6670), solicitando ambas confidenciales y aportando versión censurada.

- Por último, el 23 de noviembre se requirió información a MBE, que contestó el 28 de noviembre (folios 6509 a 6550), solicitando confidencialidad y aportando versión censurada.
11. Durante la instrucción de expediente y con carácter previo a la notificación del Pliego de Concreción de Hechos, las siguientes empresas presentaron escritos de alegaciones:
- El 4 de octubre de 2016, DHL presentó un escrito de alegaciones relativo a su relación contractual con ICS, solicitando su confidencialidad excepto para ICS (folios 5875 a 5885), que fue completado el 4 de noviembre (folios 6365 a 6387) y posteriormente el 26 de abril de 2017 (folios 8170 a 8178). La confidencialidad fue concedida mediante acuerdo de 28 de abril de 2017 -folio 8194-).
 - El 4 de abril de 2017, UPS presentó un escrito de alegaciones sobre la naturaleza de su relación con MBE, del que solicitó confidencialidad y aportó versión censurada (folios 7946 a 8169). A la vista de dicho escrito, el 6 de abril de 2017, la Dirección de Competencia le requirió información sobre los contratos celebrados por UPS con MBE y sus franquiciados, que fue contestada el 26 de abril de 2017.
12. El 10 de febrero de 2017, se requirió a GLS la justificación del carácter confidencial de los datos contenidos en su solicitud de exención. El 28 de febrero, tras ampliación de plazo concedida, GLS solicitó la confidencialidad parcial de la citada documentación, aportando el 3 de marzo versiones censuradas. Tras el análisis de la citada solicitud, el 7 de marzo de 2017 se notificó a GLS el acuerdo por el que se aceptaba parcialmente la confidencialidad solicitada (folios 7832 a 7834).
13. El 17 de mayo de 2017, la Dirección de Competencia notificó a las empresas incoadas el **Pliego de Concreción de Hechos** ("PCH", folios 8236-8358.4) indicando que, conforme al artículo 50.3 de la LDC podían acceder al expediente y contestar al PCH, proponiendo las pruebas que consideraran pertinentes en el plazo de 15 días conforme al artículo 35 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado mediante Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero ("RDC"). Igualmente, se les informó de que, de acuerdo con los artículos 50.3 de la LDC y 51.2 del RDC, tenían la posibilidad de acceder a los documentos que conforman la solicitud de clemencia presentada y que hasta ese momento formaba pieza separada especial de confidencialidad. No obstante, conforme a lo dispuesto en el artículo 51.3 del RDC, no podrían obtener copia de las declaraciones del solicitante de clemencia realizadas por éste de forma específica para su presentación en el ámbito de dicha solicitud.

Todas las notificaciones fueron debidamente recibidas excepto en el caso de GLS BV que, pese a su puesta a disposición mediante notificación

electrónica, no accedió dentro del plazo de 10 días naturales siguientes, entendiéndose rechazada, con los efectos previstos en los artículos 40.4 y 43.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

14. Tras la notificación del PCH las siguientes empresas accedieron al expediente, incluida la solicitud de clemencia: TNT, TNT HOLDINGS LUXEMBOURG SARL (18 y 29 de mayo, 15 de junio y 5 de julio), FEDEX y FEDERAL EXPRESS CORPORATION (18 y 29 de mayo, 15 de julio y 5 de julio), DHL y DHL EXPRESS IBERIA, S.L. (22 de mayo y 10 de julio), CEX y SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. (23 de mayo), REDYSER (23 de mayo), MBE y MBE WORLDWIDE SPA (24 de mayo), UPS y UNITED PARCEL SERVICE ESPAÑA LTD (25 de mayo y 5 de julio), TOURLINE (5 y 27 de junio) y GLS (8 y 20 de junio y 19 de julio con GLS BV).
15. Tras conceder una ampliación del plazo de 7 días a aquellas empresas con sede en el extranjero conforme al artículo 49 de la Ley 30/1992¹ (MBE WORLDWIDE SPA, FEDERAL EXPRESS CORPORATION, TNT HOLDINGS LUXEMBOURG SARL, y UNITED PARCEL SERVICE ESPAÑA LTD) y denegar las restantes ampliaciones de plazo solicitadas, la Dirección de Competencia recibió los siguientes escritos de **alegaciones al PCH** entre los días 2 y 19 de junio de 2017:
 - Escrito de DHL EXPRESS IBERIA, S.L. y DHL (folios 9554 y 9558-9592, respectivamente) solicitando confidencialidad y aportando versión censurada (folios 9593-9624).
 - Escrito de TNT (folios 9628-9679, junto con 10 anexos a efectos probatorios (folios 9729-9819), solicitando su confidencialidad y aportando versión censurada de las alegaciones (folios 9680-9728).
 - Escrito de FEDEX (folios 9824-9903) junto con 2 anexos a efectos probatorios (folios 9979-10139), solicitando confidencialidad y aportando versión censurada de las alegaciones (folios 9904 a 9978).
 - Escrito de REDYSER (folios 10143-10162) junto con 12 anexos a efectos probatorios (folios 10163-10215), solicitando su confidencialidad, salvo del anexo 3.
 - Escrito de UPS (folios 10219-10259), solicitando confidencialidad y aportando versión censurada (folios 10260 a 10300).
 - Escrito de ICS (folios 10304-10317) junto con 4 anexos a efectos probatorios (folios 10318 a 10399).
 - Escrito de GLS y GLS BV (folios 10403-10410).

¹ Dicha previsión se recoge actualmente en el artículo 32 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, BOE núm. 236, pág. 10565.

- Escritos de SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS S.A. (folios 10427-10443) y de CEX (folios 10444-10460) solicitando la práctica de prueba.
 - Escrito de MBE (folios 10563-10604), solicitando confidencialidad y aportando versión censurada (folios 10605-10646).
 - Escrito de TNT HOLDINGS LUXEMBOURG SARL (folios 10650-10660) junto con 8 anexos a efectos probatorios (folios 10675-10784), solicitando su confidencialidad y aportando versión censurada de las alegaciones (folios 10665-10674).
 - Escrito de FEDEX EXPRESS CORPORATION (folios 10794-10861) junto con 3 anexos a efectos probatorios (folios 10812-10861), solicitando su confidencialidad y aportando versión censurada de las alegaciones (folios 10804-10811).
 - Escrito de TOURLINE (folios 11013 a 11032) junto con 2 anexos a efectos probatorios (folios 10864-11012), solicitando su confidencialidad y aportando versión censurada de las alegaciones (folios 11033-11050).
 - Escrito de UNITED PARCEL SERVICE ESPAÑA LTD (folios 11051-11062), solicitando su confidencialidad y aportando versión censurada de las alegaciones (folios 11063-11071).
 - Escrito de MBE WOLDWIDE SPA (folios 11123-11127).
 - Escrito de CTT-CORREIOS DE PORTUGAL S.A. (folios 11135-11142), solicitando su confidencialidad y aportando versión censurada de las alegaciones (folios 11143-11148).
16. 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 (folios 10462 a 10554.1 y folios 11072 a 11076.1).
- Tras conceder ampliación de plazo a las empresas que lo solicitaron (UPS, UPS PARCEL SERVICE ESPAÑA, LTD., FEDEX, FEDEX EXPRESS CORPORATION, TNT, TNT HOLDINGS LUXEMBOURG SARL, MBE, MBE WORLDWIDE SPA, DHL EXPRESS IBERIA, S.L. y DHL, folios 10785, 11097, 11101, 11105, 11109, 11133 y 11151, respectivamente) se recibieron las respuestas a los requerimientos de información en la CNMC entre el 20 de junio y el 5 de julio: CTT-CORREIOS DE PORTUGAL S.A. (folios 11159-11166), TOURLINE (folios 11167-11172), ICS (folios 11175-11178), REDYSER (folios 11182-11242), CEX y SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. (folios 11246-11254), GLS (folios 11259-11274), GLS BV (folios 11278-11293), UPS (folios 11303-11307), UNITED PARCEL

SERVICE ESPAÑA LTD (folios 11311-11315), DHL (folios 11394-11452), DHL EXPRESS IBERIA SL (folios 11319-11368), TNT (folios 11456-11463), FEDEX (folios 11467-11473), FEDEX EXPRESS CORPORATION (folios 11477-11483), TNT HOLDINGS LUXEMBOURG SARL (folios 11487-11494), MBE (folios 11372-11379) y MBE WORLDWIDE SPA (folios 11383-11390 y 11498-11499)..

17. El 12 de julio de 2017, la Dirección de Competencia, en virtud de lo previsto en el artículo 33.1 del RDC, acordó el **cierre de la fase de instrucción** del expediente de referencia.
18. El 19 de julio de 2017 el Director de Competencia acordó la **propuesta de resolución** del procedimiento ("PR"), 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. Dadas las fechas de la notificación, se acordó de oficio en virtud del entonces artículo 49.1 de la Ley 30/1992, ampliar el plazo en 7 días adicionales (folios 11566 a 11847).
19. Tras la notificación de la Propuesta de Resolución, se tuvo constancia de su recepción entre el 20 y el 28 de julio de 2017 por DHL, DHL EXPRESS IBERIA, S.L., FEDEX, FEDEX EXPRESS CORPORATION, TNT, TNT HOLDINGS LUXEMBOURG SARL, GLS, MBE, MBE WORLDWIDE SPA, REDYSER, TOTALICS S.L., UPS, UNITED PARCEL SERVICE ESPAÑA LTD, CEX, SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS S.A., TOURLINE y CTT-CORREIOS DE PORTUGAL S.A., siendo rechazada la notificación electrónica por GLS BV e ICS.

El 31 de julio de 2017, tuvo entrada escrito de ICS alegando que en esa misma fecha había intentado acceder a la notificación de la propuesta de Resolución en sede electrónica resultando que había sido rechazada por haber transcurrido el plazo concedido al efecto y solicitando que se le volviera a realizar la notificación por considerar que había sido incorrectamente rechazada al ser inhábil el último día del citado plazo (folio 15002). Con fecha 2 de agosto de 2017 se dio contestación al citado escrito recordando al interesado que, al haber transcurridos diez días naturales desde su puesta a disposición y no haber accedido a ésta, la notificación se entiende rechazada y ya no es posible acceder a su contenido electrónicamente, si bien, de acuerdo con lo previsto en el artículo 31 del RDC, el interesado podrá acceder al expediente y obtener copias individualizadas de todos los documentos que lo forman en cualquier momento del procedimiento (folios 15002-15007).

20. En los días posteriores a la notificación de la Propuesta de Resolución, las empresas pudieron acceder al expediente y presentar las **alegaciones** que consideraron oportunas, que se recibieron en la CNMC entre los días 7 y 21 de agosto de 2017:
 - Escrito de TOURLINE (folios 15010-15038), soliciando confidencial y aportando versión no confidencial (folios 15039-15067).

- Escrito de CTT-CORREIOS DE PORTUGAL S.A. (folios 15070-15079) solicitando confidencialidad y aportando versión no confidencial (folios 15080- 15089).
- Escrito de REDYSER (folios 15093-15137).
- Escrito conjunto de GLS y GLS BV (folios 15143-15151).
- Escritos de DHL (folios 15152-15181) solicitando tratamiento confidencial y aportando como Anexo al mismo versión no confidencial (folios 15182-15207) y de DHL EXPRESS IBERIA S.L. (folio 15211) remitiéndose a las alegaciones realizadas por DHL.
- Escrito conjunto de MBE y MBE WORLDWIDE SPA (folios 15215-15251) solicitando confidencialidad y aportando versión confidencial (folios 15252-15289), así como Informe Económico (folios 15290-15336) solicitando igualmente confidencialidad y aportando versión no confidencial del mismo (folios 15337-15383).
- Escrito de FEDEX (folios 15388-15480) solicitando confidencialidad y aportando versión no confidencial (folios 15481- 15573) así como 28 anexos a efectos probatorios (folios 15574 a 17571).
- Escrito de TNT (folios 17598-17662), solicitando confidencialidad y aportando versión no confidencial (folios 17663-17727), así como 13 anexos a efectos probatorios (17728-18253).
- Escrito de FEDEX EXPRESS CORPORATION (folios 18719-18729), solicitando confidencialidad, aportando versión no confidencial (folios 18730-1988.740), así como 3 anexos a efectos probatorios.
- Escrito de TNT HOLDINGS LUXEMBOURG SARL (folios 18788 a 18801) solicitando confidencialidad y aportando versión no confidencial (folios 18802 a 18815), así como 9 anexos a efectos probatorios.
- Escrito de UPS (folios 18935 a 18979) anexando un Informe Económico (folios 18980 a 19027) solicitando tratamiento confidencial y aportando versión no confidencial (folios 19028 a 19070).
- Escrito de ICS (folios 19073 a 19093).
- Escrito de CEX (folios 19100 a 19133) junto con 9 anexos a efectos probatorios (folios 19134 a 19155), solicitando el tratamiento confidencial de uno de ellos (folios 19146 a 19150).

21. Conforme lo dispuesto en el artículo 50, apartado 5, de la LDC, la Dirección de Competencia elevó a la Sala de Competencia de la CNMC su **informe y propuesta de resolución**, con fecha 28 de agosto de 2017 (folio 19156).
22. 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, fecha de la notificación efectiva a la Comisión Europea, hasta que se diera respuesta por la Institución europea a la información remitida o trascurriera el término a que hace referencia el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n° 1/2003 (folios 19473 y 19474).

El plazo de suspensión fue levantado mediante acuerdo de fecha 27 de noviembre de 2017, con fecha de efectos el mismo día (folio 21032).
23. El 20 de noviembre de 2017, FEDEX aportó documentación adicional (folios 19539 a 21025) y el 22 de noviembre MBE presentó un escrito solicitando al Consejo la celebración de una vista oral (folios 21026 a 21028).
24. El 2 de enero de 2018, TNT aportó documentación adicional (folios 21100 a 22609).
25. Con fecha 25 de enero de 2018, la Sala de Competencia adoptó acuerdo por el que **se 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 (folios 22679 a 22682).

Con el citado acuerdo se suspendió el plazo del procedimiento que fue ampliado en cinco días a solicitud de TNT y FEDEX, levantándose posteriormente la suspensión, mediante acuerdo de fecha 13 de febrero de 2018, y con efectos el mismo día (folio 23255). Con fecha 31 de enero de 2018, se recibió contestación al citado requerimiento de información de REDYSER (folios 22821 a 22827); el 2 de febrero, de SOCIEDAD ESTATAL DE CORREOS Y TELÉGRAFOS S.A. (folios 22895 a 22898); el 8 de febrero, de ICS y de TOTALICS S.L. (folios 22902 a 22904); el 9 de febrero, de GLS, BV (folios 22908 a 22915) y GLS (folios 22919 a 22926); el 12 de febrero, de MBE WORLDWIDE SPA (folios 22930 a 22933) y MBE (folios 22938 a 22942); y el día 13 de febrero, de FEDEX (folios 22949 a 22976), de FEDEX EXPRESS CORPORATION (folios 22980 a 22986), de DHL EXPRESS IBERIA SL (22990 a 23008), de TNT (folios 23013 a 23041), de DHL (folios 23045 a 23198), de TNT HOLDINGS LUXEMBOURG SARL (folios 23203 a 23211), de UPS (folios 23215 a 23231), de UPS PARCEL SERVICE ESPAÑA LTD (folios 23235 a 23236), de TOURLINE (folios 23242 a 23245), de UPS PARCEL SERVICE ESPAÑA LTD (folios 23235 a 23236) y de CTT CORREIOS PORTUGAL S.A. (folios 23250 a 23253).
26. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 8 de marzo de 2018.

II. LAS PARTES

Son partes interesadas en el procedimiento las empresas incoadas que se relacionan a continuación y sus matrices:

1. **CORREOS EXPRESS PAQUETERÍA URGENTE, S.A. (CEX)**, denominada CHRONOEXPRESS, S.A. hasta mayo de 2014, ofrece servicios de envíos urgentes nacionales e internacionales de paquetes y documentos. Está especializada en envíos urgentes con plazos inferiores a 24 horas en la Península Ibérica. Cuenta con una red de 52 delegaciones y más de mil oficinas de correos².
2. La **SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. (CORREOS)**, es una empresa de capital público, integrada en la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI), que tiene por objeto social, entre otros, la gestión y explotación de servicios postales³. CEX está controlada al 100% por CORREOS⁴. En 2017 CORREOS facturó un total de 1.859,46 millones € a nivel mundial⁵.
3. **DHL EXPRESS MADRID SPAIN, S.L.U. (DHL)** ofrece diversos servicios de envíos domésticos e internacionales de importación y exportación, siendo su objeto social la paquetería industrial y la mensajería internacional⁶. DHL es filial al 100% de DHL EXPRESS IBERIA, S.L. (DHL IBERIA), que a su vez pertenece a DANZAS, S.L., que es la matriz española del operador alemán DEUTSCHE POST DHL GROUP⁷.
4. **DHL EXPRESS IBERIA, S.L. (DHL IBERIA)** controla DHL al 100%⁸. El objeto social de DHL IBERIA se centra en la participación en sociedades y la prestación de servicios de dirección, asistencia o apoyo a las sociedades y empresas participadas, entre ellas, DHL⁹.
5. **FEDERAL EXPRESS CORPORATION SUCURSAL EN ESPAÑA (FEDEX)**, se dedica al transporte internacional de documentos, paquetes y carga cuyo envío tenga un plazo de entrega determinado o relevante así como operaciones aéreas desde y hacia España de conformidad con los derechos de tráfico aéreo internacional¹⁰.

²

³ Contestación de CORREOS al requerimiento de información (folio 6440).

⁴ Contestación de CEX al requerimiento de información realizado (folio 2072).

⁵ Ver la contestación de CEX y CORREOS al requerimiento de información realizado (folios 22895 a 22898).

⁶ Contestación de DHL al requerimiento de información realizado (folio 2883).

⁷ Contestación de DHL IBERIA al requerimiento de información realizado (folio 6320).

⁸ Contestación de DHL al requerimiento de información realizado (folio 2881).

⁹ Contestación de DHL Express Iberia, S.L. al requerimiento de información realizado (folios 6315 a 6326).

¹⁰ Contestación de FEDEX SP al requerimiento de información realizado (folios 2086, 2087 y 2089).

6. La multinacional americana **FEDEX CORPORATION** es la última accionista de FEDEX a través de **FEDERAL EXPRESS CORPORATION (FEDEX EXPRESS)** de la que es a su vez FEDEX es filial al 100%¹¹. Desde el 25 de mayo de 2016, FEDEX CORPORATION controla a TNT Express N.V.¹² (accionista a su vez TNT Holdings Luxembourg S.a.r.l. y ésta a su vez de TNT Express Worldwide (Spain) S.L.) si bien ambas empresas siguen activas en el mercado y mantienen su personalidad jurídica¹³. Tiene su sede en Memphis, Estados Unidos, y en 2017 obtuvo un volumen de negocios mundial de 25.710,42 millones €¹⁴.
7. **GENERAL LOGISTICS SYSTEMS SPAIN, S.L. (GLS)**¹⁵ se dedica a la prestación de servicios de paquetería estándar, que ofrece entregas nacionales e internacionales. Su red de envíos en España actualmente está formada por dos hubs centrales -en Madrid y Barcelona- y otras siete delegaciones situadas en Valencia, Alicante, Málaga, Sevilla, Zaragoza, Bilbao y Vitoria. En junio de 2016 adquirió ASM¹⁶.
8. **GENERAL LOGISTICS SYSTEMS B.V. (GLS BV)** es la sociedad matriz de GLS y está a su vez controlada en última instancia por ROYAL MAIL PLC¹⁷. GLS BV tiene por objeto social, entre otras actividades, ostentar y administrar participaciones en el sector de los servicios de transporte de paquetería y actividades logísticas relacionadas (como servicios exprés) y funciones de apoyo (p.ej., logística, informática, etc.)¹⁸. Tiene su sede en Ámsterdam (Holanda) y en 2017 facturó a nivel mundial 2.521,29 millones €¹⁹.
9. **INTERNATIONAL COURIER SOLUTION, S.L. (ICS)** es 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.

¹¹ Contestación de FEDEX SP al requerimiento de información realizado (folio 2086 bis).

¹² Decisión de la Comisión de 8 de enero de 2016, en el asunto M.7630, *FEDEX/TNT Express*.

¹³ Contestación de FEDEX EXPRESS al requerimiento de información realizado (folios 6272 a 6294) e información obtenida de la Base de datos ORBIS e INFORMA incorporada al expediente (folios 8203 a 8225).

¹⁴ Contestación de FEDEX CORPORATION al requerimiento de información realizado (folios 22980 a 22986).

¹⁵ Contestación de GLS al requerimiento de información realizado (folios 1701 y 1702). GLS entró en España en mayo de 2000 tras la adquisición de Extand Sistema, S.L. En marzo de 2005 cambió su denominación a GLS.

¹⁶ Información obtenida del Informe de la CNMC de 1 de diciembre de 2016 sobre el Análisis del Sector Postal y del Sector de la Mensajería y Paquetería, INF/DTSP/001/16, disponible en: <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/postal>.

¹⁷ Contestación de GLS al requerimiento de información realizado (folio 1699).

¹⁸ Contestación de GLS BV al requerimiento de información realizado (folios 6307 a 6314).

¹⁹ Contestación de GLS BV al requerimiento de información realizado (folios 22908 a 22915).

10. **TOTALICS, S.L. (TOTALICS)**²⁰ ostenta la titularidad del 100% de las acciones de ICS y en 2017 facturó 218.000€²¹.
11. **MBE SPAIN 2000, S.L. (MBE)** tiene como objeto social la creación, compra, venta, arrendamiento y comercialización de franquicias, concesiones, logotipos, anagramas, patentes y marcas, centrándose desde 2002 en la franquicia Mail Boxes Etc²². Según su página web <http://www.mbe.es/>, en España, la red de Centros Mail Boxes Etc. cuenta con más de 200 oficinas que ofrecen soluciones de negocios tales como e-box para compras por internet, envíos nacionales e internacionales, servicio y materiales de empaques, centro de impresión digital, servicio de plotter, encuadernaciones, laminaciones, etc. MBE comercializa a través de su red de franquiciados servicios de mensajería y paquetería empresarial. MBE pertenece a la categoría de los revendedores, es decir, se trata de un operador que carece de medios propios para la prestación del servicio de distribución de los envíos, necesitando subcontratar su prestación con otras empresas de mensajería y paquetería empresarial. A tal efecto, MBE tiene suscritos acuerdos con cuatro operadores (UPS, TNT, FEDEX y CEX) en los que se establecen las condiciones marco de la prestación por éstos de los servicios de recogida, transporte y entrega de los envíos a su destino final. Las condiciones de dichos Acuerdos Marco se aplican a los franquiciados de MBE, normalmente, previa suscripción individualizada por éstos de un acuerdo de adhesión al mismo o de un acuerdo con el operador en cuestión.
12. **MBE WORLDWIDE, SPA (MBE SPA)** controla MBE, cuya estructura accionarial está compuesta por MBE SPA y por Sistema Italia 93, SRL, que a su vez está controlada por MBE SPA en un 98 %²³. Su objeto social está constituido por la prestación bajo la marca “Mail Boxes Etc.”, a través de su red de franquiciados, de servicios postales, impresión, alquiler de copiadoras, fax y material informático y venta de material de oficina y embalaje²⁴. En mayo de 2009 adquirió de la estadounidense MBE Inc. (propiedad de UPS Inc.) la actividad a nivel mundial de Mail Boxes Etc., convirtiéndose en titular de la marca, el formato de negocio y los contratos de Master Franquicia (a excepción de Estados Unidos y Canadá, que permanecen a cargo de MBE Inc.). En 2017 la red de franquiciados Mail Boxes Etc., con sede en Milán (Italia), contaba con más de 1.600 centros a nivel mundial, con una facturación consolidada que superó los 450 millones €, de acuerdo con lo indicado en su página web²⁵.

²⁰ Contestación de ICS al requerimiento de información realizado (folio 2853).

²¹ Contestación de TOTALICS al requerimiento (folios 6260 a 6263) y contestación de ICS al requerimiento de información (folios 22902 a 22904).

²² Contestación de MBE al requerimiento de información realizado (folios 2860 y 2861).

²³ Contestación de MBE al requerimiento (folio 2870) e información obtenida de la base de datos ORBIS (folios 7933 a 7945).

²⁴ Contestación de MBE SPA al requerimiento de información realizado (folios 6357 y 6358).

²⁵ Información obtenida de la página web <https://www.mbeglobal.com/mbe-story>.

13. **REDYSER TRANSPORTE, S.L. (REDYSER)** es una empresa española de transporte urgente y logística nacional e internacional. Su objeto social es el transporte de mercancías, el almacenaje de mercancías, mensajería y servicios de traslado de archivos mobiliarios²⁶. Según su página web (<http://www.redyser.com/>), dispone de más de 200 centros de distribución en España, 38 de ellos bajo el formato de franquicia y 12 delegaciones propias.
14. **TOURLINE EXPRESS MENSAJERÍA, S.L.U. (TOURLINE)** es 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 transporte²⁷.
15. **CTT-CORREIOS DE PORTUGAL, S.A. (CTT)**²⁸ 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 corrientes²⁹.
16. **TNT EXPRESS WORLDWIDE SPAIN, S.L.U. (TNT)** es la filial en España del operador holandés TNT, que según su página web (<http://www.tnt.com>), ofrece una amplia gama de servicios de envío nacional e internacional, contando con una extensa red terrestre en Europa así como con su propia flota de aviones. TNT ha formado parte del Grupo TNT desde la constitución de dicho Grupo en 2011, siendo desde julio de 2013 TNT Holdings Luxembourg SARL (TNT HOLD) el accionista único de TNT³⁰. Ambas empresas se encuentran bajo el control de FEDEX CORP desde el 25 de mayo de 2016, si bien ambas siguen activas en el mercado y mantienen su personalidad jurídica³¹.
17. **TNT HOLDINGS LUXEMBOURG SARL (TNT HOLD)**³² es el accionista único de TNT. Con sede en Luxemburgo, desde su constitución en 2009 su único dueño ha sido TNT Express B.V. (anteriormente denominada TNT Express N.V.). Esta sociedad fue adquirida por FEDEX CORP el 25 de mayo de 2016, pasando desde entonces tanto TNT como TNT HOLD a integrarse

²⁶ Contestación de REDYSER al requerimiento de información realizado (folios 2925 a 2936).

²⁷ Contestación de TOURLINE al requerimiento de información realizado (folios 2563 a 2568).

²⁸ Contestación de TOURLINE al requerimiento de información realizado (folios 2563 a 2568).

²⁹ Contestación de CTT-CORREIOS DE PORTUGAL al requerimiento de información realizado por la Dirección de Competencia (folio 6328).

³⁰ Contestación de TNT HOLD al requerimiento de información realizado (folio 6304).

³¹ Contestación de FEDEX EXPRESS al requerimiento de información (folios 6272 y 6273); Decisión de la Comisión Europea de 8 de enero de 2016, Asunto COMP/M.7630 FedEx/TNT Express, disponible en la página Web de la Comisión Europea: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7630_4582_4.pdf e información obtenida de la base de datos ORBIS e INFORMA incorporada al expediente (folios 8203 a 8225).

³² Contestación de TNT al requerimiento de información realizado (folio 2515).

en el Grupo FEDEX, si bien TNT HOLD sigue activa en el mercado y mantiene su personalidad jurídica diferenciada³³. El Grupo TNT facturó durante 2017 a nivel mundial 1.168,85 millones €³⁴.

18. **UNITED PARCEL SERVICE ESPAÑA LTD Y COMPAÑIA SRC (UPS)** es la filial en España de la multinacional americana UNITED PARCEL SERVICE INC. Su objeto social es ser operador de transporte y de actividades logísticas, que incluyen agencia de transporte, tránsito (corretaje) y almacenamiento y distribución (logística) por la misma empresa o por un tercero, así como el embalaje expreso especial para el transporte aéreo, en tren, camión o cualquier otro medio, propio o de un tercero, su distribución y entrega en destino³⁵.
19. **UNITED PARCEL SERVICE ESPAÑA LTD (UPS HOLD)** (empresa del grupo de la multinacional UNITED PARCEL SERVICE INC.), es la sociedad holding de UPS y ejerce sobre ésta las facultades propias de un socio mayoritario en una sociedad colectiva, esto es, aprueba sus cuentas anuales, nombra a sus administradores, etc.³⁶ pero no obtiene ningún volumen de negocios en nuestro País. Según su página web (<http://www.ups.com>), el grupo logístico internacional UPS es la mayor empresa de entrega de paquetes y mensajería express del mundo y líder en servicios de transporte, logística, capital y comercio electrónico.

III. ANÁLISIS DEL MERCADO AFECTADO

Las conductas objeto de la presente resolución se desarrollan en el sector postal, en particular en el mercado de mensajería y paquetería empresarial.

1. Marco normativo

La Ley Postal 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal (Ley Postal) define los “servicios postales” (artículo 3.1)³⁷ como *“cualesquiera servicios consistentes en la recogida, la admisión, la clasificación, el transporte, la distribución y la entrega*

³³ Contestación de TNT HOLD al requerimiento de información realizado (folios 6303 y 6304) e información obtenida de las bases de datos ORBIS e INFORMA (folios 8203 a 8225.).

³⁴ Contestación de TNT HOLD al requerimiento de información realizado (folios 23203 a 23211).

³⁵ Contestación de UPS al requerimiento de información realizado (folio 2656).

³⁶ Contestación de UNITED PARCEL SERVICE ESPAÑA LTD al requerimiento de información realizado (folios 6660 a 6663).

³⁷ En cuanto a lo que se entiende por “envío postal”, el artículo 3.2 especifica que consiste en: *“todo objeto destinado a ser expedido a la dirección indicada por el remitente sobre el objeto mismo o sobre su envoltorio, una vez presentado en la forma definitiva en la cual debe ser recogido, transportado y entregado. Además de los envíos de correspondencia incluirá la publicidad directa, los libros, catálogos, diarios, publicaciones periódicas y los paquetes postales que contengan mercancías con o sin valor comercial, cualquiera que sea su peso (...). Las dimensiones mínimas y máximas de los envíos postales considerados serán las establecidas en las disposiciones pertinentes adoptadas por la Unión Postal Universal”.*

de envíos postales”, y por su régimen jurídico distingue tres tipos de servicios postales³⁸:

- El **servicio postal universal**, que incluye las actividades de recogida, admisión, clasificación, transporte, distribución y entrega de envíos nacionales y transfronterizos en régimen ordinario de cartas y tarjetas postales que contengan comunicaciones escritas en cualquier tipo de soporte de hasta 2 kilogramos de peso y paquetes postales, con o sin valor comercial de hasta 20 kilogramos de peso, incluyendo en ambos casos la prestación de los servicios accesorios de certificado y valor declarado. El servicio postal universal se encomienda, con las obligaciones que señala la Ley, a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. por un plazo de 15 años (artículo 21 de la Ley Postal).
- **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, siendo necesario para la prestación de estos servicios disponer de la correspondiente autorización administrativa singular.
- **Servicios postales no incluidos en el ámbito del servicio postal universal**, que pueden ser prestados previa declaración responsable de cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos. **En este ámbito se incluye el sector de la mensajería y paquetería empresarial.**

Conforme al artículo 39 de la Ley Postal, los operadores que pretendan prestar servicios postales deben estar inscritos en el Registro General de Empresas Prestadoras de Servicios Postales, regulado por el Reglamento aprobado por el Real Decreto 81/1999, de 22 de enero (modificado, entre otros, por el Real Decreto 101/2010, de 5 de febrero). El Registro Postal se estructura en dos secciones (artículo 21)³⁹:

- **Sección A)**, en el que se inscriben los operadores que prestan servicios postales no incluidos en el ámbito del servicio postal universal, habilitados mediante la presentación de una declaración responsable. En esta sección se registran, por tanto, los operadores que gestionan envíos de publicidad directa, paquetes de más de 20 kg. y envíos urgentes o con valores añadidos (tales como entregas en horas y fechas fijas, seguimiento informatizado, etc.). En esta sección

³⁸ Ver el Informe de la CNMC de 21 de diciembre de 2017 sobre el Análisis del Sector Postal y del Sector de la Mensajería y Paquetería, INF/DTSP/001/17, pág. 5, disponible en: <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/postal>.

³⁹ Según el Informe Anual 2017 del Registro General de Empresas Prestadoras de Servicios Postales publicado en enero de 2017 por el Ministerio de Fomento disponible en la siguiente página Web: https://www.fomento.gob.es/NR/rdonlyres/02A4D8AE-DE1A-4873-8021-551035DE602B/147344/Memoria_RGEPSP_2017.pdf, el número de empresas prestadoras de servicios postales registradas a 31 de diciembre de 2017 era de 1.786 (1.765 en la misma fecha de 2016), de las cuales 1.374 estaban inscritas en la sección A (1.348 en la misma fecha de 2016); 127 en la sección B (106 en 2016) y las restantes 285 en ambas secciones (el número total de éstos disminuyó respecto de los 311 de 2016).

es donde se encuentran los “courier” y empresas de mensajería y reparto urgente.

- **Sección B)**, se inscriben los operadores que prestan servicios postales incluidos en el ámbito del servicio postal universal, habilitados mediante autorización administrativa singular. Pueden incluir los valores de certificado o valor declarado.

De acuerdo con el Informe de la CNMC de 27 de diciembre de 2017⁴⁰, el sector postal se divide en dos segmentos diferenciados:

- **Sector Postal Tradicional** (segmento SPT): El sector postal tradicional comprendería el envío de correspondencia (cartas, tarjetas postales, envíos publicitarios, notificaciones administrativas y el servicio de paquetería bajo condiciones estandarizadas).
- **Sector de la mensajería y paquetería**, al que también se refiere como segmento Courier Express Parcel o CEP, de envíos urgentes y paquetería, constituido por envíos urgentes de documentos y paquetes, con compromiso de entrega en un plazo determinado, y los envíos de paquetería.

El segmento CEP se considera el resultado de la evolución progresiva y convergente de dos sectores de actividad tradicionales, el postal y el del transporte por carretera, por la necesidad de los operadores postales y de transporte de adaptarse a una demanda creciente de servicios personalizados y de mayor valor añadido, especialmente, los envíos urgentes, con compromiso de entrega en plazo determinado y con indemnización en caso de retraso, estando generalmente las empresas que operan en este segmento inscritas únicamente en la sección A del Registro del Ministerio de Fomento.

Dicha evolución tiene también su reflejo en el régimen normativo de la prestación de estos servicios postales, pues el artículo 41.3 de la Ley Postal dispone que, sin perjuicio de la obligación de presentar la correspondiente declaración responsable, también habilitará para la prestación de los servicios postales no incluidos en el ámbito del servicio postal universal la inscripción en el registro regulado en el artículo 53 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT).

Tras la modificación operada por la Ley 9/2013, de 4 de julio, el artículo 119 de la LOTT establece que para intermediar en el sector del transporte de mercancías por carretera hay que estar en posesión de la autorización de Operador de Transporte correspondiente. En el artículo 120 considera agencias de transporte a quienes intermedien entre los usuarios y los transportistas, pudiendo desarrollar todas las actuaciones previas de gestión, información,

⁴⁰ Ver el Informe de la CNMC de 21 de diciembre de 2017 sobre el Análisis del Sector Postal y del Sector de la Mensajería y Paquetería, INF/DTSP/001/17, pág. 3, disponible en: <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/postal>, que refiere que esta misma segmentación del sector es la que hace la Comisión Europea, por ejemplo, en el “Report from the Commission to the European Parliament and Council on the application of the Postal Services Directive” de 17 noviembre de 2015.

oferta y organización de cargas y servicios necesarias para llevar a cabo la contratación de los transportes. Por otra parte, el artículo 122 define como operadores logísticos a las empresas especializadas en organizar, gestionar y controlar, por cuenta ajena, las operaciones de aprovisionamiento, transporte, almacenaje o distribución de mercancías que precisan sus clientes, pudiendo utilizar, en el ejercicio de sus funciones, infraestructuras, tecnología y medios propios o ajenos.

Así, algunas de las empresas presentes en el mercado de la mensajería y paquetería empresarial incoadas en este expediente sancionador tienen la calificación de agencias de transporte, como DHL, y otras como ICS, son operadores logísticos.

2. Caracterización del mercado

2.1. Mercado de Producto

De acuerdo con la Dirección de Competencia, el mercado afectado en este expediente es el **mercado de mensajería y paquetería empresarial** (mercado incluido en el segmento CEP descrito en el apartado 22 de esta Resolución), **constituido por los servicios de envío urgente, de carácter nacional e internacional, con origen o destino fuera de España, de documentos y paquetes de tamaño pequeño destinados a empresas**. Se excluyen por tanto los servicios de mensajería y paquetería destinados a particulares y los servicios de paquetería industrial⁴¹.

De acuerdo con las investigaciones realizadas por la Comisión Europea⁴² tal y como recoge la Propuesta de la Dirección de Competencia, la mensajería y paquetería empresarial se centra en el envío de paquetes pequeños⁴³ y en tiempos de entrega cortos, gracias tanto a la densidad de sus redes como al uso de un sistema de “hub and spoke” del que carecen otros segmentos del mercado, como el de la paquetería industrial. Tendría además otras dos características esenciales:

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

⁴¹ De acuerdo con las Decisiones de la CE de 30 de enero de 2013, en el asunto COMP/M.6570, *UPS/TNT* y de 8 de enero de 2016, en el asunto COMP/M.7630, *FedEx/TNT*. en el mercado de la paquetería industrial se presta un servicio más orientado a empresas industriales, caracterizado por un mayor tamaño de los paquetes enviados y un menor componente de urgencia y periodicidad de los envíos. Ver el apartado 76 de la Propuesta de Resolución.

⁴² Decisiones de la Comisión de 8 de enero de 2016, en el asunto M.7630, *FEDEX/TNT Express* y de 30 de enero de 2013, en el asunto COMP/M.6570, *UPS/TNT*.

⁴³ En las citadas Decisiones la CE engloba dentro de los servicios de entrega de paquetes pequeños hasta los 31,5 kg, que parece ser un límite adecuado para diferenciarlos de las mercancías, pues entiende que es el peso estimado que puede ser manejado por una persona.

- Productos altamente diferenciados, pues el servicio prestado se puede diferenciar en un amplio número de dimensiones:
 - i. Rapidez de entrega (entrega urgente o entrega estándar).
 - ii. Geográfica (servicios nacionales o internacionales).
 - iii. Calidad del servicio (fiabilidad, seguridad, capacidad de seguimiento de los envíos, etc.).

Como destacaba el Informe de la CNMC de 1 de diciembre de 2016⁴⁴, al contrario de lo que sucede en el sector postal tradicional, la evolución del sector de la paquetería hace complejo su análisis, ya que los límites establecidos en la Ley Postal no siempre se pueden aplicar de forma inequívoca a los servicios ofrecidos por estas empresas, ni existe ningún código CNAE⁴⁵ que lo identifique de forma específica.

Esta dificultad se ve acentuada por la diversificación que en los últimos años se está llevando a cabo, tanto por las empresas que tradicionalmente pertenecían al sector de transporte industrial de mercancías, que están posicionándose en la actualidad como empresas de paquetería ofreciendo a sus clientes servicios de distribución de paquetes individuales, como por empresas de otros segmentos del mercado de la logística y el transporte. Esta diversificación de los operadores está motivada principalmente por el auge del comercio electrónico, unido a las cada vez mayores exigencias de personalización en la entrega de paquetes por parte de la demanda (tanto en los tramos horarios como en los puntos de recogida), circunstancias que a su vez provocan la aparición de nuevas tipologías de empresas⁴⁶.

2.1.1. Descripción del Mercado de la Mensajería y Paquetería Empresarial desde el punto de vista de la Demanda

La demanda de prestación de servicios de mensajería y paquetería empresarial, está constituida por la totalidad del tejido empresarial que necesite realizar un servicio regular o puntual de envío de mensajería y/o paquetería con destino nacional o internacional.

Sus necesidades específicas pueden variar según la dimensión de la empresa, su exposición a la venta online, el grado de internacionalización de sus envíos y si son contratantes finales o intermediarios, entre otras cuestiones. Debido a ello, las empresas de mensajería y paquetería empresarial tienen una muy amplia variedad de clientes: desde pequeñas empresas o autónomos, compradores ocasionales de dichos servicios, hasta las grandes compañías internacionales que realizan diariamente cientos de envíos, pasando por las pequeñas y

⁴⁴ Ver el Informe de la CNMC de 1 de diciembre de 2016 sobre el Análisis del Sector Postal y del Sector de la Mensajería y Paquetería, INF/DTSP/001/16, pág. 9, disponible en: <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/postal>.

⁴⁵ El actual código CNAE (CNAE-2009) se establece mediante el Real Decreto 475/2007, de 13 de abril, por el que se aprueba la Clasificación Nacional de Actividades Económicas 2009 (CNAE-2009).

⁴⁶ Ver a este respecto las explicaciones del Informe de la CNMC de 1 de diciembre de 2016 sobre el Análisis del Sector Postal y del Sector de la Mensajería y Paquetería, INF/DTSP/001/16, disponible en: <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/postal>, pág.10.

medianas empresas, que suponen el grueso del tejido empresarial en el mercado español. A todos ellos se les ofrece una gama cada vez más amplia y completa de servicios, incluyendo envíos tanto nacionales como internacionales, con origen o destino fuera de España.

Respecto a la internacionalización de los envíos, se mantiene en 2016 en este mercado la misma tendencia que en años anteriores, aunque más acentuada, de los envíos internacionales en detrimento de los envíos con origen y destino nacional (un 17% en el año 2013; un 18,3% en el año 2014, un 22,2% en el año 2015 y un 25,1% en el año 2016), de acuerdo con los datos contenidos en el Informe de la CNMC de diciembre de 2017. Si en términos de ingresos el segmento de paquetería empresarial experimentó en 2014 un crecimiento del 4,4%, que dio lugar a la cifra de 3.525 millones €⁴⁷, los ingresos por operaciones internacionales registraron un comportamiento más dinámico que los nacionales, al crecer un 7,1%, frente al 1,9% de la demanda de servicios nacionales⁴⁸.

2.1.2. Descripción del Mercado de la Mensajería y Paquetería Empresarial desde el punto de vista de la Oferta

De acuerdo con el referido Informe del Sector Postal de la CNMC⁴⁹ y la práctica decisoria de la Comisión Europea⁵⁰, las empresas que operan en el mercado de la mensajería y paquetería empresarial en España se pueden clasificar en los siguientes grupos, en función de su estructura organizativa y ámbito territorial⁵¹:

“Integradores: Son grandes operadores especializados en el reparto urgente de paquetería internacional. De acuerdo con la Decisión de la Comisión Europea en el asunto COMP/M.6570 UPS/TNT Express⁵², su principal característica es que disponen de pleno control operativo de la logística de los envíos de paquetería de origen a destino, incluido el transporte aéreo y suficiente cobertura geográfica a nivel mundial. Los integradores se caracterizan por cinco elementos básicos:

- i. son propietarios de todos los activos utilizados para el transporte, que incluyen una flota de aviones con vuelos programados a través de la cual gestionan una parte importante de los envíos realizados por la empresa;
- ii. tienen una cobertura geográfica de carácter global;
- iii. cuentan con un modelo operativo “hub and spoke”;

⁴⁷ Informe de contexto sectorial DBK Informa- Mensajería y paquetería- julio 2015, aportado por REDYSER en contestación al requerimiento de información realizado (folios 3027 a 3203).

⁴⁸ Op. cit. párrafo (70) del PCH.

⁴⁹ Op. cit. párrafo (670) del PCH, actualizados datos con el Informe de la CNMC de 21 de diciembre de 2017, *Análisis del Sector Postal y de la Mensajería y la Paquetería*.

⁵⁰ Decisiones de la CE de 30 de enero de 2013, en el asunto COMP/M.6570, *UPS/TNT* y de [8 de enero de 2016](#), en el asunto COMP/M.7630, *FedEx/TNT*.

⁵¹ Ver apartados 81 a 92 de la Propuesta de Resolución.

⁵² Decisión de la Comisión Europea de 30 de enero de 2013, en el asunto COMP/M.6570, *UPS/TNT*.

- iv. tienen una red informática propia, y
- v. tienen una reputación de credibilidad en relación con la entrega de los paquetes a tiempo.

Tras la adquisición por FEDEX del control exclusivo de TNT en 2016⁵³, existen tres integradores a nivel mundial -el grupo alemán DHL, el grupo americano FEDEX (que ya incluye al grupo holandés TNT adquirido) y el americano UPS. Sólo los integradores cuentan con medios propios para realizar entregas urgentes en cualquier parte de mundo por lo que el resto de operadores del mercado debe subcontratarlos para prestar este tipo de servicios a sus clientes. De acuerdo con los datos facilitados por las empresas a la CNMC para la elaboración del informe del sector postal y del sector de la mensajería y paquetería de 2017, los ingresos obtenidos por estos 3 integradores en España durante 2016 aumentaron en un 4.5% en 2016 respecto al ejercicio anterior (de 2015 a 2016 había incrementado un 5,9%)⁵⁴ ascendiendo a 1.150,7 millones €, de los cuales el 45,8% corresponde a DHL. El número de envíos gestionados por los integradores también se incrementó en 2016 en un 18,1% (en 2015 respecto del ejercicio anterior, se había producido un incremento del 32,6%). En total, en 2016, los integradores gestionaron el 16,5% de los envíos (frente al 19,6% del año anterior)⁵⁵. Más de la mitad de sus envíos fueron de carácter internacional, con origen o destino fuera de España, lo que revela su especialización en envíos internacionales. Ello supone que en lo que respecta al segmento de los envíos internacionales, los integradores pasan de ser competidores a ser proveedores de otros operadores. Por otro lado, al estar especializadas en el tramo internacional, en ocasiones no cuentan con redes lo suficientemente densas en el territorio nacional por lo que la parte más capilar de la recogida o entrega de sus envíos, así como la alimentación por carretera, suele subcontratarse bien con otros operadores del sector con mayor presencia nacional o bien con empresas transportistas terceras que operarían como parte de su propia red.

***Redes de transporte urgente de ámbito nacional:** operan principalmente en el ámbito nacional, extendiéndose en muchos casos a Portugal y Andorra, y trabajan con régimen de franquicias o agencias de ámbito local, lo que les permite tener una amplia cobertura, como SEUR, MRW, NACEX, TIPSA, ENVIALIA o HALCOURIER y otras más pequeñas como ZELERIS, SENDING y REDYSER. También forman parte de este grupo TOURLINE (del operador público portugués CTT) y la Agencia de Servicios de Mensajería, S.A. (ASM), adquirida en junio de 2016 por GLS. Se caracterizan por gestionar envíos de bajo peso, entre 2 y 10 kg., dentro del ámbito nacional (el 94% de sus envíos tienen origen y destino dentro de España). En 2015 gestionaron 200 millones de envíos (59,5% de cuota de mercado),*

⁵³ Decisión de la Comisión Europea de 8 de enero de 2016 en el asunto COMP/M.7630, *FedEx/TNT*.

⁵⁴ Pág. 40 del Informe de la CNMC de 21 de diciembre de 2017 sobre el Análisis del Sector Postal y del Sector de la Mensajería y Paquetería, INF/DTSP/001/17, disponible en: <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/postal>.

⁵⁵ Pág. 45 del Informe de la CNMC de 21 de diciembre de 2017 sobre el Análisis del Sector Postal y del Sector de la Mensajería y Paquetería, INF/DTSP/001/17, disponible en: <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/postal>.

un 15,1% más que en 2014, de los cuales un 35% corresponde a SEUR. La suma de ingresos en este segmento asciende a 1.146 millones €, de los que algo más de la mitad corresponde a SEUR, y de 1229,3 en 2016, con un incremento de 7,2% respecto al año anterior. Aunque la mayor parte de los operadores nacionales ofrecen también servicios internacionales a sus clientes, no disponen de redes en el extranjero por lo que para prestar este tipo de servicios deben subcontratarlos con los integradores, especializados en servicios urgentes transfronterizos, o bien con operadores especializados en el transporte terrestre internacional, como GLS.

Operador público CORREOS: está presente en este segmento a través de dos sociedades, la filial CEX, que ofrece productos con plazos de entrega inferiores a 24 horas (Paq10, Paq14 y Paq24), principalmente con origen y destino dentro de España –servicios muy similares a las redes de transporte urgen de ámbito nacional, si bien dispone de una alta capilaridad sin necesidad de una red de franquiciados o agencias- 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 (Paq48 y Paq72). Ambas empresas gestionaron en 2015 un total de 52 millones de envíos CEP (18,9 % de cuota de mercado que aumenta hasta el 24% en 2016), experimentando CEX un crecimiento continuado desde 2014, sobre todo en envíos de importación, que se intensifica en 2016 .

- Operadores del sector postal tradicional: existen diversas empresas privadas del sector postal tradicional que al igual que CORREOS también operan, de forma residual, en el segmento CEP, como ASENDIA, UNIPOST, SPRING GLOBAL MAIL o AKROPOST, con una cuota de mercado conjunta por número de envíos del 0,2% en 2015 y 0,6% en 2016, pero con una variación de ingresos del 232%. Los servicios ofrecidos por estas empresas, especialistas en entrega ordinaria, son envíos de paquetería de bajo peso (los pesos medios de sus envíos no superan los 2 kg.) y generalmente no incluyen los servicios de entrega rápida o seguimiento de los envíos.
- Operadores independientes: grupo heterogéneo de operadores internacionales cuya presencia en España es todavía pequeña, como GLS, Overseas Courier Service, S.A. o SPC Courier, y operadores con servicios principalmente nacionales, que tienen facturaciones pequeñas y que operan principalmente a nivel local, como ICS, General Courier, Rapid Express Courier, FLR Servicios Urgentes o May Courier. En 2015 gestionaron 5,7 millones de envíos (1,7% de cuota de mercado que aumenta ligeramente en 2016 a un 1,9%), lo que supuso más del doble que en 2013 y un 31% más que en 2014, ascendiendo su facturación total en 2015 a 55,1 millones €, de los cuales el 64% corresponden a GLS, y en 2016 los 68,1 millones € de ingresos.
- Operadores de transporte industrial: empresas de transporte industrial, como TRANSPORTE AZKAR, S.A., INTEGRA2, LOZANO TRANSPORTES o TDN, en las que se advierte una incipiente

tendencia de diversificación de sus actividades mediante la prestación de servicios del segmento CEP con envíos con pesos medios elevados -superan los 75 kg. -, a consecuencia del auge del comercio electrónico y por necesidades de sus clientes habituales, por valor de 462 millones € y moviendo 23,6 millones de envíos aproximadamente en 2015⁵⁶.

- *Revendedores: de acuerdo con la ya citada Decisión de la CE en el asunto COMP/M.6570 UPS/TNT Express⁵⁷, también son operadores en este mercado determinados proveedores de servicios de paquetería que no disponen de una red de distribución propia y que basan su modelo de negocio en revender los servicios contratados con otros operadores, normalmente un integrador, indicándose en la citada Decisión que dichos revendedores, desde la perspectiva del cliente final, son competidores directos de los citados operadores de paquetería, que a su vez son sus proveedores de servicios. En esta categoría se enmarcarían, entre otras, MBE y su red de franquiciados, a la que pertenecen en 2016 el 16,5% de los operadores inscritos en la Sección A del Registro Postal⁵⁸.*

Un aspecto especialmente destacable del funcionamiento del mercado de la mensajería y paquetería empresarial es la frecuencia con la que se dan relaciones contractuales de colaboración, subcontratación o prestación de determinados servicios entre los diversos operadores en la medida en que, por sus características diversas, generalmente ninguno de ellos cuenta con todos los inputs necesarios para poder prestar de forma autónoma todos los servicios que ofertan a sus clientes.

Así, por ejemplo, aunque la mayor parte de los operadores nacionales ofrecen servicios internacionales a sus clientes, no disponen de redes en el extranjero. Por ello, para prestar este tipo de servicios a sus clientes, deben subcontratarlos con los integradores o con operadores especializados en el transporte terrestre internacional, como GLS. También deben subcontratar los servicios que prestan a sus clientes aquellos operadores que no disponen de redes de distribución propias, como el caso de los revendedores (por ejemplo, MBE) o aquellas empresas cuya red propia se limita a un ámbito territorial local, como por ejemplo ICS, cuya red de mensajería se limita a Madrid. Por su parte determinados operadores internacionales que no tienen redes lo suficientemente densas en España para cubrir todo el territorio nacional (por ejemplo, GLS o FEDEX) han celebrado acuerdos de colaboración con empresas nacionales para el uso compartido de sus redes.

⁵⁶ El Informe de la CNMC de 27 de diciembre de 2017 sobre el Análisis del Sector Postal y del Sector de la Mensajería y Paquetería, INF/DTSP/001/17, disponible en: <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/postal>, en su pág. 43 no ofrece datos precisos sobre este segmento.

⁵⁷ Decisión de la Comisión de 8 de enero de 2016, en el asunto COMP/M.7630, *FedEx/TNT*.

⁵⁸ Informe de la CNMC de 21 de diciembre de 2017 sobre el Análisis del Sector Postal y del Sector de la Mensajería y Paquetería, INF/DTSP/001/17, disponible en: <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/postal>.

Por que respecta a la estructura de la oferta, buena parte de los grandes grupos multinacionales del sector se encuentran presentes en España, figurando muchos de ellos entre los principales operadores del mercado nacional. Aunque el mercado se caracteriza por un notable grado de atomización, se aprecia una tendencia de concentración de la oferta si bien en 2016 se produce un repunte sustancial en cuanto al número de operadores inscritos en la Sección A de un 19,3% respecto a 2015. Las principales empresas presentes en el mercado de la mensajería y paquetería empresarial cuentan con una amplia cobertura geográfica, si bien la mayoría se concentran en la Cataluña (21%) y en Madrid (18%)⁵⁹.

Por lo que respecta al comportamiento del mercado en España, el sector de mensajería y paquetería experimentó a partir de 2014 una recuperación, confirmada en 2015 y 2016, superando una fase de cinco años consecutivos de descensos.

La mejora de la coyuntura económica, el crecimiento del consumo y la producción industrial, el dinamismo de los intercambios comerciales con el exterior y el auge del comercio electrónico son algunos de los factores que explican su buen comportamiento, que contrasta con el declive del sector postal tradicional. Ciñéndonos al segmento CEP, sus ingresos alcanzaron en 2016 la cifra de 2765,9 millones €, lo que supuso un incremento del 5,75 respecto a 2015⁶⁰. El número de envíos no ha parado de crecer, un 18,1% en 2016 respecto al año 2015 cuando el número de envíos gestionado ascendió a 336 millones, lo que supuso a su vez un incremento del 20,9% respecto del ejercicio 2014.

La distribución de envíos gestionados en 2016, considerando únicamente a los integradores, las redes de transporte urgente de ámbito nacional, el operador público, los operadores del sector postal tradicional y los operadores independientes, fue la siguiente⁶¹:

- Integradores: 16,5%
- Redes de transporte urgente de ámbito nacional: 57 %
- Operador Público: 24%
- Operadores del sector postal tradicional: 0,6%
- Operadores independientes: 1,9%

⁵⁹ Informe de contexto sectorial DBK Informa- Mensajería y paquetería-julio 2015, aportado por REDYSER en contestación al requerimiento de información realizado (folios 3027 a 3203). Actualizado con datos del Informe de la CNMC de 21 de diciembre de 2017 sobre el Análisis del Sector Postal y del Sector de la Mensajería y Paquetería, INF/DTSP/001/17, disponible en: <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/postal>, pág. 9.

⁶⁰ Las divergencias de datos entre los Informes de la CNMC sobre el Análisis del Sector Postal y del Sector de la Mensajería y Paquetería de 2016 y 2017, y el Informe de DBK Informa-Mensajería y paquetería-julio 2015, aportado por REDYSER en contestación a requerimiento de información (folios 3027 a 3203), se debe a que el Informe de la CNMC solo incluye los datos de las empresas que: (1) se hayan inscritas en el Registro Postal; y (2) facturan más de un millón de euros (ver el Informe de la CNMC de 21 de diciembre de 2017 sobre el Análisis del Sector Postal y del Sector de la Mensajería y Paquetería, INF/DTSP/001/17, disponible en: <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/postal>, pág. 38). Además, tampoco incluye los datos de relativos a los revendedores ni a los operadores del transporte industrial.

⁶¹ Ver el Informe de la CNMC de 27 de diciembre de 2017 sobre el Análisis del Sector Postal y del Sector de la Mensajería y Paquetería, INF/DTSP/001/17, disponible en: <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/postal>, pág. 39.

Las cinco primeras empresas presentes en el segmento de la mensajería y paquetería empresarial –SEUR, el Grupo Correos (CORREOS y CEX), MRW, UPS y NACEX- alcanzaron en 2014 una cuota de mercado conjunta del 45%, porcentaje que superó el 70% al considerar a las diez primeras –incluyendo, por tanto, a TNT, DHL, TOURLINE, ASM y TIPSA.

Atendiendo a los datos disponibles en el citado Informe de DBK Informa-Mensajería y paquetería-julio 2015⁶², en 2014 el mercado de la mensajería y paquetería empresarial facturó 3.525 millones de euros⁶³. La cuota de mercado conjunta de las empresas imputadas en las prácticas objeto de investigación en este expediente, a excepción de MBE e ICS –que no son objeto de análisis en el citado informe-, fue del 32,3%.

2.2. Mercado Geográfico

En cuanto al mercado geográfico, como ha indicado la CNC y esta Sala de Competencia⁶⁴ y de acuerdo con la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa de la Unión Europea en materia de competencia (97/C 372/03, DOUE de 9 de diciembre de 1997), el mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas. Así lo ha indicado también la jurisprudencia del TJUE que ha definido el mercado geográfico como⁶⁵:

"(...) la zona geográfica donde se comercializa el producto en cuestión y donde las condiciones de competencias son lo suficientemente homogéneas como para permitir la evaluación de la repercusión del poder económico de una determinada empresa".

Los precedentes comunitarios han considerado que el mercado de servicios de entrega urgente es de ámbito nacional, pues los contratos se negocian con los clientes principalmente a nivel nacional, tanto para envíos nacionales como internacionales, y además las empresas necesitan tener una presencia

⁶² Informe de contexto sectorial DBK Informa-Mensajería y paquetería-julio 2015, aportado por REDYSER en contestación a requerimiento de información (folios 3027 a 3203).

⁶³ Ver *supra*, nota a pie de página 59.

⁶⁴ Resolución del Consejo de la CNC de 23 de mayo de 2013, Expte. S/0303/10 Distribuidores Saneamiento y Resoluciones de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 26 de junio de 2014, Expte. S/0445/12 Equipos contra incendios y de 4 de diciembre de 2014, Expte. S/0453/12, Rodamientos Ferroviarios, de 5 de marzo de 2015, Expte. S/0486/13 CONCESIONARIOS TOYOTA, Expte. S/0489/13 CONCESIONARIOS OPEL, Expte S/0488/1313 CONCESIONARIOS HYUNDAI, Expte. S/0487/13 CONCESIONARIOS LAND ROVER; de 28 de mayo de 2015 Expte. S/0471/13 CONCESIONARIOS AUDI/SEAT/VW; de 23 de julio de 2015, Expte. S/0482/13 Fabricantes de automóviles; de 3 de diciembre de 2015, Expte. S/0481/13 CONSTRUCCIONES MODULARES; de 26 de mayo de 2016, Expte. S/0504/14 AIO y de 15 de diciembre de 2016, Expte. S/DC/0538/14 Servicios Fotográficos.

⁶⁵ Entre otras, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (TPI) de 6 de octubre de 1994, asunto Tetra Pak/Comisión, T-83/91, apartado 91, confirmada en casación por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de noviembre de 1996, Tetra Pak/Comisión, C-333/ 94P.

significativa en un determinado país (p.ej. infraestructuras, contratos con clientes, fuerzas de ventas) para poder competir en el mismo⁶⁶.

No obstante, como ya ha señalado reiteradamente la CNC y ha confirmado la Audiencia Nacional⁶⁷, el concepto mercado afectado por la conducta infractora, que puede o no coincidir con el mercado de producto y geográfico relevante, no viene determinado por el territorio en el que las condiciones de competencia son homogéneas, sino por el espacio geográfico en el que la infracción analizada haya producido o sea susceptible de producir efectos sobre las condiciones de competencia efectiva.

Por tanto, dado que los hechos objeto de investigación en este expediente contemplan los servicios de envío urgente de documentos y paquetes de tamaño pequeño destinados a empresas prestados por empresas que operan en todo el territorio nacional, cuya demanda está constituida por clientes principalmente nacionales, aunque los servicios prestados puedan tener su origen o destino fuera de España, se considera que el mercado geográfico afectado en este expediente es de ámbito nacional.

Por otro lado, de acuerdo con las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado (actuales artículos 101 y 102 del TFUE), y teniendo en cuenta las circunstancias de las conductas objeto de la presente resolución, en particular la naturaleza de las prácticas analizadas, los servicios objeto de tales prácticas y las empresas que participan en las mismas, las prácticas objeto de investigación son susceptibles de tener un efecto apreciable sobre el comercio intracomunitario, lo que determina la aplicación del artículo 101 del TFUE.

IV. HECHOS ACREDITADOS

1. Introducción

Los hechos acreditados en el presente expediente relativos a las prácticas investigadas que se exponen a continuación tienen su origen en 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)

⁶⁶ Decisiones de la CE en los Asuntos COMP/M.2908 Deutsche Post/DHL (II) de 21 de octubre de 2002 (http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2908_en.pdf); COMP/M.5152- Posten AB/Post Danmark A/S de 21 de abril de 2009 (http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m5152_20090421_20212_en.pdf) y de 8 de enero de 2016, en el asunto COMP/M.7630, FedEx/TNT.

⁶⁷ Resoluciones de la CNC de 12 de enero de 2012, Expte. S/0179/09 Hormigón y productos relacionados; de 23 de mayo de 2013, Expte. S/0303/10 Distribuidores Saneamiento y de 30 de julio de 2013, Expte. S/0380/11 Coches de alquiler y sentencias de la AN de 30 de noviembre y 12 y 27 de diciembre de 2013 y 26 de marzo de 2014, desestimando recursos contra la Resolución de 12 de enero de 2012, Expte. S/0179/09 Hormigón y productos relacionados y sentencia de la AN de 8 de marzo de 2013, rec. núm. 540/2010, confirmada por Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2015.

y las contestaciones a los requerimientos de información efectuados a las empresas incoadas⁶⁸.

En los párrafos (93) a (378) del PCH, la Dirección de Competencia expone los hechos que considera acreditados respecto a las conductas desarrolladas por las empresas imputadas una vez analizada toda la información disponible en el expediente. Dicha exposición de hechos se basa en documentación recabada durante la instrucción del expediente (principalmente en diversos correos y comunicaciones electrónicas entre las empresas imputadas), incluido el escrito de solicitud de exención del pago de la multa presentado por GLS en octubre de 2015 que dio origen al presente expediente.

En concreto, GLS describió la existencia de un acuerdo entre ella y CEX consistente en un reparto de sus clientes mediante un pacto verbal de no agresión por el cual ambas empresas se comprometían de forma recíproca a respetar a todos los clientes de la otra. Dicho pacto verbal habría operado al menos desde septiembre de 2005, momento en el que comenzó la colaboración entre ambas empresas para el uso compartido de sus redes nacionales e internacionales, respectivamente.

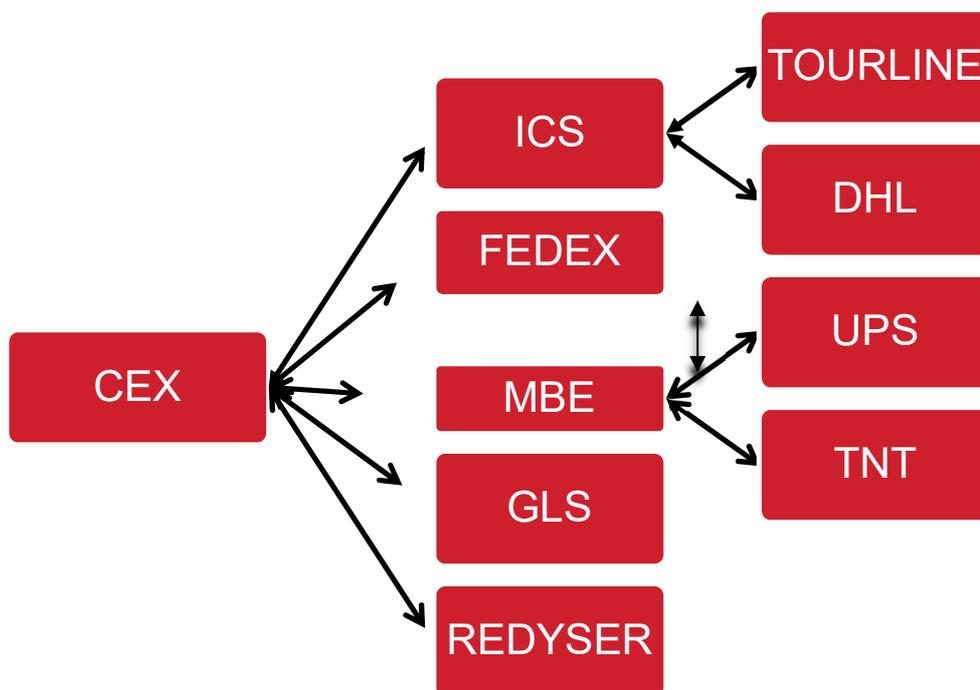
Tras solicitar varias aclaraciones, la Dirección de Competencia realizó una primera inspección en la sede CEX en noviembre de 2015. Durante la inspección, se recabaron evidencias en relación con lo indicado por GLS en su solicitud de exención y además se encontraron indicios de que CEX podría haber realizado prácticas similares con otros operadores, concretamente, FEDEX, ICS, MBE y REDYSER. Unos cinco meses más tarde, en abril de 2016, la Dirección de Competencia realizó nuevas inspecciones en la sede de estas empresas, a excepción de FEDEX, a la que solo se requirió información.

Tras el análisis de la información recabada en las inspecciones y las contestaciones a los requerimientos de información, la Dirección de Competencia considera acreditada la existencia de diez pactos bilaterales de no agresión destinados al reparto de todos los clientes acordados por:

- CEX con GLS, con ICS, con FEDEX, con MBE y con REDYSER.
- MBE con UPS, con TNT, con FEDEX y el ya citado con CEX.
- ICS con DHL, con TOURLINE y el ya citado con CEX.

⁶⁸ Contestaciones de GLS (folios 1661 a 1706); MBE (folios 1548 a 1618; 2858 a 2877 y 6509 a 6550); CEX (folios 1707 a 2084); TNT (folios 2515 a 2541; 3509 a 3511 y 5960 a 6155); TOURLINE (folios 2563 a 2640); DHL (folios 2641 a 2652, 2878 a 2908 y 3487 a 3504); UPS (folios 2653 a 2686 y 7946 a 8169); ICS (folios 2834 a 2857 y 6559 a 6579); REDYSER (folios 2909 a 3345 y 7217 a 7262); TOTALICS (folios 6260 a 6263); FEDERAL EXPRESS CORPORATION (folios 6272 a 6294); TNT HOLDINGS LUXEMBOURG, SARL (folios 6295 a 6306); GLS, BV (folios 6307 a 6314); DHL EXPRESS IBERIA, S.L.U. (folios 6315 a 6326); CTT-CORREIOS DE PORTUGAL, S.A. (folios 6327 a 6339); MBE WORLDWIDE, SPA (folios 6347 a 6364); CORREOS (folios 6424 a 6455) y UPS HOLD (folios 6655 a 6670), a los requerimientos de información realizados.

El siguiente diagrama refleja los anteriores pactos de no agresión alcanzados por las imputadas que la Dirección de Competencia describe y analiza en el PCH:



Conforme al diagrama anterior, la Dirección de Competencia habría constatado la existencia de diez pactos distintos de no agresión o de respeto de clientes. Algunas empresas habrían concluido este tipo de acuerdos con varias (ie. CEX, ICS, MBE y FEDEX) y otras solo habrían concluido este tipo de pactos con una sola empresa (ie. GLS, TOURLINE, DHL, UPS, TNT y REDYSER).

Con la única excepción del pacto bilateral entre CEX y REDYSER, en las nueve relaciones restantes, los pactos anticompetitivos detectados se producen entre empresas que tienen suscritos entre ellas algún tipo de acuerdo de prestación de servicios de recogida, transporte y entrega en destino de envíos (en adelante, “servicios de courier”), el cual, según los casos, es de carácter unilateral (la prestación del servicio se produce solo por una de las empresas parte del acuerdo en favor de la otra) o bilateral (ambas se obligan recíprocamente a prestarse este tipo de servicios, aunque para ámbitos de envíos distintos, generalmente envíos nacionales e internacionales desde o hacia España).

Las nueve relaciones contractuales indicadas en las que existe dicho acuerdo unilateral o bilateral de prestación de servicios, se formalizaron por escrito:

- En 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. El pacto de respeto de clientes es un pacto verbal acordado de forma paralela al acuerdo de prestación de servicios celebrado por escrito. Como la Dirección de Competencia analiza de manera específica en cada caso,

en estos supuestos el pacto de no agresión se imponía, para cada parte del acuerdo, respecto de todos los clientes de la otra parte, incluyendo clientes que quedaban fuera de la relación de prestación de servicios objeto del acuerdo suscrito. En relación con lo indicado, hay que precisar que en el caso de la relación entre MBE y UPS la situación referida se mantuvo hasta el 30 de abril de 2015, fecha en la que entró en vigor un nuevo acuerdo marco de prestación de servicios en el que sí se incluyen dos cláusulas por las que MBE y UPS se comprometieron a abstenerse de realizar cualquier tipo de venta activa a clientes de la contraparte.

- En tres casos (relaciones de ICS con CEX, TOURLINE y DHL) los contratos incluyen una cláusula de no competencia. Se trata en los tres casos de acuerdos de servicios de carácter unilateral, por los cuales ICS contrata con sus proveedores la recogida, transporte y entrega de los envíos que gestiona y que ICS no puede realizar con sus propios medios. En los tres casos, el órgano instructor considera que las cláusulas de no competencia tienen en principio un carácter accesorio a la prestación principal del contrato, configurándose en la práctica como una obligación unilateral de dichos proveedores del servicio -CEX, DHL o TOURLINE, según el caso- de no competir con ICS por los clientes de ésta a los que acceda en ejecución del servicio contratado. Sin embargo, tras la instrucción, la Dirección de Competencia descubrió elementos de prueba que evidencian un pacto de no agresión de carácter recíproco concluido en paralelo entre ICS y sus proveedores que comprendía a todos los clientes de ambas partes y no sólo a los clientes que eran objeto de la prestación de servicios contratada entre éstos.

Finalmente, la Dirección de Competencia considera que el pacto de respeto de clientes entre CEX y REDYSER se produce sin que exista entre ambas empresas relación comercial alguna de prestación de servicios, concretándose en este caso el pacto verbal de no competencia en un principio a las valijas financieras y ampliándose posteriormente a determinadas licitaciones de servicios de mensajería y paquetería empresarial convocadas por empresas privadas de ámbitos distintos al financiero.

La Dirección de Competencia considera acreditadas duraciones variables de estos pactos de no agresión (en la mayoría de los casos el inicio del pacto de no agresión coincidiría con el inicio de la relación de prestación de servicios y se prolongaría hasta al menos la realización de las inspecciones de noviembre de 2015 o abril de 2016). A los efectos descriptivos que ahora interesa, la Dirección considera probado que los diez pactos investigados estuvieron vigentes de forma paralela durante al menos dos años. El siguiente diagrama recoge el periodo (entre 2013 y 2015) en el que todos pactos de no agresión habrían estado vigentes:



En cuanto a la aplicación y seguimiento de los pactos de no agresión investigados, según la Dirección de Competencia, su cumplimiento y aplicación era conocido por los principales directivos de las entidades, tanto directores comerciales como, muchas veces, directores generales de las empresas imputadas a través fundamentalmente de correos electrónicos y, en menor medida, de llamadas telefónicas, conversaciones a través de la aplicación Whastapp y reuniones. No obstante, también según la Dirección de Competencia, la gestión diaria de las incidencias puntuales eran tratadas por directivos del departamento comercial que, por su parte, reportaban normalmente a los directores comerciales para su control y gestión en caso de no resolverse las incidencias detectadas.

Dado el carácter bilateral de las prácticas analizadas, y a fin de una mejor comprensión de las mismas, la Dirección de Competencia analiza de manera individualizada en el PCH (párrafos 108 a 346) los hechos constatados relativos a cada una de estos pactos de no agresión o de reparto de clientes que considera acreditados.

Aunque no ha acreditado ninguna vinculación entre los diferentes acuerdos la Dirección de Competencia considera adecuado su análisis conjunto en un único expediente: el hecho de que varias empresas (ie. CEX, ICS, MBE y FEDEX) hubieran participado en más de uno de estos acuerdos (ie. CEX participaba en al menos cinco de ellos; ICS en tres y MBE en otros tres) y que, conjuntamente, todos los operadores participantes en estos acuerdos de respeto de clientes, ostentasen una cuota superior al 32% del mercado, podía determinar que la existencia de los diez pactos de no competencia aplicados paralelamente hubiese tenido un efecto de compartimentación del mercado de la mensajería y paquetería empresarial en España.

A continuación, se detallan los hechos acreditados específicos en relación con cada una de las prácticas detectadas por la Dirección de Competencia.

2. Reparto de clientes entre CEX y otras empresas competidoras

Según expone el órgano instructor en los párrafos (108) a (198) del PCH, CEX mantuvo pactos de no agresión con GLS (desde al menos septiembre de 2005 hasta marzo de 2016), con FEDEX (desde al menos mayo de 2011 hasta marzo de 2016) y con REDYSER (desde al menos abril de 2011 hasta noviembre de 2015) que se exponen a continuación.

Los pactos de no agresión mantenidos por CEX con MBE (desde al menos febrero de 2012 hasta abril de 2016) y con ICS (desde al menos marzo de 2012 hasta abril de 2016) se analizarán posteriormente, en los apartados correspondientes en los que se trata el reparto de clientes adoptados por MBE e ICS, respectivamente, con otros operadores, incluido CEX.

2.1. Reparto de clientes entre CEX y GLS

Tal y como expone la Dirección de Competencia en los apartados (108) a (160) del PCH los hechos acreditados en relación con este pacto, -a diferencia del resto de pactos objeto del expediente-, se fundamentan en la información aportada por GLS en su solicitud de exención del pago de la multa que fue complementada con posterioridad con la información obtenida en la inspección realizada en la sede de CEX y por las contestaciones a los requerimientos de información⁶⁹.

En el caso de CEX y GLS, su colaboración comercial comienza mediante acuerdo de 1 de septiembre de 2005⁷⁰. GLS había comenzado su entrada en el mercado español en 2000 y, al carecer de una red propia en ese momento, celebró acuerdos con otros operadores para poder prestar servicios en las partes del territorio español donde su red no llegaba, al tiempo que ofrecía sus servicios de envío internacional a la otra parte del acuerdo. En este contexto, GLS celebró ese primer acuerdo de 2005 con CEX, en virtud del cual ésta le proporcionaba una solución para los envíos de paquetes en España y a cambio accedería a la red europea de GLS. El acuerdo de 2005 fue objeto de enmienda el 28 de junio de 2016⁷¹.

En el marco de las conversaciones iniciales que dieron lugar al acuerdo de 2005, CEX remitió a GSL una carta de intenciones que incluía, entre otras cuestiones,

⁶⁹ Contestaciones de GLS (folios 1661 a 1706) y CEX (folios 1707 a 2084).

⁷⁰ Contrato en versión inglesa (folios 203 a 218, confidenciales salvo para CEX y GLS) y traducción al español (folios 7287 a 7304, confidenciales salvo para CEX y GLS), aportados por GLS en su solicitud de exención. El contrato ha sido también recabado en la inspección de CEX, así como la enmienda de 28 de junio de 2006 (folios 1467 a 1485, confidenciales salvo para CEX y GLS) y aportado por CEX en su contestación al requerimiento de información realizado (folios 1747 a 1790, confidenciales salvo para CEX y GLS).

⁷¹ Contrato en versión inglesa (folios 203 a 218, confidenciales salvo para CEX y GLS) y traducción al español (folios 7287 a 7304, confidenciales salvo para CEX y GLS), aportados por GLS en su solicitud de exención. El contrato ha sido también recabado en la inspección de CEX, así como la enmienda de 28 de junio de 2006 (folios 1467 a 1485, confidenciales salvo para CEX y GLS) y aportado por CEX en su contestación al requerimiento de información realizado (folios 1747 a 1790, confidenciales salvo para CEX y GLS).

un pacto de no competencia y de confidencialidad, así como el compromiso de GSL de no abrir nuevas instalaciones en España⁷².

El acuerdo de 2005 entre CEX y GSL no recogió estas cláusulas. No obstante, en la documentación aportada por GSL en la solicitud de clemencia, GLS afirmó que operaba entre ambas **un pacto de agresión bilateral respecto a la totalidad de clientes de ambas partes**. Consta igualmente en el expediente documentación recabada en la inspección de la sede de CEX en la que se indican incidentes comerciales en relación con clientes de ambas. Son situaciones en las que una parte le solicita a la otra que se aparte del cliente de la contraparte para la prestación de servicios de carácter nacional o internacional, según el caso (si CEX o GLS prestaba servicios a un cliente solo para envíos nacionales o internacionales, la otra parte podía hacer oferta una oferta por los envíos no cubiertos por la otra)⁷³.

Lo relevante a efectos de este expediente es que, en ocasiones, dicho pacto de no agresión declarado por GLS, no se limitaba a clientes empresariales a los que éstos tuvieran acceso a través de su relación recíproca de servicios, **sino que afectaba a todos los clientes de ambas partes**.

El cumplimiento del pacto de respeto de clientes declarado por GLS era controlado por los máximos directivos de CEX⁷⁴ y GLS⁷⁵, a través de correos electrónicos y en menor medida a través de llamadas telefónicas y reuniones cuando se detectaban incumplimientos puntuales del pacto. Además, según ha

⁷² Carta remitida por el Director Comercial de CEX al Director General de GLS el 22 de septiembre de 2004 (folios 27 a 29).

⁷³ Ver, por ejemplo, los correos electrónicos de 22 de junio de 2012 (folios 7670 a 7675) y 23 de junio (folios 146 y 147)

⁷⁴ Por CEX, el **Director Comercial** [ver, por ejemplo, Correos electrónicos de 22 (folios 7670 a 7675) y 23 de junio de 2011 (folios 146 y 147), remitidos por el Director Comercial de CEX al Director de Desarrollo de Negocio de GLS, aportados por GLS en su solicitud de exención y correos electrónicos de 18, 20 y 21 de febrero de 2014 entre el Director Comercial de CEX y el Director de Ventas de GLS, aportados por GLS en su solicitud de exención (folios 309 a 316 y 7728 a 7737) y recabados en la inspección de CEX (folios 2417 a 2424)]; la **Jefa Nacional de Ventas** [Correo electrónico de 10 de mayo de 2012 de la Jefa Nacional de Ventas de CEX al Director de Ventas de GLS, con copia al Director de GLS y al Director General de CEX, aportado por GLS en su solicitud de exención (folio 12) y recabado en la inspección de CEX (folio 957)]; y los **responsables de Desarrollo Internacional** [Correo electrónico de 7 de julio de 2010 de la responsable de Desarrollo Internacional de CEX al Director y al Director de Ventas de GLS, aportado por GLS en su solicitud de exención (folio 10)]. **Con conocimiento del Director General de CEX** (ver, por ejemplo, Correo electrónico de 7 de noviembre de 2011 del Director Comercial de CEX al Director de Desarrollo de Negocio de GLS, con copia al Director de GLS en España y al Director General de CEX (folios 180 a 182), aportado por GLS en su solicitud de exención; correo electrónico de 27 de enero de 2012 del Director General de CEX al Director de Desarrollo de Negocio de GLS (folios 177 y 178 y 7680 a 7682), aportado por GLS en su solicitud de exención).

⁷⁵ Por GLS, **Director en España** [ver por ejemplo el correo electrónico de 7 de julio de 2010 dirigido por la responsable de Desarrollo Internacional de CEX al Director y al Director de Ventas de GLS, aportado por GLS en su solicitud de exención (folio 10); correo electrónico de 24 de septiembre de 2012 remitido por la Jefa Nacional de Ventas de CEX al Director de GLS, incluyendo en copia al Director General de CEX y a su responsable de Gestión Internacional, aportado por GLS en su solicitud de exención (folio 20) y recabado en la inspección de CEX (folio 980)]; el **Director de Desarrollo de Negocio** [Por ejemplo, correos electrónicos de 22 (folios 7670 a 7675) y de 23 de junio de 2011 (folios 146 y 147), remitidos por el Director Comercial de CEX al Director de Desarrollo de Negocio de GLS, aportados por GLS en su solicitud de exención del pago de la multa] y el **Director de Ventas** [por ejemplo, correo electrónico de 23 de marzo de 2009 del Director de Ventas de GLS a la responsable de Desarrollo Internacional de CEX, aportado por GLS en su solicitud de exención (folios 168 y 169); correo electrónico remitido el 16 de mayo de 2012 por la Jefa Nacional de Ventas de CEX al Director de Ventas de GLS, con copia al Director de GLS en España y al Director General de CEX, aportado por GLS en su solicitud de exención (folios 131 a 134) y recabado en la inspección de CEX (folios 975 y 976)].

⁷⁶ Correo electrónico de 1 de marzo de 2016 remitido por el Jefe de Producto Internacional de CEX al Director de Ventas de GLS, aportado por GLS en su solicitud de exención del pago de la multa (folio 501).

declarado GLS, ambas direcciones (de GLS y de CEX) trasladaron el contenido del pacto a sus comerciales, impartiendo instrucciones concretas de abstenerse de contactar o presentar ofertas comerciales a clientes de la otra parte.

En el caso de CEX, existen en el expediente documentos que acreditan esta forma de proceder, por ejemplo, el correo electrónico enviado por el Jefe de Producto Internacional de CEX al Director de Ventas de GLS el 1 de marzo de 2016⁷⁶:

“(...) desde nuestra dirección comercial constantemente se pide a toda la red comercial que cuando encontremos clientes que ya trabajan sus envíos internacionales con GLS y/o FedEx no presenten oferta”.

En el caso de GLS, reconoció este extremo en su solicitud de exención del pago de la multa⁷⁷ y existen comunicaciones recabadas en el expediente que así lo acreditan. Ver, por ejemplo, el correo electrónico de 2 de noviembre de 2011 del Director de GLS al Jefe de su Delegación en Barcelona, donde la recordaba la necesidad de respetar el pacto y le ordenaba que instruyera a sus comerciales en este sentido⁷⁸:

“Como hemos comentado en la reunión de esta tarde el pacto entre GLS y Chronorexpres es muy claro y tenemos que respetarlo.

Por favor comunícaselo a todo el equipo comercial de Barcelona”.

Y ver también, en cumplimiento de dicha orden, como al día siguiente el Jefe de la Delegación de Barcelona de GLS envía a sus comerciales un correo electrónico, con asunto: “Compromiso con Cx”, con copia a varios directivos de GLS⁷⁹:

“(...) Es un acuerdo que hay que respetar en todo momento tanto por parte nuestra, como por parte de Cx, no podemos realizar ofertas "Dumping" entre ambas partes.”

Las declaraciones de clemencia de los directivos de GLS sitúan el inicio del pacto no agresión con la firma del acuerdo de colaboración de 1 de agosto de 2005⁸⁰

⁷⁶ Correo electrónico de 1 de marzo de 2016 remitido por el Jefe de Producto Internacional de CEX al Director de Ventas de GLS, aportado por GLS en su solicitud de exención del pago de la multa (folio 501).

⁷⁷ Información aportada por GLS en su solicitud de exención del pago de la multa (folio 47) y correo electrónico interno de GLS remitido por el Director de GLS a su Director de Ventas de 23 de junio de 2011 (folios 145 y 146) y correo electrónico interno de GLS enviado por el Director de GLS al Jefe de la delegación de Barcelona de 2 de noviembre de 2011 (folio 140), aportados por GLS en su solicitud de exención del pago de la multa.

⁷⁸ Correo electrónico de 2 de noviembre de 2011 del Director de GLS al Jefe de la delegación de Barcelona, aportado por GLS en su solicitud de exención del pago de la multa (folio 140).

⁷⁹ Correo electrónico de 3 de noviembre de 2011, con asunto: “Compromiso con Cx”, del Jefe de la delegación de Barcelona a los comerciales, con copia al Director de GLS, al Director de Ventas y al Director de Desarrollo de Negocio, aportado por GLS en su solicitud de exención del pago de la multa (folio 139).

⁸⁰ Información aportada por GLS en su solicitud de exención del pago de la multa (folio 47).

y afirman que el mismo fue uno de los aspectos tenidos en cuenta en las negociaciones que condujeron al acuerdo⁸¹.

En los primeros años se han detectado comunicaciones en relación con el pacto de no agresión que indican que se estaba respetando entre las partes. No obstante, a medida que crecía la red propia de GLS en España, crecen también las comunicaciones que reflejan los conflictos en relación con el pacto de no agresión (sobre todo a partir de 2011). A partir de entonces constan múltiples correos electrónicos y la celebración de reuniones entre directivos de GLS y CEX para tratar los incidentes comerciales de ambas en los clientes. Normalmente se trata de situaciones en las que un comercial de CEX o GLS contacta con clientes potenciales de la otra parte o incluso presenta ofertas por servicios que la otra parte prestaba. Una vez que esta aproximación u oferta por una parte a un cliente de la otra era advertida, se ponía en conocimiento de la empresa que había aproximado al cliente o que le había hecho una oferta para que, bien no materializara ninguna oferta (situación habitual), bien, de haberla presentado ya, la retirase o incluso, en algún caso, materializase una oferta a precios artificialmente más elevados para garantizar el mantenimiento del servicio por parte de la empresa que lo venía prestando y mantener el *status quo*. Las pruebas documentales de estas situaciones han sido aportadas por GLS en el marco de la solicitud de exención y/o en las inspecciones realizadas en la sede de CEX. En general, son más numerosos los casos constatados en el expediente en los que GLS se acerca comercialmente a un cliente de CEX, que a la inversa.

Así, en relación con los clientes de CEX, la Dirección de Competencia constata la existencia de conflictos desde el inicio. Por ejemplo, en relación con el cliente HOYA LENSES (abril de 2006)⁸² consta en el expediente un correo interno en el que GLS impide a un comercial realizarle oferta al confirmar que se trataba de un cliente de CEX; en relación con un potencial cliente sobre el que se solicitó confirmación a CEX sobre si era cliente suyo o no para poder ofertar⁸³; en relación con el cliente BLAUPUNKT (mayo de 2006), que GLS logra arrebatar⁸⁴; en relación con el cliente BIZERBA⁸⁵ (julio de 2010) donde se afirma *“Nuestro cliente Bizerba (Getafe) le ha dicho a nuestro comercial de que ha recibido una oferta de GLS para envíos nacionales. Dado que tenemos un pacto de no agresión, ruego informéis al comercial que ha pasado dicha oferta para que la*

⁸¹ Declaraciones del Director de GLS, aportada por GLS en su solicitud de exención del pago de la multa (folios 46, 328 y 329). Ver también Carta remitida por el Director Comercial de CEX al Director General de GLS el 22 de septiembre de 2004 (folios 27 a 29).

⁸² Correo electrónico interno de GLS, con asunto “Re: contacto de ventas para GLS Holanda”, de 24 de abril de 2006 (folios 201 y 202 y traducción folios 7285 y 7286), aportado por GLS en su solicitud de exención del pago de la multa y Correo electrónico de 4 de octubre de 2007 del Director de Ventas de GLS a la responsable de Desarrollo Internacional de CEX, aportado por GLS en su solicitud de exención del pago de la multa (folio 326).

⁸³ Correo electrónico de 23 de marzo de 2009 del Director de Ventas de GLS a la responsable de Desarrollo Internacional de CEX, aportado por GLS en su solicitud de exención del pago de la multa (folios 168 y 169).

⁸⁴ Correo electrónico interno de GLS de 20 de mayo de 2006, aportado por GLS en su solicitud de exención (folios 237 y 238 y traducción folios 7315 y 7316) y Correos electrónicos internos de GLS de 21 de mayo de 2006, aportado por GLS en su solicitud de exención (folios 235 a 237 y traducción folios 7313 a 7315), en los que un directivo de GLS afirma que no sería buena idea quitarle a CEX otro cliente.

⁸⁵ Correo electrónico de 7 de julio de 2010 de la responsable de Desarrollo Internacional de CEX al Director y al Director de Ventas de GLS, aportado por GLS en su solicitud de exención (folio 10).

retire”; con un cliente en junio de 2011 sobre el que varios directivos de GLS comentan internamente, afirmando que no deben competir por clientes de CEX porque *“rompe el pacto de confianza y la alianza que en la actualidad tenemos. Te ruego que des las oportunas instrucciones para que ningún cliente de Chronoexpress sea ofertado por GLS”*⁸⁶; también en junio de 2011, en relación con el cliente BLINKER, GLS declaró haber paralizado los contactos con este cliente potencial hasta hablarlo con CEX, que se había quejado por considerarlo un cliente suyo⁸⁷; en relación con el cliente URBENI, en junio de 2011, respecto al que GLS retiró la oferta presentada para envíos nacionales porque era cliente de CEX⁸⁸; sobre el cliente BSD, BENITO DOMÍNGUEZ⁸⁹ (en mayo de 2012) al que GLS realizó una oferta y CEX exige que *“(…) Tal y como acordamos en la última reunión te ruego hables con quien corresponda para que en la medida de lo posible esto no ocurra y para que en este caso en concreto retiréis la oferta (…).”*; en relación con el cliente ZUDOR y LOSADI⁹⁰ en mayo de 2012, para cuya resolución se solicitó celebrar una reunión; SUGARLAND⁹¹, también en mayo de 2012, y sobre el que una directiva de CEX, teniendo conocimiento de que GLS le había realizado una oferta comenta: *“Esta vez llegamos a tiempo, por lo que te ruego hables con quien corresponda del equipo comercial de Valencia, para no presentarle oferta y así evitar lo que hablamos el viernes con los clientes actuales de Chronoexpres”*; en relación con el cliente SOFYCON en junio de 2012⁹², aunque en este caso GLS consideraba que no había habido conflicto; con el cliente SOLOPTICAL en septiembre de 2012⁹³ sobre el que CEX se quejó porque GLS le había conseguido arrebatar los envíos internacionales a CEX; sobre el cliente ARTEMIS INFORMÁTICA (en septiembre de 2013), retirando GLS finalmente la oferta realizada aunque, según informa el comercial, solo

⁸⁶ Correo electrónico remitido el 23 de junio de 2011 por el Director Comercial de CEX al Director de Desarrollo de Negocio de GLS (folios 146 y 147), aportado por GLS en su solicitud de exención del pago de la multa.

⁸⁷ Correo electrónico remitido el 22 de junio de 2011 por el Director Comercial de CEX al Director de Desarrollo de Negocio de GLS (folios 7674 y 7675) y remitido internamente en la misma fecha por el Director de Desarrollo de Negocio de GLS al Jefe de Delegación de Alicante al Director de Ventas y al Director de GLS (folios 7670 a 7675), aportados por GLS en su solicitud de exención del pago de la multa.

⁸⁸ Correo electrónico con asunto: “Anulación tarifas nacionales” remitido el 27 de junio de 2011 por un comercial de GLS al cliente URBENI, con copia a representantes de CEX (folios 193 a 195 y 229 a 232) y correo electrónico con asunto: “URBENI” del Jefe de Delegación de Zaragoza de GLS a responsables de CEX el 27 de junio de 2011 (folio 72), aportados por GLS en su solicitud de exención del pago de la multa.

⁸⁹ Correo electrónico de 9 de mayo de 2012 de la Jefe Nacional de Ventas de CEX al Director de Ventas de GLS, con copia al Director de GLS y al Director General de CEX, aportado por GLS en su solicitud de exención (folios 12 a 14) y recabado en la inspección de CEX (folio 955).

⁹⁰ Correo electrónico remitido el 10 de mayo de 2012 por la Jefe Nacional de Ventas de CEX al Director de Ventas de GLS, con copia al Director de GLS y al Director General de CEX, aportado por GLS en su solicitud de exención (folio 12) y también recabado en la inspección de CEX (folio 957). Correo electrónico remitido el 10 de mayo de 2012 por el Jefe de Delegación de Madrid de GLS a la responsable de Gestión Internacional y a la Jefa Nacional de Ventas de CEX, respondiendo a otro de la responsable de Gestión Internacional de CEX (folios 2330 y 2331), recabados en la inspección de CEX.

⁹¹ Correo electrónico con asunto: “Cliente Sugarland Advance Courier”, remitido el 16 de mayo de 2012 por la Jefa Nacional de Ventas de CEX al Director de Ventas de GLS, con copia al Director de GLS en España y al Director General de CEX, aportado por GLS en su solicitud de exención del pago de la multa (folios 131 a 134) y también recabado en la inspección realizada en la sede de CEX (folios 975 y 976).

⁹² Correos electrónicos de 14 y 15 de junio de 2012 entre la Jefa Nacional de Ventas de CEX y el Jefe de Delegación de Madrid de GLS, en copia al Director de GLS y el Director General de CEX, aportados por GLS en su solicitud de exención (folios 7656 a 7664) y recabados en la inspección de CEX (folios 977 a 979).

⁹³ Correo electrónico de 24 de septiembre de 2012 de la Jefa Nacional de Ventas de CEX al Director de GLS, en copia al Director General de CEX y el responsable de Gestión Internacional, aportado por GLS en su solicitud de exención (folio 20) y recabado en la inspección de CEX (folio 980).

abarcaba los códigos postales que no realizaba CEX⁹⁴; el cliente LUXOTTICA (noviembre de 2013)⁹⁵ al que finalmente GLS retiró oferta; en noviembre de 2013, al cliente RUBBEREX SPAIN⁹⁶; en diciembre de 2013 al cliente ENERGY SYSTEM⁹⁷, al que un comercial de GLS reconoce haber presentado una oferta superior a la CEX *“para no competir”*; en febrero de 2014, tuvo lugar un incidente en relación con el cliente DISFRACES JARANA⁹⁸ sobre el que CEX le comenta a GLS *“El asunto me preocupa muchísimo, ya que al final la sensación que me transmite la red va a ser cierta y GLS no respeta los acuerdos comerciales y ataca a nuestros clientes”*. Existen según GLS también clientes a los que directamente no ofertó por ser clientes de CEX. En abril de 2013, en un correo interno de GLS se listan una serie de clientes a los que no se presentó oferta, pese a ser comercialmente atractivos, por ser clientes de CEX⁹⁹.

En cuanto a los clientes de GLS, surgieron también conflictos¹⁰⁰ como por ejemplo, en relación con el cliente HEBO (octubre de 2007)¹⁰¹ respecto del que GLS solicita a CEX que no le ofrezcan servicios internacionales; con su cliente INMATEX (junio de 2011)¹⁰², conflicto en cuya gestión un directivo de GLS afirma¹⁰³: *“Bueno, está claro que GLS no oferta a clientes de Chronoexpres ya que este es el acuerdo que siempre hemos tenido y siempre hemos respetado. Puede haber casos puntuales por ambos lados, pero nada más.”*; etc.; en relación con el cliente JPSONS¹⁰⁴ (en mayo de 2012) que tras apercebir que había sido ofertado por CEX y Correos, advierte *“Por favor informa a chronoexpres que se mantenga al margen de esta negociación (...) es muy*

⁹⁴ Correo electrónico remitido el 11 de septiembre de 2013 por el Jefe de Ventas Andalucía de CEX, con copia a su Director Comercial, al Director de Ventas de GLS (folios 107 a 109), aportado por GLS en su solicitud de exención. Y Correo electrónico interno de GLS de 20 de septiembre de 2013 (folios 105 a 109), aportado por GLS en su solicitud de exención.

⁹⁵ Información aportada por GLS en su solicitud de exención (folios 360 a 370). Correos internos de GLS de 20 y 22 de septiembre de 2013, con asunto: “Luxottica tender Spain 2013” (folios 7676 a 7679 y traducción folios 7764 a 7767), aportados por GLS en su solicitud de exención

⁹⁶ Correo electrónico interno de GLS de 18 de noviembre de 2013 (folios 90 a 96), aportado por GLS en su solicitud de exención y Correo electrónico con asunto: “RUBBEREX SPAIN S.L.”, remitido el 18 de noviembre de 2013 por el Director de Ventas de GLS a la responsable de Gestión Internacional y al Director Comercial y Marketing de CEX, aportado por GLS en su solicitud de exención (folios 98 a 100) y también recabado en la inspección de CEX (folios 1044 y 1045).

⁹⁷ Correos electrónicos internos de GLS, con asunto: “ENERGY SYSTEMS”, remitidos el 3 de diciembre de 2013 entre un comercial de GLS y su Director de Ventas, aportados por el solicitante de exención (folios 7634 a 7638).

⁹⁸ Correos electrónicos de 18, 20 y 21 de febrero de 2014 entre el Director Comercial de CEX y el Director de Ventas de GLS, aportados por GLS en su solicitud de exención (folios 309 a 316 y 7728 a 7737) y recabados en la inspección de CEX (folios 2417 a 2424).

⁹⁹ Correo electrónico de 26 de abril de 2013 de un comercial al Jefe de Delegación de Sevilla de GLS y reenviado por éste al Director de Ventas de GLS el 20 de septiembre de 2013 (folios 7639 a 7642), aportado por GLS en su solicitud de exención.

¹⁰⁰ Ver, por ejemplo, la referencia al « robo » de un cliente y el carácter poco ético de la acción en el correo electrónico interno de GLS de 12 de mayo de 2008, aportado por GLS en su solicitud de exención del pago de la multa (folios 163 y 164).

¹⁰¹ Correo electrónico de 4 de octubre de 2007 del Director de Ventas de GLS a la responsable de Desarrollo Internacional de CEX, aportado por GLS en su solicitud de exención del pago de la multa (folio 326).

¹⁰² Correo electrónico, con asunto: “RV: INMATEX- BLINKER”, remitido el 22 de junio de 2011 por el Director Comercial de CEX al Director de Desarrollo de Negocio de GLS (folios 7670 a 7675), aportado por GLS en su solicitud de exención del pago de la multa.

¹⁰³ Correos electrónicos entre el Director de Ventas y el Director de GLS de 22 de junio de 2011 (folios 7670 a 7675), aportados por GLS en su solicitud de exención del pago de la multa.

¹⁰⁴ Correo electrónico con asunto: “Cuenta JPSONS”, remitido el 24 de mayo de 2012 por el Jefe de Delegación de Valencia de GLS al Director de Ventas de GLS (folios 120 y 121), aportado por GLS en su solicitud de exención.

importante que CX se mantenga al margen, así como nosotros nos hemos mantenido, incluso retirado en cuentas que estaban llevando ellos”; en mayo de 2013, en un correo interno de GLS, se pide a un comercial que hable con CEX para que retire una oferta sobre un cliente al que GLS había ofertado primero¹⁰⁵; en cuanto a BLINKER (octubre de 2014), consta en el expediente un documento interno de CEX en el que afirman “(...) te paso los datos para preparar una oferta especial a Blinker (...). Para su distribución en Francia siguen con Gls... (no ofertamos)”;

Como se aprecia de los hechos descritos, la documentación sobre incidentes comienza a ser más numerosa a partir de 2011, a medida (como declara el solicitante de clemencia) de que fuera creciendo la red de GLS en España. Son, de nuevo, más numerosas las quejas de CEX por acciones comerciales de GLS sobre sus clientes.

A partir de 2014 no se han recabado tantos incidentes comerciales. Conviene recordar en este punto que GLS presentó su solicitud de clemencia en octubre de 2014. Hasta noviembre de 2015, cuando su solicitud fue aceptada, GLS no podía informar a CEX del fin de su participación en el pacto de agresión declarado en su solicitud, ni alertar a sus comerciales, pues podría haber puesto en peligro la futura inspección, de acuerdo con artículo 52.e) del RDC. Durante ese tiempo, GLS en su solicitud de exención¹⁰⁶ no presentó oferta a, al menos, ocho clientes por serlo de CEX (*GOMARIZSTORE, BOOLINO, LUIS RAMOS, AHB HISPANIA, VER SPORT y NARANJAS SENET en 2014 y GARLAEJEWEAR y MY RETRO BOX en 2015*).

Una vez inspeccionada la sede de CEX, GLS dejó de cumplir el declarado pacto de no agresión. Así, un directivo de CEX se queja en correo electrónico de 1 de marzo de 2016 a GLS de que en los últimos tiempos GLS ha presentado ofertas a varios clientes que realizaban sus envíos internacionales con CEX (*DI MASSIMO, OLLAS GM, CECOTEC, PROMOTECA, etc.*) y le solicita el cumplimiento de un acuerdo verbal “*de no entrar con aquellos clientes que ya estén trabajando con Correos Express o con GLS de forma recíproca*” y le comenta que “*desde nuestra dirección comercial constantemente se pide a toda la red comercial que cuando encontremos clientes que ya trabajan sus envíos internacionales con GLS y/o FedEx no presenten oferta*”¹⁰⁷. A este correo el Director de Ventas de GLS le contesta que¹⁰⁸:

“(...) te tengo que comunicar que al margen de lo que pudiera haber ocurrido en el pasado, las políticas de cumplimiento normativo de GLS no nos permiten hacer el tipo de acuerdos con competidores que indicas.

¹⁰⁵ Correos electrónicos internos de GLS de 20 de mayo de 2013 entre un comercial y el Director de Ventas de GLS, aportados por GLS en su solicitud de exención (folios 7643 a 7647).

¹⁰⁶ Información aportada por GLS en su solicitud de exención del pago de la multa (folios 360 a 370).

¹⁰⁷ Correo electrónico con asunto “Clientes de Correos Express” de 1 de marzo de 2016 remitido por el Jefe de Producto Internacional de CEX al Director de Ventas de GLS, aportado por GLS en su solicitud de exención del pago de la multa (folio 501).

¹⁰⁸ Correo electrónico con asunto “RE: Clientes de Correos Express” de 3 de marzo de 2016 remitido por el Director de Ventas de GLS al Jefe de Producto Internacional de CEX, aportado por GLS en su solicitud de exención del pago de la multa (folios 505 y 506).

Consideramos que hay libre competencia en el mercado y, por tanto, cualquier empresa puede hacer ofertas a cualquier cliente.”

2.2. Reparto de clientes entre CEX y REDYSER

Los hechos acreditados por la Dirección de Competencia en los apartados (161) a (178) del PCH respecto a este acuerdo se fundamentan en la información obtenida en las inspecciones realizadas en las sedes de CEX y de REDYSER y en las contestaciones a los requerimientos de información realizados a ambas empresas¹⁰⁹. Con carácter preliminar, conviene constatar que CEX y REDYSER no tienen suscritos acuerdos de colaboración.

En abril de 2011 consta en el expediente un documento interno de REDYSER relativo a los objetivos de esta empresa durante el primer trimestre de 2011. En este documento, se hace alusión a un “*acuerdo de no agresividad en nuestras carteras de clienes del sector valija financiera*” con CEX¹¹⁰.

También constan en el expediente una serie de comunicaciones entre directivos de REDYSER mediante el uso de la aplicación de mensajería instantánea móvil WhatsApp¹¹¹ donde se refieren a un acuerdo con CEX. Por ejemplo, las conversaciones entre directivos de REDYSER de 18 de julio de 2012 que explicitan contactos entre REDYSER y CEX en relación con la prestación de valijas financieras al Banco Santander¹¹² y en relación con algunas adjudicaciones que había conseguido CEX (BSCH, Banesto, Banca Cívica y Caja España¹¹³); y de 20 de mayo y 4 de junio en relación con los contactos telefónicos mantenidos con el Director Comercial de CEX y una reunión con éste celebrada en la sede de CEX el 5 de junio de 2013¹¹⁴.

El 15 de octubre de 2014 un directivo de REDYSER envió un correo electrónico a un directivo de CEX donde se refería a un acuerdo alcanzado y proponía una entrevista para valorar su ampliación a otros ámbitos¹¹⁵:

“(…) nos conocimos físicamente, hace bastantes meses en un encuentro fortuito en una feria en Barcelona. Nos presentó (Director Comercial de

¹⁰⁹ Contestaciones de CEX (folios 1707 a 2084) y REDYSER (folios 2909 a 3345 y 7217 a 7262) a los requerimientos de información realizados.

¹¹⁰ Fichero electrónico “SEGUIMIENTO OBJ 11 primer trimestre.docx”, recabado en la inspección de REDYSER (folios 3584 a 3586).

¹¹¹ Director General y el Director de Grandes Cuentas (a partir de 2013, Director Comercial) de REDYSER.

¹¹² En concreto, el Director General de REDYSER preguntó a su Director de Grandes Cuentas si había hablado con el responsable de valijas financieras de CEX por el asunto Banco Santander, contestado el Director de Grandes Cuentas que esa mañana el Director General de CEX había llamado al Presidente de REDYSER para verse la semana siguiente. Ver la Conversación de WhatsApp de 18 de julio de 2012 entre el Director General y el Director de Grandes Cuentas de REDYSER (folio 4773), recabada en la inspección de REDYSER.

¹¹³ Conversación de WhatsApp de 18 de julio de 2012 entre el Director General y el Director de Grandes Cuentas de REDYSER (folio 4773), recabada en la inspección de REDYSER.

¹¹⁴ Conversaciones de WhatsApp de 20 y 21 de mayo y 4 de junio de 2013 entre el Director General y el Director de Grandes Cuentas de REDYSER (folio 4776), recabadas en la inspección de REDYSER.

¹¹⁵ Correo electrónico de 15 de octubre de 2014 del Director General de REDYSER al Director General de CEX (folios 3519 y 3520), recabado en la inspección de REDYSER.

CEX) que en aquel momento estaba recién incorporado como vuestro D. Comercial.

En aquel rápido e improvisado encuentro, acordamos mantener un acuerdo de no agresión entre las dos empresas respecto del sector financiero. Acuerdo que ambas partes hemos respetado y que al menos nosotros percibimos como provechoso.

Con este mail, me gustaría provocar una entrevista, donde podamos verificar vuestra percepción, y en su caso, explorar otras posibilidades.”

Obran en el expediente correos electrónicos posteriores¹¹⁶ y conversaciones de WhatsApp¹¹⁷ que acreditan que dicha entrevista tuvo lugar el 29 de octubre de 2014. Tras dicha reunión, en el expediente quedan acreditadas otras conversaciones que hacen referencias a nuevos contactos entre directivos de REDYSER y de CEX.

Así, por ejemplo, en conversaciones de WhatsApp entre directivos de REDYSER de 4 de diciembre de 2014, se acreditan los contactos mantenidos entre directivos de REDYSER y directivos de CEX en relación con una oferta realizada a un potencial cliente¹¹⁸, y se pregunta sobre si habían recibido información del comercial de CEX en relación con el otro cliente (CAJAMAR)¹¹⁹.

Consta en el expediente un caso concreto en relación con GLS, en mayo de 2015 una vez presentada su solicitud de exención. GLS buscaba nuevo proveedor para el servicio de envíos nacionales, que hasta ese momento le prestaba con CEX, y solicitó a REDYSER que le presentara una oferta para prestarle los citados servicios. Se ha constatado que REDYSER informó a CEX de la petición realizada por GLS a REDYSER y que ésta última presentó, de acuerdo con CEX, una oferta con tarifas superiores a los precios que CEX cobraba a GLS, con el fin de que GLS siguiera trabajando con CEX.

Así, en correos electrónicos de mayo de 2015 entre directivos de REDYSER y de CEX¹²⁰ y en correos internos de CEX, consta que, para preparar la nueva propuesta a GLS con el objetivo de retenerla, se tuvo en cuenta la advertencia de REDYSER y los detalles de la oferta solicitada por GLS a ésta¹²¹:

“MUY CONFIDENCIAL!!!!!!

¹¹⁶ Correos electrónicos de 18 y 20 de octubre de 2014 entre el Director General de CEX y el Director General de REDYSER (folios 3519 y 3520), recabados en la inspección de REDYSER.

¹¹⁷ Conversaciones de WhatsApp de 29 de octubre de 2014 entre el Director General de CEX y el Director General de REDYSER, recabadas en la inspección de REDYSER (folio 4769).

¹¹⁸ Conversación de WhatsApp de 4 de diciembre de 2014 entre el Director General y el Director Comercial de REDYSER (folio 4784), recabada en la inspección de REDYSER.

¹¹⁹ Ver el mensaje de WhatsApp enviado el 10 de diciembre de 2014 por el Director General al Director Comercial de REDYSER (folio 4785), recabado en la inspección de REDYSER.

¹²⁰ Correo electrónico remitido el 9 de mayo de 2015 por el Director General de REDYSER al Director Comercial de CEX, reenviando el correo electrónico remitido al primero por el Director Comercial de GLS el 4 de mayo de 2015, recabados en las inspecciones de CEX (folios 1245 y 1246) y REDYSER (folios 3529 a 3531) y correo electrónico remitido el 11 de mayo de 2015 por el Director Comercial de CEX al Director General de REDYSER, recabado en las inspecciones de CEX (folios 1255 a 1259) y REDYSER (folios 3532 a 3535).

¹²¹ Correo electrónico interno de CEX, con asunto: “RV: Datos Tender GLS Spain domestico” remitido el 11 de mayo de 2015 por el Director Comercial de CEX al Director General y a otros directivos de CEX (folios 1248 a 1250), recabado en la inspección realizada en la sede de CEX.

Como podéis ver GLS está sacando un tender a nuestras espaldas, por favor no deis circulación a este correo ya que dejaríamos en una situación muy delicada a quien nos lo ha pasado.

Le he pedido a (empleado de CEX) el estudio de rentabilidad de GLS y deberíamos hacer una propuesta antes de que esto sea oficial para ver si lo podemos parar.

(Directivo de CEX) por favor chequea que todos los datos operativos que informa son ciertos, ok? Y cuales está pidiendo que no hacemos??

Lo hablamos.”

En el correo de 14 de mayo de 2015, de cara a la elaboración de la oferta por REDYSER a solicitud de GLS, un directivo de REDYSER solicitó a un directivo de CEX que le indicara los precios que debía ofertar a GLS para que dicha empresa se mantuviera como cliente de CEX¹²²:

“Hola (Director Comercial de CEX),

Tengo que hacerle una propuesta a (Director Comercial de GLS).

Dame “una pista”, para que todo siga igual.”

Como consecuencia de ese correo del directivo de REDYSER, *“para que todo siga igual”*, internamente en CEX trabajaron para facilitar datos a REDYSER que le ayudasen a confeccionar esa oferta concertada¹²³. Se envió un correo a varios directivos de CEX con el objetivo de que fuera enviado por el Director Comercial de CEX a REDYSER, aclarando que las tarifas que constaban en el mismo (y sobre las cuales REDYSER no debería ofertar por debajo) son las que CEX cobraba a GLS incrementadas entre un 4 y un 17% *“de forma aleatoria y sin ningún patrón para evitar reconocer el origen”*. Se trataba de que la oferta que eventualmente presentase REDYSER a GLS, basada en dichas tarifas, fuera en todo caso más gravosas que las condiciones que en ese momento ofrecía CEX a GLS¹²⁴. Al día siguiente, el 15 de mayo de 2015 el Director Comercial de CEX reenvió al Director General de REDYSER el correo electrónico preparado por el Responsable de Control de Gestión de CEX con las tarifas sobre las cuales no debería ofertar por debajo¹²⁵ y, finalmente, el 22 de mayo de 2015 el Director

¹²² Correo electrónico remitido el 14 de mayo de 2015 por el Director General de REDYSER al Director Comercial de CEX, recabado en las inspecciones realizadas en las sedes de CEX (folios 1255 a 1259) y REDYSER (folios 3532 a 3535).

¹²³ Así, el mismo día 14 de mayo de 2015, el directivo de CEX que había recibido el correo de REDYSER, le reenvió dicho correo al Responsable de Control de Gestión de CEX para que le prepara los datos (ver Correo electrónico interno de CEX remitido el 14 de mayo de 2015 por el Director Comercial de CEX al Responsable de Control de Gestión de CEX, con copia al Director General y a otros directivos de CEX (folios 1255 a 1259), recabado en la inspección realizada en la sede de CEX) y horas después éste le remitió una tabla de tarifas facilitándole las condiciones de GLS sobre las cuales no debería ofertar por debajo (ver Correo electrónico interno de CEX, con asunto: “GLS”, remitido el 14 de mayo de 2015 a las 18:04:35 por el Responsable de Control de Gestión de CEX al Director Comercial de CEX (folios 1261 y 1262), recabado en la inspección de CEX).

¹²⁴ Correo electrónico interno de CEX, con asunto: “RV: GLS”, remitido el 14 de mayo de 2015 a las 18:04:48 por el Responsable de Control de Gestión de CEX a su Director General, con copia al Director Comercial de CEX (folios 1263 y 1264), recabado en la inspección de CEX.

¹²⁵ Correo electrónico con asunto: “Fwd: GLS”, remitido el 15 de mayo de 2015 por el Director Comercial de CEX al Director General de REDYSER, recabado en las inspecciones de CEX (folios 1265 y 1266) y REDYSER (folios 3546 y 3547).

General de REDYSER presentó su oferta al Director Comercial de GLS¹²⁶, oferta que coincide exactamente con la que CEX le había comunicado al alza el 15 de mayo de 2015.

Además de la práctica descrita, se ha constatado que CEX y REDYSER permanecieron en contacto continuo. Estos contactos han quedado acreditados a través de mensajes de WhatsApp entre directivos de ambas entidades (días 5, 8, 18, 19 y 21 de mayo de 2015)¹²⁷ que hacen referencia a llamadas telefónicas realizadas por esas fechas y a una reunión mantenida el 19 de mayo de 2015 entre ellos, así como en correos internos de ambas compañías REDYSER¹²⁸ y CEX¹²⁹. Estos contactos tenían por objeto las ofertas comerciales realizadas por CEX y REDYSER a, al menos, las siguientes entidades: AVON y SGEL.

En relación con SGEL, consta en el expediente un correo interno entre directivos de CEX¹³⁰ donde se indica lo siguiente:

“No obstante convendría saber si finalmente vamos a hacer estrategia conjunta con Redyser para no pisarnos la manguera unos a otros.”

Este email fue reenviado internamente, al tiempo que se trabajaba en la oferta para este cliente y se preguntaba a un directivo de CEX si había podido hablar con REDYSER. El directivo de CEX contesta a esa pregunta confirmando que les había llamado y que habían quedado en tratar el asunto ese mismo día¹³¹.

Por último, consta en el expediente un correo electrónico interno de REDYSER de 14 de septiembre de 2015 donde se comenta un futuro concurso en relación con las valijas de BANKIA¹³² donde aluden a la necesidad de tener en cuenta a CEX para valorar la estrategia comercial y precios. Y el 9 de noviembre de 2015 el Director General de REDYSER reenvió a su Director de Grandes Cuentas un correo electrónico sobre el estado de las negociaciones con un potencial cliente, indicándole el precio que se incluirá en la propuesta a dicho cliente, así como la oferta que realizará CEX, con un precio superior, en cumplimiento del pacto de no agresión¹³³.

¹²⁶ Correo electrónico, con asunto: “Re: Datos Tender GLS Spain doméstico”, remitido el 22 de mayo de 2015 por el Director General de REDYSER al Director Comercial de GLS (folios 3557 a 3560), recabado en la inspección de REDYSER.

¹²⁷ Conversaciones de WhatsApp realizadas los días 5, 8, 18, 19 y 21 de mayo de 2015 entre el Director General de REDYSER y el Director Comercial de CEX, recabadas en la inspección de REDYSER (folios 4768, 4770 y 4771).

¹²⁸ Correos electrónicos internos de REDYSER, con asunto: “Re: TENDER DE CELERITAS (SGEL LIBROS)”, de 1 y 2 de julio de 2015 (folios 4752 y 4753), recabados en la inspección de REDYSER.

¹²⁹ Correo electrónico interno de CEX, con asunto: “Concurso S.G.E.L. Tender”, de 6 de mayo de 2015 (folios 2479 y 2480), recabado en la inspección de CEX.

¹³⁰ Correo electrónico interno de CEX, con asunto: “Concurso S.G.E.L. Tender”, de 6 de mayo de 2015 (folios 2479 y 2480), recabado en la inspección de CEX.

¹³¹ Correos electrónicos, con asunto: “Re: RV: Concurso S.G.E.L. Tender”, de 6 de mayo de 2015 entre el Director Comercial y el Jefe Nacional de Grandes Cuentas de CEX (folios 2479 y 2480), recabados en la inspección de CEX.

¹³² Correo electrónico interno de REDYSER de 14 de septiembre de 2015 del Director del Área de Madrid al Presidente, al Director General y al Director de Grandes Cuentas (folios 3571 y 3572), recabado en la inspección de REDYSER.

¹³³ Correo electrónico interno de REDYSER, con asunto: “Fwd: Status Clay”, remitido el 9 de noviembre de 2015 por el Director General al Director de Grandes Cuentas de REDYSER (folios 3576 y 3577), recabado en la inspección de REDYSER.

2.3. Reparto de clientes entre CEX y FEDEX

Tal y como expone la Dirección de Competencia, los hechos acreditados por la Dirección de Competencia en los apartados (179) a (198) del PCH se fundamentan en la información aportada por el solicitante de exención (en concreto, en un correo electrónico de 1 de marzo de 2016 entre directivos de CEX y GLS, en el que, el de CEX, alude a un pacto entre CEX y FEDEX que sería similar al que CEX mantenía con GLS¹³⁴) junto con la información obtenida en la inspección de CEX y en las contestaciones a los requerimientos de información realizados a CEX y FEDEX¹³⁵.

Según las contestaciones a estos requerimientos de información, CEX y FEDEX firmaron en 2010 un acuerdo de prestación de servicios por el que CEX se encargaba de la recogida y/o transporte y distribución en España de los envíos internacionales de FEDEX¹³⁶ y, por otra parte, FEDEX es el proveedor de CEX de servicios internacionales de carácter express (por vía aérea)¹³⁷, sin que en dichos acuerdos se establezca un pacto de no competencia.

No obstante, constan en el expediente distintas comunicaciones en las que se hace alusión a un pacto de no agresión entre ambas entidades. En un correo electrónico interno de 10 de mayo de 2011 enviado por la Responsable de Control de Gestión Comercial de CEX en relación con la oferta a realizar a un determinado cliente, al advertir que el cliente realiza sus envíos internacionales con DHL y FEDEX, y que el acuerdo de CEX con FEDEX incluye un pacto de no agresión, se puede intentar conseguir la parte de DHL pero no se puede atacar la parte del negocio que hace FEDEX¹³⁸:

“(...) Importante: De acuerdo a la información que facilita el comercial, el cliente realiza sus envíos internacionales a través de DHL y Fedex y en el caso de este último tenemos que tener en cuenta que el acuerdo entre Chronoexpres y Fedex incluye un pacto de no agresión, de modo que podemos tratar de conseguir la parte de DHL, pero no podemos atacar la parte del negocio que hace Fedex.”

Es de destacar además que el citado correo electrónico se envía a 14 destinatarios de distintos departamentos de CEX (entre ellos, el Director General, el Director Comercial, el Director Financiero y el Director de Operaciones).

¹³⁴ Correo electrónico con asunto “Clientes de Correos Express” de 1 de marzo de 2016 remitido por el Jefe de Producto Internacional de CEX al Jefe de Ventas de GLS, aportado por GLS en su solicitud de exención del pago de la multa (folio 501)

¹³⁵ Contestaciones de CEX (folios 1707 a 2084) y FEDEX (folios 2085 a 2221) a los requerimientos de información realizados por la Dirección de Competencia.

¹³⁶ Contrato aportado por CEX (folios 1791 a 2005) y FEDEX (folios 2101 a 2213).

¹³⁷ Contestación de CEX al requerimiento de información realizado por la Dirección de Competencia (folios 2076 y 2077).

¹³⁸ Correo electrónico interno de CEX de 10 de mayo de 2011, recabado en la inspección realizada en la sede de CEX (folios 915 y 916).

En otro correo electrónico remitido por un directivo de CEX a un directivo de GLS el 1 de marzo de 2016, se alude a un acuerdo para no entrar en clientes de la otra parte, como el que tendrían con FEDEX¹³⁹:

“Si bien sabemos que no existe ningún convenio por escrito para no ofrecer tarifas a los clientes de Correos Express, entendemos que hay un acuerdo verbal de no entrar con aquellos clientes que ya estén trabajando con Correos Express o con GLS de forma recíproca, de hecho, desde nuestra dirección comercial constantemente se pide a toda la red comercial que cuando encontremos clientes que ya trabajan sus envíos internacionales con GLS y/o FedEx no presenten oferta”.

3. Reparto de clientes entre MBE y otras empresas competidoras

Los hechos que la Dirección de Competencia considera acreditados en los apartados (199) a (333) del PCH notificado se fundamentan en la información obtenida en la inspección realizada los días 20 y 21 de abril de 2016 en la sede de MBE y en las contestaciones a los requerimientos de información realizados a MBE, UPS, TNT, FEDEX y CEX¹⁴⁰.

MBE comercializa a través de su red de franquiciados servicios de mensajería y paquetería empresarial. Como se ha indicado, carece de medios propios para la prestación del servicio de distribución de los envíos por lo que necesita subcontratar su prestación a otras empresas de mensajería y paquetería. A tal efecto, MBE tiene suscritos acuerdos al menos con UPS, TNT, FEDEX y CEX, en los que se establecen las condiciones marco de la prestación por éstos de los servicios de recogida, transporte y entrega de los envíos en su destino final. Las condiciones de dichos acuerdos marco se aplican normalmente a los franquiciados de MBE previa suscripción individualizada por éstos de un acuerdo de adhesión al mismo.

El acuerdo entre MBE y UPS difiere del resto en la medida en que MBE estaba integrada en el grupo de UPS hasta el año 2009, cuando éste vendió la actividad a nivel mundial de Mail Boxes, Etc. que fue adquirida por MBE Spa. Hasta entonces, ambas formaban parte de la misma unidad económica¹⁴¹. En febrero de 2000 suscribieron (cuando formaban parte del mismo grupo) un Acuerdo Marco que se mantuvo en vigor hasta el 30 de abril de 2015, cuando se formalizó otro acuerdo (siendo ya entidades independientes). El primer Acuerdo Marco no incluía ninguna cláusula de no competencia, mientras que el de 2015 sí incluye dos cláusulas por las que MBE y UPS se comprometen respectivamente a abstenerse de realizar cualquier tipo de venta activa a clientes de la contraparte.

¹³⁹ Correo electrónico con asunto “Clientes de Correos Express” de 1 de marzo de 2016, remitido por el Jefe de Producto Internacional de CEX al Jefe de Ventas de GLS, aportado por GLS en su solicitud de exención del pago de la multa (folio 501).

¹⁴⁰ Contestaciones de MBE (folios 1548 a 1618, 2858 a 2877 y 6509 a 6550), UPS (folios 2653 a 2686 y 7946 a 8169), TNT (folios 2515 a 2541, 3509 a 3511 y 5960 a 6155), FEDEX (folios 2085 a 2221) y CEX (folios 1707 a 2084) a los requerimientos de información realizados.

¹⁴¹ Ver aptdo. 402 de la Propuesta de Resolución.

Los acuerdos restantes de MBE con TNT, con FEDEX y con CEX no contienen una cláusula de no competencia.

No obstante, en todos los casos, se ha acreditado una política de respeto de clientes por parte de MBE que se reflejaba en los programas de formación de nuevos franquiciados y en los mensajes que regularmente se dirigían a la red de franquiciados¹⁴², asumiéndose en los documentos organizativos internos de organización y gestión de MBE¹⁴³.

De hecho, MBE gestionaba los conflictos comerciales que surgían entre los franquiciados y el resto de operadores, centralizando las incidencias y trasladándoselas al operador en cuestión -UPS, TNT, FEDEX y CEX- si no se resolvían directamente por el franquiciado. De hecho, MBE daba instrucciones concretas a sus franquiciados en cuanto al modo de resolverse dichas incidencias (indicándole si debía retirar o no la oferta al cliente que el operador reclamaba como propio o, en su caso, si debía aceptar la entrada del operador en un cliente propio) y mantenía reuniones con los citados operadores para realizar el seguimiento con cada uno de ellos del acuerdo de respeto comercial.

Así, por ejemplo, en el documento que recoge los acuerdos alcanzados en la reunión de 5 de octubre de 2009 por diversos franquiciados de área y personal de la central de MBE para la elaboración del Código Ético de MBE se define el respeto de clientes entre franquiciados y operadores proveedores o “*Partners*” como un “*punto básico y fundamental del código ético*” de la empresa y se destaca la importancia de que en las visitas de prospección comercial se averigüe el actual proveedor del potencial cliente, a fin de evitar interferir en clientes de los operadores con los que MBE trabaja¹⁴⁴. En otro de los documentos organizativos internos recabados en la inspección realizada en la sede de MBE se contiene una descripción de sus procedimientos internos relativos a la “*gestión de conflictos comerciales*”¹⁴⁵ con proveedores, incluyendo las actuaciones a realizar en su resolución y determinando que en los casos de intromisión comercial MBE debe retirar las ofertas a clientes de sus proveedores.

En cuanto a las prácticas bilaterales de respeto recíproco de clientes en sí, éstas han sido acreditadas a través de numerosos documentos recabados en la inspección de MBE (correos electrónicos y documentos internos de MBE y de ésta con los citados operadores), que contienen alusiones explícitas a los pactos de no competencia o acuerdos de respeto comercial que MBE mantiene con UPS al menos desde 2009 hasta abril de 2016; con TNT desde febrero de 2008 hasta abril de 2016; con FEDEX al menos desde diciembre de 2011 hasta septiembre de 2015 y con CEX desde al menos febrero de 2012 hasta abril de 2016, coincidiendo con la inspección realizada en la sede de MBE.

¹⁴² Así se refleja por ejemplo en el correo electrónico remitido el 6 de mayo de 2008 por MBE a UPS (folios 3665 a 3667) y en el correo electrónico remitido el 28 de septiembre de 2009 por un franquiciado de área al Jefe de Red y Operaciones de MBE (folios 3703 a 3706), recabados en la inspección de MBE.

¹⁴³ “Reunión Código Ético2.doc” (folios 4415 a 4417) y “CÓDIGO ÉTICO.ppt” (folios 4409 a 4414), recabados en la inspección realizada en la sede de MBE.

¹⁴⁴ “Reunión Código Ético2.doc” (folios 4415 a 4417) y “CÓDIGO ÉTICO.ppt” (folios 4409 a 4414), recabados en la inspección realizada en la sede de MBE.

¹⁴⁵ Documento denominado “Tabla libreta 2013-2014” (folios 551 a 558), recabado en la inspección realizada en la sede de MBE.

En los documentos recabados, el supuesto más habitual es que se realicen referencias a los respectivos pactos de respeto comercial en el contexto de situaciones puntuales de intromisión de comerciales de alguno de los cuatro operadores citados MBE en clientes de MBE, o a la inversa, solicitándose que se cumpla el pacto: bien no presentando la oferta prometida, bien retirando la oferta presentada, bien solicitando la presentación de una oferta con una tarifa intencionadamente más elevada que la que el cliente tenga con su proveedor actual.

A continuación se explicitan los hechos probados en relación con cada uno de los pactos de no agresión declarados por la Dirección de Competencia.

3.1. Respeto de clientes entre MBE y UPS

Los hechos acreditados en los apartados (199) a (249) del PCH por la Dirección de Competencia se fundamentan en la información obtenida en la inspección realizada en la sede de MBE los días 20 y 21 de abril de 2016 y en las contestaciones a los requerimientos de información realizados a MBE y UPS¹⁴⁶.

UPS es, de manera muy destacada, el principal proveedor de servicios de MBE. De hecho, inicialmente formaban parte del mismo grupo y sus relaciones se regían mediante un Acuerdo de Marco de 17 de febrero de 2000¹⁴⁷, que recogía las condiciones de adhesión de los franquiciados de MBE al “Programa MBE-UPS”. Este acuerdo siguió vigente pese a la venta por UPS del negocio de MBE fuera de los Estados Unidos en 2009 y no fue sustituido hasta el 30 de abril de 2015 por un nuevo acuerdo.

Al tratarse de entidades pertenecientes a un mismo grupo empresarial y unidad económica de decisión hasta mayo 2009, no resultaba aplicable el artículo 1 LDC y/o art. 101 TFUE. No obstante, tras la venta del negocio MBE fuera de los Estados Unidos por UPS, ambas pasaron a ser entidades independientes, debiendo desde entonces respetar las normas de competencia.

Ha quedado acreditado en el expediente que después de mayo de 2009 se produjeron una serie de contactos entre UPS y MBE en relación con situaciones de conflicto comercial entre ambas. En estos casos, una o ambas partes aluden a un pacto de respeto de clientes o de respeto comercial para gestionar los conflictos.

El pacto era conocido por los franquiciados de MBE a cuya red se comunicaba. En un correo electrónico de septiembre de 2009 entre un franquiciado de MBE y el Jefe de Red y Operaciones de MBE se expresaba lo siguiente¹⁴⁸:

¹⁴⁶ Contestaciones de MBE (folios 1548 a 1618, 2858 a 2877 y 6509 a 6550) y UPS (folios 2653 a 2686 y 7946 a 8169) a los requerimientos de información realizados.

¹⁴⁷ Acuerdo incluido en el documento “Módulo de Adhesión UPS”, recabado en la inspección de MBE (folios 560 a 583, confidenciales excepto para MBE y UPS).

¹⁴⁸ Correo electrónico con asunto: “RV: La importancia de nuestra imagen de Red”, remitido el 28 de septiembre de 2009 por un franquiciado MBE al Jefe de Red y Operaciones de MBE (folios 3703 a 3706), recabado en la inspección realizada en la sede de MBE.

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

(...) Estos aspectos se suelen corresponder con algunas reglas que desarrollamos entre los centros MBE y UPS en nuestro comportamiento en el mercado y que detallo a continuación:

b) Respeto absoluto a los clientes que UPS pueda tener en nuestra zona. La regla de oro no escrita es “si es cliente de UPS, me despido agradeciendo su atención al cliente potencial, a la inversa lo exigimos absolutamente igual”. Si en algún caso nos viésemos comprometidos o forzados, presentar una tarifa cara tras consultarlo con el comercial de UPS (idem si ocurriese lo mismo con otro centro MBE) (...). (énfasis añadido).

También, ha quedado acreditado que el pacto de respeto comercial se observaba por ambas partes en relación con los clientes de la otra. Ver por ejemplo, el mismo correo electrónico citado en el párrafo anterior¹⁴⁹; los correos electrónicos que hacen alusión a una reunión de 23 de junio de 2010 entre las Direcciones Generales y Comerciales de MBE y UPS¹⁵⁰; los documentos recabados en MBE haciendo alusión a una reunión de 30 de noviembre de 2010 entre directivos de UPS y MBE¹⁵¹; el correo electrónico de 6 de junio de 2011 remitido por MBE a UPS¹⁵²; y los ficheros electrónicos recabados en la inspección de MBE donde se recogen varios casos de incidentes con UPS por

¹⁴⁹ Existen algunas otras referencias al carácter bilateral del pacto de respeto de clientes entre MBE y UPS. Ver por ejemplo el correo electrónico remitido el 6 de octubre de 2009 por MBE a UPS (folio 3707), donde, ante una incidencia, la comercial de MBE afirma “(...) cómo es posible que a un cliente de Mail Boxes les pase oferta y comience a trabajar con UPS” Tenía entendido, y así lo hacemos que entre nosotros no podemos “tocarnos” los clientes”; y el correo electrónico con asunto: “Información respecto situaciones comerciales”, remitido el 7 de mayo de 2010 por el Director de Ventas Red y Operaciones de MBE a la recién nombrada Directora Comercial de UPS (folios 3768 y 3769), recabado en la inspección de MBE, exponiéndole las bases del acuerdo respecto a los clientes que estarían aplicando: “La base de nuestra relación, ha estado siempre sujeta al respeto comercial entre ambas compañías, **siempre ha existido un respeto por parte de UPS a los clientes de MBE, así como por parte de MBE a los clientes de UPS.** Al iniciar la acción comercial con un potencial cliente, siempre nos aseguramos ambas compañías, que si el cliente trabaja para MBE o UPS, no se procede a continuar la acción comercial, de manera que no tiene sentido presentar una oferta y por supuesto intentar captar el cliente. Es importante tener en cuenta, que los clientes de MBE son indirectamente clientes de UPS y paquetes para UPS. Siempre estamos abiertos ambas compañías, a tratar temas concretos buscando la comunicación conjunta para conseguir la mejor solución. Debemos trabajar para evitar una serie de variables que nos perjudican enormemente como son: - Una mala imagen transmitida a los clientes.; - El tener que bajar los precios por una oferta presentada más económica, reduciendo el margen de beneficio.; - La mala sintonía generada entre la fuerza de ventas de UPS y los franquiciados que se pueden percibirse como competencia directa (...).” (énfasis añadido). Ver también el Correo electrónico con asunto: “Cliente Panda Clever Tarragona”, remitido el 26 de mayo de 2015 por MBE a UPS, en copia el Director de Ventas Red y Operaciones de MBE (folio 4234), recabado en la inspección de MBE: “Hola Carlos buenos días. Según me comenta Lucio estás en contacto negociando con esta empresa, cliente nuestro desde el inicio de sus actividades con tarifa en vigor para envíos internacionales. Según **las directrices de nuestra Central nosotros no podemos negociar u ofertar a clientes en activo de UPS u otros centros MBE. Igualmente UPS no puede negociar o presentar ofertar a clientes en activo de MBE**” (énfasis añadido).

¹⁵⁰ Correo electrónico de 20 de julio de 2010 del Jefe de Apoyo a Franquicia de MBE al Director de Ventas Red y Operaciones de MBE y correo electrónico de 26 de julio de 2010 de la Directora Comercial de UPS al Director de Ventas Red y Operaciones de MBE, incluyendo en copia, entre otros, a los Directores Generales de MBE y UPS (folios 3773 a 3781 y Correo electrónico enviado el 26 de agosto de 2010 por el Jefe de Apoyo a Franquicia de MBE al el Jefe de Ventas de la Zona de Levante de UPS (folios 3784 y 3785), recabado en la inspección realizada en la sede de MBE.

¹⁵¹ Documento “UPS-MBE Spain meeting” recabado en la inspección de MBE (folios 604 a 611”).

¹⁵² Correo electrónico remitido el 6 de junio de 2011 por MBE a UPS (folio 3915), recabado en la inspección de MBE, en el que la comercial afirma: “En relación a lo que me has comentado esta mañana, que has presentado tarifas para nacional a un cliente que trabaja conmigo en Internacional, me has dejado un poco preocupada. Ya no es la primera vez que negociáis con un cliente que está con nosotros, ¿significa eso que podemos negociar con clientes que hacen con vosotros un servicio otro servicio? Porque si es así, comienzo a visitarlos.”

clientes en 2012 y 2013¹⁵³ (concretamente, 7 casos de intromisión de UPS en clientes de MBE y 2 de intromisión de MBE en clientes de UPS).

En el expediente han quedado acreditados varios conflictos comerciales en relación con el respeto comercial de clientes por ambas partes, ya fuera por el total del negocio o parte de él (ie. solo envíos internacionales o solo envíos nacionales, o solo los de algunos códigos postales, etc.).

Así, en relación con los clientes de MBE, han quedado acreditados los siguientes incidentes comerciales: un potencial cliente de la localidad de Puebla gestionado mediante correo electrónico de 11 de junio de 2009¹⁵⁴; conflicto en relación con el cliente MASATS tratado en correos electrónicos de 9 y 10 de diciembre de 2009¹⁵⁵; incidente comercial en relación con un cliente de un franquiciado de Palma de Mallorca¹⁵⁶ por el que éste remite una queja por correo electrónico de 9 de marzo de 2010 a un directivo de MBE tras detectar una intromisión comercial de UPS en su cliente; los clientes HITEK, BEREL TEXTIL y ALTAVINS VINICULTORS discutidos en correos electrónicos de 20 y 26 de julio de 2010¹⁵⁷; el cliente VILARDELL PURTÍ, por el que se da un conflicto de servicios compartidos que es comunicado mediante correo electrónico de 23 de febrero de 2011¹⁵⁸; incidente comercial en relación con el cliente TYN RAMIREZ HNOS, comunicado mediante correo electrónico de MBE a UPS de 8 de julio de 2011¹⁵⁹ y que también contempla un caso de servicios compartidos; y, por último, los ya citados ficheros electrónicos recabados en la inspección de MBE que contienen varios incidentes acaecidos desde 2010 hasta 2013¹⁶⁰ (clientes de

¹⁵³ Ficheros electrónicos “Informe conflictos comerciales UPS Levante FEB13” e “Informe conflictos comerciales UPS Levante 5MAR13”, recabados en la inspección de MBE (folios 4480 y 4481).

¹⁵⁴ Correo electrónico remitido el 11 de junio de 2009 por un franquiciado de MBE a UPS, en copia el Jefe de Red y Operaciones de MBE (folio 3678), recabado en la inspección realizada en la sede de MBE y Correo electrónico, con asunto: “Contacto”, remitido el 12 de junio de 2009 por un franquiciado de MBE a UPS, en copia el Jefe de Red y Operaciones de MBE (folio 3679), recabado en la inspección de MBE, en el que se confirma que UPS solo presentaría oferta por una parte del negocio, respetando la parte que ya prestaba MBE.

¹⁵⁵ Correos electrónicos de 9 y 10 de diciembre de 2009 entre MBE y UPS (folio 3711), en el que, tras apercebir que UPS había realizado oferta a un cliente de MBE, una comercial de ésta afirma *“Ya sabes que existe un acuerdo tácito de respeto de clientes entre los centros MBE y UPS y que hasta la fecha ha sido respetado por ambos lados, al menos en cuanto a la franquicia de Mail Boxes Manresa se refiere. Por este motivo quisiera que me facilitarás tu versión al respecto con el fin de no entrar en conflictos absurdos, ni presentes, ni futuros”*.

¹⁵⁶ Correo de 9 de marzo de 2010 por un franquiciado MBE, reenviado al Director de Ventas Red y Operaciones y al Jefe de Apoyo a Franquicia de MBE (folios 3712 y 3713), recabados en la inspección de MBE

¹⁵⁷ Correo electrónico de 20 de julio de 2010 del Jefe de Apoyo a Franquicia de MBE al Director de Ventas Red y Operaciones de MBE, (folios 3773 a 3775) (en el que se afirma, tras resumir los conflictos por intromisiones de UPS en clientes de franquiciados que *«El franquiciado nos solicita que os recalquemos que nunca UPS ha podido quejarse de su actuación comercial en la zona y obviamente espera lo mismo como franquiciado MBE y dentro del respeto que nos debemos »*); correo electrónico de 26 de julio de 2010 de la Directora Comercial de UPS al Director de Ventas Red y Operaciones de MBE, incluyendo en copia, entre otros, a los Directores Generales de MBE y UPS (folios 3776 a 3781); correo electrónico enviado el 26 de agosto de 2010 por el Jefe de Apoyo a Franquicia de MBE al Jefe de Ventas de la Zona de Levante de UPS (folios 3784 y 3785), recabado en la inspección realizada en la sede de MBE; y correo electrónico de 15 de septiembre de 2010 de UPS al Jefe de Apoyo a Franquicia de MBE (folios 3788 a 3791), recabado en la inspección de MBE.

¹⁵⁸ Correo electrónico con asunto: “RV: CLIENTE VILARDELL PURTÍ”, remitido el 23 de febrero de 2011 por el Director de Ventas Red y Operaciones de MBE a su Director General (folio 3805), recabado en la inspección de MBE).

¹⁵⁹ Correo electrónico remitido el 6 de julio de 2011 por UPS al Jefe de Apoyo a Franquicia de MBE, en copia el Director de Ventas Red y Operaciones de MBE y correo electrónico remitido el 8 de julio de 2011 por el Director de Ventas Red y Operaciones de MBE al Director General y al Director de Marketing de UPS, en copia al Director General de MBE (folios 3951 a 3953), recabados en la inspección realizada en la sede de MBE.

¹⁶⁰ Ficheros electrónicos “Informe conflictos comerciales UPS Levante FEB13” e “Informe conflictos comerciales UPS Levante 5MAR13”, recabados en la inspección de MBE (folios 4480 y 4481).

MBE sobre los que UPS realiza algún tipo de acción comercial: ANTARES BOX, VIA VERTIAGO, ENVIOS y DIDEÑOS NOVELDA, S&F EMPRESARIOS, MAIL SURESTE, SYSTEM MAIL....).

En cuanto a clientes de UPS se han detectado también durante la instrucción algunos incidentes comerciales, como el relativo a FONDO DE CULTURA ECONÓMICA DE ESPAÑA y TEXTIL DOBERT, comunicado medianate correo electrónico de 10 de diciembre de 2010¹⁶¹; los recogidos en el documento Excel recabado en la inspección de MBE¹⁶², en relación con los clientes de UPS MAIL ALICANTE (incidente ocurrido en 2012) y MAIL SURESTE (incidente de 2013), para los que MBE decide no ofertar tras consultarlo internamente, pese al interés de éstos por conocer su oferta; el incidente comercial en relación con el cliente NADSA (febrero de 2014), sobre el que MBE finalmente retiró su oferta a instancias de UPS¹⁶³; y un incidente en febrero de 2014 sobre el que trata la queja de UPS respecto de un franquiciado de MBE que estaba intentando captar sus clientes¹⁶⁴.

En cuanto a la problemática de “compartir” clientes, esto es, que UPS preste un tipo de servicios al cliente (ie. internacional), mientras que MBE presta otros (ie. nacional) se han detectado durante la instrucción correos y reuniones específicas sobre este tema en concreto a raíz de algunos incidentes comerciales. Así, durante el mes de enero de 2011 se discutió sobre ello y se celebró una reunión al respecto, acordando no compartir clientes en el futuro. Consta a tal efecto en el expediente un correo interno entre directivos de MBE donde se expresan dudas sobre los límites de las restricciones de ambas partes cuando pretenden una acción comercial sobre los clientes de la otra¹⁶⁵, al que contestó el Director General de MBE que, tras una reunión con UPS¹⁶⁶, habían

¹⁶¹ Correo electrónico enviado el 10 de diciembre de 2010 por el Director de Ventas Red y Operaciones de MBE al Director de Marketing de UPS, con copia a los Directores Generales de MBE y UPS (folios 607 y 608), recabado en la inspección realizada en la sede de MBE.

¹⁶² Fichero electrónico “Informe conflictos comerciales UPS Levante 5MAR13”, recabado en la inspección de MBE (folio 4481).

¹⁶³ Correo electrónico con asunto: “CLIENTE DE UPS OFERTADO POR MBE”, remitido el 4 de febrero de 2014 por el Jefe de Apoyo a Franquicia de MBE al Jefe de Ventas de la Zona de UPS, en copia la Directora Comercial de UPS y el Director de Ventas Red y Operaciones de MBE (folios 4035 a 4050), recabado en la inspección de MBE.

¹⁶⁴ Correo electrónico interno de MBE con asunto: “INTRUSIÓN MBE133-VILANOVA EN CLIENTE UPS”, remitido el 3 de diciembre de 2014 por el Director de Ventas Red y Operaciones de MBE (folios 4172 y 4173), recabado en la inspección de MBE.

¹⁶⁵ Correo electrónico con asunto: “RV: EXIDE - RED LOFÍSTICA” enviado el 26 de enero de 2011 por el franquiciado de área centro de MBE al Director General, al Director de Ventas Red y Operaciones y al Jefe de Apoyo a Franquicia de MBE (folios 3799 a 3802), recabado en la inspección de MBE. En concreto se plantea lo siguiente: “*También me surge como debe ser nuestra actuación en el caso inverso. Si es un cliente de UPS, ¿podremos ofertar los servicios que no están haciendo con ellos? ¿Cuántos clientes pueden utilizar este tipo de situaciones para ponernos en competencia, sin decírnoslo? ¿no le pedirán precios a UPS? Puede que le digan que no le pueden ofertar, pero el cliente forzará la situación, les dirá que no está contento etc., etc., hasta conseguir las tarifas. A nosotros el cliente nos dirá que ha sido Ups la que le ha ofertado, y siempre aparecerá un mail que confirme el descontento del cliente manifestado hacia UPS, y espaldas cubiertas... Me hace desconfiar...y creo que empeora nuestra posición en el mercado.*”

¹⁶⁶ Según se refleja en un fichero electrónico recabado en MBE, a la reunión de 26 de enero de 2011 asistieron, entre otros, el Director de Marketing de UPS y el Director General y el Director de Ventas Red y Operaciones de MBE y, entre otros temas, se trató el pacto de respeto de clientes alcanzado entre ambas empresas, acordando no compartir clientes, quedando no obstante su desarrollo pendiente de definición con los responsables de las áreas implicadas de MBE y UPS. *Puntos tratados: (...) - Acuerdos actuación comercial UPS – MBE / compartir clientes: De cara a evitar futuras problemáticas comerciales establecemos el hecho de no compartir clientes entre MBE – UPS (...).* Ver Fichero electrónico denominado “REUNIÓN 26 ENE11.doc” recabado en la inspección realizada en la sede de MBE (folios 4427 a 4432).

acordado no compartir clientes¹⁶⁷. En febrero de 2012 se vuelve a insistir sobre la problemática de compartir clientes entre ambas empresas¹⁶⁸.

Por otro lado, surgen también conflictos en relación con otros revendedores con los que también trabaja UPS (ver por ejemplo, el documento interno en relación con la reunión de mayo de 2010 entre directivos de MBE y de UPS¹⁶⁹). El 10 de junio de 2011 se celebró una reunión entre varios directivos de MBE y UPS donde se trató de manera principal las injerencias comerciales en clientes de MBE por parte de otros revendedores de servicios de UPS. MBE solicitó para estos casos una revisión de las tarifas de los revendedores y la aplicación a estos del compromiso de respeto de clientes de MBE. No obstante, un cambio en la dirección de UPS parece que lleva aparejado un cambio en relación con la actitud de UPS ante los casos de revendedores. Así, por ejemplo, en relación con el cliente INSTITUTO DE EMPRESA se encuentra en el expediente un correo electrónico entre directivos de MBE que dice¹⁷⁰:

“También os quiero decir que las dos situaciones que hemos tenido en otras zonas con revendedores de transporte y clientes de MBE en este año no las hemos podido solucionar, la nueva dirección general de UPS plantea este tema de forma diferente al acuerdo que se llegó con (Director General de UPS). Su respuesta a nuestras peticiones en este tipo de conflictos es que los revendedores no solo trabajan con UPS, trabajan con otros operadores y si el envío no sale por UPS saldrá por otro operador y no han intervenido en ninguno de los dos casos que les hemos planteado (...)”¹⁷¹.

El 30 de abril de 2015 se inició una nueva etapa en las relaciones entre MBE y UPS con la entrada en vigor del nuevo Acuerdo Marco para la provisión de servicios courier por UPS a toda la red de franquiciados MBE, suscrito por MBE

¹⁶⁷ Correo electrónico enviado el 26 de enero de 2011 por el Director General de MBE a su franquiciado de área centro, con copia al Director de Ventas Red y Operaciones y al Jefe de Apoyo a Franquicia de MBE (folio 3799), recabado en la inspección realizada en la sede de MBE.

¹⁶⁸ Ver fichero electrónico denominado “REUNIÓN 10FEB12.doc” (folios 4435 a 4437) recabado en la inspección de MBE, adjunto además al correo electrónico, con asunto: “REUNIÓN 10FEB12” enviado el 8 de febrero de 2012 por el Director de Ventas Red y Operaciones de MBE al Director de Marketing de UPS (folios 6523 a 6527), aportado por MBE en contestación al requerimiento de información realizado.

¹⁶⁹ Documento denominado “Reunión áreas Madrid Mayo 10” adjunto al correo electrónico enviado el 7 de mayo de 2010 por el Jefe de Apoyo a Franquicia de MBE al Director de Ventas Red y Operaciones de MBE (folios 6514 a 6521), aportado por MBE en contestación al requerimiento de información realizado por esta Dirección de Competencia.

¹⁷⁰ Correo electrónico interno de MBE con asunto: “RE: JRC ha vuelto a ofertar al cliente de INFANTA MERCEDES”, remitido el 24 de octubre de 2011 por el Director de Ventas Red y Operaciones de MBE (folios 3974 a 3977), recabado en la inspección realizada en la sede de MBE.

¹⁷¹ El mismo día, el Director de Ventas Red y Operaciones envió un nuevo correo electrónico señalando que UPS era el principal proveedor de MBE y que se seguía manteniendo el pacto de respeto de clientes entre MBE y UPS. Ver el Correo electrónico interno de MBE con asunto: “RE: JRC ha vuelto a ofertar al cliente de INFANTA MERCEDES”, remitido el 24 de octubre de 2011 por el Director de Ventas Red y Operaciones de MBE (folio 3973), recabado en la inspección realizada en la sede de MBE.: “(...) seguimos manteniendo nuestro acuerdo de respeto comercial entre los clientes de UPS y de MBE (en muchos casos con dificultades) y es importante seguir en esta línea y más ahora con la situación de mercado que tenemos. Lo que sí es cierto, es que la nueva dirección no quiere perder ningún revendedor (son clientes importantes para ellos) y el nuevo director general no mantiene el compromiso al que llegó el anterior justificándose en que los envíos no tienen por qué salir con UPS ya que no existe ningún revendedor que trabaje exclusivamente con UPS.”

Worldwide S.p.A y varias entidades de su grupo -entre ellas, MBE- y UPS Europe SPRL¹⁷².

A diferencia del Acuerdo del 2000, al que sustituye, el nuevo Acuerdo de 2015 incluye dos cláusulas de no competencia entre las partes, por las que MBE y UPS se comprometen respectivamente a abstenerse de realizar cualquier tipo de venta activa dirigida a clientes de la contraparte.

No obstante, se ha recabado documentación en el expediente que acredita la restricción también de ventas pasivas, en términos similares a los años anteriores. Ver en concreto, los incidentes en relación con solicitudes comerciales por parte de clientes de MBE a UPS que fueron comentadas entre ambas para alcanzar una solución: Incidente en relación con el Cliente Panda Clever Tarragona” comunicado por email el 26 de mayo de 2015¹⁷³; incidente en relación con el cliente POYATOS EXPORT comunicado mediante correo de 2 de junio de 2015¹⁷⁴; incidente en relación con cliente S&F LOGISTIC DESIGN, S.L. comunicado mediante correo de noviembre de 2015¹⁷⁵; y el incidente en relación con el cliente de MBE denominado EQUIVALENZA para el que se hizo seguimiento mediante correo electrónico de 23 de noviembre de 2015¹⁷⁶.

3.2. Reparto de clientes entre MBE y TNT

Los hechos que la Dirección de Competencia considera acreditados respecto a este acuerdo en los apartados (250) a (284) del PCH se fundamentan en la información obtenida en la inspección realizada en abril de 2016 en la sede de MBE y en las contestaciones a los requerimientos realizados a MBE y TNT por esta Dirección de Competencia¹⁷⁷.

MBE y TNT mantienen una relación de servicios desde al menos 2008, actualmente formalizada en el Acuerdo Comercial y de Servicio de 1 de enero de 2015, complementado por un Acuerdo de Contribución de 4 de noviembre de 2015¹⁷⁸.

¹⁷² Contrato aportado por MBE y por UPS en contestación a los requerimientos realizados (folios 1549 a 1618 y 2687 a 2697, confidenciales salvo para MBE y UPS).

¹⁷³ Correo electrónico con asunto: “RE: Cliente Panda Clever Tarragona”, remitido el 26 de mayo de 2015 por MBE a UPS, en copia el Director de Ventas Red y Operaciones de MBE (folios 4233 y 4234), recabado en la inspección de MBE.

¹⁷⁴ Correo electrónico con asunto: “RE: POYATOS EXPORT”, remitido el 2 de junio de 2015 por UPS al Director de Ventas Red y Operaciones de MBE (folios 4245 a 4248), recabado en la inspección de MBE.

¹⁷⁵ Correos electrónicos, con asunto: “Re: INTRUSIÓN COMERCIAL UPS - MBE PATERNA (S&F LOGISTIC DESIGN, S.L.)”, remitidos entre el 23 de octubre y el 12 de noviembre de 2015 entre MBE, el Director de Ventas Red y Operaciones de MBE y el Jefe de Zona de UPS (folios 4338 a 4344), recabados en la inspección de MBE. En concreto, el franquiciado de MBE le solicita a UPS que: *“Me gustaría que cuando el cliente os confirmara que sí indico que estaba con un Mail Boxes, no os retirarais inmediatamente, ya que al final el cliente podría dejarnos a los 2 sin sus envíos por este mal entendido, a ser posible y para minimizar los posibles problemas con el cliente, lo ideal sería que en enero con la subida de tarifas, las subierais bastante, para así yo volver a ser competitivo.”*

¹⁷⁶ Correo electrónico remitido el 23 de noviembre de 2015 por el Director de Ventas Red y Operaciones de MBE a UPS (folios 4353 a 4358), recabado en la inspección de MBE.

¹⁷⁷ Contestaciones de MBE (folios 1548 a 1618, 2858 a 2877 y 6509 a 6550) y TNT (folios 2515 a 2541, 3509 a 3511 y 5960 a 6155) a los requerimientos de información realizados.

¹⁷⁸ Acuerdos recabados en la inspección de MBE (folios 612 a 621, confidenciales salvo para MBE y TNT)) y aportados por TNT (folios 2518 a 2528, confidenciales salvo para MBE y TNT).

Así, TNT es desde al menos febrero de 2008¹⁷⁹ uno de los proveedores de servicios de envíos de MBE, encargándose de que una parte de los envíos comercializados por la red de franquicias de MBE sean recogidos, transportados y distribuidos a su destino final.

No consta que ninguno de los citados acuerdos firmados entre MBE y TNT contenga una cláusula de no competencia. No obstante, se recogen en el expediente diversos documentos aludiendo a un “respeto comercial entre centros MBE y sus proveedores de servicios o *partners*” en la terminología habitualmente empleada en dichos documentos. En la gestión de los conflictos comerciales normalmente una parte exige a la otra que se retire la oferta realizada a su cliente¹⁸⁰.

Los primeros correos electrónicos recabados que hacen referencia al pacto verbal de respeto de clientes se remontan a febrero de 2008, inicialmente al ámbito territorial de Cataluña¹⁸¹. No obstante, constan en el expediente correos electrónicos desde febrero de 2009 relativos a incidencias comerciales relacionadas con el respeto comercial de clientes en otras zonas¹⁸² y existen referencias a una prueba piloto del acuerdo comercial entre MBE y TNT en marzo de 2009 que ya incluía el “respeto” comercial¹⁸³.

En junio de 2009 MBE realizó una encuesta a todos sus franquiciados en la que, tras analizar las ventajas e inconvenientes de trabajar con TNT, les formuló las siguientes preguntas en relación al acuerdo de respeto comercial entre ambas¹⁸⁴:

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

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

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

4-Mantendríais el respeto comercial para el servicio Express?

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

¹⁷⁹ Fichero denominado “Circular624-Ind 1.doc”, recabado en la inspección realizada en la sede de MBE (folios 4418 y 4419).

¹⁸⁰ Documento denominado “01.02 “Tabla libreta 2013-2014” (folios 551 a 558), recabado en la inspección de MBE, contiene fichas de proceso en las que se trata, entre otras cuestiones, la “gestión de conflictos comerciales”, refiriéndose específicamente a TNT en su apartado D.

¹⁸¹ Correos electrónicos internos de TNT con asunto: “Re: Fw: Mailboxes” de 6 y 7 de febrero de 2008, reenviados por TNT a MBE el 7 de febrero de 2008 (folios 3659 a 3661), recabados en la inspección de MBE.

¹⁸² Correo electrónico con asunto: “CLIENTES DE MAIL BOXES YAMAGUCHI S.L. (NAVARRA)”, remitido el 20 de febrero de 2009 por el franquiciado MBE de Pamplona al Director de Red y Operaciones de MBE (folio 3677), recabado en la inspección de MBE. Ver contestación en Correo electrónico remitido el 25 de febrero de 2009 por el Director de Red y Operaciones de MBE al franquiciado MBE de Pamplona (folios 3676 y 3677), recabado en la inspección de MBE.

¹⁸³ Correos electrónicos internos recabados en la inspección de MBE, remitidos el 24 de julio de 2009 (folios 3686 a 3690).

¹⁸⁴ Documento “Encuesta TNT” adjunto al correo electrónico recabado en la inspección de MBE, remitido el 12 de junio de 2009 por el Jefe de Red y Operaciones de MBE (folios 3680 y 3681).

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

Según un correo interno de MBE¹⁸⁵, en mayo de 2010 tuvo lugar una reunión entre TNT y MBE en la que se discutió el “respeto de clientes”. Según se indica en el email:

“En un principio todo arreglado después de la conversación con los representantes de tnt, respetarán a todo cliente que sea nuestro, y podrán ofrecer los servicios que no hagan con nosotros”.

En paralelo, se han acreditado en el expediente conflictos comerciales concretos donde se alude a un respeto de clientes o respeto comercial.

En relación con los clientes de UPS, conviene destacar los conflictos relativos a los siguientes clientes o situaciones: cliente NAMANA IMPEX S.L. (en julio de 2009)¹⁸⁶, en el que un comercial de MBE realiza una oferta comercial a un cliente de TNT fuera del area natural del franquiciado (MBE finalmente tuvo que retirar la oferta tras las quejas de TNT que escalaron hasta el Director General de Operaciones de MBE); correo electrónico interno de MBE de julio de 2009 que hace referencia a un franquiciado contrariado por los acuerdos de “respeto comercial” que le impedirían crecer en su área¹⁸⁷; cliente VIDEART (en septiembre de 2009) sobre el que, tras la queja de UPS, MBE aclara que solo ha ofertado la parte nacional que venían realizando SEUR, pero que había respetado la internacional realizada por TNT¹⁸⁸; cliente TRITURADOS ROMERAL (abril de 2010)¹⁸⁹; clientes COMERCIAL DE REPUESTOS NAVALES y QUALITY WINDOW (en marzo de 2011) sobre los que UPS detecta ofertas de MBE y, tras quejarse, ambos convienen en compartir cliente y servicios en el primer caso y en estudiar a quién corresponde el cliente en función de la vigencia del “acuerdo marco firmado entre MBE y TNT”¹⁹⁰; cliente IBÉRICAS DE AUTOMOCIÓN (en junio de 2011) en el que se comunica al franquiciado que retire su oferta “en base a los acuerdos con el proveedor”¹⁹¹; cliente GOIZPER

¹⁸⁵ Correo electrónico interno de MBE recabado en la inspección de MBE, con asunto: “entrevista con tnt” remitido el 7 de mayo de 2010 y reenviado el mismo día al Director de Red y Operaciones de MBE (folio 3747).

¹⁸⁶ Correo electrónico interno de MBE remitido el 25 de agosto de 2009 por el Director de Red y Operaciones de MBE (folios 3698 y 3699), recabado en la inspección de MBE.

¹⁸⁷ Correos electrónicos internos recabados en la inspección de MBE, remitidos el 24 de julio de 2009 (folios 3686 a 3690). En concreto, recoge la siguiente queja del franquiciado el directivo de MBE: “*M'acaba de trucar Miguel Gago, em diu que la zona està molt "trillada" pels MBE, que si no pot tocar clients d'altres MBE, ni d'UPS ni de TNT, que casi no li quedan clients a la zona...*”.

¹⁸⁸ Correos electrónicos con asunto: “videcart Cta.: 7674” de 22 y 23 de septiembre de 2009 entre la Jefa de Ventas de TNT y el Jefe de Red y Operaciones de MBE (folios 3700 a 3702), recabado en la inspección de MBE.

¹⁸⁹ Correos electrónicos internos recabados en la inspección de MBE, con asunto: “CENTRO DE SERVICIOS ARGANY 2001471”, de 26 de abril de 2010 (folios 3714 a 3720).

¹⁹⁰ Correo electrónico con asunto: “MAIL BOXES VGO”, remitido el 17 de marzo de 2011 por el Gerente Nacional de Ventas de TNT al Director de Red y Operaciones de MBE (folios 3859 a 3861), recabado en la inspección de MBE. Ver solución del conflicto en Correo electrónico interno recabado en la inspección de MBE, con asunto: “RE: MAIL BOXES VGO”, remitido el 21 de marzo de 2011 al Director de Red y Operaciones de MBE (folio 3858).

¹⁹¹ Ver Correo electrónico recabado en la inspección realizada en la sede de MBE, con asunto: “Ibérica de automatismos”, remitido el 7 de junio de 2011 por el Jefe de Ventas de la Zona Norte de TNT al Director de Red y Operaciones de MBE (folio 3919) y Correo electrónico interno recabado en la inspección de MBE, con asunto: “RV: Ibérica de automatismos”, remitido el 7 de junio de 2011 por el Jefe de Apoyo a Franquicia (folio 3918).

(en julio de 2011)¹⁹²; cliente TNT TERRATS MEDICAL (noviembre de 2013)¹⁹³; cliente IMPEXTROM en Vigo¹⁹⁴ (enero de 2014) en el que consta en el expediente que TNT dejó de trabajar con el franquiciado que había ofertado a su cliente¹⁹⁵; y, en marzo de 2015, APLICACIONES DEL ALUMINIO, conflicto sobre el que TNT, al quejarse por una acción comercial de un franquiciado de MBE responde que¹⁹⁶:

“El éxito de nuestra relación depende de la confianza y el cumplimiento de unas normas.

Yo no puedo entrar a valorar cada versión y, en todo caso siempre voy a creerme la de TNT, pero comprenderás que no voy a poner nuestro servicio de economy a disposición de un MBE para que oferte un tránsito que ya estamos haciendo directamente con el cliente.

Si el cliente trabaja con DHL, ofertad el avión y por favor no entréis en consideraciones de si está o no satisfecho con el servicio de TNT. En el peor de los casos, se contacta con TNT y se comenta la situación.

Espero que retiréis la oferta de economy o nos plantearemos dejar de ofrecer nuestra red a esa franquicia.”

También constan en el expediente correos electrónicos relativos a incidencias comerciales en las TNT realiza ofertas comerciales a clientes de MBE. El franquiciado de MBE advierte esta situación internamente para que se contacte a TNT o directamente contacta a TNT para evitar que prosiga la acción comercial. Ver por ejemplo el incidente en relación con el cliente de MBE HO

¹⁹² Correo electrónico recabado en la inspección realizada en la sede de MBE, con asunto: “Goizper (Antzuola)”, remitido el 7 de junio de 2011 por el Jefe de Ventas de la Zona Norte de TNT al Director de Red y Operaciones de MBE (folios 3920 y 3921) y contestación en Correos electrónicos recabados en la inspección realizada en la sede de MBE, remitidos el 8 y el 9 de junio de 2011 entre el Jefe de Apoyo a Franquicia de MBE y Jefe de Ventas de la Zona Norte de TNT, en copia el Director de Red y Operaciones de MBE y TNT (folios 3939 a 3942), donde se afirma “La política que nosotros estamos aplicando, es que cuando nos encontramos con un cliente que trabaja con MBE, no ofertamos. Salvo en los casos de tráfico separados de nacional e internacional. De esta forma evitamos malentendidos. La frontera entre envíos de camión, avión, export o import no siempre es tan clara como el cliente nos explica.” Ver también la solución del conflicto con la retirada de la oferta de MBE en Correos electrónicos recabados en la inspección de MBE, con asunto: “RE: Caso Goizper”, remitidos el 9, 10 y 21 de junio de 2011 entre el Jefe de Apoyo a Franquicia de MBE y Jefe de Ventas de la Zona Norte de TNT, reenviados el 22 de junio de 2011 por el Director de Red y Operaciones de MBE a TNT (folios 3937 a 3939).

¹⁹³ Correo electrónico enviado el 28 de noviembre de 2013 por la Jefa de Ventas de TNT al Jefe de Apoyo a Franquicia de MBE, en copia el Gerente Nacional de Ventas de TNT y el Director de Ventas Red y Operaciones de MBE (folios 4000 a 4002), reenviado el 9 de diciembre de 2013 y el 8 de enero de 2014 (folios 3999 y 4000), recabados en la inspección de MBE y contestación en Correo electrónico recabado en la inspección de MBE enviado el 17 de enero de 2014 por la Jefa de Ventas de TNT al Jefe de Apoyo a Franquicia de MBE, en copia el Gerente Nacional de Ventas de TNT y el Director General de MBE (folio 3999).

¹⁹⁴ Correo electrónico con asunto: “Fw: Impextrom - MBE” enviado el 9 de enero de 2014 por el Gerente Nacional de Ventas de TNT al Jefe de Apoyo a Franquicia de MBE (folios 4483 a 4485), recabado en la inspección de MBE.

¹⁹⁵ Correo electrónico enviado por el Gerente Nacional de Ventas de TNT al Jefe de Apoyo a Franquicia de MBE que consta parcialmente transcrito en documento recabado en la inspección de MBE (folios 4482 y 4483). En concreto, TNT afirma: “(...) no podemos permitir que se utilice nuestra red para interferir en nuestras relaciones con clientes de TNT, por lo que mantenemos nuestra postura y, a nuestro pesar, hemos tomado la decisión de no trabajar con esta franquicia porque no cumple nuestro acuerdo de confianza, que es para TNT indispensable para que nuestra relación sea duradera.”

¹⁹⁶ Correo electrónico recabado en la inspección realizada en la sede de MBE, con asunto: RE: RV: MBE DERIO” enviado el 25 de marzo de 2015 por el Gerente Nacional de Ventas de TNT a MBE, reenviado al Director de Ventas Red y Operaciones de MBE (folios 4205 a 4209). Finalmente, MBE retiró la oferta. Ver correos electrónicos recabados en la inspección de MBE, con asunto: “RE: RV: MBE DERIO”, remitidos el 25 de marzo de 2015 por MBE al Gerente Nacional de Ventas de TNT (folios 4210 a 4215 y 4216 a 4220).

SOCCKER en mayo de 2010¹⁹⁷; la queja de una franquicia de MBE de Bilbao por las acciones comerciales de TNT a sus clientes¹⁹⁸; la queja del franquiciado de MBE de Valencia¹⁹⁹; el incidente en relación con los clientes de MBE PLÁSTICOS HITA e HITA TECHNOLOGY en Granada en septiembre de 2015²⁰⁰; etc²⁰¹. Pese a estos conflictos, constan correos electrónicos donde se afirma que comerciales de TNT no ofertan a clientes cuando les comunican que son clientes de MBE²⁰².

Igualmente, constan en el expediente comunicaciones en relación con acciones comerciales de terceros, pero que son estrechos colaboradores de una de las partes (de TNT). Es el caso por ejemplo de la empresa Autoradio, colaboradora de TNT, en relación con un cliente de una franquicia de MBE de La Coruña, en agosto de 2011. No obstante, en este caso TNT indicó que el respeto de clientes no operaba en estos casos porque se trataba de una tercera empresa que era libre de ofertar a cualquier cliente que no fuera de TNT, como sucedía en aquel caso²⁰³.

3.3. Reparto de clientes entre MBE y FEDEX

¹⁹⁷ Correos electrónicos con asunto: "COMPROMISO DE RESPETO CLIENTE MBE CON TNT" remitidos el 7 de mayo de 2010 entre un franquiciado de MBE y TNT y reenviados el 12 de mayo de 2010 por la Jefe de Ventas de Levante Sur de TNT a la de Barcelona y por ésta al Director de Red y Operaciones de MBE (folios 3757 a 3760), recabados en la inspección de MBE.

¹⁹⁸ Correos electrónicos con asunto: "Re: RV: TNT" remitidos el 4 de mayo de 2010 entre MBE y el Gerente Nacional de Ventas de TNT, en copia el Director de Red y Operaciones de MBE (folios 3721 a 3723), recabados en la inspección de TNT.

¹⁹⁹ Correos electrónicos remitidos el 24 y el 25 de septiembre de 2013 por el franquiciado de MBE en Valencia, entre otros, al Director de Expansión Red de MBE (folios 3997 y 3998) y correo electrónico remitido el 25 de septiembre de 2013 por el Director de Expansión Red al franquiciado de MBE en Valencia (folio 3997), recabados en la inspección de MBE.

²⁰⁰ Correo electrónico recabado en la inspección realizada en MBE, con asunto: "INTRUSIÓN TNT CLIENTE SPA126-GRANADA", remitido el 8 de septiembre de 2015 por el Director Ventas Red y Operaciones de MBE al Jefe de Ventas Andalucía de TNT, con copia al Gerente Nacional de Ventas de TNT (folios 4269 a 4271). Ver también Correo electrónico recabado en la inspección de MBE, con asunto: "RE: INTRUSIÓN TNT CLIENTE SPA126-GRANADA", remitido el 9 de septiembre de 2015 por el Jefe de Ventas Andalucía de TNT al Director Ventas Red y Operaciones de MBE, con copia al Gerente Nacional de Ventas de TNT (folios 4266 a 4271) y el correo electrónico recabado en la inspección de MBE, con asunto: "RE: INTRUSIÓN TNT CLIENTE SPA126-GRANADA", remitido el 16 de septiembre de 2015 por el Director Ventas Red y Operaciones de MBE al Jefe de Ventas Andalucía de TNT, con copia al Gerente Nacional de Ventas de TNT (folios 4264 a 4271).

²⁰¹ Correo electrónico de 17 de octubre de 2014 de la Jefa de Ventas de TNT al Director Ventas Red y Operaciones de MBE (folios 4114 a 4116); correo electrónico de 28 de octubre de 2014 del Jefe de Apoyo a la Franquicia al Director Ventas Red y Operaciones de MBE (folios 4109 y 4110); correo electrónico con asunto: "Fw: COTIZACION Rotomaster NN 2014 // MBE Vilafranca", remitido el 13 de noviembre de 2014 por la Jefa de Ventas de TNT al Director Ventas Red y Operaciones de MBE, en copia el Director General de MBE (folios 4152 a 4155); correos electrónicos internos de MBE con asunto: "RE: COTIZACION Rotomaster NN 2014 // MBE Vilafranca" de 17, 20 y 21 de noviembre de 2014 (folios 4145 a 4150) y remitidos el 21 de noviembre de 2014 entre el Director Ventas Red y Operaciones de MBE y la Jefa de Ventas de TNT (folios 4151 a 4155) y correos electrónicos con asunto: "RE: INTRUSIÓN TNT CLIENTES SPA126-GRANADA (Biothecare Estetika y Barbara Fiore)", remitidos el 17 y 19 de noviembre de 2014 entre el Director Ventas Red y Operaciones de MBE y el Gerente Nacional de Ventas y la Jefa de Ventas de TNT (folios 4127 a 4130 y 4137 a 4144), recabados en la inspección de MBE. Y Correos electrónicos recabados en la inspección de MBE, con asunto: "RE: INTRUSIÓN TNT CLIENTES SPA126-GRANADA (Biothecare Estetika y Barbara Fiore)", remitidos el 17 y 19 de noviembre de 2014 entre el Director Ventas Red y Operaciones de MBE y el Gerente Nacional de Ventas y la Jefa de Ventas de TNT (folios 4127 a 4130 y 4137 a 4144).

²⁰² Correo electrónico recabado en la inspección de MBE, con asunto: "FEDEX", remitido el 19 de mayo de 2015 por un franquiciado de área de MBE al Director Ventas Red y Operaciones de MBE (folio 4227).

²⁰³ Correos electrónicos internos de TNT, con asunto: "TNT Coruña -- cliente "Don Silencioso"" de 2 y 3 de agosto de 2011 y entre el Jefe de Apoyo a Franquicia de MBE y la Jefa de Ventas de TNT, en copia el Director de Red y Operaciones de MBE (folios 3964 a 3968), recabados en la inspección de MBE.

La Dirección de Competencia expone los hechos acreditados respecto a este acuerdo en los apartados (285) a (319) del PCH, que se fundamentan en la información obtenida en la inspección de MBE realizada los días 20 y 21 de abril de 2016 y en las contestaciones a los requerimientos de información realizados a MBE y FEDEX²⁰⁴.

MBE y FEDEX mantienen una relación comercial desde al menos el 17 de marzo de 2003, fecha en que firmaron un Acuerdo comercial de vigencia anual, por el cual FEDEX otorgaba a MBE una estructura de precios preferenciales de exportación en relación con el volumen de envíos realizados con dicha compañía por los franquiciados de MBE²⁰⁵.

Posteriormente MBE y FEDEX suscribieron nuevos acuerdos marco de tarifas aplicables por FEDEX a la red MBE en España, articulándose sus relaciones a través de dichos acuerdos marco y de contratos individuales entre FEDEX y los franquiciados de MBE. No consta que ninguno de estos acuerdos contengan cláusulas de no competencia.

No obstante, constan en el expediente documentos relativos a conflictos comerciales entre ambos, en términos similares a los anteriormente analizados de UPS y TNT. De hecho, en el expediente consta un documento denominado “*Tabla Libreta 2013-2014*” con el título “*Proceso de gestión y relación con los partners*” recabado en la inspección de MBE, donde se recogen los protocolos de actuación para la gestión de conflictos con proveedores (*partners*)²⁰⁶.

Así, en relación con los clientes de MBE, se relacionan en el expediente algunos conflictos, como por ejemplo en relación con MOPEC 2007 (en diciembre de 2011)²⁰⁷ en el que, en la tramitación interna del conflicto tras la queja del franquiciado, se hace referencia al respeto comercial acordado con FEDEX; aunque cuando se intensifican es a partir de 2014, comenzando por la zona de Girona, tras la apertura de un nuevo centro FEDEX. En la documentación del expediente se refieren casos en los que FEDEX intenta captar clientes de MBE. MBE, para solicitar la retirada, argumenta que son clientes para los que utiliza los servicios de FEDEX²⁰⁸, mientras que ésta contesta que sus comerciales no conocen con qué compañía tiene contratado el servicio el cliente en el momento en el que realiza la acción comercial²⁰⁹. En los meses posteriores, constan en el expediente documentos relativos a la celebración de una reunión entre FEDEX

²⁰⁴ Contestaciones de MBE (folios 1548 a 1618, 2858 a 2877 y 6509 a 6550) y FEDEX (folios 2085 a 2221) a los requerimientos de información realizados.

²⁰⁵ Acuerdo comercial entre MBE y FEDEX EXPRESS de 17 de marzo de 2003, aportado por MBE en la inspección realizada en su sede (folio 622, confidencial excepto para MBE y FEDEX).

²⁰⁶ Así, por ejemplo, el documento interno con título “*Tabla libreta 2013-2014*”, recabado en la inspección realizada en la sede de MBE (folios 551 a 558).

²⁰⁷ Correos electrónicos recabados en la inspección de MBE, remitidos el 7 de diciembre de 2011 por un franquiciado de MBE a MBE (folios 3982 a 3986).

²⁰⁸ Correo electrónico recabado en la inspección de MBE, con asunto: “*ACCION COMERCIAL DE FEDEX EN GIRONA*”, remitido el 4 de febrero de 2014 por el Jefe de Apoyo a Franquicia de MBE a FEDEX, en copia el Director Ventas Red y Operaciones de MBE (folios 4053 y 4054).

²⁰⁹ Correo electrónico recabado en la inspección de MBE, remitido el 4 de febrero de 2014 por FEDEX al Jefe de Apoyo a Franquicia de MBE, en copia el Director Ventas Red y Operaciones de MBE (folios 4052 a 4054) y Correo electrónico recabado en la inspección de MBE, remitido el 4 de febrero de 2014 por el Jefe de Apoyo a Franquicia de MBE a FEDEX, en copia al Director Ventas Red y Operaciones de MBE (folios 4052 a 4054).

y MBE en febrero de 2014, para tratar, entre otros temas, los incidentes comerciales²¹⁰, y en abril de 2014, el Director de Ventas Red y Operaciones de MBE envió un correo electrónico a los directivos de FEDEX participantes en la reunión, mostrándoles su preocupación por las prácticas comerciales realizadas por FEDEX que, entonces, se constataban en distintas zonas de España²¹¹. En concreto:

“Como os comentaba en mi mail del 7 de marzo estamos realmente preocupados con las prácticas comerciales que FEDEX está desempeñando en los últimos meses. Hemos recibido quejas de Barcelona, Madrid, Extremadura, Ciudad Real y otros puntos de España indicándonos la intromisión de FEDEX en clientes MBE, ofertando en muchos de los casos tarifas por debajo de nuestro coste.

En la última reunión quedó muy claro por ambas partes que la clave para la buena relación, y aumento de compra, entre MBE y FEDEX se basa en la colaboración mutua y respeto de los clientes.

Os pedimos que recalcaseis el mensaje a vuestra red de ventas para evitar casos como los que estamos “peleando” últimamente.”

El envío de este correo electrónico es comunicado por el Director de Ventas Red y Operaciones a varios directivos de MBE con la advertencia de que le comuniquen a la mayor brevedad las incidencias que pudieran surgir con FEDEX²¹²:

“Hemos enviado un escrito a FEDEX recalcando las crecientes intromisiones de su red de ventas en clientes MBE y solicitando, por segunda vez, que notifiquen de forma generalizada a sus vendedores el PACTO que hay entre las dos compañías de colaboración y no competencia. Si os notifican nuevas ofertas a clientes MBE avisadme rápidamente para intentar la retirada de FEDEX antes de la pérdida del cliente (...).”

Desde entonces, constan varios correos electrónicos en el expediente desde abril de 2014 y hasta septiembre de 2015, en los que MBE comunica a FEDEX varios supuestos de intromisión en sus clientes. En todos los casos (excepto uno, en el que no consta contestación a FEDEX²¹³), tras la queja formulada por MBE, FEDEX se compromete con MBE a tratarlo internamente. Ver, por ejemplo: el incidente en relación con el cliente LIGHT SOUND²¹⁴, en el que el Director de

²¹⁰ Fichero electrónico con título “Reunión FEDEX 13-2-2014” recabado en la inspección de MBE (folios 4486 a 4488).

²¹¹ Correo electrónico recabado en la inspección de MBE, remitido el 22 de abril de 2014 por el Director Ventas Red y Operaciones de MBE a tres directivos de FEDEX, en copia el Director General de MBE (folios 4076 y 4077).

²¹² Correo electrónico interno recabado en la inspección de MBE, remitido el 22 de abril de 2014 por el Director Ventas Red y Operaciones de MBE a varios directivos de MBE, en copia el Director General (folio 4078).

²¹³ Correo electrónico recabado en la inspección de MBE con asunto: “INTRUSIÓN FEDEX EN CLIENTE Lumens Boulevard del CENTRO MBE (SPA136-BARCELONA)” remitido el 26 de agosto de 2014 por el Director Ventas Red y Operaciones de MBE a FEDEX (folios 4094 a 4096).

²¹⁴ Correos electrónicos recabados en la inspección de MBE, con asunto: “FEDEX”, de 24 y 29 de julio de 2014 entre un franquiciado MBE y varios directivos de MBE, entre ellos, el Director Ventas Red y Operaciones y el Director General (folios 4098 a 4101) y Correo electrónico recabado en la inspección de MBE, con asunto: “Re: CLIENTE OFERTADO POR FEDEX - LIGHT SOUND - SPA226-BARCELONA (TEMA VEINTE, S.L.)”, remitido el 31 de julio de 2014 por FEDEX

Ventas Red y Operaciones de MBE solicitó a FEDEX que retirara su oferta a un cliente de MBE (LIGHT SOUND), contestando FEDEX que la oferta la había solicitado el cliente, pero que le pasarán un oferta poco competitiva para favorecer a MBE; el incidente con el cliente CENTRO GRÁFICO GANBOA e INFINITEC ACTIVOS, S.L.²¹⁵ (noviembre de 2014); y el incidente con el cliente 4 MES 4 TAULER TECH, S.L. (también en noviembre de 2014) cuando MBE solicita a FEDEX que refuercen el mensaje de no intrusión a clientes de MBE entre los comerciales de FEDEX²¹⁶.

Se acredita entonces en el expediente un correo electrónico en el que FEDEX comenta la futura celebración de una reunión interna en FEDEX donde comentarían unas incidencias con los comerciales²¹⁷ y desde entonces hasta abril de 2015 no constan en el expediente comunicaciones con incidentes nuevos.

Los incidentes a partir de entonces se refieren a los siguientes clientes: incidente comercial en el que FEDEX oferta a un cliente de MBE, BEKAERT TEXTILES SPAIN, S.L. (en mayo de 2015) y, tras la queja de MBE, FEDEX se retira²¹⁸; incidente comercial en relación con el cliente de MBE EDURNE CREACIONES²¹⁹ para el que aparecer ambos prestaban servicios para distintos tipos de envío; y otros incidentes alrededor de 2015 con un franquiciado de MBE de la zona norte que desconfía de FEDEX, y que afirma no tener esos problemas con TNT o UPS²²⁰. Así, por ejemplo, consta una cadena de emails internos de MBE en mayo de 2015 en los que tratan de delimitar las reacciones ante los incidentes comerciales de los franquiciados de MBE con FEDEX (la correspondencia se produce en el contexto de incidentes comerciales con dos clientes de MBE: ENTERTAINMENT EQUIPMENT SUPPLIES, S.L. de Astigarraga, y FARSENS). En concreto²²¹:

al Director Ventas Red y Operaciones de MBE, contestando a los correos electrónicos remitidos por éste los días 25 y 30 de julio de 2014 (folios 4086 a 4088).

²¹⁵ Correo electrónico recabado en la inspección de MBE, con asunto: "PROBLEMAS VARIOS COMERCIALES FEDEX CON CLIENTES MBE + PASO A TARIFA 1" remitido el 17 de noviembre de 2014 por el Director Ventas Red y Operaciones de MBE a FEDEX (folios 4121 a 4126).

²¹⁶ Correo electrónico con asunto: "INTRUSIÓN FEDEX EN CLIENTE SPA133-VILANOVA (4 MES 4 TAULER TECH SL)" remitido el 27 de noviembre de 2014 por el Director Ventas Red y Operaciones de MBE a FEDEX (folios 4166 y 4167) y correo electrónico con asunto: "RE: INTRUSIÓN FEDEX EN CLIENTE SPA133-VILANOVA (4 MES 4 TAULER TECH SL)" remitido el 27 de noviembre de 2014 por FEDEX al Director Ventas Red y Operaciones de MBE (folios 4166 y 4167), recabados en la inspección de MBE.

²¹⁷ Correo electrónico recabado en la inspección de MBE, con asunto: "RE: INTRUSIÓN FEDEX EN CLIENTE SPA133-VILANOVA (4 MES 4 TAULER TECH SL)" remitido el 4 de diciembre de 2014 por FEDEX al Director Ventas Red y Operaciones de MBE (folios 4174 a 4177).

²¹⁸ Correo electrónico recabado en la inspección de MBE, con asunto: "RE: INTRUSIÓN FEDEX CLIENTE SPA202-VIC", remitido el 4 de mayo de 2015 por FEDEX al Director Ventas Red y Operaciones de MBE (folios 4221 a 4223).

²¹⁹ Correo electrónico recabado en la inspección de MBE, con asunto: "RE: MBE" remitido el 3 de junio de 2015 por el franquiciado del área norte de MBE a FEDEX, en copia al Director Ventas Red y Operaciones de MBE (folios 4249 y 4250).

²²⁰ Correos electrónicos recabados en la inspección realizada en la sede de MBE, con asunto: "RE: FEDEX" remitidos el 5 de junio de 2015 entre el franquiciado del área norte de MBE y el Director Ventas Red y Operaciones de MBE (folios 4255 a 4259).

²²¹ Correos electrónicos recabados en la inspección de MBE, con asunto: "FEDEX" remitidos el 5 de junio de 2015 entre el franquiciado del área norte de MBE y el Director Ventas Red y Operaciones de MBE (folios 4253 y 4254) y Correo electrónico recabado en la inspección de MBE, con asunto: "FEDEX" remitido el 19 de mayo de 2015 por el franquiciado del área norte de MBE al Director Ventas Red y Operaciones de MBE (folio 4227).

“Acabo de hablar con (Responsable de FEDEX). Me he quedado un poco preocupado, la verdad. Creo que no estamos teniendo las mismas pautas ellos que nosotros.

Le he explicado lo que me ha ocurrido con 2 clientes últimamente, y su respuesta ha sido que si esas empresas trabajan con un MBE, pero los envíos los sacamos por UPS o TNT, ellos ofertan. Que cada caso es cada caso y el "sentido común" es el que tiene que primar (ya me dirás como se puede pautar el sentido común). Pero por lo que me ha dicho, ellos donde no haya tráfico para fedex, aunque haya un MBE van a atacar. Lo que no sé es como pueden saber si una empresa que trabaja con un MBE, saca por fedex o no.

En ambos casos, ha sido fedex el que ha llamado al cliente, y el cliente trabajaba el servicio courier en exclusiva con nosotros.

Con un cliente además, sacábamos envíos por fedex habitualmente.

Además, la oferta que han presentado a nuestro cliente, es una oferta reventada, es decir, que han hecho casi imposible que nosotros entremos, pero además ellos han perdido rentabilidad, por no conocer los precios del cliente (tenían un margen alto, y ahora no creo que ni podamos entrar)

He quedado en pasarle los 2 casos por mail, pero me he quedado preocupado.”

A este email, el Director de Ventas Red y Operaciones de MBE le contestó confirmando que MBE y FEDEX tienen un “*acuerdo verbal de respeto comercial, al igual que con UPS y otros*”, pero que tienen que solucionar los conflictos y anuncia su intención de hacerlo en una reunión próxima con FEDEX²²². Pero ese mismo día el Director de Ventas Red y Operaciones de MBE solicitó aclaraciones a FEDEX sobre los dos casos de intromisión y los criterios de actuación²²³:

“(…) te paso los datos de las 2 empresas que trabajaban en exclusiva con nosotros y sacábamos a su vez envíos con fedex (no en exclusiva lógicamente)

Las empresas son ENTERTAINMENT EQUIPMENT SUPPLIES, S.L. de Astigarraga, y FARSENS de San Sebastián.

La verdad que no me ha quedado nada claro cómo actúa fedex en el caso de encontrarse una empresa que trabaja en exclusiva para un MBE. Por lo que te he entendido, entráis a ofertar si esa empresa trabaja con un MBE y los envíos salen por otros colaboradores nuestros, que no sean fedex.

Me parece complicado medir esto, ya que siempre va a haber diversificación, y siempre fedex va a recibir envíos, en mayor o menor medida.

²²² Correo electrónico recabado en la inspección de MBE, con asunto: “RE: FEDEX” remitido el 20 de mayo de 2015 por el Director Ventas Red y Operaciones de MBE al franquiciado del área norte de MBE (folios 4226 y 4227).

²²³ Correo electrónico recabado en la inspección realizada en la sede de MBE, remitido el 20 de mayo de 2015 por el Director Ventas Red y Operaciones de MBE a FEDEX (folios 4228 y 4229).

Creo que hay que aclarar urgentemente todo esto, ya que creo que se están tocando más clientes.”

En su contestación ese mismo día, FEDEX señaló que era un tema delicado y que quería consultar con un superior si se podía poner por escrito estos temas, ofreciendo por otra parte aclaraciones sobre los dos casos en concreto y matizando que²²⁴:

“Pero no podemos bloquear la entrada a los comerciales de FedEx en todos los clientes donde esté, de alguna manera una franquicia de MB... pero si nos da la mayoría de envíos, si,”

Por último, consta en el expediente el incidente relativo al cliente de MBE G.P. FABRÉS (en septiembre de 2015). Tras advertir una oferta de FEDEX, MBE le solicitó su retirada²²⁵ apelando al respeto comercial pactado²²⁶. No obstante, en contestación a ese email, el directivo de FEDEX señala que no cumplirá lo solicitado porque estaría en contra de la política de la empresa y, sobre todo, *“porque sería totalmente prohibido por la LDC”*²²⁷:

“(...) Por otra parte, como ciertamente coincidirás conmigo, FedEx no puede ni va rechazar ningún cliente o impedir que el mismo haga envíos a los destinos que bien decida (considerando que FedEx pueda asegurar el servicio a ese mismo destino/origen), primero porque estaría totalmente en contra la política de la Compañía, pero sobre todo porque sería totalmente prohibido por ley

Todos competimos en un mercado libre y abierto y como ciertamente es de tu conocimiento, la ley 15/2007 es clara y entre otros artículos, claramente prohíbe la ‘Concertación entre Empresas’, así que te ruego el favor de no volver a enviar semejante tipo de solicitudes o comentarios”.

El directivo de MBE manifestó su sorpresa por el contenido de ese email, que considera contradictorio con el tratamiento de la cuestión que ambos directivos habían mantenido verbalmente de manera paralela en conversaciones telefónicas (destacado en rojo en el original)²²⁸:

²²⁴ Correo electrónico recabado en la inspección realizada en la sede de MBE, con asunto: “RE: MBE” remitido el 20 de mayo de 2015 por FEDEX al Director Ventas Red y Operaciones de MBE (folios 4228 y 4229). Ver el seguimiento sobre este tema en Correos electrónicos recabados en la inspección de MBE, con asunto: “RE: MBE” remitidos el 29 de mayo y el 3 de junio de 2015 entre el franquiciado del área norte de MBE y FEDEX (folios 4250 y 4251).

²²⁵ Correo electrónico recabado en la inspección de MBE, con asunto: “INTROMISIÓN FEDEX CLIENTE SPA026-MATARÓ” remitido el 3 de septiembre de 2015 por el Director Ventas Red y Operaciones de MBE a FEDEX, en copia el Director General de MBE (folios 4280 y 4281).

²²⁶ Correos electrónicos recabados en la inspección de MBE, con asunto: “RE: INTROMISIÓN FEDEX CLIENTE SPA026-MATARÓ” remitidos los días 3 y 8 de septiembre de 2015 entre el Director Ventas Red y Operaciones de MBE y el District Sales Manager North East Spain de FedEx Europe, en copia dos directivos de FEDEX y el Director General de MBE (folios 4277 a 4281).

²²⁷ Correo electrónico recabado en la inspección de MBE, con asunto: “RE: INTROMISIÓN FEDEX CLIENTE SPA026-MATARÓ” remitido el 10 de septiembre de 2015 por el District Sales Manager North East Spain de FedEx Europe al Director Ventas Red y Operaciones de MBE, en copia dos directivos de FEDEX y el Director General de MBE (folios 4276 y 4277).

²²⁸ Correo electrónico recabado en la inspección de MBE, con asunto: “RE: INTROMISIÓN FEDEX CLIENTE SPA026-MATARÓ” remitido el 10 de septiembre de 2015 por el Director Ventas Red y Operaciones de MBE al District Sales Manager North East Spain de FedEx Europe, incluyendo en copia al Director General de MBE (folios 4275 y 4276).

“Me sorprende muchísimo este mail tuyo sobre todo después de la conversación mantenida por teléfono.

*Considero que no ayuda en nada a fomentar el respeto comercial que nos tenemos además de considerarlo durísimo en el contenido (...). Mira esta frase: **“así que te ruego el favor de no volver a enviar semejante tipo de solicitudes o comentarios”**.*

Comentamos que indicarías que legalmente no podíais rechazar un envío pero que el grueso del mail se dedicaría a comentar el respeto comercial que hay entre las dos compañías indicando que si detectabais que el cliente empezaba a realizar envíos UE nos lo comunicarías para tratar el tema. Esto serviría para calmar las aguas y para demostrar al franquiciado y a nuestro franquiciado de área que realmente trabajamos conjuntamente para evitar este tipo de situaciones.

Yo no regresaré a Barcelona hasta el martes de la próxima semana, pero me gustaría comentarlo contigo porque realmente está tan lejos de lo comentado por teléfono, en tono y contenido, que realmente confío sea un error.”

Tras varios correos electrónicos que reflejan los intentos de ambos directivos por contactarse telefónicamente, el 18 de septiembre de 2015 el Director Ventas Red y Operaciones de MBE indicó al de FEDEX que confirmase la vigencia del acuerdo de respeto comercial entre MBE y FEDEX, señalando lo siguiente²²⁹:

“Lo que me gustaría es que enviases un mail a todos los que estábamos en copia indicando lo que habíamos hablado por teléfono:

- 1. Que existe un respeto comercial que se intenta mantener siempre*
- 2. Que hay ocasiones en las que nos cruzamos como esta de Mataró*
- 3. Que cuando ocurren y las detectamos (sea la parte que sea) lo comentamos y paramos en la medida de lo posible*
- 4. Que legalmente no podéis rechazar un envío de un cliente pero que en esta ocasión si detectáis que el cliente hace envíos UE nos lo comunicaréis para poder gestionarlo y que la tienda MBE pueda reaccionar,*
- 5. Etc...*

Sobre todo, la idea es dar una imagen de trabajo y respeto mutuo, que además es real.”

A dicho correo electrónico contesta el citado directivo de FEDEX el 23 de septiembre de 2015, siguiendo la conversación telefónica que indica han mantenido esa mañana, expresando lo siguiente²³⁰:

²²⁹ Correos electrónicos recabados en la inspección de MBE, con asunto: “RE: INTROMISIÓN FEDEX CLIENTE SPA026-MATARÓ” remitidos los días 10, 16, 17 y 18 de septiembre de 2015 entre el Director Ventas Red y Operaciones de MBE y el District Sales Manager North East Spain de FedEx Europe, en copia el Director General de MBE (folios 4272 a 4275).

²³⁰ Correo electrónico recabado en la inspección de MBE, con asunto: “RE: INTROMISIÓN FEDEX CLIENTE SPA026-MATARÓ” remitido el 23 de septiembre de 2015 por el District Sales Manager North East Spain de FedEx Europe al Director Ventas Red y Operaciones de MBE, en copia al Director General de MBE (folio 4272).

“A continuación de nuestra conversación telefónica de esta mañana y resumiendo todos los mensajes intercambiados (abajo), me gustaría resaltar lo siguiente:

- 1. FedEx y MBE compiten libremente en el mercado y aunque desde FedEx consideremos que el segmento principal en que nos movemos no es exactamente el mismo, la actividad comercial que diariamente desarrollamos podrá resultar en el contacto con actuales clientes MBE o que MBE esté en negociación*
- 2. FedEx no tiene establecido ningún tipo de pacto comercial con MBE o cualquier otra compañía, pues como comentaba en mi anterior mail, primero porque estaría totalmente en contra la política de nuestra Compañía, pero sobre todo porque sería algo totalmente prohibido por ley*
- 3. En consecuencia de los dos puntos anteriores, FedEx se reserva el derecho de presentar su oferta de servicios a todos los clientes y/o potenciales clientes que puedan encajar en nuestro portafolio de servicios*
- 4. Quizá no he sido capaz de transmitir con claridad la política comercial de FedEx cuando hablamos por teléfono la primera vez, por lo que te quería presentar mis disculpas, pero efectivamente FedEx no comunica ni comunicará externamente sus clientes existentes o en negociación, ni por supuesto los volúmenes, destinos/orígenes, tarifas presentadas o en discusión, en línea con nuestra ‘Política de Compañía’ y bajo la ley de protección de datos, ya que hablamos de temas confidenciales solamente del interés de FedEx y de cada cliente directamente involucrado.*
- 5. Las tarifas FedEx siempre son calculadas en función del volumen que el cliente nos comenta y además se compromete a trasladar a nuestra Compañía y no en función de la tarifa que el cliente pueda disponer con el operador con quien esté trabajando*
- 6. MBE es un cliente muy importante para FedEx, por lo cual es nuestra firme intención cuidar y desarrollar la relación comercial y por supuesto el respeto mutuo existente entre nosotros mismos y nuestras Compañías, por lo que la eventual posibilidad de coincidir en cualquier cliente, bajo ningún concepto, debería dañar dichas relaciones”.*

3.4. Reparto de clientes entre MBE y CEX

Los hechos acreditados en los apartados (320) a (333) del PCH respecto de este acuerdo se fundamentan en la información obtenida en las inspecciones realizadas en noviembre de 2015 en la sede de CEX y en abril de 2016 en la sede de MBE y en las contestaciones a los requerimientos de información realizados a MBE y CEX²³¹.

²³¹ Contestaciones de CEX (folios 1707 a 2084) y MBE (folios 1548 a 1618, 2858 a 2877 y 6509 a 6550) a los requerimientos realizados.

Como ya se ha indicado, MBE presta servicios de mensajería y paquetería empresarial que comercializa a través de su red de franquicias, si bien, al tratarse de un revendedor, que carece de medios propios para la prestación del servicio, necesita contratar su prestación con otras empresas, entre ellas, CEX. Concretamente, CEX es desde principios de 2011 uno de los proveedores de servicios de envíos nacionales de MBE²³², encargándose de que una parte de los envíos nacionales comercializados por la red de franquicias MBE sean recogidos, transportados y distribuidos a su destino final.

A tal efecto, CEX y MBE suscribieron el 2 de mayo de 2011 un acuerdo de prestación de servicios²³³, complementado con un acuerdo de colaboración más reciente, de 29 de diciembre de 2015²³⁴, en el contexto del cual, CEX ha celebrado acuerdos individuales con cada uno de los franquiciados MBE para la prestación de servicios nacionales de recogida, transporte y distribución, con tarifas estandarizadas en virtud de su volumen de envíos²³⁵. No consta que ninguno de tales acuerdos contenga una cláusula de no competencia.

En el expediente existen no obstante documentos (principalmente correos electrónicos) que describen situaciones relativas a incidentes comerciales con algunos clientes.

Así, por ejemplo, en relación con los clientes de CEX, en correo interno de junio de 2012, se describe la molestia de CEX por las visitas de franquiciados de MBE a sus clientes²³⁶.

En relación con los clientes de MBE, según la información recabada, se constatan varios incidentes comerciales. Inicialmente se tratan más de dudas en relación con la extensión del pacto para conocer si el mismo afectaba también a Correos (en sus actividad de mensajería y paquetería) o solo a CEX. Consta en este sentido un correo electrónico de febrero de 2012 (unos meses después de la entrada en vigor del acuerdo de colaboración de mayo de 2011)²³⁷ en relación con un conflicto en Granada. Un directivo de MBE pregunta a CEX:

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

²³² Correo electrónico interno de MBE de 18 de marzo de 2011, con asunto MBE - CHRONOEXPRESS (folios 3836 a 3841) y circular interna de MBE de 14 de abril de 2011 (folios 4473 a 4479), recabados en la inspección de MBE.

²³³ Acuerdo de prestación de servicios de 2 de mayo de 2011 entre CEX y MBE (folios 623 a 626, confidenciales excepto para MBE y CEX), recabado en la inspección de CEX.

²³⁴ Acuerdo de colaboración entre CEX y MB de 29 de diciembre de 2015, recabado en la inspección de MBE (folios 627 a 630 y 4388 a 4391, confidenciales excepto para MBE y CEX) y aportado por CEX (folios 2021 a 2028, confidenciales excepto para MBE y CEX), en contestación al requerimiento de información realizado.

²³⁵ Circular interna de MBE de 14 de abril de 2011, recabada en la inspección de MBE (folios 4473 a 4479) y contestación de CEX al requerimiento de información realizado (folio 2077).

²³⁶ Correo electrónico recabado en la inspección de MBE, con asunto: “Mail Boxes Etc. Santander”, enviado el 27 de junio de 2012 por el franquiciado de MBE en Cantabria al Director de Ventas Red y Operaciones de MBE (folio 545).

²³⁷ Correo electrónico recabado en la inspección de MBE, con asunto: “RE: ACUERDO COMERCIAL”, remitido el 15 de febrero de 2012 por MBE al Jefe de Ventas de CEX, en copia el Director Ventas Red y Operaciones y el Director Expansión Red de MBE (folio 3989).

Y, de nuevo, en marzo de 2013, respondiendo a una queja planteada por un franquiciado MBE por haberse negado CORREOS a retirar una oferta a su cliente ENINTER, un directivo de CEX le aclara que el pacto de respeto de clientes es sólo con CEX, si bien como caso excepcional le ofrece interceder en el asunto, aunque sin garantizarle el éxito de la gestión²³⁸:

“Personalmente voy a intentar interceder en esta situación como caso excepcional, pero el acuerdo que tiene la central de MBE es con Chronoexpres y aquí Correos como el resto de empresas que citas no tienen nada que ver.

(...) En unos días te indicaré si he podido conseguir algo.”

En este mismo sentido (respeto comercial que solo obliga a CEX y no a Correos) se expresa un directivo de CEX a una pregunta de MBE en correos electrónicos de 13 de marzo y 8 de octubre de 2015²³⁹.

Los incidentes comerciales comienzan a ser más recurrentes a partir de 2015²⁴⁰. Ver, por ejemplo: el conflicto comercial en relación con el cliente de MBE FAGRON al que CEX le hace una oferta comercial en marzo de 2015²⁴¹; el conflicto comercial con el cliente ADASA en octubre de 2015²⁴² que terminó con la retirada de la oferta por parte de CEX; un correo electrónico de noviembre de 2015, a propósito de una queja formulada por un franquiciado MBE por la intromisión de CEX en uno de sus clientes... en su contestación, el directivo de CEX reconoció que sus comerciales tenían *“prohibido oferta a clientes de*

²³⁸ Correo electrónico recabado en la inspección de MBE, con asunto: “RE: ENINTER”, enviado el 18 de marzo de 2013 por el Jefe de Ventas de CEX a un franquiciado MBE y al Director Ventas Red y Operaciones de MBE, y reenviado al Director Expansión Red de MBE el 3 de abril de 2013 (folios 3990 a 3994).

²³⁹ Correos electrónicos internos de MBE recabados en la inspección de MBE, remitidos el 13 de marzo (folios 4203 y 4204) y el 8 de octubre de 2015 (folio 4285).

²⁴⁰ Por ejemplo, correos electrónicos remitidos entre julio y septiembre de 2015 (folios 4262, 4263 y 4285 a 4288) y correos electrónicos, con asunto: “RE: CONFIRMACIÓN REUNIÓN + TEMAS URGENTES PENDIENTES CORREOSEXPRESS”, de 30 de octubre de 2015, remitidos por el Director de Ventas Red y Operaciones de MBE al Jefe de Ventas de Cataluña y Baleares de CEX (folios 4310 y 4311), recabados en la inspección de MBE.

²⁴¹ Correo electrónico remitido el 2 de marzo de 2015 por MBE a CEX, en copia dos responsables de la central de MBE (folios 4182 y 4183) y correos electrónicos internos de MBE de 2 de marzo de 2015 (folios 4181 a 4183), recabado en la inspección de MBE y Correos electrónicos internos de MBE y entre MBE y CEX, recabados en la inspección de MBE, con asunto: “RE: Fagron”, de 4 de marzo de 2015 (folios 4185 a 4188) y Correo electrónico interno de MBE, recabado en la inspección de MBE, de 4 de marzo de 2015 (folios 4193 a 4197)..

²⁴² Correo electrónico con asunto: “CONFIRMACIÓN REUNIÓN + TEMAS URGENTES PENDIENTES CORREOSEXPRESS”, remitido el 1 de octubre de 2015 por el Director de Ventas Red y Operaciones de MBE al Jefe de Ventas de CEX, en copia el Director General y al Director de Formación de MBE y el Director Comercial de CEX, recabado en las inspecciones de CEX (folios 1282 a 1284) y MBE (folios 4294 a 4297). Ver Correo electrónico con asunto: “RE: CONFIRMACIÓN REUNIÓN + TEMAS URGENTES PENDIENTES CORREOSEXPRESS”, de 23 de octubre de 2015 del Director de Ventas Red y Operaciones de MBE al Jefe de Ventas de CEX, en copia el Director General de MBE y el Director Comercial de CEX, recabado en las inspecciones de CEX (folios 1282 a 1284) y MBE (folios 4294 a 4297). Correos electrónicos internos de MBE, con asunto: “ADASA/MAPE”, de septiembre y octubre de 2015 (folios 4285 a 4288 y 4290 a 4292) y entre CEX y MBE, con asunto “CONFIRMACIÓN REUNIÓN + TEMAS URGENTES PENDIENTES CORREOSEXPRESS”, de octubre y noviembre de 2015 (folios 4300 a 4320 y 4332 a 4337), recabados en la inspección realizada en la sede de MBE; y Correo electrónico recabado en la inspección realizada en la sede de MBE, con asunto: “RE: URGENTE PROBLEMA INFORMÁTICO CHRONO”, remitido el 5 de noviembre de 2015 por el Jefe de Ventas de CEX al Director de Ventas Red y Operaciones de MBE, en copia el Director Comercial de CEX, contestando a otro de la misma fecha del Director de Ventas Red y Operaciones de MBE (folios 4322 y 4323). En concreto, el directivo de MBE se expresaba en los siguientes términos: *“6. Respeto cliente ADASA: Estáis ofertando a un cliente de un Centro MBE Spa329-Derio (Cta. 58647) y necesito que lo paréis. Hace ya unos meses perdió por culpa de una cotización vuestra otro de sus principales clientes MAPE. ¿Puedes decirme algo para tranquilizarlos?”* ***EL PUNTO MAS IMPORTANTE Y PREOCUPANTE quedamos que hablaríais con JV de Bilbao para entender y parar la oferta. Al final nada se ha hecho y habéis presentado la oferta ¿¿??*** (en rojo en el original) :

MBE²⁴³; y, por último, un correo electrónico de 15 de abril de 2016, en el que un directivo de MBE solicita a CEX que gestione la retirada de una oferta realizada a un cliente de MBE COMERCIAL CARVAJAL JABUGO, lo que de hecho sucede en abril de 2016²⁴⁴.

4. Reparto de clientes entre ICS y otras empresas competidoras

La Dirección de Competencia expone los hechos acreditados en el expediente respecto de los acuerdos alcanzados entre ICS y otras empresas competidoras en los apartados (336) a (378) del PCH. La información consignada al respecto se fundamenta en la documentación recabada en las inspecciones de CEX e ICS, así como en las contestaciones a los requerimientos de información realizados a ICS, DHL, TOURLINE y CEX²⁴⁵.

Como ya se ha indicado, 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.

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. A continuación se analizan de forma individualizada cada una de las relaciones comerciales bilaterales.

4.1. Pacto de no agresión entre ICS y TOURLINE

Los hechos acreditados en los apartados (336) a (346) del PCH se fundamentan en la información obtenida en la inspección de ICS de abril de 2016, así como en las contestaciones a los requerimientos de información realizados a ICS y TOURLINE²⁴⁶.

De acuerdo con la información obrante en el expediente, ICS y TOURLINE mantienen relaciones comerciales al menos desde 2011, formalizadas en un contrato de prestación de servicios de 1 de noviembre de 2011, por el que

²⁴³ Correo electrónico recabado en la inspección realizada en la sede de MBE, con asunto: "Oviedo", remitido el 3 de noviembre de 2015 por el Jefe de Ventas de CEX al Director de Ventas Red y Operaciones de MBE (folio 4321).

²⁴⁴ Correos electrónicos recabados en la inspección realizada en la sede de MBE de 15 y 18 de abril de 2016 (folios 4393 a 4402).

²⁴⁵ Contestaciones de CEX (folios 1707 a 2084), ICS (folios 2834 a 2857 y 6559 a 6579), TOURLINE (folios 2563 a 2640) y DHL (folios 2641 a 2652, 2878 a 2908 y 3487 a 3504), a los requerimientos de información realizados.

²⁴⁶ Contestaciones de ICS (folios 2834 a 2857 y 6559 a 6579) y TOURLINE (folios 2563 a 2640) a los requerimientos de información.

TOURLINE se compromete a prestar a ICS un servicio de recogida, transporte y entrega en destino de los envíos de sobres, paquetes o valijas que le sean entregados por ICS o a solicitud del mismo.

Este contrato contiene una cláusula de no competencia, por la que TOURLINE se compromete a no utilizar con fines comerciales la información de ICS a la que acceda en ejecución de dicho contrato, en particular, para conseguir nuevos clientes, iniciar actividades empresariales que hasta ese momento no llevaba a cabo o introducir novedades en las actividades empresariales que desarrolla y a abstenerse de contactar con los clientes de ICS para ofrecerles los servicios que prestará a ICS en virtud de dicho contrato²⁴⁷.

Durante la instrucción no obstante se recabaron documentos (principalmente correos electrónicos) que recogen alusiones al pacto de no agresión entre ambas entidades: el correo interno de ICS de 23 de mayo de 2011, donde se hace alusión a una base de datos con clientes actuales y potenciales, señalando que *“nos va a respetar TOURLINE”*²⁴⁸; y situaciones de conflicto concretas donde se reclama el cumplimiento del pacto. Así, por ejemplo, consta en el expediente un correo electrónico de 1 de octubre 2013 que un directivo de TOURLINE envió a un directivo de ICS reprochándole una acción comercial a un cliente de TOURLINE (BANCO ESPIRITO SANTO). Señala que la falta de respeto a los clientes respectivos de cada compañía generan desconfianza entre las empresas e inciden negativamente en futuros acuerdos de colaboración²⁴⁹:

“Las excelentes relaciones entre ICS & Tourline están basadas en la transparencia y en el respeto a los clientes de ambas compañías. (...). Como seguro conocerás, el Banco Espirito Santo es cliente de Tourline y, según las informaciones que nos han llegado, habéis presentado oferta para la campaña de navidad. Ante esta situación, y con el fin de evitar conflictos, presentamos una alternativa que, a su vez, es contra-ofertada por otra vuestra.

Por favor, me puedes confirmar si esto es así? Debemos tener en cuenta que este tipo de situaciones son “peligrosas” y únicamente generan una desconfianza que incide negativamente en futuros acuerdos de colaboración”.

El directivo de ICS contestó reconociendo expresamente la vigencia de un pacto de no agresión entre ICS y TOURLINE de carácter bilateral²⁵⁰:

“Soy consciente que existe entre nuestras compañías un pacto de no agresión, y en cualquier empresa con la que trabajéis no se nos ocurriría

²⁴⁷ Contrato de 1 de noviembre de 2011 entre ICS y TOURLINE, recabado en la inspección de ICS (folios 786 a 796) y aportado también por TOURLINE a requerimiento de la Dirección de Competencia (folios 2595 a 2605).

²⁴⁸ Correo electrónico interno de ICS de 23 de mayo de 2011, recabado en la inspección realizada en la sede de ICS (folio 4499).

²⁴⁹ Correo electrónico con asunto “Banco Espirito Santo” enviado el 1 de octubre de 2013 por el Director Comercial de TOURLINE al Director Comercial de ICS, recabado en la inspección realizada en la sede de ICS (folios 4576 y 4577).

²⁵⁰ 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).

ofertar e intentar quitaros el cliente, elegantemente nos iríamos, igual que harías vosotros si fuera al revés”.

Existen otros documentos en el expediente que confirman la existencia y el cumplimiento por las partes de un pacto de no agresión. Como, por ejemplo, el correo electrónico interno de ICS de 31 de enero de 2014, donde se aprecia que ICS evitó hacer oferta a un cliente de TOURLINE (VINZEO)²⁵¹: *“Ya estuvimos con ellos. No pudimos ofertarles porque eran clientes de Tourline y al ser proveedor nuestro existe un pacto de no agresión.”* O, en el mismo sentido, el cliente VITALDENT, que estaba interesado en cambiar de proveedor de los servicios de paquetería mensajería y empresarial, pero en correos internos de ICS indican que solo podría ofertarle si previamente el cliente finalizaba su relación con TOURLINE o sacaba la provisión de dicho servicio a concurso entre varios proveedores (correos electrónicos de 20 y 24 de abril de 2015 entre directivos de ICS)²⁵².

En un momento dado, TOURLINE intentó extender el pacto de no agresión a los clientes potenciales de sus franquiciados, exigiendo a ICS que no comercializara en las zonas donde TOURLINE tenía franquiciados²⁵³. No obstante, ICS no aceptó y en email de 18 de mayo de 2015 contestó a TOURLINE que mientras sí respetaría a los clientes de TOURLINE, no haría lo mismo respecto a los potenciales clientes de sus franquiciados²⁵⁴:

“Si el cliente no trabaja con Tour no estamos haciendo nada de lo que debemos retractarnos, (...) lo que dices no tiene mucho sentido de que no comercialicemos en zonas de exclusividad de agencias Tour, ICS comercializa en Todo Madrid, eso sí, respetando los clientes que ya trabajan con Tour, los demás si están con la competencia vamos a por ellos.”

En su contestación a un requerimiento de información de la Dirección de Competencia, TOURLINE reconoce expresamente que no permite la competencia de los revendedores, entre los que incluye ICS, competir por sus clientes. En concreto afirmó que²⁵⁵:

“(…) para cumplir con nuestra obligación de velar por los intereses de los franquiciados, los “revendedores” han de abstenerse de captar clientes que ya usen los servicios de la marca Tourline Express para luego

²⁵¹ Correo electrónico enviado el 31 de enero de 2014 por el Director Comercial de ICS a una comercial de ICS, en respuesta a otro de la misma fecha enviado por ésta (folios 4583 a 4585)

²⁵² Correo electrónico con asunto “RE: VITALDENT” enviado el 20 de abril de 2015 por el Director de Operaciones de ICS a su Director Comercial (folios 4609 a 4613) y correo electrónico con asunto “RV: Petición reunión” enviado el 24 de abril de 2015 por el Director Comercial al Director de Operaciones de ICS (folios 4614 y 4615), recabado en la inspección de ICS.

²⁵³ Correo electrónico con asunto “CLIENTE OFERTADO POR DELG. TOURLINE”, enviado el 18 de mayo de 2015 por el responsable del Departamento Comercial (Grandes Cuentas) de TOURLINE al Director Comercial y al Director de Operaciones de ICS, recabado en la inspección de ICS (folios 4616 a 4618).

²⁵⁴ Correo electrónico con asunto “RE: CLIENTE OFERTADO POR DELG. TOURLINE”, enviado el 18 de mayo de 2015 por el Director de Operaciones de ICS al responsable del Departamento Comercial (Grandes Cuentas) de TOURLINE, recabado en la inspección de ICS (folios 4616 a 4618).

²⁵⁵ Contestación de TOURLINE al requerimiento de información realizado por esta Dirección de Competencia (folios 2563 a 2568, en particular, folio 2568).

enviarlos por nuestra Red. En libre competencia, pueden captarlos, pero deberían enviarlos por otra Red distinta.”

4.2. Reparto de clientes entre ICS y CEX

Los hechos acreditados en los apartados (347) a (364) del PCH respecto de este acuerdo se fundamentan en la información obtenida en las inspecciones realizadas en las sedes de CEX e ICS y en las contestaciones a los requerimientos de información realizados a ICS y CEX²⁵⁶.

Según la información obrante en el expediente, CEX es uno de los proveedores de servicios de envíos nacionales de ICS, encargándose de que los envíos gestionados por ICS sean recogidos, transportados y distribuidos a su destino final.

Dicha relación se formalizó en el contrato de prestación de servicios suscrito el 30 de marzo de 2012²⁵⁷, con una duración inicial por cinco años, por el cual CEX se compromete a prestar a ICS un servicio de recogida, transporte y entrega en destino de los envíos de sobres, paquetes o valijas que le sean entregados por ICS o a solicitud del mismo.

En el contexto de las negociaciones que condujeron a la firma del citado contrato, ICS quiso introducir una cláusula de respeto por CEX de sus clientes. Así, siguiendo indicaciones de uno de los propietarios de ICS²⁵⁸, 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 sentido²⁵⁹:

“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 (...).”

Unos días después, en un correo electrónico de 18 de enero de 2012, una directiva de CEX contestó a ICS aceptando su propuesta de inclusión de una cláusula de respeto de sus clientes, si bien redactada en términos más matizados y como cláusula de buena fe²⁶⁰. En la nueva versión del borrador de contrato,

²⁵⁶ Contestaciones de CEX (folios 1707 a 2084) e ICS (folios 2834 a 2857 y 6559 a 6579) a los requerimientos de información realizados.

²⁵⁷ Contrato de 30 de marzo de 2012, aportado por ICS en la inspección realizada en su sede (folios 805 a 815 y 4530 a 4540).

²⁵⁸ Correo interno de ICS, recabado en la inspección de ICS, remitido el 22 de diciembre de 2011 (folios 4502 y 4503).

²⁵⁹ Correo electrónico recabado en la inspección de ICS, con asunto: “RE: Contrato de prestación de servicios”, remitido el 23 de diciembre de 2011 por la Directora General de ICS a la Jefa Nacional de Ventas y al Director General de CEX (folios 4504 a 4506).

²⁶⁰ Correo electrónico recabado en la inspección de ICS, con asunto: RE: Contrato de prestación de servicios”, remitido por la Jefa Nacional de Ventas de CEX a la Directora General de ICS, con copia al Director General de CEX, y reenviado por la Directora General de ICS a uno de los propietarios de ICS (folios 4507 a 4510).

adjunta al citado correo²⁶¹, se incluye la siguiente cláusula, que se mantuvo en los mismos términos en el contrato suscrito:

“UNDÉCIMA. - BUENA FE

Mientras esté vigente este contrato, y durante el plazo de dos años desde su finalización, la PRESTADORA (CEX) se compromete a no utilizar con fines comerciales la información de EL CLIENTE (ICS) a la que acceda en ejecución del Contrato. Asimismo, ambas partes ejercitarán los derechos establecidos en el presente contrato conforme a las exigencias de la buena fe.”

No obstante esta cláusula, en el expediente constan documentos (principalmente correos electrónicos) que se refieren a situaciones de conflicto comercial donde ICS y CEX habrían exigido entre sí el respeto de sus clientes, así como reflexiones internas sobre estos pactos de respeto de clientes. En un correo interno de ICS entre varios directivos y los propietarios en el que se propone la firma de pactos de respeto de clientes con sus proveedores²⁶² se comenta lo siguiente:

“Hola, hace ya unos días que (...) me vienen insistiendo en que si no tenemos contratos específicos de no agresión y respeto de nuestros clientes, que los hagamos, es importante, yo también estoy de acuerdo, ejemplos:

Contrato con DHL que no puede tocar a CBS mientras sea de ICS, además aquí es que incluso dentro de unos días van a ir a recoger DHL directamente, vamos que no tocamos nada.

Contrato con Crono que no toca a los clientes grandes que hacemos con él, no me acuerdo ahora de nombres.

Contrato con Tour que no toca a Sanitas, Ford etc., Costa, Ibero

Solo son ejemplos estoy habría que mirarlo bien y no tardar en hacerlo ¿Qué os parece?, desde luego es mejor tener esos contratos que no tenerlos, somos demasiado permisivos en estos asuntos (...).”

La Directora General contestó poco después ese mismo día a los tres propietarios de ICS y a su Director de Operaciones, precisando en cuanto a CEX que ya tienen un pacto de no agresión, así como también el contrato verbal de no agresión con DHL²⁶³:

“En Chrono ya lo tenemos. Está abierto a todos los clientes, no a ninguno en concreto.

²⁶¹ Borrador de contrato incluido como fichero adjunto al correo electrónico recabado en la inspección de ICS, con asunto: RE: Contrato de prestación de servicios, remitido por la Jefa Nacional de Ventas de CEX a la Directora General de ICS, con copia al Director General de CEX, y reenviado por la Directora General de ICS a uno de los propietarios de ICS (folios 4511 a 4521).

²⁶² Correo electrónico interno de ICS, recabado en la inspección de ICS, con asunto: “contratos con proveedores”, de 16 de abril de 2013 (folios 4560 y 4561).

²⁶³ Correo electrónico internos de ICS, recabado en la inspección de ICS, de 16 de abril de 2013 (folio 4560).

DHL nos aseguró verbalmente que no tocarían a nuestros clientes, nos dijeron que no lo hacen. Veía muy difícil firmar un contrato de ese tipo, pero lo iban a intentar.”

Respecto a los conflictos comerciales concretos donde se exige el cumplimiento del respeto de clientes, los documentos recabados durante la instrucción se refieren en su mayoría a clientes de CEX a los que ICS decide no ofertar o solo en parte: MEGALAB (14 de marzo de 2013)²⁶⁴ respecto al que los propietarios de ICS indicaron a un comercial que no podría preparar oferta porque era cliente de CEX, y en virtud del contrato de 30 de marzo de 2012 *“ya sabes que no podemos hacer competencia a Chrono”*; CARREFOUR (6 de mayo de 2014)²⁶⁵, al que un comercial de ICS le indicó que solo le enviaría la oferta si antes le confirmaba que CEX no licitaba o participaba en el concurso (en concreto, decía: *“Ya estamos preparados para poder realizar la oferta de servicios locales urgentes de Madrid. Siempre que nos garantices que Chrono express no es licitador o participante de este concurso . Nuestra relación comercial con esta empresa es excelente y nos une un pacto de no agresión”*); y FILTROS CARTES (13 de mayo de 2014)²⁶⁶, en relación con el cual una comercial recibió instrucciones de directivos de ICS para que solo se interesase por los servicios que no le prestaba ya CEX debido al *“pacto de no agresión firmado”* con ellos. En concreto, escribe:

“(…) Lo que de verdad nos interesa es que nos dé el trabajo que le da a envialia y a Seur, pues sus otros proveedores son Crono (acuerdo de no agresión firmado con ICS) y DHL (acuerdo verbal de no agresión)”.

No obstante, también se han acreditado en el expediente conflictos comerciales en relación con clientes de ICS a los que ésta le habría reclamado a CEX no ofertar. Por ejemplo, es el caso de SANITAS en abril y mayo de 2013. Era cliente de ICS y para la prestación de servicios había subcontratado a TOURLINE²⁶⁷. El 19 de mayo de 2014 una directiva de ICS requirió a CEX que no visitara a su cliente SANITAS, absteniéndose CEX de hacerlo. En varios correos electrónicos internos de CEX de 19 de mayo de 2014 se relaciona lo sucedido con dicho cliente y se recuerda internamente que CEX tiene un *“acuerdo de no agresión en las cuentas que son clientes”*²⁶⁸ y solicitan *“Por favor, puedes ver quién va a ir y que no oferten?”*²⁶⁹. También se produce una situación similar con el cliente de ICS MERAN TEXTIL (en octubre de 2015). En este caso el cliente solicitó a

²⁶⁴ Correos electrónicos internos de ICS, recabados en la inspección de ICS, con asunto: “REDYSER”, de 14 de marzo de 2013, entre el Director Comercial de ICS y dos de los propietarios de ICS (folios 4548 a 4550).

²⁶⁵ Correo electrónico recabado en la inspección de ICS, con asunto: “Oferta servicios locales de Madrid”, de 6 de mayo de 2014, enviado por el Director Comercial de ICS a CARREFOUR (folio 4589).

²⁶⁶ Correos electrónicos internos de ICS, recabados en la inspección de ICS, con asunto: “reunion en filtros cartes viernes 16”, de 13 de mayo de 2014 (folios 4590 y 4591).

²⁶⁷ Correos electrónicos recabados en la inspección de ICS, con asunto: “Valijas Sanitas”, remitidos los días 15 y 16 de abril de 2013 entre el Director Comercial de ICS y de TOURLINE (folios 4562 y 4563).

²⁶⁸ Ver también en el mismo sentido el correo electrónico interno de CEX recabado en la inspección de CEX, remitido el 19 de mayo de 2014 por el Jefe de Ventas de la Zona Centro al Jefe Nacional de Grandes Cuentas, con copia al Director Comercial de CEX (folios 1179 y 1180).

²⁶⁹ Correo electrónico interno de CEX recabado en la inspección de CEX, con asunto: “Visita Sanitas”, remitido el 19 de mayo de 2014 (folios 1179 y 1180).

ICS una revisión de las tarifas tras haber recibido una oferta mejor de CEX²⁷⁰. El comercial solicitó consejo a su Director Comercial que le ordenó lo siguiente²⁷¹:

“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”.

4.3. Reparto de clientes entre ICS y DHL

Los hechos acreditados en los apartados (365) a (378) del PCH se fundamentan 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 ICS y DHL²⁷².

De acuerdo con la información obrante en el expediente, ICS y DHL vienen manteniendo relaciones comerciales, al menos, desde principios de 2011, formalizadas inicialmente en el “Acuerdo para clientes” firmado por ambas empresas el 18 de enero de 2011²⁷³ y posteriormente, en el contrato de prestación de servicios suscrito el 30 de julio de 2015²⁷⁴. En este último, DHL, como agencia de transportes y servicios relacionados, se obliga con ICS a prestarle de modo continuado un servicio de transporte de mercancías, documentos y paquetes para determinados clientes de esta última. Como ya se ha indicado, ICS es un operador de tamaño reducido que solo cuenta con medios propios para prestar servicios de mensajería en el ámbito local de Madrid por lo que para poder prestar servicios de carácter nacional e internacional a sus clientes suscribe acuerdos con otros operadores de mayor tamaño, entre otros, DHL. En relación con su contenido, es de significar que, a diferencia del Acuerdo de 2011, el contrato de 2015 contiene la siguiente cláusula de no competencia:

“UNDÉCIMA. - BUENA FE

Mientras esté vigente este contrato, y durante el plazo de dos años desde su finalización, DHL se compromete a no concurrir y competir o utilizar con fines comerciales la información de EL CLIENTE a la que acceda en ejecución del Contrato, respetando los clientes del cliente. Asimismo, ambas partes ejercitarán los derechos establecidos en el presente contrato conforme a las exigencias de la buena fe.”

La cláusula así descrita, parece limitar únicamente (de forma unilateral) la competencia por parte de DHL respecto de los clientes de ICS a los que prestaría servicios de mensajería y paquetería empresarial.

²⁷⁰ Correo electrónico recabado en la inspección de ICS, con asunto: “Merantextil cliente 6350”, de 15 de octubre de 2015, dirigido por un empleado de MERAN TEXTL (OhSoleil) a ICS (folios 4634 y 4635).

²⁷¹ Correos electrónicos internos de ICS, recabados en la inspección de ICS, con asunto: “Merantextil cliente 6350”, de 15 y 16 de octubre de 2015 (folios 4634 y 4635).

²⁷² Contestaciones de DHL (folios 2641 a 2652, 2878 a 2908 y 3487 a 3504) e ICS (folios 2834 a 2857 y 6559 a 6579), a los requerimientos de información realizados.

²⁷³ Acuerdo de 18 de enero de 2011 suscrito por ICS y DHL, aportado por DHL en contestación al requerimiento de información realizado (folios 2650 a 2652).

²⁷⁴ Contrato de 30 de julio de 2015 firmado por ICS y DHL, recabado en la inspección de ICS (folios 820 a 829).

No obstante, obran en el expediente documentos que recogen situaciones de conflicto comercial entre ambas empresas o reflexiones internas donde se hace alusión a un acuerdo de reparto de clientes desde 2013.

Así, por ejemplo, en diversos correos electrónicos internos de ICS de marzo de 2013 se refleja el interés de ICS por alcanzar un pacto de respeto de clientes con DHL, a la vista de la inminencia de la prestación de servicios a través de este proveedor a varios clientes importantes para ICS. En concreto, en un correo electrónico interno de ICS de 12 de marzo de 2013 se indica lo siguiente²⁷⁵:

“(...) Respecto a DHL, estamos creciendo con este proveedor por sus tarifas competitivas y calidad de servicio muy rápido. Creo que no tenemos firmado pacto de no agresión. CBS, Satecma, Vinzeo, Coronel Tapioca...se van a incorporar clientes importantes con este partner (...)”.

Días después, el 19 de marzo de 2013, ICS contactó con DHL solicitándole una reunión para firmar un acuerdo tipo como el que tenían con otros proveedores. En sus explicaciones sobre el contenido del contrato, en un correo electrónico dirigido a DHL el 20 de marzo de 2013, el directivo de ICS señalaba lo siguiente²⁷⁶:

“Respecto al acuerdo o contrato, te comento brevemente:

Al ser nosotros una empresa que contrata los servicios de transporte de otras en muchas ocasiones, y luego los comercializamos, Tenemos firmados acuerdos de no agresión con todas ellas.

Es decir, DHL no puede ofertar a los clientes de ICS, ni a la inversa.

Es un contrato de lealtad y respeto.

No obstante, te comento que tanto mi Consejero Delegado como yo, estaríamos interesados en reunirnos contigo y con el director comercial de DHL o quien proceda, con el fin de poder apostar por vuestra empresa y convertirnos en gran cliente”.

En un acta de una reunión interna de ICS de 1 de abril de 2013 el Director Comercial de ICS confirmaba que se reunirá con DHL el 8 de abril de 2013 con el fin de alcanzar un pacto de no agresión²⁷⁷:

“(Director Comercial de ICS) comunica a los asistentes que el día 8 de abril a las 13:00h se reunirá en las instalaciones de ICS con el Director Comercial de DHL, con el fin de alcanzar un acuerdo/pacto de no agresión (...)”.

²⁷⁵ Correo electrónico enviado el 12 de marzo de 2013 por el Director Comercial de ICS a su Director de Operaciones, recabado en la inspección de ICS (folio 4710).

²⁷⁶ Correos electrónicos con asunto “RE: NUEVO CLIENTE COSLADA desde 20/03/2012”, enviados el 19 y el 20 de marzo de 2013 por el Director Comercial de ICS al Ejecutivo de Cuentas de DHL, recabados en la inspección de ICS (folios 4552 y 4553).

²⁷⁷ Acta de la reunión interna de ICS de 8 de abril de 2013, recabada en la inspección de ICS (folio 4740).

El 2 de abril de 2013 un directivo de ICS propuso a uno de los propietarios de la compañía asistir a la reunión para alcanzar el acuerdo de no agresión²⁷⁸, que se adoptaría, como se deduce de los correos electrónicos internos de ICS de 16 de abril de 2013, insistiendo en la necesidad de los mismos²⁷⁹:

“Hola, hace ya unos días que (...) me vienen insistiendo en que si no tenemos contratos específicos de no agresión y respeto de nuestros clientes, que los hagamos, es importante, yo también estoy de acuerdo, ejemplos:

Contrato con DHL que no puede tocar a CBS mientras sea de ICS, además aquí es que incluso dentro de unos días van a ir a recoger DHL directamente, vamos que no tocamos nada.

(...) Solo son ejemplos estoy habría que mirarlo bien y no tardar en hacerlo ¿Qué os parece?, desde luego es mejor tener esos contratos que no tenerlos, somos demasiado permisivos en estos asuntos (...).”

Una directiva de ICS contestó poco después ese mismo día a los tres propietarios de ICS y a otro directivo, precisando en cuanto a DHL que ya tienen un pacto verbal de no agresión²⁸⁰: *“(...) DHL nos aseguró verbalmente que no tocarían a nuestros clientes, nos dijeron que no lo hacen. Veía muy difícil firmar un contrato de ese tipo, pero lo iban a intentar.”*, aunque internamente en ICS se insistía en el interés de plasmarlo por escrito (ver el acta de la reunión interna de ICS de 27 de mayo de 2013²⁸¹: *“4.- DHL pacto de no agresión. DHL indica que nosotros les enviemos el contrato. (Directora Comercial de ICS) dice que el que tenemos es muy agresivo y no se atreve a redactarlo. (Directora General de ICS) le preguntará a (uno de los propietarios de ICS). (Directiva de ICS) hablará con Sanitas para ver si nos pueden elaborar un contrato de servicios con cláusula de no agresión”*.

Poco después de estos correos electrónicos, se constatan en el expediente distintos conflictos comerciales en relación con clientes de DHL. En primer lugar, se acredita un conflicto con el cliente de DHL, GETINSA, en abril de 2014. DHL detecta la acción comercial de ICS y remite una queja a ICS, tras la cual, la comercial de ICS²⁸² envía un nuevo correo a GETINSA retractándose de las tarifas internacionales que le había ofertado unos días antes e incrementándolas en un 50%), añadiendo la siguiente justificación²⁸³: *“Como te comenté en la reunión integramos servicios de transporte a nivel mundial, pero tenemos*

²⁷⁸ Correo electrónico enviado el 2 de abril de 2013 por el Director Comercial de ICS a uno de los propietarios de ICS, recabado en la inspección de ICS (folio 4712).

²⁷⁹ Correo electrónico interno de ICS con asunto “contratos con proveedores” enviados el 16 de abril de 2013 por el Director de Operaciones de ICS, recabado en la inspección de ICS (folios 4560 y 4561).

²⁸⁰ Correo electrónico internos de ICS, recabado en la inspección de ICS, con asunto: “contratos con proveedores”, enviado el 16 de abril de 2013 por la Directora General de ICS (folio 4560).

²⁸¹ Acta de la reunión de departamentos de ICS de 27 de mayo de 2013, adjunta a un correo electrónico interno de ICS de 3 de junio de 2013, con asunto “Re: puntos para orden del día”, aportado por ICS en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6562 a 6565).

²⁸² Correo electrónico con asunto “Tarifas especiales internacional ICS” enviado por ICS a DHL el 24 de abril de 2014, recabado en la inspección de ICS (folio 4586).

²⁸³ Correos electrónicos con asunto “Tarifas especiales internacional ICS” de 4 y 23 de abril de 2014, recabados en la inspección de ICS (folios 4586 a 4588).

acuerdos internos de no agresión comercial a nuestros Partners.” Posteriormente, en febrero de 2015, consta acreditado en el expediente un conflicto con el cliente de DHL SPECIAL TOURS. ICS consiguió captar este cliente y, tras advertirlo DHL, pide explicaciones²⁸⁴. En su contestación de 20 de febrero de 2015, ICS reiteró 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 empresa²⁸⁵:

“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.”

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. HABILITACIÓN COMPETENCIAL

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), a la CNMC compete *“aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”*. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de *“resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio”* y según el artículo 14.1.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, *“la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”*.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. OBJETO DE LA RESOLUCIÓN Y NORMATIVA APLICABLE

La Sala de Competencia del Consejo debe resolver en este expediente, sobre la base de la instrucción realizada por la Dirección de Competencia que se recoge

²⁸⁴ Correo electrónico con asunto “FW: DHL” enviado el 19 de febrero de 2015 por el Ejecutivo de Cuentas de DHL al Director Comercial de ICS, recabado en la inspección de ICS (folios 4606 a 4608).

²⁸⁵ Correo electrónico con asunto “RE: DHL” enviado el 20 de febrero de 2015 por el Director Comercial de ICS al Ejecutivo de Cuentas de DHL, recabado en la inspección de ICS (folio 4606).

en el informe y propuesta de resolución, si las prácticas investigadas son constitutivas de infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE.

Por lo que respecta a la normativa nacional aplicable, el presente expediente se refiere a una serie de prácticas realizadas durante la vigencia de la Ley 16/1989 y de la LDC. Ambas leyes prohíben todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en la fijación de precios o de otras condiciones comerciales y el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.

Como se ha señalado en ocasiones anteriores, aplicar uno u otro precepto legal podría considerarse indiferente dada su práctica identidad, si bien, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común²⁸⁶ (LRJPAC), la normativa aplicable deberá ser aquella que sea más beneficiosa para el infractor en el caso concreto, conforme a los principios de irretroactividad de la norma sancionadora más desfavorable y de retroactividad de la más favorable. Sin perjuicio de que la conducta regulada por el respectivo artículo 1 de las citadas leyes sea idéntica, de acuerdo con la Audiencia Nacional²⁸⁷ y con los precedentes de esta CNMC²⁸⁸, también en este caso el régimen sancionador diseñado por la Ley 15/2007 es, desde un punto de vista global, más favorable a los infractores que el contemplado por la Ley 16/1989, a excepción del régimen aplicable al cálculo de la sanción que corresponda imponer a las asociaciones, por cuanto en este caso el previsto en la norma anterior resulta más favorable.

En atención a ello, la Ley 15/2007 es, con carácter general, la norma aplicable al presente procedimiento sancionador.

Por otro lado, esta Sala se muestra favorable a la aplicación también del artículo 101 del TFUE. Por un lado, tal y como ha señalado la Comisión Europea²⁸⁹ y se explica en el apartado III Análisis del Mercado Afectado de esta Resolución, el mercado de mensajería y paquetería empresarial abarca todo el territorio nacional lo que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia de los Tribunales de la Unión Europea, determinaría de por sí la aplicación del artículo 101 del TFUE a las prácticas objeto de este expediente²⁹⁰. Adicionalmente, las prácticas investigadas serían susceptibles de tener un efecto apreciable sobre el comercio intracomunitario atendiendo a las características de la actividad y de los mercados en los que se desarrollan las conductas y al tipo de operadores que participan en las mismas, ya que los hechos objeto de este expediente

²⁸⁶ Actual artículo 26 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

²⁸⁷ Así, Sentencia de 2 de abril de 2014, rec. núm. 194/2011, L'OREAL ESPAÑA, S.A. y L'OREAL, S.A.

²⁸⁸ Entre otras, Resoluciones de 12 de junio de 2014, Expte. S/0444/GEA, de 22 de septiembre de 2014, Expte. S/0428/12 Palés, de 4 de diciembre de 2014, Expte. S/0453/2 Rodamientos Ferroviarios, y 26 de mayo de 2016, Expte S/0504/14 AIO.

²⁸⁹ Decisión de la Comisión de 8 de enero de 2016, en el asunto M.7630, *FEDEX/TNT Express*.

²⁹⁰ Ver, por todas, la Sentencia del TJUE de 19 de febrero de 2002, en el asunto C-309/99, *Wouters*, aptdo. 95 y ver el Apartado 78 de las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado (actuales artículos 101 y 102 del TFUE), DOUE 2004 C 101, pág. 81.

contemplan los servicios de envío urgente de documentos y paquetes prestados por empresas, tanto nacionales como internacionales, que operan en todo el territorio nacional y cuya demanda está constituida por clientes empresariales para la prestación de dichos servicios de carácter tanto nacional como internacional, con origen o destino fuera de España, extendiéndose como se ha indicado a todo el territorio nacional.

Por tanto, las prácticas investigadas serían susceptibles de tener un efecto apreciable sobre el comercio comunitario, lo que determina la aplicación del artículo 101 del TFUE.

TERCERO. PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL ÓRGANO INSTRUCTOR

Una vez instruido el procedimiento sancionador, la Dirección de Competencia ha propuesto a esta Sala que se declare la existencia de las siguientes infracciones²⁹¹:

- 1. Una infracción única y continuada constitutiva de cártel, consistente en un pacto de no agresión entre CORREOS EXPRESS PAQUETERIA URGENTE, S.A. y GENERAL LOGISTICS SYSTEMS SPAIN, S.L., desde septiembre de 2005 y se habría mantenido por GLS hasta la inspección de la sede de CEX en noviembre de 2015 y por CEX al menos hasta marzo de 2016, siendo dicho pacto contrario al artículo 1 de la Ley 16/1989, al artículo 1 de la LDC y al artículo 101 del TFUE.*
- 2. Una infracción única y continuada constitutiva de cártel, consistente en un pacto de no agresión entre CORREOS EXPRESS PAQUETERIA URGENTE, S.A. y REDYSER TRANSPORTE, S.L., iniciado en abril de 2011 y vigente al menos hasta la inspección realizada en la sede de CEX en noviembre de 2015, contrario al artículo 1 de la LDC y al artículo 101 del TFUE.*
- 3. Una infracción única y continuada constitutiva de cártel, consistente en un pacto de no agresión entre CORREOS EXPRESS PAQUETERIA URGENTE, S.A. y FEDERAL EXPRESS CORPORATION SUCURSAL EN ESPAÑA (FEDEX), al menos desde mayo de 2011 hasta marzo de 2016, contrario al artículo 1 de la LDC y al artículo 101 del TFUE.*
- 4. Una infracción única y continuada constitutiva de cártel, consistente en un acuerdo de respeto de clientes entre CORREOS EXPRESS PAQUETERIA URGENTE, S.A. y MBE SPAIN 2000, S.L., desde al menos febrero de 2012 hasta abril de 2016, coincidiendo con la inspección realizada en la sede de MBE, contrario al artículo 1 de la LDC y al artículo 101 del TFUE.*
- 5. Una infracción única y continuada constitutiva de cártel, consistente en un pacto de no agresión entre CORREOS EXPRESS PAQUETERIA URGENTE, S.A. e INTERNATIONAL COURIER SOLUTION, S.L., al menos*

²⁹¹ Las referencias a “pacto de no agresión”, “acuerdo de no agresión”, “acuerdo de reparto de clientes”, “pacto de respeto de clientes” o “acuerdo de respeto de clientes” deben entenderse como expresiones sinónimas de la práctica que en general la Dirección de Competencia ha observado en todas las relaciones entre las empresas imputadas: un pacto recíproco de respeto de todos los clientes de cada parte.

desde marzo de 2012 hasta abril de 2016, coincidiendo con la inspección realizada en la sede de ICS, contrario al artículo 1 de la LDC y al artículo 101 del TFUE.

6. *Una infracción única y continuada constitutiva de cártel, consistente en un acuerdo de reparto de clientes entre MBE SPAIN 2000, S.L. y UNITED PARCEL SERVICE ESPAÑA LTD Y COMPAÑIA SRC (UPS), desde 2009 y que habría estado vigente hasta la inspección realizada en la sede de MBE en abril de 2016, contrario al artículo 1 de la Ley 16/1989, al artículo 1 de la LDC y al artículo 101 del TFUE.*
7. *Una infracción única y continuada constitutiva de cártel, consistente en un pacto de respeto de clientes entre MBE SPAIN 2000, S.L. y TNT EXPRESS WORLDWIDE SPAIN, S.L.U., que habría dado comienzo en febrero de 2008 y habría estado vigente, al menos, hasta la inspección de MBE en abril de 2016, contrario al artículo 1 de la LDC y al artículo 101 del TFUE.*
8. *Una infracción única y continuada constitutiva de cártel, consistente en un acuerdo de reparto de clientes entre MBE SPAIN 2000, S.L. y FEDERAL EXPRESS CORPORATION SUCURSAL EN ESPAÑA (FEDEX), al menos desde diciembre de 2011 hasta septiembre de 2015, contrario al artículo 1 de la LDC y al artículo 101 del TFUE.*
9. *Una infracción única y continuada constitutiva de cártel, consistente en un pacto de no agresión entre INTERNATIONAL COURIER SOLUTION, S.L. y TOURLINE EXPRESS MENSAJERIA, S.L.U., al menos desde 2011 hasta abril de 2016, coincidiendo con la inspección realizada en la sede de ICS, contrario al artículo 1 de la LDC y al artículo 101 del TFUE, y*
10. *Una infracción única y continuada constitutiva de cártel, consistente en un acuerdo de respeto de clientes entre INTERNATIONAL COURIER SOLUTION, S.L. y DHL EXPRESS MADRID SPAIN, S.L.U, que habría dado comienzo en abril de 2013 y que habría estado vigente al menos hasta abril de 2016, coincidiendo con la realización de la inspección en la sede de ICS, contrario al artículo 1 de la LDC y al artículo 101 del TFUE.*

Teniendo en cuenta la naturaleza de las conductas y sus autores, la Dirección de Competencia propone que las mismas se tipifiquen, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracciones muy graves del artículo 62.4.a) de la LDC.

Finalmente propone a esta Sala que, en aplicación del programa de clemencia, se exima del pago de la multa a *GENERAL LOGISTICS SYSTEMS SPAIN, S.L* y a su matriz *GENERAL LOGISTICS SYSTEMS B.V.*, de acuerdo con la exención condicional concedida de conformidad con los artículos 65.1.a) de la LDC y 47.1 del RDC.

CUARTO. VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA

La solicitud de exención del pago de la multa presentada por GLS en octubre de 2014 desveló a la autoridad de competencia una serie de prácticas restrictivas de la competencia en el mercado de la paquetería y mensajería empresarial.

En el caso de CEX y GLS, la información inicial fue aportada en el marco del programa de clemencia, y recabada posteriormente en la inspección realizada en las oficinas de CEX. Gracias a esta primera inspección, afloraron restricciones a la competencia similares a las que CEX protagonizaba con otros operadores. Las inspecciones posteriores permitieron obtener información adicional sobre cada uno de los pactos bilaterales restrictivos similares que a su vez mantenían las contrapartes de CEX con otros operadores.

Se descubre así un entramado de conductas restrictivas conformadas por acuerdos bilaterales entre los distintos operadores que limitaban entre sí la competencia que podían ejercer sobre sus clientes. No se ha podido acreditar que exista vinculación entre los distintos acuerdos bilaterales ni un acuerdo global entre todas las empresas para restringir la competencia de esa manera (apartado 455 de la PR). No obstante, en consonancia con la Dirección de Competencia, ello no obsta para que cada uno de los acuerdos detectados y acreditados pueda declararse una práctica prohibida por el artículo 1 de la LDC y por el artículo 101 del TFUE.

4.1. Delimitación de las prácticas restrictivas objeto del expediente

Las prácticas restrictivas detectadas se producen en el mercado de la mensajería y paquetería empresarial²⁹² normalmente (aunque no siempre) en el contexto de relaciones de comercialización, colaboración, subcontratación y/o prestación de este tipo de servicios.

En efecto, como ya se ha descrito²⁹³, un aspecto destacable del funcionamiento del mercado de la mensajería y paquetería empresarial es la frecuencia con la que se dan relaciones contractuales de colaboración, subcontratación o prestación de determinados servicios entre los diversos operadores en la medida en que, por sus características diversas, generalmente ninguno de ellos cuenta con todos los inputs necesarios para poder prestar de forma autónoma todos los servicios que ofertan a sus clientes.

Así, por ejemplo, aunque la mayor parte de los operadores nacionales ofrecen servicios internacionales a sus clientes, no disponen de redes en el extranjero. Por ello, para prestar este tipo de servicios a sus clientes, deben subcontratarlos con los integradores o con operadores especializados en el transporte terrestre internacional. También deben subcontratar los servicios que prestan a sus clientes aquellos operadores que no disponen de redes de distribución propias, como es el caso de los revendedores (ie. MBE), o aquellas empresas cuya red propia se limita a un ámbito territorial local (ie. ICS). Por su parte determinados operadores internacionales que no tienen redes lo suficientemente densas en España para cubrir todo el territorio nacional, deben celebrar acuerdos de colaboración o comercialización con empresas nacionales para poder atender todas las necesidades de mensajería y paquetería de sus clientes en nuestro país.

²⁹² Las referencias al mercado de la mensajería y paquetería empresarial deben entenderse conforme a la delimitación realizada en el apartado IV.2 de esta Resolución, relativo a la Caracterización del Mercado.

²⁹³ Ver el apartado IV.2.1.2 de esta Resolución.

En este tipo de relaciones de colaboración, normalmente por escrito, se incluyen en ocasiones restricciones que tienen por objeto proteger la acción comercial del que consigue el cliente (el comercializador) de aquél que efectivamente presta el servicio de en la relación de colaboración (proveedor o “Courier”). Ya que, debido a la información que obtiene a través de la relación comercial si el cliente resulta atractivo para el proveedor del servicio, es extremadamente fácil para él preparar una oferta activa para ese cliente que mejore la del comercializador.

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

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

- **Operaciones Principales:** son las relaciones, plasmadas en contratos por escrito, de subcontratación, comercialización o prestación de determinados servicios de mensajería y paquetería, ya explicadas, que son habituales en el sector debido a la alta complementariedad de las redes entre los operadores²⁹⁴.
- **Pactos de no agresión:** Son los pactos, siempre acordados verbalmente, por los que ambas partes en la relación de comercialización impiden a la otra realizar acciones comerciales sobre cualquiera de los clientes de la contraparte (y sin que sean objeto de la operación principal subyacente), resultando en un reparto de clientes entre sí.

Esta Sala del Consejo, lo mismo que la Dirección de Competencia, no cuestiona la licitud desde la perspectiva del derecho de la competencia de las relaciones de subcontratación, comercialización o prestación de servicios de mensajería y paquetería empresarial (las “operaciones principales”) que no se analizan en el presente expediente.

El objeto de este expediente son los pactos de no agresión concluidos entre algunos operadores que tienen como resultado el reparto de todos sus clientes entre sí, pues obstaculizan o impiden el acceso mutuo de un operador a los clientes de la contraparte. Son estos pactos los que ha investigado y acreditado la Dirección de Competencia durante la instrucción del procedimiento.

²⁹⁴ Apto. 345 de la Propuesta de Resolución.

En efecto, en el caso de los pactos de no agresión no se trata de proteger el esfuerzo comercial de una de las partes de la relación comercial, sino de proteger a los clientes de los posibles ataques comerciales de cualquiera de los operadores con los que pueda mantener una relación de prestación de servicios, sin que las partes hayan acreditado por qué estas limitaciones amplias sobre la competencia entre ambas son indispensables para la operación principal.

Si se admitiesen este tipo de pactos de no agresión, bastaría a un operador concluir varios acuerdos de comercialización con distintos proveedores (para la prestación de servicios no necesariamente significativos) para impedir cualquier acción comercial (activa o pasiva) sobre **todos sus clientes** (y no solo los de la relación comercial) de cualquiera de los proveedores con los que mantenga una relación comercial. El operador de mensajería y paquetería podría así aislar a sus clientes de una parte significativa de la competencia (tanto como acuerdos comerciales tenga el comercializador). La Dirección de Competencia se refiere a este tipo de pactos cuando describe pactos “bilaterales” o cuando se refiere a pactos de no agresión “por todos los clientes”, y son las restricciones que constituyen el objeto de este expediente.

A continuación, se analizan los referidos pactos de no agresión. En primer lugar, se examina la doctrina a las restricciones accesorias con el objeto de delimitar los pactos restrictivos que son objeto de este expediente. En segundo lugar, se analiza la concurrencia de los requisitos de aplicación del artículo 1 de la LDC en relación con los pactos de no agresión. En tercer lugar, se establece su carácter restrictivo por el objeto. Por último, se concluye sobre su naturaleza de cártel.

4.2. Doctrina de las restricciones accesorias

Esta Sala considera oportuno, dadas las alegaciones de las incoadas, hacer una breve referencia a la doctrina sobre las restricciones accesorias para posteriormente determinar por qué los pactos de no agresión cuestionados no pueden considerarse restricciones accesorias a operación principal lícita subyacente que existe en la mayoría de las relaciones entre los operadores imputados (excepto en el caso del pacto de CEX y REDYSER).

El apartado 28 de la Directrices de la Comisión Europea sobre la aplicación del artículo 83, apartado 3 del Tratado (actual artículo 101.3 del TFUE, “Directrices Generales”²⁹⁵) establece que las restricciones adoptadas en el marco de un determinado acuerdo (o relación comercial) deben analizarse a la luz del artículo 101.1 para determinar si son accesorias a la operación principal no restrictiva.

De acuerdo con el apartado 29 de la Directrices Generales, el **concepto de restricciones accesorias** comprende cualquier supuesta restricción de la competencia que esté directamente relacionada con la realización de una operación principal no restrictiva, siempre que **sea necesaria y proporcionada**

²⁹⁵ Directrices de la Comisión sobre la aplicación del artículo 83, apartado 3 del Tratado, DOUE 2004 C 101, p. 97

a la misma²⁹⁶. Así, cuando un acuerdo (por ejemplo, de distribución o de empresa en participación) no tiene (atendiendo a su naturaleza) por objeto o por efecto restringir el juego de la competencia, se excluye del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 101 a las restricciones que estén directamente relacionadas con la realización de esa operación principal y que sean indispensables para su realización²⁹⁷.

Siguen las Directrices Generales explicando que “(u)na 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**”. Conforme a lo anterior, “(s)i, a partir de factores objetivos, puede concluirse que, **en ausencia de la restricción, la principal operación no restrictiva resultaría de difícil o imposible realización, la restricción podría considerarse objetivamente necesaria para su realización y proporcionada a la misma**”²⁹⁸.

Conviene matizar que el criterio de necesidad es interpretado por el TJUE en sentido estricto ya que, para que una restricción sea considerada accesorio, **no basta que en su ausencia sea más difícil la operación principal o se generen menos beneficios. Se exige que sea imposible** llevar a cabo la operación principal sin la restricción en cuestión. En efecto, en el asunto C-176/16²⁹⁹, el TJUE ha señalado sobre las restricciones accesorias que:

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

²⁹⁶ Ver la Sentencia del TJUE de 18 de septiembre de 2001, en el asunto T-112/99, *Métropole télévision (M6) y otros*, aptdo. 104. Ver también la Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de septiembre de 2017, rec. núm. 7/2015, en relación con el expediente *Recogida de Papel*, que recoge los mismos requisitos que la jurisprudencia de la Unión Europea para establecer el carácter accesorio de una restricción: (a) que guarden relación directa con la realización de una operación principal no restrictiva; (b) que la adopción sea necesaria para la formalización del acuerdo; y (c) que sea proporcionada.

²⁹⁷ Ver la Sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 1995, en el asunto C-399/93, *Luttikhuis*, aptdos. 12 al 14.

²⁹⁸ Directrices de la Comisión sobre la aplicación del artículo 83, apartado 3 del Tratado, DOUE 2004 C 101, p. 97, apartado 29.

²⁹⁹ Sentencia del TJUE de 23 de enero de 2018, asunto C-179/16, *Hoffman-La Roche y otros / Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, cuestión prejudicial, aptdo. 71.

Existen varios precedentes en los que las autoridades de competencia han constatado la existencia de restricciones de la competencia por su objeto que tenían lugar en el contexto de otros acuerdos más amplios (y lícitos) de colaboración empresarial³⁰⁰. Incluso, el hecho de que una determinada restricción haya sido considerada accesoria, no impide que en aquello que se excede de esta consideración (ya sea por duración, ámbito geográfico, o rango de productos, servicios o clientes) sea calificado como una restricción por su objeto³⁰¹.

Es importante recordar, como hace el apartado 30 de las mismas Directrices, que debe distinguirse el análisis de la restricción accesoria en el marco del 101.1 con el del apartado 3 del mismo artículo. Este último se refiere a una ponderación de las ventajas económicas producidas por acuerdos restrictivos que contrarrestan sus efectos negativos sobre la competencia, y no de restricciones accesorias a operaciones no restrictivas sin las que éstas últimas, no podrían llevarse a cabo.

Conforme a lo anterior, como ya se ha explicado, en el marco del presente expediente se han acreditado, básicamente, dos tipos de relaciones: (1) las relaciones de subcontratación, comercialización o prestación de determinados servicios de mensajería y paquetería lícitas y habituales en el sector (**operación principal**)³⁰²; -en los que se incluyen, en algunas ocasiones, cláusulas con pactos de no competencia, como los de ICS, que no han sido cuestionados por la Dirección de Competencia-; - y (2) unos **pactos verbales de no agresión** para todos los clientes, que prohíben a una y otra parte intentar captarse mutuamente los clientes (en paralelo a la relación de colaboración).

Como ya se ha explicado, esta Sala coincide con la Dirección de Competencia en afirmar que en principio, las operaciones principales constituyen relaciones de colaboración en mercados de red como el de la mensajería y paquetería empresarial donde para los operadores puede ser más eficiente, bajo determinadas circunstancias, complementar sus redes mediante acuerdos de prestación de servicios que crearlas. En principio, no contiene en sí mismas restricciones sobre la competencia.

³⁰⁰ Ver, por ejemplo, la Sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2009, en el asunto C-501/06 P, *GlaxoSmithKline*; Sentencia del TGUE de 29 de junio de 2012, en el asunto T-360/09, *E.ON Ruhrgas*; Sentencia del TGUE de 28 de junio de 2016, en el asunto T-208/13, *Portugal Telecom*; Sentencia del TGUE de 8 de septiembre de 2016, en el asunto T-472/13, *Lundbeck*; la Decisión de la Comisión de 5 de marzo de 2014 en el asunto 39952, *Epex Spot / Nord Pool Spot AS*; la Decisión de la Comisión de 18 de junio de 2012, en el asunto 39736, *Areva SA / Siemens AG*. Ver también otros asuntos de autoridades europeas de defensa de la competencia, como la Decisión de la NMa de Holanda de 8 de diciembre de 2011, en el asunto 6855 *Wasserijen*; y Decisión de la CMA de Reino Unido de 14 de diciembre de 2017, en el asunto 50283, *Cleaning Services*; y decisiones de la autoridad de competencia de nuestro país, como por ejemplo la Resolución de la CNMC de 26 de diciembre de 2013, en el expediente S/0423/12, *Munters*, confirmado por Sentencias de la AN de 21 de marzo de 2017, rec. núm. 78/2014 y de 22 de febrero de 2017, rec. núm. 99/201; y la Resolución de la CNMC de 16 de julio de 2015, en el expediente S/0490/13, *Acuerdos Telefónica/Yoigo*.

³⁰¹ Decisión de la Comisión de 18 de junio de 2012, en el asunto 39736, *Areva SA / Siemens AG*, apdos. 63 a 76 y la Sentencia del TGUE de 28 de junio de 2016, en el asunto T-208/13, *Portugal Telecom*. Ver también el Documento de trabajo de la Comisión Europea « Guidance on restrictions of competition 'by object' for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice » de junio de 2014, aptdo. 2.2.1 y las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, DOUE C 11 de 14 de enero de 2011, aptdo. 255.

³⁰² Aptdo. 345 de la Propuesta de Resolución.

No obstante, en consonancia con la Dirección de Competencia, esta Sala considera que los **pactos de no agresión** que constituyen el objeto de este expediente no constituyen restricciones accesorias.

En primer lugar, en el presente expediente se ha acreditado como determinados operadores del mercado de la mensajería y paquetería (no todos), han concluido una serie de pactos para repartirse los clientes entre sí. No obstante, es preciso notar que: (1) aunque en algunos casos existía una relación comercial u operación principal subyacente cuya licitud, como ya se ha dicho, no se cuestiona, en otros casos no existe dicha operación principal; y (2) que otros operadores del sector no han concluido estos acuerdos de reparto de mercado, pese a desarrollar actividades comerciales idénticas a las de subcontratación lícitas que realizan las imputadas³⁰³. La mera constatación de estas dos realidades bastaría para descartar el carácter indispensable de las restricciones absolutas que se imponen a las empresas imputadas en este expediente mediante los pactos de no agresión.

Estas dos premisas son fundamentales pues gran parte de las alegaciones de las imputadas se dirigen a justificar la necesidad de establecer restricciones absolutas sobre todos los clientes para poder mantener las relaciones subyacentes de comercialización, pese a que no consta que todos los operadores, similares en capacidad de red, clientes, operabilidad y tamaño, las necesiten.

En segundo lugar, tampoco se ha acreditado que sean indispensables o, si quiera, que el objeto de estos pactos sea la realización en condiciones óptimas de la operación principal subyacente³⁰⁴. Por un lado, en ninguno de los casos se incluyen estos pactos de no agresión explícitamente en los contratos de colaboración o comercialización³⁰⁵. Este hecho no solo denota de por sí cierta apariencia de secreto o clandestinidad en su conclusión que no sería necesaria si el objetivo fuera realmente optimizar la comercialización de los productos, sino que además parece impropio si fuera indispensable para la relación entre ambas partes comerciales, sobre todo teniendo en cuenta el potencial efecto restrictivo sobre su futura acción comercial y los clientes potenciales. También, como se ha indicado, en otros casos se ha acreditado como las partes comienzan una

³⁰³ Por ejemplo, la Dirección de Competencia solicitó información a otros operadores del sector (en concreto, MENSYTRANS, FUTURAKUL S.L., y DUE LOGÍSTICA ALMACENAJE Y TRANSPORTE 2007) que fue aportada oportunamente MENSYTRANS (folios 3359 a 3395), DUE (folios 4792 a 4858) y FUTURAKUL (folios 4859 a 4880), sin encontrar evidencias de prácticas similares a las imputadas en este expediente. Igualmente, la DC tuvo la ocasión de revisar los contratos y relaciones comerciales que mantenían las imputadas con otros operadores, devolviendo finalmente la documentación por no considerarla necesaria para la resolución del expediente sancionador. Ver sobre este particular los acuerdos de 14 de julio de 2016 de la Dirección de Competencia en relación con varios operadores, por ejemplo, con TNT y SENDING TRANSPORTE Y COMUNICACIÓN SAU (folio 3356), con ASM y GLS (folio 3355), con DHL y REDYSER (folio 3353), con UPS y varias empresas (folio 3358), etc.

³⁰⁴ Ver la Sentencia del TGUE de 18 de septiembre de 2001, en el asunto T-112/99, *Métropole télévision (M6) y otros* y la Sentencia del TGUE de 27 de septiembre de 2006, en el asunto T-168/01, *GlaxoSmithKline Services Unlimited*.

³⁰⁵ Las cláusulas de no competencia incluidas en los contratos de ICS con sus colaboradores son unidireccionales (en el sentido de la protección de los clientes de ICS frente a sus proveedores) y se limitan a los clientes objetos de la relación comercial. Por su parte, MBE y UPS incluyeron una cláusula de no competencia años después del inicio de su relación comercial en el Contrato de 2015. La Audiencia Nacional, en su Sentencia de 28 de septiembre de 2017, rec. núm. 7/2015, en relación con el expediente *Recogida de Papel*, exige incluso que «la adopción de la restricción sea necesaria para la formalización del contrato».

relación de comercialización normal para, posteriormente, instaurar una “prueba piloto”³⁰⁶ de pacto de no agresión con el objeto de verificar qué beneficios obtendrían si se protegían mutuamente el uno de la competencia del otro. Prueba también del objeto anticompetitivo de estos acuerdos son las quejas recogidas en el expediente de algunos comerciales por la implementación de estos acuerdos porque les obstaculiza la posibilidad de competir³⁰⁷. También, en otros casos, ha quedado acreditado como algunos de los empleados de las imputadas perciben estos pactos de no agresión como contrarios a la ley³⁰⁸.

En definitiva, las imputadas no han acreditado por qué es indispensable para la operación principal un pacto de no agresión de ventas activas y pasivas que incluya no solo a los clientes objeto de la relación comercial, sino a todos los clientes; y tanto los del comercializador como los del proveedor. Esto es, no han acreditado por qué deben de ser protegidos recíprocamente todos los clientes de un determinado operador de la competencia, tanto activa como pasiva de otro solo porque haya concluido un acuerdo de prestación de determinados servicios que no tiene por objeto todos sus clientes.

Además, como ya se ha avanzado, en el caso de que un determinado operador tenga acuerdos de comercialización con varios proveedores, de admitir este tipo de restricciones, podría impedir sobre sus clientes cualquier acción comercial (activa o pasiva) de cualquiera de los proveedores con los que mantenga una relación comercial, con independencia de que el cliente en cuestión sea o no parte de la misma y con independencia del número de proveedores con los que concluya acuerdos para la prestación de servicios. Un comercializador podría así aislar de la competencia a sus clientes simplemente completando distintos acuerdos de comercialización con distintos proveedores por distintos servicios (envíos internacionales por avión, por carretera, nacionales, import, export, etc.). Obviamente, cuanto mayor sea la capilaridad de un operador en un determinado país, mayor capacidad tendrá para sustraer de la competencia a un mayor número de clientes a medida que aumenta sus relaciones comerciales y, en paralelo, de forma subrepticia, estos pactos de no agresión.

Por lo anterior, Esta Sala considera que los pactos de no agresión acreditados suponen una coordinación entre las empresas parte de los acuerdos que es por naturaleza perjudicial para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia en el mercado de la mensajería y paquetería empresarial³⁰⁹, sin que se haya acreditado que sean indispensables para proteger interés legítimo alguno relacionado con la operación principal subyacente³¹⁰. Más bien al contrario. Se ha acreditado: (1) que no eran indispensables (muchos operadores

³⁰⁶ Correos electrónicos internos, remitidos el 24 de julio de 2009 (folios 3686 a 3690).

³⁰⁷ Ver por ejemplo las objeciones de los comerciales al pacto de no agresión concluido entre MBE y TNT, en los folios 3681 a 3686 o las objeciones internas GLS al pacto con CEX porque les impedía crecer en envíos domestic en España en los folios 144 a 147.

³⁰⁸ Ver el correo electrónico interno de FEDEX de 12 de mayo de 2010 y correo electrónico remitido por FEDEX a CEX el 13 de mayo de 2010, transcritos en el escrito de alegaciones de FEDEX (folio 9915) donde su Departamento Jurídico rechaza redactar una cláusula de no competencia en el sentido propuesto por considerarla ilegal y, específicamente, contraria al Derecho de la Competencia.

³⁰⁹ Sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2014, asunto C-67/13 P, *Groupement des Cartes Bancaires*, aptdo. 78.

³¹⁰ Ver también los aptdos. 393 a 398 del PCH.

del sector no los utilizan)³¹¹; (2) que obstaculizaban a las empresas que los protagonizaban la posibilidad de competir³¹²; (3) que eran percibidos en ocasiones como ilegales³¹³; y (4) que se desarrollaban en un ambiente de clandestinidad impropio de una convicción de su oportunidad y legalidad como ahora alegan las imputadas. De hecho, de las pruebas recabadas, parece claro que persiguen un objetivo meramente anticompetitivo, como es sustraer de parte de la competencia a sus propios clientes. Al no haberse acreditado la indispensabilidad de estas restricciones para la operación principal, no es preciso ni pertinente valorar su proporcionalidad, pues el requisito de indispensabilidad es consustancial a la consideración de una restricción como accesorio, mientras que la proporcionalidad simplemente busca analizar la adecuación de sus límites.

A continuación, se analizan los pactos de no agresión así delimitados desde la perspectiva del artículo 1 de la LDC y del 101 del TFUE.

4.3. Análisis de las prácticas restrictivas objeto del expediente

Constituyen el objeto de este expediente los pactos bilaterales de no agresión entre distintos operadores del mercado de la paquetería y mensajería empresarial por el que ambas partes en el pacto se comprometían a no realizar ninguna relación comercial con el cliente de la otra parte³¹⁴.

El artículo 1 de la LDC prohíbe *“todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:*

- a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.*
- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.*
- c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.*

[...]”.

La prohibición del artículo 1 de la LDC exige, básicamente y a los efectos que importa a este expediente, la concurrencia de tres requisitos: que exista un acuerdo, entre el menos dos empresas, y que tenga por objeto o produzca o pueda producir una restricción de la competencia en el mercado. Por su parte, el artículo 101 del TFUE incluye una prohibición en términos similares a la incluida en el artículo 1 de la LDC.

³¹¹ Ver *supra*, nota a pié de pág. 315.

³¹² Ver *supra*, nota a pié de pág. 318.

³¹³ Ver *supra*, nota a pié de pág. 319.

³¹⁴ Ver *supra* la delimitación de estos pactos de no agresión (contexto, concepción, alcance y desarrollo en el apartado 4.1. anterior)

4.3.1. Existencia de acuerdo entre competidores

En cuanto al concepto de acuerdo, es jurisprudencia consolidada que, para que pueda apreciarse, debe existir una concordancia de voluntades entre al menos dos partes, competidores reales o potenciales. La forma de manifestación carece de importancia siempre y cuando constituya la fiel expresión de tales voluntades³¹⁵ y su intención de comportarse en el mercado de una forma determinada³¹⁶. No obstante, no se exige probar *“que concurre una voluntad común de alcanzar un resultado contrario a la competencia”*³¹⁷ ni que efectivamente el acuerdo haya sido implementado³¹⁸ ni tampoco es pertinente la escasa repercusión que haya podido tener la conducta en el mercado para la calificación de la conducta³¹⁹.

Pues bien, la existencia de los pactos de no agresión y su efectiva implementación entre al menos dos empresas en cada uno de los pactos descritos en el apartado IV, ha quedado acreditada en el expediente mediante numerosos correos electrónicos, actas de reuniones y conversaciones por aplicaciones móviles. En todos los casos acreditados, ambas partes reconocen en los medios de comunicación escritos, de diversas formas, que existe un pacto bilateral de no agresión entre ellos y solicitan su respeto o implementación ante un determinado incidente comercial que suele terminar en la retirada de la oferta de la otra parte o en una estrategia conjunta para presentar una oferta poco competitiva que determine la no aceptación por parte del cliente afectado.

Conviene destacar que se trata en todos los casos de pactos de no agresión entre empresas competidoras. De acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina de la Comisión Europea dos empresas son competidoras entre sí si desarrollan sus actividades comerciales en el mismo mercado relevante³²⁰. Además, el hecho de que las partes hayan alcanzado un acuerdo para constreñir la capacidad de competir en relación con los clientes o el territorio de otro operador es un *“firme indicio de la existencia de una relación de competencia”* entre ambos operadores³²¹.

La condición de competidores en el mercado de la mensajería y paquetería empresarial en España solo ha sido cuestionada por algunos incoados en relación con MBE, por su carácter de revendedor, y con ICS, por su ámbito de actuación en principio limitado a la Comunidad Autónoma de Madrid. No

³¹⁵ Sentencia del TGUE de 26 de octubre de 2000, en el asunto T-41/96, *Bayer AG*, aptdo. 69 (confirmada por la Sentencia del TJUE de 6 de enero de 2004, en los asuntos acumulados C-2/01 P y C-3/01 P, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV y Comisión c. Bayer AG*, aptdos. 96 y 97).

³¹⁶ Sentencia del TGUE de 17 de diciembre de 1991, en el asunto T-7/89, *SA Hercules Chemicals NV*, aptdo. 256.

³¹⁷ Sentencia del TGUE de 27 de septiembre de 2006, en el asunto T-168/01, *GlaxoSmithKline Services Unlited*, aptdo. 77 (confirmada por la STJUE de 6 de octubre de 2009, en los asuntos acumulados C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Unlited y otros*).

³¹⁸ Sentencia del TJUE de 4 de junio de 2009, en el asunto C-8/08, *T-Mobile*.

³¹⁹ Ver la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de junio de 2017, rec. núm. 236/2014, en relación con el asunto *Asociación Provincial de Agencias de Viaje de Santa Cruz de Tenerife*, FJ TERCERO, *in fine*. En concreto, la AN afirma que: *“Finalmente la escasa repercusión que la conducta haya tenido en el mercado es un dato no pertinente a los efectos de calificar la infracción, pues como hemos anticipado, ésta se produce por ser el objeto de los acuerdos anticompetitivo”*.

³²⁰ Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, DOUE C 11 de 14 de enero de 2011, aptdo. 10.

³²¹ Sentencia del TJUE de 20 de enero de 2016, en el asunto C-373/14 P, *Toshiba Corporation*, aptdo. 33.

obstante, esta Sala considera que todas las empresas imputadas en el expediente son competidoras entre sí.

En primer lugar, porque todas ellas ofrecen servicios de mensajería y paquetería empresarial. Puede suceder que algunos estén más especializados en un tipo de clientes (pequeños, grandes, servicios bancarios...), pero ha quedado ampliamente acreditado que todos compiten por captar determinados clientes a nivel minorista. Es posible que, a nivel mayorista, en la medida en que MBE no dispone de medios para prestar los servicios de mensajería, no esté presente en ese mercado. Lo mismo cabría afirmar, por ejemplo, de un operador que no dispone de red en una determinada área geográfica y debe subcontratar el servicio de la misma forma que hace MBE. Pero ello no implica que no estén presentes ambos, y compita aguas abajo donde se capta la comercialización de ese servicio³²². De hecho, como se extrae del análisis de la documentación recabada, la acción comercial por captar el cliente resulta esencial. Las empresas de mensajería disponen de medios (los propios, o los de otros operadores que subcontratan) para poder elaborar su oferta comercial. El éxito mayor o menor de esta acción comercial determinará la rentabilidad de sus activos (propios o subcontratados), pero la carencia de esos activos no les impide competir.

En segundo lugar, como también ha indicado la Dirección de Competencia³²³ y de acuerdo con el TJUE³²⁴, el hecho de que se haya acreditado que efectivamente todas las imputadas han pactado no competir por sus respectivos clientes es una manifestación evidente de que sí compiten por ellos. Y, precisamente por ello, y para debilitar la competencia respecto de estos, pactan no agredirse. El mismo razonamiento ha de aplicarse igualmente a MBE e ICS.

En definitiva, desde la perspectiva del cliente final, tanto MBE como ICS son competidores del resto de las empresas imputadas, en consonancia con lo indicado por la Dirección de Competencia³²⁵.

4.3.2. Objeto restrictivo de los pactos de no agresión

En cuanto al objeto restrictivo de la competencia, de acuerdo con la jurisprudencia de los Tribunales de la Unión Europea, el término “objeto” se refiere a la finalidad, la intención o el objetivo de la coordinación de las empresas en cuestión³²⁶. Cuando un acuerdo tiene por objeto impedir, restringir o falsear la competencia, no se requiere a las autoridades de competencia que prueben

³²² Sobre el concepto de competidor en el marco de relaciones de distribución dual, ver la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de marzo de 2017, rec. núm. 78/2014, *Munters Spain*, FJ Cuarto y Quinto.

³²³ Apartados 311 a 321 de la Propuesta de Resolución.

³²⁴ Sentencia del TJUE de 20 de enero de 2016, en el asunto C-373/14 P, *Toshiba Corporation*, aptdo. 33.

³²⁵ Apartados 306 a 310 de la Propuesta de Resolución.

³²⁶ Sentencia del TJUE de 13 de julio de 1966, en el asunto C-56/64, *Consten & Grundig*, p. 429 de la versión española [“...que el acuerdo que, de esta forma, tiende a aislar el mercado francés de los productos Grundig (...), puede falsear la competencia en el seno del mercado común”]; y Sentencia del TJUE de 20 de noviembre de 2008, en el asunto C-209/07, *Beef Industry Development Society*, aptdos. 32 a 36.

que ha tenido o puede tener efectos anticompetitivos para determinar la existencia de una infracción³²⁷.

Las restricciones por objeto son determinadas formas de coordinación entre empresas que pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia³²⁸. En efecto, son formas de coordinación que revelan un grado de nocividad para la competencia suficiente para que pueda considerarse innecesario el examen de sus efectos³²⁹, y para constatar este grado de nocividad, los Tribunales de la Unión Europea han señalado la necesidad de analizar el contenido de la coordinación, sus objetivos y el contexto económico y legal del que forma parte³³⁰. Aunque la intención subjetiva de las partes no es un factor necesario para determinar si el acuerdo es restrictivo o no, nada impide tomar esta cuestión en consideración a la hora de analizar el acuerdo³³¹.

Por otro lado, el examen sobre la nocividad del objeto del acuerdo debe incluir tanto la posibilidad real como la potencial de competir en el mercado por las partes en el acuerdo, en el momento en el que éste se produjo³³².

Igualmente, y como ya se ha indicado, para que un acuerdo sea calificado restrictivo por su objeto, no es preciso que haya sido aplicado o implementado con éxito³³³, ni que esté expresamente incluido en el articulado del artículo 1 de la LDC o del 101 del TFUE³³⁴, ni que exista un precedente análogo a los hechos del caso en cuestión³³⁵. Solo en el caso de que se concluya, conforme a lo

³²⁷ Sentencia del TJUE de 4 de junio de 2009, en el asunto C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV*, apdos. 28 a 30. Ver también la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de septiembre de 2017, rec. núm. 17/2015, en relación con el asunto *Recogida de Papel*, que afirma nítidamente: "(...) prácticas restrictivas por su objeto, en el sentido de las Directrices de la Comisión antes citadas (apartado 24), que entiende por restricciones de la competencia por su objeto aquellas que, por su propia naturaleza, poseen el potencial de restringir la competencia, a tenor del artículo 101.1 TFUE, con la consecuencia de que cuando se haya demostrado que un acuerdo tiene un objeto contrario a la competencia, no es necesario examinar sus efectos reales o potenciales en el mercado."

³²⁸ Sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2014, en el asunto C-67/13 P, *Groupement des Cartes Bancaires*, aptdo. 50 y Sentencia del TJUE 20 de enero de 2016, en el asunto C-373/14 P, *Toshiba Corporation*, aptdo. 26. Ver también la Sentencia de la Audiencia Nacional de 1 de diciembre de 2009, rec. núm. 491/2007 y la jurisprudencia ahí citada.

³²⁹ Sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2014, en el asunto C-67/13 P, *Groupement des Cartes Bancaires*, apdos. 49 y 57; Sentencia del TJUE 20 de enero de 2016, en el asunto C-373/14 P, *Toshiba Corporation*, aptdo. 26; Sentencia del TJUE de 11 de julio de 2013, en el asunto C-440/11 P, *Stichting Administratiekantoor Portielje*, apdos. 95 y 111; y Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2015, en el asunto C-172/14, *ING Pensii c. Consiliul Concurenței*, aptdo. 32.

³³⁰ Sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2014, en el asunto C-67/13 P, *Groupement des Cartes Bancaires*, aptdo. 53; Sentencia del TJUE 20 de enero de 2016, en el asunto C-373/14 P, *Toshiba Corporation*, aptdo. 27, en virtud de los apartados 53 y 78 de la Sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2014, en el asunto C-67/13 P, *Groupement des Cartes Bancaires*.

³³¹ Sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2014, en el asunto C-67/13 P, *Groupement des Cartes Bancaires*, aptdo. 54; y Sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2015, en el asunto C-286/13 P, *Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe*, aptdo. 118.

³³² Sentencia del TGUE de 8 de septiembre de 2016, asunto T-472/13, *H. Lundbeck A/S c. Comisión Europea*, aptdo. 437 y Sentencia del TGUE de 29 de junio de 2012, en el asunto T-360/09, *E.ON Ruhrgas c. Comisión Europea*, aptdo. 85.

³³³ Ver las Sentencias del TJUE de 1 de febrero de 1978, en el asunto C-19/77, *Miller International*, aptdo. 7; de 11 de enero de 1990, en el asunto C- 277/87, *Sandoz Prodotti Farmaceutici SpA*, aptdo. 3 del resumen; de 6 de abril de 2006, en el asunto C-551/03 P, *General Motors*, apdos. 37, 61, 62 y 67 a 70; y de 11 de julio de 1989, en el asunto C- 246/86, *Belasco*, aptdo. 15.

³³⁴ Sentencia del TJUE de 20 de noviembre de 2008, en el asunto C-209/07, *Beef Industry Development Society*, aptdo. 23.

³³⁵ Ver la Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, en el asunto C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító Zrt*; la Sentencia del TJUE de 20 de noviembre de 2008, en el asunto C-209/07, *Beef Industry Development Society*; y la Sentencia del

anterior, que un acuerdo no es restrictivo por su objeto, la autoridad de competencia podrá analizar si es restrictivo por sus efectos³³⁶.

En efecto, tal y como recoge la Audiencia Nacional en su sentencia de 19 de noviembre de 2015, FD 6, citando la Sentencia del TJUE de 4 de junio de 2009, en el asunto C-9/08, *T-Mobile*, apartados 28 a 30³³⁷:

“En lo relativo a la delimitación de las prácticas concertadas que tengan un objeto contrario a la competencia y de aquéllas que tengan un efecto contrario a la competencia, ha de recordarse que el objeto y el efecto contrarios a la competencia son condiciones no acumulativas sino alternativas para apreciar si una práctica está comprendida dentro de la prohibición del artículo 81 CE, apartado 1. Es jurisprudencia reiterada, desde la sentencia de 30 de junio de 1966, LTM (56/65, Rec. pp. 337 y ss., especialmente p. 359), que el carácter alternativo de este requisito, como indica la conjunción «o», lleva en primer lugar a la necesidad de considerar el objeto mismo de la práctica concertada, habida cuenta del contexto económico en el que se debe aplicar. Sin embargo, en caso de que el análisis del contenido de la práctica concertada no revele un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, es necesario entonces examinar los efectos del acuerdo y, para proceder a su prohibición, exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible (véase, en este sentido, la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 15)”.

Los acuerdos de reparto de mercado están expresamente recogidos tanto en el artículo 1 de la LDC (y 101 del TFUE) como en la Disposición Adicional Cuarta de la LDC relativa al concepto de cártel, y constituyen uno de los ejemplos más evidentes de este tipo de infracciones.

En efecto, los acuerdos entre competidores para repartirse el mercado (por áreas geográficas³³⁸, por clientes³³⁹, ...) constituyen infracciones especialmente graves del derecho de la competencia. Es jurisprudencia consolidada que este objetivo, repartirse el mercado³⁴⁰, constituye en sí mismo una forma de colusión especialmente perjudicial para la competencia y pertenece a una de las

TGUE de 8 de septiembre de 2016, asunto T-472/13, *H. Lundbeck A/S c. Comisión Europea*, que tenía por objeto restricciones que no necesariamente habían sido consideradas previamente restrictivas por objeto.

³³⁶ Sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2014, en el asunto C-67/13 P, *Groupement des Cartes Bancaires*, aptdos. 49 a 52 y Sentencia del TJUE de 30 de junio de 1966, C-56/66, *Société Technique Minière*, pág. 371, de la versión española.

³³⁷ Sentencia de la Audiencia Nacional de 1 de diciembre de 2009, rec. núm. 491/2007.

³³⁸ Sentencia del TJUE 20 de enero de 2016, en el asunto C-373/14 P, *Toshiba Corporation*, aptdos. 23 a 36; Sentencia del TJUE de 5 de diciembre de 2013, en el asunto C-449/11, *Solvay Solexis*, aptdo. 82; y Sentencia del TJUE de 4 de septiembre de 2014, en el asunto C-408/12, *YKK Corporation y otros*, aptdo. 26.

³³⁹ Decisión de la Comisión de 27 de noviembre de 2002, en el asunto 37978, *Methylglucamine*, aptdos. 98 y 227; Sentencia del TJUE de 11 de julio de 2013, en el asunto C-440/11 P, *Stichting Administratiekantoor Portielje*, aptdos. 95 y 111.

³⁴⁰ Ver por ejemplo los pronunciamientos recientes del Tribunal Supremo sobre el concepto de cártel en el caso de repartos de mercado entre competidores, en la Sentencia del TS de 18 de diciembre de 2017, rec. núm. 271/2014 y de 25 de mayo de 2017, rec. núm. 3600/2014.

restricciones más serias por su aptitud para afectar negativamente el interés público protegido -la competencia-, sin que pueda ser justificado por el contexto económico de la conducta anticompetitiva en cuestión³⁴¹. Por su propia naturaleza y objetivos, los acuerdos para repartirse el mercado restringen la capacidad de los competidores para determinar de forma independiente su estrategia comercial, privando a los consumidores de un acceso completo a las ofertas competitivas que de otra forma sí estarían disponibles. Cuando un operador pacta con otro su acceso en exclusiva a unos determinados clientes, dicho operador actúa en el mercado con la seguridad de que deberá afrontar una limitada o incluso nula competencia por parte de la otra empresa en el pacto de respeto de esos clientes.

Los pactos de no agresión acreditados en el expediente tenían por objeto restringir la capacidad que una parte del acuerdo podría tener para realizar ofertas a los clientes de la otra por el simple hecho de ser cliente de uno u otro, repartiéndose por tanto los clientes entre sí y alterando las condiciones del mercado que existirían si estuviera sometido a la libre competencia.

Como consta en los hechos acreditados, la documentación en relación con la observancia de estos pactos de reparto de clientes es abundante.

Ver, por ejemplo, en relación con **GLS y CEX**, las referencias de los comerciales afirmando que *“hasta ahora, no he tocado ningún cliente que trabaja con Chrono”*³⁴²; en el pacto entre **CEX y REDYSER**, donde ni siquiera colaboraban comercialmente, se recoge un email donde explícitamente se dice *“En aquel rápido e improvisado encuentro, acordamos mantener un acuerdo de no agresión entre las dos empresas respecto del sector financiero. Acuerdo que ambas partes hemos respetado y que al menos nosotros percibimos como provechoso; en el pacto entre **MBE y UPS** las referencias constantes a un pacto de no agresión bilateral [(por ejemplo, *“Respeto absoluto a los clientes que UPS pueda tener en nuestra zona. La regla de oro no escrita es “si es cliente de UPS, me despido agradeciendo su atención al cliente potencial, a la inversa lo exigimos absolutamente igual”. Si en algún caso nos viésemos comprometidos o forzados, presentar una tarifa cara tras consultarlo con el comercial de UPS (ídem si ocurriese lo mismo con otro centro MBE) (...)*”]³⁴³; en el pacto entre **MBE y TNT** donde expresamente se pregunta a los franquiciados en forma de encuesta como valorarían un pacto de estas características con TNT³⁴⁴; en el pacto entre **MBE y FEDEX**, comentarios de FEDEX como *“De mi parte en todo lo que pueda ayudar para formar a los franquiciados, para que no nos quiten**

³⁴¹ Sentencia del TJUE de 20 de enero de 2016, asunto C-373/14 P, *Toshiba Corporation v. Comisión Europea*, aptdo. 28, y jurisprudencia ahí recogida.

³⁴² Correo electrónico interno de GLS de 12 de mayo de 2008, aportado por GLS en su solicitud de exención (folios 163 y 164).

³⁴³ Correo electrónico con asunto: *“RV: La importancia de nuestra imagen de Red”*, remitido el 28 de septiembre de 2009 por un franquiciado MBE al Jefe de Red y Operaciones de MBE (folios 3703 a 3706), recabado en la inspección realizada en la sede de la empresa MBE.

³⁴⁴ Documento “Encuesta TNT” adjunto al correo electrónico interno de MBE de 12 de junio de 2009 (folios 3680 y 3681). Ver también los folios 3682, 3685 y 3698 que contienen manifestaciones y quejas de los franquiciados de MBE en relación con el pacto de TNT por las restricciones comerciales que les acarrearán.

*ningún cliente estoy a vuestra disposición*³⁴⁵ o *declaración de intenciones de FEDEX sobre la protección de los clientes de MBE al tiempo que exige (“I hope ME stores respect this same value”)*³⁴⁶; en el pacto entre **MBE y CEX**, donde también son constantes las referencias a un pacto mutuo para el respeto de sus clientes³⁴⁷; el pacto entre **ICS y TOURLINE** donde también se reclaman el *“respeto a los clientes de ambas compañías”*³⁴⁸ y como *“no se nos ocurriría ofertar e intentar quitaros el cliente, elegantemente nos iríamos, igual que haríais vosotros si fuera al revés”*³⁴⁹; en el pacto entre **ICS y CEX** donde acordaban no presentarse en los mismos concursos³⁵⁰; y en el pacto entre **ICS y DHL**, donde explican que *“DHL nos aseguró verbalmente que no tocarían a nuestros clientes”*³⁵¹ y que *“Tenemos firmados acuerdos no agresión con todas ellas. Es decir, DHL no puede ofertar a clientes de ICS, ni a la inversa. Es un contrato de lealtad y respeto”*³⁵².

En definitiva, conforme a lo anterior, queda acreditado que las partes imputadas cuyos pactos de no agresión han quedado acreditados, se repartían sus clientes al impedir u obstaculizar que la contraparte en el acuerdo pudiera realizar ofertas comerciales al cliente del otro, con independencia de los deseos de los clientes y de la contraparte.

No ha quedado acreditado que estos pactos de reparto de todos los clientes obedezcan a ninguna razón distinta que la de limitar la competencia que pudiera ejercerse sobre sus clientes. El pacto de reparto de mercado tiene por tanto por su objeto la restricción de la competencia respecto de esos clientes. De hecho, el resto de operadores en el mercado también subcontratan sus servicios de mensajería y paquetería, pero no concluyen pactos de no agresión como los de este expediente. Incluso, alguna de las imputadas concluye pactos de no agresión con unos operadores, pero no con otros. Si el contexto jurídico económico de las relaciones en este mercado explicase o justificase unos pactos de no agresión como los descritos, todos los operadores, en todas sus relaciones comerciales, los habrían concluido.

El hecho de que el reparto de mercado se haya producido en el contexto de unas relaciones comerciales que pudieran considerarse perfectamente lícitas, no empaña estas consideraciones³⁵³. En opinión de esta Sala, estas relaciones

³⁴⁵ Correo electrónico recabado en la inspección de MBE, remitido el 4 de febrero de 2014 por FEDEX al Jefe de Apoyo a Franquicia de MBE, en copia el Director Ventas Red y Operaciones de MBE (folios 4052 a 4054).

³⁴⁶ Fichero electrónico con título “Reunión FEDEX 13-2-2014” recabado en la inspección de MBE (folios 4486 a 4488).

³⁴⁷ Correo electrónico de 15 de febrero de 2012 de MBE a CEX (Folio 3989).

³⁴⁸ Correo de 1 de octubre de 2013 y sus contestaciones (Folios 4576 y 4577).

³⁴⁹ *Ibid.*

³⁵⁰ Por ejemplo, en el concurso organizado por Carrefour, Folio 4589.

³⁵¹ Correo electrónico internos de ICS, recabado en la inspección de ICS, de 16 de abril de 2013 (folio 4560).

³⁵² Correos de 19 y 20 de marzo de 2013 (Folios 4552 y 4553).

³⁵³ Ver Sentencia de la AN de 21 de marzo de 2017, rec. núm. 78/2014, *Munters Spain*, FJ Sexto.: “SEXTO.- Tales hechos integran una conducta típica, restrictiva de la competencia pues no es que MUNTER SPAIN estableciera un mecanismo de distribución de sus productos en España a favor de una empresa determinada o para un cliente concreto, sino que a través de ese acuerdo alteró la adjudicación de la licitación, impidiendo a la empresa más competitiva la formalización de un contrato que ya le había sido adjudicado y para el que su filial belga había proveído inicialmente el suministro de los calentadores. Esa actuación perjudicó además al órgano de contratación al que impidió seleccionar al licitador que presentara la oferta económicamente más ventajosa (SUPEIM), con el consiguiente incremento del gasto público. El

comerciales³⁵⁴ han propiciado el medio para que las imputadas pudieran concluir los pactos de no agresión objeto del expediente, pero no nacen necesaria e indispensablemente de ellos.

4.3.3. Calificación de los pactos de no agresión como cártel

De acuerdo con la Dirección de Competencia, en virtud de la jurisprudencia de los Tribunales de la Unión Europea, cuando este tipo de restricciones no son consideradas accesorias, pueden equivaler a una práctica de reparto de mercado que constituye una restricción de la competencia por su objeto³⁵⁵, como ya se ha analizado, y además pueden ser constitutivas de cártel.

La Disposición Adicional Cuarta de la LDC, apartado 2, vigente en el momento de los hechos³⁵⁶, 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”*.

Como recuerda la Dirección de Competencia (apartado 346 de la PR) para que una conducta pueda ser calificada de cártel no es necesario que exista una fijación de precios ni tampoco sofisticados mecanismos de concertación por parte de las empresas participantes, siendo el reparto de mercado una de las conductas claramente tipificadas como cártel. Como tales restricciones por objeto especialmente graves, los cárteles se consideran insertos “per se” en la prohibición del artículo 1 de la LDC, tanto si no se han ejecutado o puesto en práctica como si no ha sido posible acreditar sus efectos restrictivos en el mercado, pues son conductas colusorias objetivamente no idóneas para generar mejoras sobre el bienestar de los consumidores y de la economía general, como así lo ha manifestado expresamente la CNC³⁵⁷ y también la CNMC indicando lo siguiente³⁵⁸ (ver el apartado 470 de la PR):

“(…) Que el cártel no hubiera tenido efectos reales, en su caso, es un argumento para denegar una eventual indemnización por daños, y un elemento a ser tenido en cuenta a la hora de graduar el importe de la sanción, pero no afecta al carácter potencialmente dañino para la

acuerdo de distribución exclusiva de MUNTER SPAIN a favor de MMM integra un acuerdo horizontal entre competidores, constitutivo de una práctica prohibida por el artículo 1 de la LDC y, en consecuencia, la comisión de una infracción muy grave ex artículo 62.4.c de la LDC”.

³⁵⁴ Excepto en el caso de CEX y REDYSER, donde no existe esta relación subyacente.

³⁵⁵ Así, las Sentencias del TGUE de 28 de junio de 2016, en el asunto T-208/13, *Portugal Telecom* y en el asunto T-216/13, *Telefónica, S.A.*, que han confirmado la *Decisión de la Comisión Europea* de 23 de enero de 2013, en el asunto AT.39839, *Telefónica / Portugal Telecom* y la Sentencia del TJUE 20 de enero de 2016, en el asunto C-373/14 P, *Toshiba Corporation*.

³⁵⁶ El Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, en su artículo 3.3. modifica el apartado 2 de la LDC e introduce un nuevo apartado 3 que supone una nueva definición de cártel como consecuencia de la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, DOUE L 349, de 5/12/2014, pág. 1.

³⁵⁷ Resolución del Consejo de la CNC de 25 de marzo de 2013, Expte. S/0316/10 Sobres de Papel.

³⁵⁸ Resoluciones de la CNMC de 26 de junio de 2014, Expte. S/0445/12 Equipos contra incendios; de 22 de septiembre de 2014, Expte. S/0428/12 Palés y de 5 de marzo de 2013, Expte. S/0489/13 Concesionarios OPEL.

competencia de la conducta, que es lo relevante en sede de procedimiento administrativo sancionador.”

En cuanto a los potenciales efectos de los pactos de no agresión acreditados, conviene matizar que la constatación de una restricción de la competencia por su objeto excusa a la autoridad de competencia de realizar un análisis de los efectos³⁵⁹. De hecho, la simple conclusión de un acuerdo restrictivo por su objeto sin que éste sea implementado no excluye la aplicación del artículo 1 de la LDC o del 101 del TFUE³⁶⁰ y solo se tendrá en cuenta en el momento del cálculo de la multa.

No obstante lo anterior, la Sala considera acreditado que las empresas imputadas cuyos acuerdos de reparto de clientes se han acreditado no solo han concluido los pactos de no agresión, sino que efectivamente los han implementado y monitorizado de forma constante y sistemática en los periodos de referencia. Así, consiguieron no solo sustraer del libre juego de la competencia a determinados clientes, sino que eliminaron de forma sustancial 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 detrimento de sus clientes.

Por último, conviene recordar que el presente expediente fue iniciado a raíz de una solicitud de exención del pago de la multa en virtud del artículo 65 de la LDC. Entonces, GLS proporcionó, además de la prueba documental que permitía demostrar la existencia del cártel que había mantenido varios años con CEX, explicaciones sólidas y coherentes de la fundamentación e incentivos que para cada una de las partes tenía participar en el cártel denunciado.

En este sentido, algunas empresas alegan que la Dirección de Competencia habría querido forzar el concepto de cártel para poder salvaguardar el Programa de Clemencia de la CNMC. No obstante, estas empresas olvidan que el Programa de Clemencia supone para una empresa acudir a la CNMC asumiendo su participación en un ilícito, aportando toda la documentación requerida y colaborando con la Subdirección de Cártels y Clemencia con el posible daño reputacional derivado. Resulta contrario a la lógica que una empresa decida voluntariamente someterse a este procedimiento si tiene dudas sobre si la práctica que pone en conocimiento de la CNMC es un cártel o no. De la misma forma, esta Sala también considera contrario a la lógica que, como alegan algunas, la Dirección de Competencia quiera calificar como cártel lo que no es. Es claro que la Dirección ha instruido el expediente y ha constatado que las prácticas denunciadas constituyen un cártel de reparto de clientes y que esta Sala comparte plenamente esta calificación a la luz de los hechos acreditados.

Las declaraciones del solicitante de clemencia y las pruebas que aporta tienen, según la jurisprudencia nacional y del Unión Europea, un valor relevante y se les

³⁵⁹ Ver por todas la Sentencia del TJUE de 4 de junio de 2009, en el asunto C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV*, aptdos. 28 a 30 y la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de septiembre de 2017, rec. núm. 17/2015.

³⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2015, rec. núm. 2072/2014.

otorga, *a priori*, la condición de pruebas especialmente fiables³⁶¹. En relación a ello pueden citarse como ejemplo las Sentencias de la Audiencia Nacional³⁶² que reproducen en esencia la los pronunciamientos de la Sentencia del TGUE de 30 de noviembre de 2011, asunto T-208/06:

*“Una cierta desconfianza con respecto a las declaraciones voluntarias de los principales participantes en un cártel ilícito es comprensible, ya que dichos participantes podrían minimizar la importancia de su contribución a la infracción y maximizar la de otros. No obstante, dada la lógica inherente al procedimiento previsto por la Comunicación sobre la cooperación, el hecho de solicitar el beneficio de su aplicación para obtener una reducción del importe de la multa **no crea necesariamente un incentivo para presentar elementos de prueba deformados respecto a los demás participantes en el cártel investigado. En efecto, toda tentativa de inducir a error a la Comisión podría poner en tela de juicio la sinceridad y la plenitud de la cooperación de la empresa y, por tanto, poner en peligro la posibilidad de que ésta se beneficie completamente de la Comunicación sobre la cooperación (sentencias del Tribunal de 16 de noviembre de 2006, Peróxidos Orgánicos/Comisión, T-120/04, Rec. p. II4441, apartado 70, y Lafarge/Comisión, citada en el apartado 53 supra, apartado 58).***

*(...) En particular, debe considerarse **que el hecho de que una persona confiese que ha cometido una infracción y reconozca así la existencia de hechos que rebasan lo que podía deducirse directamente de dichos documentos implica a priori, si no concurren circunstancias especiales que indiquen lo contrario, que tal persona ha resuelto decir la verdad. De este modo, las declaraciones contrarias a los intereses del declarante deben considerarse, en principio, pruebas especialmente fiables (sentencias del Tribunal JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 54 supra, apartados 211 y 212; de 26 de abril de 2007, Bolloré y otros/Comisión, T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 y T-136/02, Rec. p. II 947, apartado 166, y Lafarge/Comisión, citada en el apartado 53 supra, apartado 59).***

Añade la sentencia de la AN de 24 de julio de 2014³⁶³, con referencia a la citada jurisprudencia europea que:

“en relación con el valor probatorio de las solicitudes de clemencia que la CNC reconoce explícitamente en su resolución, hemos de decir que dicha valoración viene respaldada por reiterada jurisprudencia de los Tribunales Europeos que incluso han venido considerando tales pruebas como

³⁶¹ Asuntos acumulados T-67/00, T-68/00, T-71/00 y T-78/00 y sentencias del TJCE de 16 de noviembre de 2006, Peróxidos Orgánicos/Comisión, T 120/04; de 11 de julio de 2011 en los asuntos acumulados T-133/07, Mitsubishi Electric Corp./Comisión y T-132/07, Fuji Electric Co. Ltd. /Comisión y de 25 de octubre de 2011, T-348/08 Aragonesas Industrias y Energía, SAU/Comisión.

³⁶² Sentencias de la AN de 23 y 29 de julio de 2014, dictadas en el ámbito del Expte. S/0342/11 ESPUMA DE POLIURETANO, y de 25 y 29 de noviembre de 2016, y 26 de enero de 2017, dictadas en el ámbito del Expte. S/0316/13 SOBRES DE PAPEL.

³⁶³ Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de julio de 2014³⁶³, dictada en el ámbito del Expte. S/0342/11 ESPUMA DE POLIURETANO

“especialmente fiables” (Sentencias del Tribunal General de la Unión Europea Lafarge/Comisión y, más recientemente, Sentencia Imperial Chemical Industries LTD./Comisión Europea) otorgando, sin duda, especial valor a los datos aportados en las declaraciones realizadas por las empresas en el marco del programa de clemencia”.

Lógicamente, estas pruebas pueden ser corroboradas o contrarrestadas durante el procedimiento administrativo sancionador. Ganarán o perderán valor al juntarse y compararse con el resto de elementos probatorios obtenidos por el órgano instructor, así como con las alegaciones presentadas por las partes durante la instrucción del procedimiento que permiten contrarrestar los hechos puestos de manifiesto en el expediente.

En este caso concreto, la solicitud de clemencia de GLS aportó prueba documental exhaustiva del cártel celebrado con CEX. El resto de cárteles descubiertos no traen causa directa de la prueba aportada por GLS en su solicitud de clemencia, sino de las inspecciones realizadas primero en CEX y luego en ICS, MBE y REDYSER. En todo caso, ninguna de las empresas imputadas ha conseguido contrarrestar las explicaciones proporcionadas y las pruebas aportadas inicialmente en la solicitud de clemencia de GLS, ni la ingente prueba documental recabada a posteriori durante las inspecciones.

4.4. Valoración de la Sala del Consejo de cada uno de los cárteles. Individualización de las conductas, declaración de responsabilidad y duración

A continuación, se realiza una valoración general de las conductas imputadas, sin perjuicio del análisis de la responsabilidad individual de cada empresa participante en cada uno de los cárteles que más adelante se practica. Esta Sala valora los hechos acreditados recogidos en el expediente de acuerdo con la valoración realizada por la Dirección de Competencia en su PR y explicitada en este apartado de valoración de las conductas imputadas.

En concreto, conviene recordar que esta Sala del Consejo de la CNMC, de acuerdo con la Dirección de Competencia no entra a valorar en absoluto la licitud de las operaciones principales entre los operadores, entendidas como las relaciones de comercialización, subcontratación, prestación, etc.. de servicios de mensajería y paquetería empresarial urgente.

Por el contrario, se valoran como pactos de no agresión constitutivos de una infracción única y continuada de reparto de clientes las restricciones que un operador puede ejercer y/o ejerce sobre las ofertas comerciales a todos sus clientes con el único objeto de limitar la competencia de la que éstos normalmente deberían beneficiarse en ausencia de dichas restricciones.

Asimismo, se incluyen en este apartado las alegaciones realizadas por las partes sobre la acreditación de hechos en cada uno de los cárteles. Todas las empresas han presentado alegaciones individuales consistentes en intentar demostrar la ausencia de pruebas sobre la participación de las mismas en las infracciones aquí analizadas. Por ello, a continuación, se da respuesta individualizada a las alegaciones presentadas. Para el resto de alegaciones, teniendo en cuenta que

muchas de ellas son repetición de las ya presentadas durante la instrucción del procedimiento, en la medida en que esta Sala se muestra conforme con las respuestas ofrecidas por la Dirección de Competencia en su propuesta de resolución, nos remitimos a las mismas para evitar así repeticiones innecesarias. En cuanto a las alegaciones que se refieren a los informes económicos presentados por las empresas MBE y UPS, estas son contestadas igualmente más adelante en el apartado 5.14 siguiente.

Con carácter previo a la valoración de las explicaciones de las partes sobre sus conductas, sí quiere esta Sala manifestar que se encuentra ante la existencia de unas conductas complejas y de difícil detección, toda vez que este tipo de acuerdos se caracterizan, precisamente, por su hermetismo y ocultación al mercado. Por tanto, este tipo de infracciones, si bien deben analizarse atendiendo a los hechos individualmente considerados, su valoración resulta más concluyente tras un análisis global y en conjunto de los hechos³⁶⁴.

En efecto, rara vez pueden detectarse los acuerdos para repartirse el mercado o para fijar precios de forma directa o documental. Lo más habitual es detectar evidencias circunstanciales (coincidencias, indicios) que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba fundada de la existencia de un acuerdo³⁶⁵. Es la visión general del mercado y del comportamiento de los agentes lo que permite a las autoridades de competencia llegar a la convicción de que la única explicación de esos resultados y esos comportamientos es la existencia de un acuerdo. En este tipo de acuerdos, secretos por naturaleza, no es exigible la acreditación de que todos y cada uno de los hechos de la pluralidad de acciones que llevan a cabo los operadores y que forman parte de la estrategia anticompetitiva, constituyan una infracción³⁶⁶, sino que la infracción la constituye precisamente ese conjunto de hechos, con una finalidad muy determinada, incluso si de forma aislada cada uno de ellos pueda reputarse como contrario a las normas de competencia por objeto³⁶⁷.

En todo caso, esta Sala considera que la prueba obtenida por la Dirección de Competencia, a través de los hechos puestos de manifiesto por el solicitante de clemencia y a través de las pruebas recabadas por la citada Dirección en las inspecciones realizadas y durante la instrucción del procedimiento, es suficiente para considerar la existencia de las infracciones aquí sancionadas y para determinar la participación individual de cada empresa en las mismas.

³⁶⁴ Ver la Resolución del Consejo de la CNMC de 21 de noviembre de 2017, en el Expte. S/DC/0562/15 *Cables BT/MT*, FD 5º.

³⁶⁵ Sentencia del TJUE de 7 de enero de 2004, en los asuntos acumulados C-204/00 P y otros, *Aalborg Portland y otros*, c. Comisión de la UE, aptdo. 57.

³⁶⁶ Ver la Sentencia de la AN de 28 de diciembre de 2017, rec. núm. 143/2015, en relación con el expediente S/0429/12, *Residuos*, cuando cita la Sentencia del TJUE de 24 junio de 2015, en los asuntos acumulados, C-293/13 P y C-294/13 P, *Fresh Del Monte Produce c. Comisión*, aptdo. 156, en concreto: « *Según reiterada jurisprudencia, una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, puede resultar no sólo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado, aun cuando uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan también constituir, por sí mismos y aisladamente considerados, una infracción de la citada disposición* ».

³⁶⁷ Sentencia del TJUE de 7 de enero de 2004, en los asuntos acumulados C-204/00 P y otros, *Aalborg Portland y otros*, c. Comisión de la UE, aptdo. 260.

4.4.1. Cártel entre CEX y GLS

Consta en el expediente abundante documentación en relación con las negociaciones al inicio de la relación comercial de estos dos operadores gracias a la información aportada por el solicitante de exención del pago de la multa, GLS.

Así, consta que la relación comercial entre CEX y GLS comenzó a fraguarse en 2004, unos años después de la entrada de GLS en el mercado español que se produjo en el 2000. Al igual que el resto de operadores, dadas las limitaciones de su red en nuestro país, GLS celebró acuerdos con otros operadores para poder prestar servicios en zonas del territorio no cubiertas por su red. Por su parte, GLS ofrecía sus servicios de envío internacional a la otra parte del acuerdo.

En el marco de estas negociaciones iniciales, esta Sala del Consejo considera especialmente ilustrativo la carta de intenciones remitida por CEX a GLS de 22 de septiembre de 2004³⁶⁸ que exponía las bases del acuerdo que interesaba a CEX en el futuro. En este documento CEX proponía no solo un pacto de no competencia sino también un compromiso por parte de GLS para no abrir nuevas sucursales o tiendas en España (*“Non-opening of new GLS facilities in Spain”*). Aunque no consta que este compromiso fuera aceptado por GLS (de hecho, en los siguientes años abrió múltiples tiendas y sucursales en nuestro país), sí resulta acreditada la intención de CEX para con GLS que denota este intento de compromiso: limitar la competencia que otros futuros operadores pudieran ejercer sobre CEX en el futuro.

Los solicitantes de clemencia sitúan el inicio del pacto de no agresión precisamente en aquellas negociaciones que también dieron lugar al acuerdo comercial entre ambas³⁶⁹. Explican que, en virtud del pacto, no ofertaban a ningún cliente potencial si éste lo era de CEX y viceversa y que existía una comunicación constante y fluida entre ambos para verificar si uno u otro eran proveedores de dicho cliente.

Conforme con lo declarado con el solicitante de clemencia, se han acreditado en el expediente múltiples incidentes en los que una u otra parte han hecho valer el pacto de no agresión para evitar las acciones comerciales concretas sobre determinados clientes ajenos a la relación comercial entre ambos. Así, por ejemplo, el incidente comercial en 2006 en relación con el cliente HOYA LENSES³⁷⁰ (cliente que es de CEX en España y de GLS en Portugal, pero sobre el que no consta que CEX o GLS hubiera subcontratado a la otra parte para prestarle servicios de mensajería o paquetería y, sin embargo, GLS opta por no

³⁶⁸ Carta remitida por el Director Comercial de CEX al Director General de GLS el 22 de septiembre de 2004 (folios 27 a 29) aportada por GLS en su solicitud de exención.

³⁶⁹ Información aportada por GLS en su solicitud de exención del pago de la multa (folio 47) y correo electrónico interno de GLS remitido por el Director de GLS a su Director de Ventas de 23 de junio de 2011 (folios 145 y 146) y correo electrónico interno de GLS enviado por el Director de GLS al Jefe de la delegación de Barcelona de 2 de noviembre de 2011 (folio 140), aportados por GLS en su solicitud de exención del pago de la multa.

³⁷⁰ Correo electrónico interno de GLS, con asunto “Re: contacto de ventas para GLS Holanda”, de 24 de abril de 2006 (folios 201 y 202 y traducción folios 7285 y 7286), aportado por GLS en su solicitud de exención del pago de la multa.

intentar captar el negocio de este cliente en España únicamente por ser cliente de CEX en nuestro país); en 2007 con el cliente HEBO³⁷¹ (cliente de CEX en España y de GLS en Europa, pero al que no se deduce del expediente que haya accedido GLS a través de CEX); en 2008, la pregunta de un comercial de GLS sobre si existía o no un “acuerdo de no agresión” para a continuación añadir “*hasta ahora, no he tocado ningún cliente que trabaja con Chrono*”³⁷²; en 2009, el intercambio de información entre GLS y CEX para conocer los clientes de CEX en España y así restringir las ofertas de GLS a éstos³⁷³; en 2010 con cliente BIZERBA³⁷⁴ (cliente de CEX al que GLS le presenta una oferta y CEX solicita que la retire en cumplimiento del pacto, sin que conste o se haya acreditado que sea un cliente de la operación principal); en 2011 con el cliente URBENI³⁷⁵ (respecto al que se plantea una situación similar a la de HEBO); en 2012, con el cliente SUGARLAND³⁷⁶ (en relación con el cual, CEX solicita a GLS que no le presente oferta, pese a tratarse de un cliente ajeno a la relación comercial entre ambos); en 2013, entre muchos otros, SALDUM VENTURE³⁷⁷ (cliente al que CEX realiza una oferta y GLS solicita que la retire, pese a ser un cliente ajeno a la relación comercial entre ambos), Johnson & Johnson³⁷⁸, etc.

En octubre de 2014 GLS presentó ante la Dirección de Competencia de la CNMC su solicitud de clemencia. Desde la presentación de la solicitud hasta la realización de las inspecciones, como advierte la Dirección de Competencia en el párrafo (153) del PCH, dada su condición de solicitante de clemencia, GLS no podía informar a CEX del fin de su participación en el pacto de no agresión ni alertar a sus comerciales con el fin de no comprometer las inspecciones y el presente procedimiento sancionador, en virtud del 52.e) del RDC. Por ello, GLS siguió aplicando durante ese periodo el pacto de no agresión, aunque informó a la Dirección de Competencia de las ocasiones comerciales que había perdido durante 2014 y 2015 en cumplimiento del pacto (apartado 154 del PCH).

³⁷¹ Correo electrónico de 4 de octubre de 2007 del Director de Ventas de GLS a la responsable de Desarrollo Internacional de CEX, aportado por GLS en su solicitud de exención del pago de la multa (folio 326).

³⁷² Correo electrónico interno de GLS de 12 de mayo de 2008, aportado por GLS en su solicitud de exención (folios 163 y 164).

³⁷³ Correo electrónico de 23 de marzo de 2009 del Director de Ventas de GLS a la responsable de Desarrollo Internacional de CEX, aportado por GLS en su solicitud de exención del pago de la multa (folios 168 y 169).

³⁷⁴ Correo electrónico de 7 de julio de 2010 de la responsable de Desarrollo Internacional de CEX al Director y al Director de Ventas de GLS, aportado por GLS en su solicitud de exención (folio 10).

³⁷⁵ Correo electrónico con asunto: “Anulación tarifas nacionales” remitido el 27 de junio de 2011 por un comercial de GLS al cliente URBENI, con copia a representantes de CEX (folios 193 a 195 y 229 a 232) y correo electrónico con asunto: “URBENI” del Jefe de Delegación de Zaragoza de GLS a responsables de CEX el 27 de junio de 2011 (folio 72), aportados por GLS en su solicitud de exención del pago de la multa.

³⁷⁶ Correo electrónico con asunto: “Cliente Sugarland Advance Courier”, remitido el 16 de mayo de 2012 por la Jefa Nacional de Ventas de CEX al Director de Ventas de GLS, con copia al Director de GLS en España y al Director General de CEX, aportado por GLS en su solicitud de exención del pago de la multa (folios 131 a 134) y también recabado en la inspección realizada en la sede de CEX (folios 975 y 976).

³⁷⁷ Correos electrónicos internos de GLS de 20 de mayo de 2013 entre un comercial y el Director de Ventas de GLS, aportados por GLS en su solicitud de exención (folios 7643 a 7647). Ver también los ejemplos recogidos en el correo electrónico interno de GLS remitido el 26 de abril de 2013 por un comercial al Jefe de Delegación de Sevilla de GLS y reenviado al Director de Ventas de GLS el 20 de septiembre de 2013 (folios 7639 a 7642), aportado por GLS en su solicitud de exención del pago de la multa; y para los que CEX no ha acreditado si se trata o no clientes de la relación comercial entre ambos.

³⁷⁸ Correos electrónicos con asunto: “Johnson & Johnson”, remitidos el 1 de agosto de 2013 entre el Director de Ventas de GLS y el Director Comercial y Marketing de CEX (folios 304 a 308), aportados por GLS en su solicitud de exención.

En los distintos incidentes comerciales señalados, se alude al cumplimiento del pacto de no agresión, sin que en ningún momento se haga referencia a que éste estaría limitado a los clientes objeto de la relación comercial. De hecho, todos los ejemplos citados, o bien reflejan incidentes con clientes que claramente son ajenos a la relación comercial o bien no queda claro del texto y, frente a la declaración del clemente, CEX no ha podido acreditar que se tratase de clientes para los que hubiera subcontratado a GLS o para los que GLS habría subcontratado a CEX.

Como consecuencia del pacto de no agresión así configurado, se priva a todos los clientes de una de las partes en el contrato de la oportunidad de recibir una oferta comercial de la otra, por el mero hecho de ser cliente de CEX o de GLS, según el caso, y sin que se haya acreditado una razonabilidad a dicha restricción. Se han explicitado tanto referencias a un pacto de no agresión mutuo, como restricciones a las ofertas que puede realizar GLS a los clientes de CEX (los más numerosos al inicio) como a la inversa (más habituales al final). En todo caso, lo relevante es que ambas compañías eran conscientes de la existencia del pacto recíproco de no agresión y de su voluntad de cumplirlo.

Debe destacarse, en relación con este pacto, que, a la vista de las pruebas recabadas, CEX ha sido especialmente activo en reclamar el cumplimiento del mismo, esto es, en proteger su cartera de clientes que hacen envíos estrictamente nacionales frente a posibles ataques competitivos de GLS; si bien dichos incidentes son escasos al iniciarse el cártel, comienzan a ser frecuentes a partir de un determinado momento. cuando GLS comienza a expandirse en el mercado español y “atacar” a clientes ajenos a la relación de colaboración comercial que mantiene con CEX, lo que genera un incremento evidente de las quejas por parte de CEX para proteger, injustificadamente, su cartera de clientes nacionales.

Con respecto a esta relación, CEX identifica en sus alegaciones a varios clientes que, en su opinión, formarían parte de la relación comercial recíproca lícita que mantienen ambos operadores. En particular, se refiere a Industrial Marin Textin y Berna, Kalliwoda Invest S.L., Soloptical y Saldum Ventures.

En relación con ello, teniendo en cuenta que en la PR no aparecen comunicaciones relativas al cliente Marin Textin y Berna que hayan sido tenidas en cuenta por la Dirección de Competencia en su imputación e incluso si no se tuvieran en cuenta las comunicaciones sobre Soloptical al considerarse un cliente de CEX cuyos envíos internacionales subcontrataba con GLS, existe acreditación suficiente sobre los siguientes hechos, como que se indican a continuación.

Por lo que respecta a las comunicaciones relativas al cliente Kalliwoda Expres, en efecto hay parte de dichas comunicaciones que acreditan que se trata de un cliente internacional de CEX, cuyos envíos debe entenderse que realiza a través de GLS; no obstante, otros intercambios de información relativos a este cliente acreditan las razones por las que GLS participa en este pacto, incluyendo un compromiso “global” de no atacar el mercado nacional de clientes de CEX de forma global e incluyendo, por tanto, a clientes ajenos a su relación comercial,

razón por la que dichas comunicaciones sí acreditan la existencia de un pacto ilícito.

Las comunicaciones relativas al cliente Saldum Ventures³⁷⁹ ponen de manifiesto que se trata de un cliente de MRW al que primero GLS y después CEX, presentaron una oferta, por lo que se trata de un cliente con el que no trabajaba previamente ninguna de las dos empresas del pacto, si bien el Director Comercial de GLS explica a un comercial, que CEX no puede ofertar nacional si GLS lo ha hecho primero, en virtud del pacto de no agresión que tienen suscrito. Por tanto, resulta evidente que se trata de un supuesto que acredita la existencia del pacto entre CEX y GLS para respetar a la totalidad de sus clientes, incluidos los ajenos a su relación comercial; es más, esta comunicación demuestra que el pacto se extendía incluso a clientes potenciales que ni siquiera “perteneían” todavía a la cartera de clientes de ninguno de los dos.

Si bien CEX alega que se trata de un cliente de GLS, cuyas entregas nacionales se le habían subcontratado, no ha aportado prueba que lo acredite, mientras las comunicaciones que obran en el expediente³⁸⁰ ponen de manifiesto que se trataba de un cliente de MRW.

En definitiva, conforme a la valoración expuesta por esta Sala y los hechos plenamente acreditados en el expediente, en consonancia con la Dirección de Competencia se considera probada la existencia de un pacto de no agresión, consistente en un acuerdo de reparto de clientes entre CEX y GLS que habría dado comienzo en septiembre de 2005 y que habría estado vigente para CEX, al menos, hasta la inspección realizada en su sede en noviembre de 2015; y para GLS, al menos hasta la presentación de su solicitud de clemencia en octubre de 2014. Dicho pacto de no agresión sería contrario al artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE y constituiría una infracción única y continuada, constitutiva de cártel, durante el periodo referido.

4.4.2. Cártel entre CEX y REDYSER

El pacto de no agresión imputado a CEX y REDYSER es distinto al resto de cárteles imputados en este expediente en la medida en que no existe, en relación con este pacto, una relación comercial previa que hubiera servido de mecanismo o instrumento para facilitar su conclusión. Existen sin embargo indicios de una serie de contactos cuyos resultados habrían quedado acreditados mediante su plasmación en un documento que obra en el expediente. En concreto, se trata de un documento interno de REDYSER de 15 de abril de 2011 en el que se realiza el seguimiento de los objetivos de la empresa en el primer trimestre de 2011 y donde se recoge explícitamente y de forma irrefutable que se ha anulado la amenaza competitiva de CEX en relación con un cliente (Banco Popular) y que se ha alcanzado un pacto de no agresión con este operador. En concreto, el documento recoge que³⁸¹: “*Se ha contrarrestado la amenaza de Chrono en*

³⁷⁹ Correos electrónicos internos de GLS de 20 de mayo de 2013 entre un comercial y el Director de Ventas de GLS, aportados por GLS en su solicitud de exención (folios 7643 a 7647). Ver también el folio 111.

³⁸⁰ Ver el folio 112.

³⁸¹ Fichero electrónico “SEGUIMIENTO OBJ 11 primer trimestre.docx”, recabado en la inspección de REDYSER (folios 3584 a 3586).

nuestro cliente BPE, y hemos establecido las bases de un acuerdo de no agresividad en nuestras carteras de clientes del sector valija financiera.”

Con posterioridad, durante 2012 y 2013, se han acreditado en el expediente varios contactos entre directivos de REDYSER y de CEX en relación con distintos clientes y licitaciones relacionadas con la prestación de servicios de valijas financieras, fundamentalmente a través de llamadas telefónicas y de WhatsApp (intercambian información en relación con Banco Santander, Banesto, Caja Cívica, Unicaja.)³⁸² y también reuniones (por ejemplo, la de 5 de junio de 2013)³⁸³. En algún momento parece que hay cambios en la Dirección de CEX (en enero de 2013, según información pública disponible) y puede deducirse razonablemente que podría haber cambiado entonces el interlocutor del que se valdría CEX para mantener el pacto de no agresión con REDYSER.

En cualquier caso, mediante correo electrónico de 15 de octubre de 2014, vuelve a reconocerse de forma irrefutable la existencia y vigencia de un pacto de no agresión en relación con los servicios de valija financiera; se trata de un correo en el que el Director General de REDYSER se dirige al nuevo Director General de CEX, al que había conocido hace unos meses, comentando su acuerdo de no agresión, que dice haber respetado y percibir como provechoso³⁸⁴. En concreto:

“(…) nos conocimos físicamente, hace bastantes meses en un encuentro fortuito en una feria en Barcelona. Nos presentó (Director Comercial de CEX) que en aquel momento estaba recién incorporado como vuestro D. Comercial.

En aquel rápido e improvisado encuentro, acordamos mantener un acuerdo de no agresión entre las dos empresas respecto del sector financiero. Acuerdo que ambas partes hemos respetado y que al menos nosotros percibimos como provechoso.

En el referido email solicita celebrar una reunión para verificar la percepción de CEX del acuerdo de no agresión “y en su caso, explorar otras posibilidades”. Se ha acreditado que esa reunión tuvo lugar el 29 de octubre de 2014³⁸⁵, y se aprecia claramente cómo, a partir de entonces, se intensifican los contactos entre ambas empresas en los que hacen valer su pacto de reparto de clientes, en particular, a partir de ese momento, en relación con clientes ajenos a la prestación de servicios de valija financiera. En concreto, ha quedado acreditado en el expediente cómo intercambian información sensible para no competir entre

³⁸² Conversación de WhatsApp de 18 de julio de 2012 entre el Director General y el Director de Grandes Cuentas de REDYSER (folio 4773), recabada en la inspección de REDYSER y Conversaciones de WhatsApp de 20 y 21 de mayo y 4 de junio de 2013 entre el Director General y el Director de Grandes Cuentas de REDYSER (folio 4776), recabadas en la inspección de REDYSER y Conversaciones de WhatsApp de 29 de octubre de 2014 entre el Director General de CEX y el Director General de REDYSER, recabadas en la inspección de REDYSER (folio 4769).

³⁸³ Conversaciones de WhatsApp de 20 y 21 de mayo y 4 de junio de 2013 entre el Director General y el Director de Grandes Cuentas de REDYSER (folio 4776), recabadas en la inspección de REDYSER.

³⁸⁴ Correo electrónico de 15 de octubre de 2014 del Director General de REDYSER al Director General de CEX (folios 3519 y 3520), recabado en la inspección de REDYSER.

³⁸⁵ Correos electrónicos de 18 y 20 de octubre de 2014 entre el Director General de CEX y el Director General de REDYSER (folios 3519 y 3520), recabados en la inspección de REDYSER.

ellas en varias licitaciones convocadas por empresas privadas. Así, por ejemplo, acuerdan presentar ofertas de acompañamiento intencionadamente superiores a la presentada por la otra parte, acuerdan realizar ofertas concertadas o acuerdan no rebajar sus ofertas de un determinado precio. Constituyen ejemplos paradigmáticos de la forma de actuar en este cártel los relativos a las licitaciones de los clientes STATUS CLAY³⁸⁶, AVON³⁸⁷ y el del propio GLS³⁸⁸, todos ellos en 2015, descritos en el apartado relativo a los hechos acreditados y en la propuesta de resolución con profusión.

En definitiva, conforme se ha expuesto, esta Sala considera que ha quedado acreditado un pacto de no agresión entre REDYSER y CEX para repartirse los clientes en relación con los servicios de mensajería y paquetería, alterando las condiciones normales de competencia que deberían regir en los procesos competitivos organizados por los clientes afectados. Se ha constatado cómo se alude por las partes en distintas ocasiones a un “acuerdo de no agresión” y cómo éste ha sido monitorizado e implementado de forma constante por los máximos directivos de ambas entidades mediante conversaciones (telefónicas, de WhatsApp...) y reuniones diversas desde 2011. El engranaje del acuerdo se aprecia especialmente en cuanto que tiene por objeto al mismo solicitante de clemencia, en las conversaciones relativas a GLS y la oferta que habría que presentarle para que permaneciera con CEX.

Como consecuencia del pacto de no agresión así configurado, se priva a los clientes de CEX de la oportunidad de recibir una oferta comercial por parte de REDYSER y a la inversa. En este caso, el pacto de no agresión y el consiguiente reparto de clientes, se aprecia despojado del halo de la colaboración principal que otros operadores del sector sí mantienen, y que no debe llevar a confusión sobre la nocividad intrínseca que estos pactos representan para la competencia en este mercado y para el mercado en sí, como queda de manifiesto en esta conducta en concreto.

En definitiva, conforme a la valoración expuesta por esta Sala y los hechos plenamente acreditados en el expediente, en consonancia con la DC, se considera probada la existencia de un pacto de no agresión, consistente en un acuerdo de reparto de clientes entre CEX y REDYSER que habría dado comienzo en abril de 2011 y que habría estado vigente, al menos, hasta la inspección realizada a CEX en noviembre de 2015. Dicho pacto de no agresión sería contrario al artículo 1 de la LDC y al artículo 101 del TFUE y constituiría una infracción única y continuada, constitutiva de cártel, durante el periodo referido.

³⁸⁶ Correo electrónico interno de REDYSER, con asunto: “Fwd: Status Clay”, remitido el 9 de noviembre de 2015 por el Director General al Director de Grandes Cuentas de REDYSER (folios 3576 y 3577), recabado en la inspección de REDYSER.

³⁸⁷ Correos electrónicos internos de CEX, con asunto: “Concurso S.G.E.L. Tender”, de 6 de mayo de 2015 (folios 2479 y 2480), recabados en la inspección de CEX. Y Correos de REDYSER Correos electrónicos internos de REDYSER, con asunto: “Re: TENDER DE CELERITAS (SGEL LIBROS)”, de 1 y 2 de julio de 2015 (folios 4752 y 4753), recabados en la inspección de REDYSER.

³⁸⁸ Correo electrónico interno de CEX, con asunto: “RV: Datos Tender GLS Spain domestico” remitido el 11 de mayo de 2015 por el Director Comercial de CEX al Director General y a otros directivos de CEX (folios 1248 a 1250), recabado en la inspección realizada en la sede de CEX.

En relación con las pruebas utilizadas por la DC para la acreditación de este cártel, alega CEX que las mismas no permiten acreditar la existencia de un pacto global con Redyser, pues la prueba indiciaria empleada por la DC contiene apreciaciones erróneas. Sin embargo, a juicio de esta Sala, las pruebas empleadas por el órgano de instrucción para acreditar la existencia de este pacto son irrefutables. Específicamente el documento interno de Redyser titulado “seguimiento de objetivos 2011”, citado anteriormente, contiene una referencia absolutamente indubitada sobre la existencia de este pacto : *“se ha contrarrestado la amenaza de Chrono en nuestro cliente BPE, y hemos establecido las bases de un acuerdo de no agresividad en nuestras carteras de clientes del sector valija financiera”*³⁸⁹. A la vista de este correo, debe rechazarse de plano la afirmación de que se haya hecho una interpretación errónea de este pacto por parte de la DC, sin que puedan aceptarse las alegaciones de las partes reinterpretando el documento.

En todo caso, resulta llamativo que CEX en sus alegaciones no haya aludido en ningún momento a un intento de colaboración entre ambos operadores para compartir sus redes, al que Redyser se refiere en sus alegaciones. Por tanto, más allá del rechazo de esta alegación que hace la DC sobre la base de que efectivamente no se haya probado la existencia de ese acuerdo de colaboración, este Consejo considera, por todos los motivos expuestos, que el escrito de Redyser de abril de 2011 acredita la existencia de acuerdo mutuo de no agresión de clientes entre CEX y Redyser en el sector de las valijas financieras.

Con posterioridad a ello, en 2012 y 2013, la DC ha acreditado la aplicación y el seguimiento del pacto sobre la base de diversas pruebas que evidencian contactos entre CEX y Redyser, en relación con diversas empresas, entidades financieras, que realizaban adjudicaciones de sus servicios de valija financiera³⁹⁰.

Aunque Redyser reitera en sus alegaciones que dichos contactos tenían como único objetivo conocer los movimientos del mercado y tanto Redyser como CEX señalan que, en determinados supuestos, las conversaciones se refieren a concursos de entidades financieras a los que Redyser ni siquiera fue invitada a participar; sin embargo, y sin perjuicio de los argumentos esgrimidos por la DC sobre este extremo, lo cierto es que, reconocida por Redyser la existencia de un pacto con CEX sobre el negocio de valijas financieras, de acuerdo con el documento mencionado en el párrafo anterior, esta Sala considera que no puede realizarse una explicación de tales conversaciones ajena a la realidad acreditada, es decir, obviando el reconocimiento de la existencia de tal pacto en 2011, y obviando también que, con posterioridad, en octubre de 2014, Redyser deja constancia indubitada, de nuevo, de haber acordado con CEX un pacto de no agresión³⁹¹.

³⁸⁹ Folios 3584 a 3586.

³⁹⁰ Folios 4773, 4776.

³⁹¹ Folios 3519 y 3520.

Finalmente alega CEX que, en cualquier caso, la hipotética conducta nunca fue más allá de los servicios de valija financiera a pesar de que la DC trata de ampliar el acuerdo a todos los servicios de mensajería y paquetería empresarial, sobre la base de lo ocurrido con Avon, SGEL y GLS, que constituyen casos aislados. Redyser, por su parte, niega además la existencia de una prueba que acredite la extensión de la conducta más allá de las valijas financieras y rebate que las conversaciones relativas a Cristian Clay y a Laussan, aparte de los clientes ya mencionados, prueben la aplicación de ese pacto.

En este sentido resulta necesario recordar, en primer lugar, que el pacto entre CEX y Redyser imputado por la DC afecta al mercado español de mensajería y paquetería empresarial, no al de valijas financieras, por lo que no se trata de extender ni ampliar el acuerdo, pues el mercado afectado es invariablemente el mismo. Cuestión distinta es que se pueda especificar, en cuanto a la descripción de las conductas y en función de las peculiaridades de los distintos clientes que aparecen en este mercado, que el acuerdo entre CEX y Redyser abarcaba tanto a entidades privadas, financieras y no financieras, que elegían a sus prestadores de servicios de paquetería mediante licitaciones, como a otros clientes que, al igual que los clientes objeto del resto de pactos analizados, no hacen uso de licitaciones sino que eligen directamente a su prestador de servicios de paquetería.

Por último, con respecto a GLS, debe rechazarse de plano la explicación dada por CEX sobre la ausencia de acreditación del pacto o de un acuerdo de voluntades de ambas empresas, pues todas las comunicaciones que se han utilizado como pruebas de cargo por parte de la DC en la PR evidencian sin ningún tipo de duda que desde el momento en que CEX y sus directivos tuvieron noticia a través de Redyser de que GLS, cliente de CEX, pedía precios a un competidor, Redyser, para sus envíos nacionales, colaboraron activamente en preparar y enviar a Redyser una oferta de precios al alza para GLS, con el único objetivo de que GLS mantuviese su relación comercial con CEX.

4.4.3. Cártel entre CEX y FEDEX

La Sala de este Consejo considera que si bien la Dirección de Competencia habría podido acreditar la existencia de un pacto de no agresión constitutivo de cártel entre estas dos imputadas, el período de tiempo transcurrido desde el correo electrónico interno de CEX de 10 de mayo de 2011³⁹² y la única documentación subsistente referida a este cártel (un correo electrónico de 1 de marzo de 2016, determinaría la prescripción de la conducta y, en ese caso, la inexistencia de prueba suficientemente sólida para acreditar un cártel entre estas dos empresas.

4.4.4. Cártel entre MBE y UPS

³⁹² Recabado en la inspección realizada en la sede de CEX (folios 915 y 916).

De acuerdo con la Propuesta de Resolución, UPS era de manera muy destacada, el principal proveedor de servicios tras la venta del negocio internacional de MBE por el grupo UPS en mayo de 2009. Las relaciones comerciales entre ambos se regían por un Acuerdo de febrero de 2000³⁹³, firmado cuando todavía eran parte del mismo grupo, que siguió vigente pese a la venta por UPS del negocio internacional de MBE en 2009³⁹⁴. El siguiente acuerdo no se firmaría hasta abril de 2015³⁹⁵.

El cártel entre MBE y UPS es paradigmático de las restricciones que se producen en este mercado. Aunque antes de mayo de 2009 formaran parte del mismo grupo empresarial, se extrae de los correos electrónicos recabados en el expediente que, aunque funcionaban como estrechos colaboradores, competían por determinados clientes y tenían conflictos por ellos. Las restricciones detectadas serían plenamente representativas de pactos de no agresión restrictivos por objeto de la competencia. No obstante, al formar parte del mismo grupo, no concurre el requisito de aplicación del artículo 1 de la LDC ni el 101 del TFUE que exige la concurrencia de al menos dos empresas independientes. Desde el momento en que comenzaron su andadura como empresas independientes, una vez que la matriz de UPS vendió el negocio internacional de MBE a otro grupo, los artículos citados resultan plenamente aplicables, y así lo advirtió la Dirección de Competencia en el párrafo 402 de la Propuesta de Resolución.

El primer incidente comercial entre estas dos entidades tras su separación y el pleno sometimiento de sus relaciones comerciales a la normativa de defensa de la competencia es de septiembre de 2009. Tal y como se ha recogido en los hechos acreditados³⁹⁶, entonces se enviaba internamente en la red de MBE un correo electrónico donde se compelió a los franquiciados a restringir su capacidad comercial en relación con los clientes de UPS. Se hacía entonces una mención expresa a *“la regla de oro no escrita”* consistente en que, ante un cliente de UPS, el franquiciado de MBE debía despedirse *“agradeciendo su atención al cliente potencial”* y añadiendo que *“a la inversa, lo exigimos absolutamente igual”*. De hecho, la solución que se esboza para el supuesto de que el cliente insista en obtener una cotización es la de *“presentar una tarifa cara tras consultarlo con el comercial de UPS (idem si ocurriese lo mismo con otro centro de MBE)”*. Igualmente, en las instrucciones a los franquiciados se incluyen también indicaciones específicas que deben tener en cuenta antes de realizar una oferta comercial, como es *“averiguar el actual proveedor de servicio de transporte del cliente como forma de evitar posibles interferencias y problemáticas futuras”*³⁹⁷ o como que *“el respeto comercial entre centros MBE y Partner se considera un punto básico y fundamental del código ético”*³⁹⁸. En

³⁹³ Acuerdo incluido en el documento “Módulo de Adhesión UPS”, recabado en la inspección de MBE (folios 560 a 583, confidenciales excepto para MBE y UPS).

³⁹⁴ Ver apartado 402 de la Propuesta de Resolución.

³⁹⁵ Ver apartados 99 y 187 del PCH y 76 de la PR

³⁹⁶ Correo electrónico interno de MBE remitido el 28 de septiembre de 2009 (folios 3703 a 3706).

³⁹⁷ Fichero denominado “Código ético”, recabado en la inspección realizada en la sede de MBE (folios 4415 y 4417).

³⁹⁸ Ibid.

ninguno de los casos, se hace matización alguna sobre si respeto comercial o pacto de no agresión abarca solo a los clientes de MBE operados o no por TNT.

En sentido inverso, dado que MBE no presta servicios de courier, las alusiones a una respeto mutuo de clientes implica que la restricción operaba para todos los clientes de UPS que, dicho sea de paso, no tienen relación alguna con MBE, ni siquiera como subcontratista de los servicios de MBE, dado que éste no presta servicios de courier. Esto es, como consecuencia del referido pacto, se priva a todos los clientes de UPS de la oportunidad de recibir una oferta comercial (o una oferta comercial competitiva de MBE) por el mero hecho de ser cliente de UPS. Igualmente, los clientes de MBE no podrían recibir ninguna oferta de UPS, y ello pese a que el cliente no conozca los servicios de UPS y quiera conocerlos. Esto es, los clientes de MBE para los que éste subcontrate a otro courier distinto de UPS, no podrían en virtud del pacto de no agresión recibir ofertas de UPS por el mero hecho de ser clientes de MBE. Quedan así excluidos de una opción comercial potencialmente competitivo sin que exista ninguna justificación para ello distinta de la protección absoluta de la cartera de clientes de MBE para con sus proveedores (en este caso UPS), con independencia de quién de ellos realice el servicio.

En el expediente se pueden apreciar varias comunicaciones donde se hace alusión a este pacto recíproco de no agresión³⁹⁹, que se esgrime tanto por UPS como por los franquiciados de MBE. Son alusiones al pacto realizadas en el marco de incidentes comerciales. Si bien en algunos casos de clientes relacionados con la relación comercial⁴⁰⁰, en otros se trata de quejas exigiendo el cumplimiento del pacto de no agresión⁴⁰¹ en relación con todos los clientes. Lo relevante en cualquier caso es que ambas compañías eran conscientes de la existencia del pacto recíproco de no agresión y de su voluntad de cumplirlo.

Por otro lado, constan en el expediente varias pruebas que acreditan el cumplimiento sistemático del pacto de no agresión desde esa primera alusión al pacto recíproco entre ambos en septiembre de 2009, ya como entidades independientes (en contraposición a entidades pertenecientes al mismo grupo). Por ejemplo, en el documento “UPS-MBE Spain meeting”⁴⁰² de noviembre de 2010, se detallan los clientes de UPS a los que habría intentado captar MBE y para los que UPS habría exigido su retirada; las comunicaciones en junio de

³⁹⁹ Correo electrónico interno de MBE remitido el 28 de septiembre de 2009 (folios 3703 a 3706 y 3707).

⁴⁰⁰ Ver por ejemplo el incidente comercial descrito en el folio 3707. Aunque el incidente describe un intento comercial de UPS sobre un cliente de MBE para el que MBE había subcontratado el servicio de Courier con UPS, en su respuesta la comercial de MBE claramente admite que “*tenía entendido que no nos tocábamos los clientes*”. Ver también los incidentes recogidos en los folios 3799 a 3802, el del folio 3973.

⁴⁰¹ Correos electrónicos de 9 y 10 de diciembre de 2009 entre MBE y UPS (folio 3711), en el que, tras apercebir que UPS había realizado oferta a un cliente de MBE, una comercial de ésta afirma “*Ya sabes que existe un acuerdo tácito de respeto de clientes entre los centros MBE y UPS y que hasta la fecha ha sido respetado por ambos lados, al menos en cuanto a la franquicia de Mail Boxes Manresa se refiere. Por este motivo quisiera que me facilitaras tu versión al respecto con el fin de no entrar en conflictos absurdos, ni presentes, ni futuros*”. En este caso, ni MBE ni UPS han acreditado que el cliente en cuestión, MASATS, lo fuera de la relación comercial entre ambos. En todo caso, la relevancia de este hecho acreditado reside en la mención de un pacto de no agresión recíproco entre ambos no limitado a una categoría específica de clientes, como por ejemplo los de la relación comercial entre ambos.

⁴⁰² Documento “UPS-MBE Spain meeting” recabado en la inspección de MBE (folios 604 a 611”).

2010 en relación con el cliente de UPS HITEX⁴⁰³ cuando MBE habría restringido ofertas a una empresa del grupo por ser cliente de UPS; los correos en relación con el cliente FONDO DE CULTURA⁴⁰⁴ de diciembre de 2010, al que MBE retira su oferta comercial tras comprobar que era un cliente de UPS; el conflicto en relación con el cliente de MBE EXIDE y RED LOGÍSTICA en enero de 2011⁴⁰⁵ para el que ni MBE ni UPS han acreditado que se tratase de un cliente de la relación comercial; el fichero electrónico en relación con una reunión entre directivos de MBE y de UPS en junio de 2011, donde se intentó extender el respeto de clientes a otros revendedores de UPS⁴⁰⁶; las actas en relación con una reunión celebrada en febrero de 2012 sobre la inconveniencia de compartir clientes⁴⁰⁷; los incidentes relativos a varios clientes de UPS durante 2013 recogidos en un documento Excel⁴⁰⁸; el incidente en febrero de 2014 en relación con el cliente de UPS NADSA⁴⁰⁹ y del que se tuvo que retirar MBE tras la queja de UPS; y, tras la firma del nuevo acuerdo de colaboración entre ambas empresas de abril de 2015, los incidentes de mayo y junio de 2015 en relación con los clientes PANDA CLEVER⁴¹⁰ y POYATOS EXPORT⁴¹¹ donde se vuelve a hacer referencia a la existencia de un pacto de no agresión bilateral entre ambos y ello a pesar de que se trataba de supuestos de ventas pasivas, con un perjuicio claro para el cliente.

Tanto MBE como UPS alegan indefensión por la imposibilidad de conocer el criterio con el que la Dirección de Competencia les ha imputado los hechos que acreditan el pacto de no agresión. En contra de estas alegaciones, la Sala de considera que la Dirección de Competencia ha explicado claramente, primero en su PCH (apartados 99 a 105 de forma genérica, apartados 106 a 378 para cada

⁴⁰³ Correo electrónico de 20 de julio de 2010 del Jefe de Apoyo a Franquicia de MBE al Director de Ventas Red y Operaciones de MBE, (folios 3773 a 3775) (en el que se afirma, tras resumir los conflictos por intromisiones de UPS en clientes de franquiciados que «El franquiciado nos solicita que os recalquemos que nunca UPS ha podido quejarse de su actuación comercial en la zona y obviamente espera lo mismo como franquiciado MBE y dentro del respeto que nos debemos »); correo electrónico de 26 de julio de 2010 de la Directora Comercial de UPS al Director de Ventas Red y Operaciones de MBE, incluyendo en copia, entre otros, a los Directores Generales de MBE y UPS (folios 3776 a 3781) ; correo electrónico enviado el 26 de agosto de 2010 por el Jefe de Apoyo a Franquicia de MBE al el Jefe de Ventas de la Zona de Levante de UPS (folios 3784 y 3785), recabado en la inspección realizada en la sede de MBE ; y correo electrónico de 15 de septiembre de 2010 de UPS al Jefe de Apoyo a Franquicia de MBE (folios 3788 a 3791), recabado en la inspección de MBE.

⁴⁰⁴ Correo electrónico enviado el 10 de diciembre de 2010 por el Director de Ventas Red y Operaciones de MBE al Director de Marketing de UPS, con copia a los Directores Generales de MBE y UPS (folios 607 y 608), recabado en la inspección realizada en la sede de MBE.

⁴⁰⁵ Correo electrónico con asunto: "RV: EXIDE - RED LOGÍSTICA" enviado el 26 de enero de 2011 por el franquiciado de área centro de MBE al Director General, al Director de Ventas Red y Operaciones y al Jefe de Apoyo a Franquicia de MBE (folios 3799 a 3802), recabado en la inspección de MBE.

⁴⁰⁶ Fichero electrónico "REUNIÓN 10 JUNIO11.doc" recabado en la inspección de MBE (folios 4433 y 4434).

⁴⁰⁷ Fichero electrónico denominado "REUNIÓN 10FEB12.doc" (folios 4435 a 4437) recabado en la inspección de MBE, adjunto además al correo electrónico, con asunto: "REUNIÓN 10FEB12" enviado el 8 de febrero de 2012 por el Director de Ventas Red y Operaciones de MBE al Director de Marketing de UPS (folios 6523 a 6527), aportado por MBE en contestación al requerimiento de información realizado.

⁴⁰⁸ Fichero electrónico "Informe conflictos comerciales UPS Levante 5MAR13", recabado en la inspección de MBE (folio 4481).

⁴⁰⁹ Correo electrónico con asunto: "CLIENTE DE UPS OFERTADO POR MBE", remitido el 4 de febrero de 2014 por el Jefe de Apoyo a Franquicia de MBE al Jefe de Ventas de la Zona de UPS, en copia la Directora Comercial de UPS y el Director de Ventas Red y Operaciones de MBE (folios 4035 a 4050), recabado en la inspección de MBE.

⁴¹⁰ Correo electrónico con asunto: "RE: Cliente Panda Clever Tarragona", remitido el 26 de mayo de 2015 por MBE a UPS, en copia el Director de Ventas Red y Operaciones de MBE (folios 4233 y 4234), recabado en la inspección de MBE.

⁴¹¹ Correo electrónico remitido el 2 de junio de 2015 por UPS al Director de Ventas Red y Operaciones de MBE (folios 4245 a 4248) recabado en la inspección de MBE.

uno de los pactos, y apartados 397 a 398 en los que se establecen los criterios para la calificación de las conductas y la imposibilidad de considerar como restricciones accesorias y los pactos de no agresión) y luego en la Propuesta de Resolución el criterio aplicado. Así, por ejemplo, en el párrafo 352 de la PR, la Dirección de Competencia explica que un pacto de verbal de no agresión en el que ambas empresas se abstienen de prestar servicios a clientes de la contraparte, que se aplica respecto de todos los clientes, incluyendo también aquéllos que quedan fuera de la relación de prestación de servicios, no puede ser considerado una cláusula accesoria de protección de clientes, pues no ha sido acreditado por ninguna de las empresas imputadas el carácter objetivamente necesario de la restricción para la realización de la principal operación no restrictiva. Y añade:

“El hecho de que no se haya demostrado la objetiva necesidad de la restricción para la realización de una operación principal hace que ni siquiera sea necesario realizar un juicio de proporcionalidad de las conductas pues sólo una vez comprobada la citada necesidad de una restricción, ha de comprobarse si su duración y su ámbito de aplicación material y geográfico no exceden de lo que sería necesario para la realización de dicha operación. Por otra parte dicho análisis sería imposible pues al no constar por escrito estos pactos, no consta ni su duración ni su ámbito de aplicación material y geográfico, y son los hechos considerados acreditados por esta Dirección en el PCH, teniendo en cuenta especialmente la información aportada por el solicitante de clemencia y la recabada en las inspecciones, los que han llevado a esta dirección a la convicción de que éstos se alcanzaban sin determinar previamente un límite temporal y tampoco una delimitación material o geográfica, pues los citados pactos de no agresión, como se ha reiterado, además de recíprocos eran absolutos, comprendiendo todos los clientes de la otra parte.”

De hecho, en su escrito de alegaciones a la PR, ni MBE ni UPS cuestionan o alegan nada en relación con los incidentes comerciales concretos entre ellas, excepto en relación con aquellos sucedidos durante el periodo en el que UPS y MBE formaban parte del mismo grupo, y por los que ya la PR les excluyó de responsabilidad por este motivo. Incluso, MBE, sin cuestionar los términos literales de los correos electrónicos citados en el PCH y en la PR, señala que es consciente del lenguaje “desafortunado” empleado aunque discrepa, en general, de su consideración como ilícitos⁴¹². Por su parte, UPS, tan solo alude a que el ejercicio de delimitar lo que constituye una manifestación de la restricción accesoria o del pacto de no agresión constituiría una “prueba diabólica”, al tiempo que cuestiona, en general, la calificación jurídica.

Pues bien, esta Sala considera que tanto MBE como UPS han podido aportar las pruebas pertinentes para acreditar que MBE había revendido los servicios de paquetería de UPS en los incidentes señalados por la Dirección de Competencia para demostrar que el cliente en cuestión pertenecía o no a la relación comercial,

⁴¹² Escrito de alegaciones al PCH presentado por MBE el 9 de junio de 2017 (folio 10629).

sobre todo en aquellos casos donde las imputadas consideren que existen dudas. De hecho, muchas de las otras empresas imputadas en los restantes cárteles han realizado este esfuerzo probatorio. La Dirección de Competencia también ha realizado este análisis caso por caso mediante una exhaustiva investigación, contrastando las pruebas y alegaciones de distinta procedencia para concretar la responsabilidad individual de cada una de estas empresas, especificando los hechos acreditados que se le imputan a cada una de ellas.

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

En definitiva, conforme a la valoración expuesta por esta Sala y los hechos plenamente acreditados en el expediente, en consonancia con la Dirección de Competencia, se considera probada la existencia de un pacto de no agresión, consistente en un acuerdo de reparto de clientes entre MBE y UPS que habría estado vigente desde septiembre de 2009 y, al menos, hasta la inspección realizada en la sede de MBE en abril de 2016. Dicho pacto de no agresión sería

⁴¹³ Sentencia del TS de 27 de octubre de 2015, rec. núm. 1667/2013, dictada en el ámbito del Expte. S/0185/09 Bombas de Fluidos.

contrario al artículo 1 de la LDC y al artículo 101 del TFUE y constituiría una infracción única y continuada, constitutiva de cártel, durante el periodo referido.

4.4.5. Cártel entre MBE y TNT

La relación comercial entre MBE y TNT comenzó según queda acreditado en el expediente al menos antes de febrero de 2008⁴¹⁴. Debido a la especial relación que unía por esas fechas a MBE y TNT, posiblemente al inicio las relaciones comerciales entre ambos no serían especialmente intensas. De hecho, el primer Acuerdo Comercial entre ambos se formaliza en enero de 2015⁴¹⁵.

No obstante, bien al comienzo de la relación comercial, existen varias referencias en el expediente a un pacto recíproco de no agresión o a un respeto mutuo de clientes⁴¹⁶, así como un documento interno de MBE donde ésta detalla cual debía ser el protocolo de actuación de ambas partes ante un determinado incidente comercial, en cumplimiento del pacto de no agresión⁴¹⁷. Igualmente, en las instrucciones a los franquiciados se incluyen también indicaciones específicas que deben tener en cuenta antes de realizar una oferta comercial, como es *“averiguar el actual proveedor de servicio de transporte del cliente como forma de evitar posibles interferencias y problemáticas futuras”*⁴¹⁸ o como que *“el respeto comercial entre centros MBE y Partner se considera un punto básico y fundamental del código ético”*⁴¹⁹. En ninguno de los casos, se hace matización alguna sobre si el respeto comercial o pacto de no agresión abarca solo a los clientes de MBE operados o no por TNT.

En sentido inverso, dado que MBE no presta servicios de courier, las alusiones a una respeto mutuo de clientes implica que la restricción operaba para todos los clientes de TNT que, además, no tienen relación alguna con MBE, ni siquiera como subcontratista de los servicios de MBE, dado que éste no presta servicios de courier. Al igual que en el caso anterior, como consecuencia del referido pacto, se priva a todos los clientes de TNT de la oportunidad de recibir una oferta comercial (o una oferta comercial competitiva de MBE) por el mero hecho de ser cliente de TNT. Igualmente, los clientes de MBE no podrían recibir ninguna oferta de TNT, y ello pese a que el cliente no conozca los servicios de TNT y quiera conocerlos.

⁴¹⁴ Fichero denominado “Circular624-Ind 1.doc”, recabado en la inspección realizada en la sede de MBE (folios 4418 y 4419).

⁴¹⁵ Acuerdos recabados en la inspección de MBE (folios 612 a 621, confidenciales salvo para MBE y TNT)) y aportados por TNT (folios 2518 a 2528, confidenciales salvo para MBE y TNT).

⁴¹⁶ Ver, por ejemplo, Correos electrónicos con asunto: “Re: RV: TNT” remitidos el 4 de mayo de 2010 entre MBE y el Gerente Nacional de Ventas de TNT, en copia el Director de Red y Operaciones de MBE (folios 3721 a 3723), recabados en la inspección de TNT; los Correos electrónicos internos de TNT, con asunto: “TNT Coruña -- cliente “Don Silencioso”” de 2 y 3 de agosto de 2011 y entre el Jefe de Apoyo a Franquicia de MBE y la Jefe .de Ventas de TNT, en copia el Director de Red y Operaciones de MBE (folios 3964 a 3968), recabados en la inspección de MBE.

⁴¹⁷ Documento denominado “01.02 “Tabla libreta 2013-2014” (folios 551 a 558), recabado en la inspección de MBE, contiene fichas de proceso en las que se trata, entre otras cuestiones, la “gestión de conflictos comerciales”, refiriéndose específicamente a TNT en su apartado D.

⁴¹⁸ Fichero denominado “Código ético”, recabado en la inspección realizada en la sede de MBE (folios 4415 y 4417).

⁴¹⁹ Ibid.

Las situaciones acreditativas del pacto de no agresión son múltiples. Ya en febrero de 2008 surgió un conflicto por los clientes de TNT VENTURMODA y IAN MOSH⁴²⁰ a los que habría ofertado MBE y se le exigió la retirada y por el cliente de MBE URTASUN TECNOLOGÍA ALIMENTARIA (que operaba a través de UPS)⁴²¹. En 2009 constan en el expediente referencias a una “prueba piloto” que se habría realizado el año anterior en Girona⁴²² y que incluía un respeto comercial entre MBE y TNT, así como manifestaciones de franquiciados de MBE que no estaban de acuerdo con el pacto firmado con TNT porque les impediría crecer comercialmente⁴²³. También en 2009, se constatan conflictos entre MBE y UPS por incursiones comerciales de MBE en clientes de TNT (NAMANA IMPEX⁴²⁴, VIDEART⁴²⁵). En 2010, otros ejemplos que acreditan el pacto de no agresión son TRITURADOS ROMERAL⁴²⁶ (caso en el que de nuevo UPS se queja por una acción comercial de MBE sobre un cliente suyo y le recuerda la existencia del acuerdo pidiendo su respeto) y la reunión de Novelda⁴²⁷, donde expresamente se recoge que TNT habría acordado ofertar a ningún cliente de MBE (y no solo los de la relación comercial). Por su parte, en 2011, también se acreditan otros incidentes donde se reclama el cumplimiento del pacto (asunto REPUESTOS NAVALES⁴²⁸, IBERICAS DE AUTOMOCIÓN⁴²⁹, GOIZPER⁴³⁰, etc. de nuevo son incidentes en relación con clientes de TNT al que éste exige respetar). En 2013, se ha acreditado otro incidente relativo al pacto de no agresión en relación con el cliente TNT, TERRATS MEDICAL⁴³¹ y en 2014 en relación con los clientes de TNT, PRO HISPANO HOLANDES⁴³², IMPEXTROM⁴³³ y VILAFRANCA⁴³⁴. Por último, también se acredita otro

⁴²⁰ Correos electrónicos internos de TNT con asunto: “Re: Fw: Mailboxes” de 6 y 7 de febrero de 2008, reenviados por TNT a MBE el 7 de febrero de 2008 (folios 3659 a 3661).

⁴²¹ Correo electrónico interno de MBE remitido el 25 de febrero de 2009 (folios 3676 y 3677).

⁴²² Correos electrónicos internos, remitidos el 24 de julio de 2009 (folios 3686 a 3690).

⁴²³ Documento “Encuesta TNT” adjunto al correo electrónico interno de MBE de 12 de junio de 2009 (folios 3680 y 3681). Ver también los folios 3682, 3685 y 3698 que contienen manifestaciones y quejas de los franquiciados de MBE en relación con el pacto de TNT por las restricciones comerciales que les acarrearán.

⁴²⁴ Correos electrónicos internos remitidos el 24 de julio de 2009 (folios 3686 a 3690).

⁴²⁵ Correos electrónicos de 22 y 23 de septiembre de 2009 entre MBE y TNT (folios 3700 a 3702)

⁴²⁶ Correos electrónicos internos de 26 de abril de 2010 (folios 3714 a 3720).

⁴²⁷ Correo electrónico interno de MBE de 7 de mayo de 2010 y reenviado el mismo día al Director de Red y Operaciones de MBE (folio 3747).

⁴²⁸ Correo electrónico de 17 de marzo de 2011 entre MBE y TNT (folios 3859 a 3861).

⁴²⁹ Correo electrónico de 7 de junio de 2011 (folio 3918).

⁴³⁰ Correo electrónico de 7 de junio de 2011 por TNT a MBE (folios 3920 y 3921). Ver también los correos electrónicos de 8 y el 9 de junio de 2011 entre MBE y TNT (folios 3939 a 3942).

⁴³¹ Correo electrónico enviado el 28 de noviembre de 2013 por TNT a MBE (folios 4000 a 4002), reenviado el 9 de diciembre de 2013 y el 8 de enero de 2014 (folios 3999 y 4000).

⁴³² Correo electrónico de TNT a MBE de 17 de octubre de 2014 (folios 4114 a 4116) ; correo interno de MBE de 28 de octubre de 2014 (folios 4109 y 4110); correo electrónico de 13 de noviembre de 2014 enviado por TNT a MBE (folios 4152 a 4155); correos electrónicos internos de MBE de 17, 20 y 21 de noviembre de 2014 (folios 4145 a 4150) y remitidos el 21 de noviembre de 2014 por MBE a TNT (folios 4151 a 4155); y correos electrónicos remitidos el 17 y 19 de noviembre de 2014 entre MBE y TNT (folios 4127 a 4130 y 4137 a 4144).

⁴³³ Correo electrónico enviado el 9 de enero de 2014 entre TNT y MBE (folios 4483 a 4485).

⁴³⁴ Así, por ejemplo, correos electrónicos remitidos el 13 de noviembre de 2014 por TNT a MBE (folios 4152 a 4155).

incidente en cumplimiento del pacto en relación con un cliente de TNT en 2015, APLICACIONES DEL ALUMINIO⁴³⁵.

La menor constatación de incidentes durante 2012 y 2013 no es probable que se deba a una debilitación del pacto de no agresión, sino más bien al contrario. Es plausible que, durante dicho periodo, la implantación del respeto comercial mutuo estuviera bien asentado entre las empresas y franquiciados de ambas imputadas, de forma que el respeto automático de los clientes de ambos derivase en menor constancia documental. En todo caso, durante esa época se recoge el documento relativo al diseño de protocolo de actuación de MBE con los clientes de sus proveedores (que implica una retirada del cliente si constata que ya trabaja con un proveedor)⁴³⁶ y algunos correos electrónicos internos también de MBE haciendo referencias generales al pacto de no agresión⁴³⁷. Por el mismo motivo, es plausible explicar la escasez de incidentes por incursiones comerciales de TNT sobre clientes de MBE precisamente por un mayor respeto por parte de TNT del pacto, en contraposición a los franquiciados de MBE. En los incidentes señalados, los comerciales de TNT aluden a su observancia del pacto para exigir la de MBE con normalidad. Lo relevante en cualquier caso es que ambas compañías eran conscientes de la existencia del pacto recíproco de no agresión y de su voluntad de cumplirlo.

Como en el cártel anterior, tanto MBE como TNT alegan indefensión por la imposibilidad de conocer el criterio con el que la Dirección de Competencia les ha imputado los hechos que acreditan el pacto de no agresión. En contra de estas alegaciones, la Sala considera que la Dirección de Competencia ha explicado claramente, primero en su PCH (apartados 99 a 105 de forma genérica, apartados 106 a 378 para cada uno de los pactos, y apartados 397 a 398 en los que se establecen los criterios para la calificación de las conductas y la imposibilidad de considerar como restricciones accesorias a los pactos de no agresión) y luego en la PR sí, por ejemplo, como ya se ha señalado, en el apartado (352) de la PR, anteriormente citado.

En su escrito de alegaciones a la PR ambas empresas (y muy significativamente TNT) han aportado documentación encaminada a demostrar que la Dirección de Competencia habría errado en su análisis de los hechos, confundiendo algunas manifestaciones de lo que sería una restricción accesorias, con manifestaciones del pacto de no agresión, con lo que demuestra conocer perfectamente el criterio empleado por la Dirección de Competencia sobre este extremo (ver significativamente el apartado 123 del escrito de alegaciones de TNT a la PR). De forma diligente, TNT ha recurrido a su contabilidad y documentación empresarial para acreditar (ahí donde podía) que el cliente sobre el que se planteó un determinado incidente era realmente un cliente comprendido dentro de la relación de colaboración comercial entre ambos. Así ha sucedido, por

⁴³⁵ Correos electrónicos remitidos el 25 de marzo de 2015 por MBE a TNT (folios 4210 a 4215 y 4216 a 4220).

⁴³⁶ Documento denominado "01.02 "Tabla libreta 2013-2014" (folios 551 a 558) contiene fichas de proceso en las que se trata, entre otras cuestiones, la "gestión de conflictos comerciales", refiriéndose específicamente a TNT en su *apartado D*.

⁴³⁷ Correos electrónicos internos de MBE de 24 y el 25 de septiembre de 2013 (folios 3997 y 3998) y correo electrónico de 25 de septiembre de 2013 (folio 3997).

ejemplo, en relación con el conflicto incluido por la Dirección de Competencia como manifestación del pacto de no agresión sobre el cliente YAMAGUCHI en 2009⁴³⁸, con el cliente URTASUN en 2009⁴³⁹, con el cliente BIOTHECARE ESTETIKA y BARBARA FIORE en 2014⁴⁴⁰, con el cliente PLÁSTICOS HITTA en 2015⁴⁴¹ y con la situación referida en relación con unos clientes de la zona de BILBAO y SAN SEBASTIAN en 2010⁴⁴². En estos casos, se ha logrado acreditar que el cliente en cuestión estaba comprendido dentro de la relación de colaboración entre MBE y TNT.

No obstante, y como ya se ha referenciado en este apartado de valoración, incluso si no consideráramos los anteriores incidentes de clientes incluidos en la relación de colaboración, se han acreditado en el expediente otros múltiples hechos relativos a la implementación del pacto de no agresión. La exclusión de la valoración de algunos hechos en nada afecta a la valoración y calificación del pacto de no agresión constitutivo de un reparto de clientes entre MBE y TNT, en especial por todos los casos acreditados sobre restricciones a MBE respecto a los clientes de TNT por cuanto MBE no tiene capacidad para prestar servicios como Courier y son, por tanto, claramente demostraciones del pacto de no agresión

Por otro lado, en opinión de esta Sala las referencias generales a pactos de no agresión recíprocos entre ambas son suficientemente representativos de los pactos de no agresión, sin que las partes hayan alegado de forma satisfactoria en contrario. En efecto, aunque TNT ha alegado que su conducta fue en todo momento competitiva (aporta prueba documental de que contactó y contrató a clientes de MBE, que habría hecho caso omiso de sus quejas y que no habría retirado sus ofertas a clientes de MBE, además de abrir progresivamente almacenes y delegaciones en numerosas provincias por toda España), lo cierto es que las alegaciones se refieren a otras situaciones, distintas de las observadas en este expediente.

De acuerdo con la Dirección de Competencia (ver apartado 186 de la PR), esta Sala considera que se ha respetado la exigencia de razonabilidad del engarce entre los hechos acreditados y las conductas anticompetitivas que se declaran probadas y que se imputan a MBE y UPS. Y, como en apartados anteriores, coincide esta Sala con la Dirección de Competencia en afirmar que los elementos de prueba que constan en el expediente, que sustentan de modo congruente y conforme a un razonamiento lógico y fundamentado los hechos considerados acreditados, responden a los estándares fijados por la jurisprudencia nacional y de la Unión Europea.

En definitiva, conforme a la valoración expuesta por esta Sala y los hechos plenamente acreditados en el expediente, en consonancia con la Dirección de

⁴³⁸ Correo electrónico con asunto: "CLIENTES DE MAIL BOXES YAMAGUCHI S.L. (NAVARRA)", remitido el 20 de febrero de 2009 por el franquiciado MBE de Pamplona al Director de Red y Operaciones de MBE (folio 3677), recabado en la inspección de MBE.

⁴³⁹ Folios 3676-3677

⁴⁴⁰ Folios 4127 a 4130 y 4137 a 4144)

⁴⁴¹ Folios 4269 a 4271, y Anexo 6 de las alegaciones a la PR de TNT.

⁴⁴² Folio 3721

Competencia se considera probada la existencia de un pacto de no agresión, consistente en un acuerdo de reparto de clientes entre MBE y TNT que habría dado comienzo en febrero de 2008 y que habría estado vigente, al menos, hasta la inspección realizada a MBE en abril de 2016. Dicho pacto de no agresión sería contrario al artículo 1 de la LDC y al artículo 101 del TFUE y constituiría una infracción única y continuada, constitutiva de cártel, durante el periodo referido.

4.4.6. Cártel entre MBE y FEDEX

La relación comercial entre MBE y FEDEX comenzó, según queda acreditado en el expediente, en marzo de 2003, cuando firmaron un Acuerdo comercial de vigencia anual, por el que FEDEX otorgaba a MBE una estructura de precios preferenciales de exportación en relación con el volumen de envíos realizados con dicha compañía por los franquiciados de MBE⁴⁴³. Posteriormente, MBE y FEDEX suscribieron nuevos acuerdos marcos de tarifas, así como contratos individuales entre FEDEX y franquiciados de MBE. No consta en el expediente que ninguno de estos acuerdos contenga cláusulas de no competencia.

La DC ha acreditado que al menos desde diciembre de 2011 ya operaba entre ambas empresas un pacto verbal de no agresión que, se deduce, habría sido concluido al margen y en paralelo a la relación comercial entre ambos comenzada años antes.

Así, consta en el expediente múltiples alusiones a un *“respeto comercial acordado”*⁴⁴⁴, así como un documento interno de MBE (Tabla libreta 2013-2014) donde se detalla cual debía ser el protocolo de actuación de ambas partes ante un determinado incidente comercial, en cumplimiento del pacto de no agresión⁴⁴⁵. En las instrucciones a los franquiciados se incluyen también indicaciones específicas que deben tener en cuenta antes de realizar una oferta comercial, como es *“averiguar el actual proveedor de servicio de transporte del cliente como forma de evitar posibles interferencias y problemáticas futuras”*⁴⁴⁶ o como que *“el respeto comercial entre centros MBE y Partner se considera un punto básico y fundamental del código ético”*⁴⁴⁷. En ninguno de los casos se hace matización alguna en estas comunicaciones a que el respeto comercial o pacto de no agresión abarque solo a los clientes de MBE operados por FEDEX.

En sentido inverso, dado que MBE no presta servicios de courier, las alusiones a una respeto mutuo de clientes implica que la restricción operaba para todos los clientes de FEDEX que, además, no tienen relación alguna con MBE, ni siquiera como subcontratista de los servicios de MBE, dado que éste no presta servicios

⁴⁴³ Acuerdo comercial entre MBE y FEDEX EXPRESS de 17 de marzo de 2003, aportado por MBE en la inspección realizada en su sede (folio 622, confidencial excepto para MBE y FEDEX).

⁴⁴⁴ Correo electrónico interno de MBE recabado en la inspección de MBE, remitido el 7 de diciembre de 2011 por el Jefe de Apoyo a Franquicia de MBE (folios 3981 a 3983). Ver también el Folio 4076 en relación con un correo de 2014 y el folio 4978 en relación con un incidente con el cliente ATELIER N°3. En concreto, en este incidente, pese a tratarse de un cliente de la relación comercial, se hace alusión a un pacto bilateral entre ambos.

⁴⁴⁵ Documento denominado “01.02 “Tabla libreta 2013-2014” (folios 551 a 558), recabado en la inspección de MBE, contiene fichas de proceso en las que se trata, entre otras cuestiones, la “gestión de conflictos comerciales”, refiriéndose específicamente a FEDEX en su apartado C.

⁴⁴⁶ Fichero denominado “Código ético”, recabado en la inspección realizada en la sede de MBE (folios 4415 y 4417).

⁴⁴⁷ Ibid.

de courier. Al igual que en el caso anterior, como consecuencia del referido pacto, se priva a todos los clientes de FEDEX de la oportunidad de recibir una oferta comercial (o una oferta comercial competitiva de MBE) por el mero hecho de ser cliente de FEDEX. Igualmente, los clientes de MBE no podrían recibir ninguna oferta de FEDEX, y ello pese a que el cliente no conozca los servicios de FEDEX y quiera conocerlos.

Hay otras situaciones acreditativas del pacto de no agresión. En 2014, en respuesta a MBE que, conociendo un incidente comercial, concita a establecer *“una comunicación y mirar de encontrar una forma de trabajar en colaboración y evitando futuros conflictos comerciales”*, FEDEX contesta que *“(…) Yo soy de la opinión que no es un tema de tarifas ni de que Fedex vaya por los clientes de los intermediarios, ni que los intermediarios vayan por los clientes de fedex, es un tema de calidad de servicio y te puedo poner muchos ejemplos de clientes que se han ido con Fedex y después han vuelto con MBE o con otros intermediarios, también ten en cuenta que cuando un comercial va a visitar un cliente, este nunca le dice con quien trabaja. (…) De mi parte en todo lo que pueda ayudar para formar a los franquiciados, para que no nos quiten ningún cliente estoy a vuestra disposición.”*⁴⁴⁸. Y en febrero de 2014 se celebra una reunión⁴⁴⁹ en cuya acta se refieren varios incidentes comerciales donde no consta que se trate de clientes de la relación comercial. Además, en dicho documento, tras afirmar FEDEX que respeta comercialmente a las franquiciadas de MBE, solicita que éstas a su vez también respeten a FEDEX (*“I hope ME stores respect this same value”*)⁴⁵⁰. También en 2014, en relación con un incidente con un cliente de la relación comercial, se hace alusión a un respeto comercial mutuo⁴⁵¹ y, por las mismas fechas, tiene lugar un incidente comercial en relación con cliente del que no consta (ni las imputadas han logrado acreditar en el expediente) que se trate de un cliente de la relación comercial (cliente CENTRO GRÁFICO GAMBOA⁴⁵²). En 2014 también, tiene lugar un incidente comercial con el cliente LIGHTSOUND⁴⁵³. Se trata de un incidente tras una venta pasiva en relación con un cliente que ni siquiera se ha acreditado si forma parte o no de la relación comercial. Otras situaciones similares se plantean en 2015 con los clientes BEKAERT TEXTILES⁴⁵⁴ y EDURNE CREACIONES⁴⁵⁵.

⁴⁴⁸ Correo electrónico recabado en la inspección de MBE, remitido el 4 de febrero de 2014 por FEDEX al Jefe de Apoyo a Franquicia de MBE, en copia el Director Ventas Red y Operaciones de MBE (folios 4052 a 4054).

⁴⁴⁹ Fichero electrónico con título “Reunión FEDEX 13-2-2014” recabado en la inspección de MBE (folios 4486 a 4488).

⁴⁵⁰ Fichero electrónico con título “Reunión FEDEX 13-2-2014” recabado en la inspección de MBE (folios 4486 a 4488).

⁴⁵¹ Ver folio 4078, cliente ATELIER N°3.

⁴⁵² Correo electrónico recabado en la inspección de MBE, con asunto: “PROBLEMAS VARIOS COMERCIALES FEDEX CON CLIENTES MBE + PASO A TARIFA 1” remitido el 17 de noviembre de 2014 por el Director Ventas Red y Operaciones de MBE a FEDEX (folios 4121 a 4126).

⁴⁵³ Correo electrónico recabado en la inspección de MBE, con asunto: “Re: CLIENTE OFERTADO POR FEDEX - LIGHT SOUND - SPA226-BARCELONA (TEMA VEINTE, S.L.)”, remitido el 31 de julio de 2014 por FEDEX al Director Ventas Red y Operaciones de MBE, contestando a los correos electrónicos remitidos por éste los días 25 y 30 de julio de 2014 (folios 4086 a 4088).

⁴⁵⁴ Correo electrónico recabado en la inspección de MBE, con asunto: “RE: INTRUSIÓN FEDEX CLIENTE SPA202-VIC”, remitido el 4 de mayo de 2015 por FEDEX al Director Ventas Red y Operaciones de MBE (folios 4221 a 4223).

⁴⁵⁵ Correo electrónico recabado en la inspección de MBE, con asunto: “RE: MBE” remitido el 3 de junio de 2015 por el franquiciado del área norte de MBE a FEDEX, en copia al Director Ventas Red y Operaciones de MBE (folios 4249 y 4250).

La menor constatación de incidentes durante 2012 y 2013 no es probable que se deba a una debilitación del pacto de no agresión, sino más bien al contrario. Es plausible que, durante dicho periodo, la implantación del respeto comercial mutuo estuviera bien asentado entre las empresas y franquiciados de ambas imputadas, de forma que el respeto automático de los clientes de ambos derivase en menor constancia documental. Manifestación de ello es el protocolo de actuación de MBE con los clientes de sus proveedores (que implica una retirada del cliente si constata que ya trabaja con un proveedor)⁴⁵⁶ que MBE diseñó por aquella época como documento de trabajo interno. Lo relevante en cualquier caso es que ambas compañías eran conscientes de la existencia del pacto recíproco de no agresión y de su voluntad de cumplirlo.

A partir de 2015 parece que comienza cierto cambio en la actitud de FEDEX hacia estos pactos de no agresión. En un correo electrónico de mayo de 2015, un franquiciado de MBE comenta preocupado algunas pautas recientes de FEDEX. Se muestra sorprendido porque FEDEX le ha comunicado que no respetará los clientes cuyos envíos *“sacamos por UPS o TNT”* y que *“donde no haya tráfico para FEDEX, aunque haya un MBE van a atacar”*⁴⁵⁷. Se deduce de estas afirmaciones y del asombro del franquiciado de MBE que, con anterioridad, FEDEX respetaba todos los clientes de MBE, y no solo los de la relación comercial. El Director Ventas Red y Operaciones de MBE se remite en su contestación a un “acuerdo de respeto comercial” con FEDEX y a una reunión en la que tratarían de definir exactamente incidentes como el planteado por el franquiciado.

Como en el cártel anterior, tanto MBE como FEDEX alegan indefensión por la imposibilidad de conocer el criterio con el que la Dirección de Competencia les ha imputado los hechos que acreditan el pacto de no agresión. En contra de estas alegaciones, la Sala de este Consejo considera que la Dirección de Competencia ha explicado claramente, primero en su PCH (apartados 99 a 105 de forma genérica, apartados 106 a 378 para cada uno de los pactos, y apartados 397 a 398 en los que se establecen los criterios para la calificación de las conductas y la imposibilidad de considerar como restricciones accesorias a los pactos de no agresión) y luego en la Propuesta de Resolución, por ejemplo, como se ha señalado en el apartado (352) de la Propuesta de Resolución, anteriormente transcrito.

En su escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución ambas empresas (y muy significativamente FEDEX) han aportado documentación encaminada a demostrar que la Dirección de Competencia habría errado en su análisis de los hechos, confundiendo algunas manifestaciones de lo que sería una restricción accesoria, con manifestaciones del pacto de no agresión, con lo que demuestra conocer perfectamente el criterio empleado por la Dirección de Competencia sobre este extremo (ver significativamente los apartados 128 a 141 de sus alegaciones). De forma diligente, FEDEX (al igual que TNT) ha recurrido a su

⁴⁵⁶ Documento denominado “01.02 “Tabla libreta 2013-2014” (folios 551 a 558) contiene fichas de proceso en las que se trata, entre otras cuestiones, la “gestión de conflictos comerciales”, refiriéndose específicamente a FEDEX en su apartado C.

⁴⁵⁷ Correo electrónico recabado en la inspección de MBE, con asunto: “FEDEX” remitido el 19 de mayo de 2015 por el franquiciado del área norte de MBE al Director Ventas Red y Operaciones de MBE (folio 4227).

contabilidad y documentación empresarial para acreditar ante la Sala del Consejo la competencia ejercida por FEDEX sobre los clientes de MBE y a la inversa, así como si determinados incidentes comprendían clientes de la relación comercial entre MBE y FEDEX. Así ha sucedido, por ejemplo, en relación con el conflicto incluido por la Dirección de Competencia como manifestación del pacto de no agresión sobre el cliente ENTERTEINMENT SUPPLIES⁴⁵⁸ y GENEROS DE PUNT FABRES⁴⁵⁹.

No obstante, y como ya se ha referenciado en este apartado de valoración, se han acreditado en el expediente varios hechos relativos a la implementación del pacto de no agresión, así como referencias a la existencia de un pacto de no agresión entre ambos. En efecto, en opinión de esta Sala, las referencias generales a pactos de no agresión recíprocos entre ambas son suficientemente representativos de los pactos de no agresión, sin que las partes hayan alegado de forma satisfactoria en contrario. En efecto, aunque FEDEX ha alegado que su conducta fue en todo momento competitiva (alega y aporta numerosa prueba documental de que contactó y contrató a clientes de MBE, que habría hecho caso omiso de sus quejas y que no habría retirado sus ofertas a clientes de MBE, además de abrir progresivamente almacenes y delegaciones en numerosas provincias por toda España), lo cierto es que las alegaciones se refieren a otras situaciones, distintas de las observadas en este expediente. Y, la exclusión de la valoración de algunos hechos en nada afecta a la valoración y calificación del pacto de no agresión constitutivo de un reparto de clientes entre MBE y FEDEX.

De acuerdo con la Dirección de Competencia (ver apartado 186 de la PR), esta Sala considera que se ha respetado la exigencia de razonabilidad del engarce entre los hechos acreditados y las conductas anticompetitivas que se declaran probadas y que se imputan a MBE y FEDEX. Coincide esta Sala con la Dirección de Competencia en afirmar que los elementos de prueba que constan en el expediente, que sustentan de modo congruente y conforme a un razonamiento lógico y fundamentado los hechos considerados acreditados, responden a los estándares fijados por la jurisprudencia nacional y de la Unión Europea.

En definitiva, conforme a la valoración expuesta por esta Sala y los hechos plenamente acreditados en el expediente, en consonancia con la Dirección de Competencia se considera probada la existencia de un pacto de no agresión, consistente en un acuerdo de reparto de clientes entre MBE y FEDEX que habría dado comienzo en diciembre de 2011 y que habría estado vigente hasta septiembre de 2015, momento en el que FEDEX se aparta expresamente de la conducta reprobada. Dicho pacto de no agresión sería contrario al artículo 1 de la LDC y al artículo 101 del TFUE y constituiría una infracción única y continuada, constitutiva de cártel, durante el periodo referido.

4.4.7. Cártel entre MBE y CEX

⁴⁵⁸ Correo electrónico recabado en la inspección de MBE, remitido el 20 de mayo de 2015 por el Director Ventas Red y Operaciones de MBE a FEDEX (folios 4228 y 4229).

⁴⁵⁹ Correo electrónico recabado en la inspección de MBE, con asunto: "INTROMISIÓN FEDEX CLIENTE SPA026-MATARÓ" remitido el 3 de septiembre de 2015 por el Director Ventas Red y Operaciones de MBE a FEDEX, en copia el Director General de MBE (folios 4280 y 4281).

La relación comercial entre MBE y CEX comienza en 2011, cuando CEX se instituye como uno de los proveedores de MBE para una parte de los envíos nacionales comercializado por la red de franquicias de MBE (en concreto, su recogida, transporte y distribución a su destino final). No obstante, en consonancia con la DC, esta Sala considera acreditado que, en paralelo a su relación comercial, las partes acordaron mantener un pacto de no agresión al menos desde febrero de 2012.

En efecto, en relación con este pacto ha quedado acreditada la existencia de un respeto mutuo de todos los clientes por parte de ambos operadores.

Tanto CEX como MBE señalan en sus alegaciones que los clientes que la DC pretende utilizar como prueba en relación con MBE (en particular, Eninter, Mape Seguridad, Adasa, Fagron y Comercial Carvajal Jabugo) se refieren a una restricción de ventas impuesta a CEX (como proveedor de servicios de MBE) y siempre en relación con clientes de MBE a los que CEX venía prestando servicios en régimen de subcontratación. Es decir, se trataría de los casos en que estaría justificada la aplicación de una cláusula accesoria de protección de clientes.

Sin embargo, incluso sin considerar las comunicaciones que acreditan una reserva de clientes por parte de MBE relacionadas con la relación comercial, existen, sin embargo, determinadas pruebas de cargo de comunicaciones que acreditan la existencia de un pacto mutuo y, por tanto, una reserva de clientes también por parte de CEX, pues tratándose de una relación comercial no recíproca en la que CEX provee servicios para MBE, dicha reserva resultaría injustificada.

Así, son muy ilustrativos, por ejemplo, los siguientes hechos acreditados. En febrero de 2012, MBE le pregunta a CEX⁴⁶⁰ si el pacto mutuo que han acordado de no agresión se extiende o no a Correos (en concreto: *“El acuerdo y pacto entre MBE y Chrono en relación al respeto mutuo de clientes también se hace extensible a los comerciales de Correos?? Entendemos que sí...”*); también en el expediente se recoge un email de MBE donde se advierte el reproche de CEX por ataques comerciales de MBE a sus clientes y las amenazas de toma de represalias⁴⁶¹; en 2013, a propósito de comunicaciones sobre el cliente ENINTER⁴⁶² y el Grupo Correos, CEX intercede y le recuerda a MBE que el acuerdo entre MBE y CEX es recíproco; consta también en el expediente una cadena de correos en 2015 donde se alude al pacto de no agresión entre ambas empresas tratando de solucionar un conflicto con el cliente de MBE, FAGRON, al que CEX había presentado una oferta comercial⁴⁶³. En concreto, en esta cadena de emails se expone que: *“Crec que entre Mail Boxes i Chrono hi ha el tema del respectar els nostres clients tant de Mail boxes versus a Chrono i*

⁴⁶⁰ Correo electrónico recabado en la inspección de MBE, con asunto: “RE: ACUERDO COMERCIAL”, remitido el 15 de febrero de 2012 por MBE al Jefe de Ventas de CEX, en copia el Director Ventas Red y Operaciones y el Director Expansión Red de MBE (folio 3989).

⁴⁶¹ correo interno de MBE de junio de 2012 (folio 545)

⁴⁶² Correos electrónicos intercambiados entre CEX y MBE en marzo de 2013, Folios 5264 a 5268.

⁴⁶³ Correo electrónico interno de MBE, recabado en la inspección de MBE, de 4 de marzo de 2015 (folios 4193 a 4197).

viceversa”; y la central de MBE le contesta al franquiciado que *“Habitualmente CorreosExpress nos está respetando comercialmente”*.

Como consecuencia del pacto de no agresión así configurado, los hechos acreditados mencionados son suficientes para poder constatar que se priva a los clientes de una de las partes en el contrato, los de CEX, de la oportunidad de recibir una oferta comercial de la otra, MBE, por el mero hecho de ser cliente de CEX y sin que se haya acreditado una razonabilidad a dicha restricción. En todo caso, lo relevante es que ambas compañías eran conscientes de la existencia del pacto recíproco de no agresión por todos los clientes y de su voluntad de cumplirlo.

Debe rechazarse por tanto la alegación de CEX en la que señala que el pacto de protección de clientes únicamente impedía a CEX realizar ofertas a clientes de MBE, sin que la DC haya acreditado una restricción de ventas impuesta a MBE respecto de clientes de CEX. En este sentido, y como ya se ha expuesto, constan en la PR varios correos y comunicaciones⁴⁶⁴ -y no un solo correo aislado como alega CEX- en los que MBE hace referencia al respeto “mutuo” (también mediante el uso término “viceversa”) de clientes entre MBE y CEX; incluso ha quedado acreditado cómo MBE relata que el malestar de CEX por las visitas de MBE a sus clientes había llevado a que CEX estuviese listando los paquetes de MBE en las naves y revisando a qué clientes correspondían “con posibles intenciones”. Por tanto, las mencionadas comunicaciones sí acreditan la existencia de un pacto entre MBE y CEX más allá de la relación comercial en virtud del cual MBE respetaba a los clientes de CEX y han sido consideradas como pruebas de cargo, resultando especialmente convincente en este sentido que, a pesar de no haberse recabado correos que acrediten su materialización en relación con clientes concretos, los correos internos entre el propio personal de MBE hicieran referencia explícita a la existencia de tal pacto, pues la ausencia de correos de CEX dirigidos a MBE en relación con clientes concretos de ese pacto, bien pudiera obedecer a la inexistencia de rupturas de tal parte del pacto, es decir, a que MBE, tal y como reconoce en esas comunicaciones, respetase “diligentemente” tal acuerdo, que por otro lado no tendría ningún sentido en ausencia de un pacto verbal recíproco y por todos los clientes.

En definitiva, conforme a la valoración expuesta por esta Sala y los hechos plenamente acreditados en el expediente, en consonancia con la DC se considera probada la existencia de un pacto de no agresión, consistente en un acuerdo de reparto de clientes entre MBE y CEX que habría dado comienzo en febrero de 2012 y que habría estado vigente, al menos, hasta la inspección realizada a MBE en abril de 2016. Dicho pacto de no agresión sería contrario al artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE y constituiría una infracción única y continuada, constitutiva de cártel, durante el periodo referido.

⁴⁶⁴ Correo remitido por MBE a CEX en febrero de 2012 (folio 3989); correo interno de MBE de junio de 2012 (folio 545); correos de marzo de 2015 (folios 4193 a 4197)

4.4.8. Cártel entre ICS y TOURLINE

De acuerdo con la información obrante en el expediente, ICS y TOURLINE mantienen relaciones comerciales al menos desde noviembre de 2011. Entonces firmaron un contrato de prestación de servicios⁴⁶⁵ por el que TOURLINE se comprometía a prestar servicios de Courier (recogida, transporte y entrega en destino) a ICS. Este contrato sí contenía una cláusula de no competencia unilateral, cuyo objeto era la protección de los clientes de ICS a los que TOURLINE tendría acceso a través de la prestación de estos servicios contratados que, como indica la Dirección de Competencia, en principio podría considerarse como necesaria y proporcional para el cumplimiento del objetivo del contrato principal.

No obstante, ha quedado acreditado en el expediente como ICS y TOURLINE acordaron adicionalmente respetarse mutuamente todos los clientes, esto es, completaron un pacto de no agresión. Esta Sala del Consejo de la CNMC sitúa las primeras manifestaciones de este pacto de no agresión en octubre de 2013, con ocasión del conflicto con el cliente ESPIRITO SANTO⁴⁶⁶. Entonces ICS realizó una acción comercial sobre este cliente para atender la campaña de Navidad. Cuando TOURLINE tuvo conocimiento de esta situación, emitió una queja a ICS aludiendo al “*respeto a los clientes de ambas compañías*”, respeto que fue a continuación corroborado por ICS en contestación a ese email. Igualmente, en 2014 ha quedado acreditado otro incidente comercial en relación con VINZEO⁴⁶⁷, cliente de TOURLINE al que ICS dejó de ofertar por ser cliente del primero según consta en el correo electrónico recogido en el expediente. En 2015, se han acreditado otros dos incidentes más, uno en relación con VITALDENT⁴⁶⁸, también cliente de TOURLINE al que ICS se niega a ofertar salvo que le confirme que no es cliente de su proveedor TOURLINE, y otro en relación con los franquiciados de TOURLINE, cuando ésta intenta imponer el pacto de no agresión no solo en relación con los clientes de TOURLINE, sino también en relación con los clientes potenciales de los franquiciados de TOURLINE⁴⁶⁹.

Como en los casos anteriores, no se hace ninguna matización en las quejas frente a las intromisiones ni en los requerimientos para el cumplimiento del pacto de no agresión sobre si se trata de un cliente operado o no por TOURLINE. Tampoco consta en este caso concreto que ICS preste servicios a TOURLINE, por lo que las restricciones a ICS sobre los clientes de TOURLINE conocidos a través de su relación comercial no podrían constituir una cláusula similar a la existente en la relación de colaboración en beneficio de ICS. En consecuencia se priva a así a todos los clientes de TOURLINE de la oportunidad de recibir una oferta comercial (o una oferta comercial competitiva de ICS) por el mero hecho

⁴⁶⁵ Contrato de 1 de noviembre de 2011 entre ICS y TOURLINE, recabado en la inspección de ICS (folios 786 a 796) y aportado también por TOURLINE a requerimiento de la Dirección de Competencia (folios 2595 a 2605).

⁴⁶⁶ Correo electrónico enviado por TOURLINE a ICS con asunto “Banco Espirito Santo” el 1 de octubre de 2013 (folios 4576 y 4577).

⁴⁶⁷ Correo electrónico interno de ICS enviado el 31 de enero de 2014 (folios 4583 a 4585)

⁴⁶⁸ Ver el correo electrónico interno de ICS con asunto “RE: VITALDENT” enviado el 20 de abril de 2015 (folios 4609 a 4613) y el 24 de abril de 2015 (folios 4614 y 4615).

⁴⁶⁹ Correo electrónico interno de ICS con asunto “CLIENTE OFERTADO POR DELG. TOURLINE”, enviado el 18 de mayo de 2015 (folios 4616 a 4618).

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. Lo relevante en cualquier caso es que ambas compañías eran conscientes de la existencia del pacto recíproco de no agresión y de su voluntad de cumplirlo.

Los hechos que la Sala de Competencia ha considerado acreditativos del pacto de no agresión suponen la asunción de la alegación de TOURLINE relativa al valor probatorio que debía darse al documento de 2011 quedando por tanto delimitada la infracción a partir de octubre de 2013, tal y como solicitaba TOURLINE cuando negaba su participación en un pacto de no agresión, muy especialmente con anterioridad a octubre de 2013.

Sin embargo, las alegaciones de TOURLINE relativas a la ausencia de un plan preconcebido y la ausencia de un ánimo de infringir la competencia, no pueden ser acogidas. Sobre este particular, TOURLINE declara que lo captado por la Dirección de Competencia fue un error muy limitado, de dos trabajadores, en relación con una empresa muy pequeña que opera solo en Madrid (ICS). Argumenta que, si hubiera tenido el ánimo de infringir el derecho de la competencia, lo habría hecho con todos sus proveedores y competidores y a una escala más grande en toda España o con operadores más grandes con los que sí se habría beneficiado de un reparto de mercado. Esta Sala considera que la Dirección de Competencia ha acreditado plenamente un plan preconcebido entre ICS y TOURLINE para limitar la competencia que podrían ejercerse mutuamente. La Dirección de Competencia ha concentrado su investigación en aquellos carteles sobre los que constaba prueba en el expediente, inicialmente a través de la solicitud de clemencia y posteriormente en la primera inspección en la sede de CEX donde afloraron otros pactos que sustentaron las órdenes de inspección para las segundas inspecciones de abril de 2016 donde, ahí sí, obtuvo prueba en la sede de ICS del pacto de no agresión de ésta con TOURLINE.

En cuanto a ICS, sus alegaciones se centran en afirmar que, en puridad, TOURLINE es cliente de ICS y que las “inhibiciones” de ofertas comerciales a clientes de TOURLINE responden a una voluntad puramente unilateral de ICS, con el objeto de mantener las buenas relaciones que le unen a su cliente TOURLINE. En opinión de esta Sala, no cabe acoger esta alegación. Como ya se ha explicitado, existen en el expediente varias manifestaciones de ambas partes que hacen referencia a un pacto de no agresión mutuo, lo que ya de por sí descartaría la supuesta unilateralidad de las decisiones de ICS. Tampoco explica ICS por qué TOURLINE no se inhibe también unilateralmente de realizar ofertas a los clientes de ICS, dado que ICS también es un cliente de TOURLINE. No se descarta que TOURLINE pueda quedar más beneficiado en el reparto de clientes que ICS, pero ello no implica que no exista un acuerdo al que ICS se somete voluntariamente y cuyo cumplimiento es exigido por TOURLINE.

En este sentido, conviene traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2017⁴⁷⁰ que recuerda que una supuesta participación limitada en

⁴⁷⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de mayo de 2017, rec. De casación núm. 3600/2014, en con el asunto S/0342/11 *Espuma de Poliuretano*,

una práctica anticompetitiva, así como una actitud pasiva, no conlleva la exención de responsabilidad, sino que afecta en su caso a las circunstancias modificativas y a la cuantía de la sanción a imponer. De hecho, en determinadas circunstancias, un supuesto papel pasivo puede ser especialmente dañino sin con ello facilita la estabilidad del cártel o la práctica anticompetitiva en cuestión.

En cuanto a las alegaciones en relación con el cliente BANCO ESPÍRITO SANTO⁴⁷¹, en opinión de esta Sala, se trata de un claro ejemplo de la manifestación del pacto de no agresión. De acuerdo con la situación descrita en los hechos acreditados en el expediente, se trata de un cliente de TOURLINE. Un nuevo directivo se incorpora al Banco. ICS conoce a ese nuevo directivo por su trabajo en la empresa anterior. Tras conocer el cambio de trabajo de su conocido, decide presentarle una oferta comercial para los envíos de la campaña de Navidad. TOURLINE tiene conocimiento de la oferta y exige a ICS que la retire. ICS intenta apaciguarle diciendo que subcontratará a TOURLINE para realizar esos envíos. Antes de ese momento, ICS no conocía ese cliente (BANCO ESPÍRITO SANTO) ni tampoco tiene acceso al mismo a través de TOURLINE. No obstante, en ejecución de su pacto de no agresión, TOURLINE le exige que se retire. Durante los correos que se intercambian para tratar este incidente, ICS además alude directamente a dicho pacto, cuando dice: *“en cualquier empresa en la que trabajéis no se nos ocurriría ofertar e intentar quitaros el cliente, elegantemente nos iríamos, igual que haríais vosotros si fuera al revés”*. No desacredita esta consideración el hecho de que al final ICS subcontratase o no los envíos de la campaña de navidad de este cliente a TOURLINE o no. Lo relevante para esta Sala es la manifestación de un pacto y, en ejecución del mismo, los intentos de TOURLINE de apartar a un competidor de este cliente, sin que exista ninguna razón económica o jurídica, distinta de la concertación y de la limitación de la competencia entre ambos, que pueda justificarla.

En definitiva, conforme a la valoración expuesta por esta Sala y los hechos plenamente acreditados en el expediente, en consonancia con la Dirección de Competencia se considera probada la existencia de un pacto de no agresión, consistente en un acuerdo de reparto de clientes entre ICS y TOURLINE que, en opinión de esta Sala habría quedado acreditado únicamente a partir de octubre de 2013 hasta, al menos, la inspección realizada a ICS en abril de 2016. Dicho pacto de no agresión sería contrario al artículo 1 de la LDC y al artículo 101 del TFUE y constituiría una infracción única y continuada, constitutiva de cártel, durante el periodo referido.

4.4.9. Cártel entre ICS y CEX

De acuerdo con la información que obra en el expediente, ha quedado acreditado que CEX formalizó su provisión de servicios para envíos nacionales urgentes de mensajería y paquetería a ICS mediante un contrato fechado el 30 de marzo de 2012⁴⁷². Este contrató incluyó una cláusula de no competencia (llamada “Buena

⁴⁷¹ Ver el Correo electrónico de 1 de octubre de 2013 (folios 4576 y 4577) y las alegaciones de ICS a la PR (pág. 9)

⁴⁷² Contrato de 30 de marzo de 2012, aportado por ICS en la inspección realizada en su sede (folios 805 a 815 y 4530 a 4540).

Fe”) que protege a los clientes de ICS a los que CEX tiene acceso a través de la relación comercial.

No obstante, esta Sala considera acreditado que, de forma paralela, ambas incoadas concluyeron verbalmente un pacto de no agresión recíproco. Existen distintas manifestaciones a este pacto relativas a incidentes comerciales en los que ICS impide a CEX la realización de ofertas, sin especificar ni haber acreditado en contrario, que se trataba de clientes incluidos en la relación comercial entre ambos (esto es, clientes de ICS a los que habría tenido acceso CEX con ocasión de la relación principal que les une). También, otras manifestaciones del pacto incluyen situaciones en sentido contrario: es decir, inhibiciones de ICS de competir por clientes de CEX.

Así, por ejemplo, en marzo de 2013, en cumplimiento del pacto, ICS no presentó oferta a un potencial cliente, MEGALAB, porque lo era de CEX⁴⁷³ y en 2014 tampoco presentó oferta a CARREFOUR porque condicionó su participación en el concurso por este cliente a que no se presentase CEX⁴⁷⁴. También en mayo de 2014, ICS recordaba en un correo interno que sólo podían acceder a envíos que realizaban con terceros proveedores pero no con CEX⁴⁷⁵.

Por su parte, ICS reconoció la existencia de un pacto de no agresión “abierto a todos los clientes, no a ninguno en concreto”⁴⁷⁶ y reclamó el cumplimiento de dicho pacto a CEX en 2013, en relación con el cliente de ICS, SANITAS⁴⁷⁷, ajeno a su relación comercial.

Como en casos anteriores, no se hace ninguna matización en las quejas frente a las intromisiones ni en los requerimientos para el cumplimiento del pacto de no agresión sobre si se trata de un cliente operado o no por CEX. En consecuencia se priva a así a todos los clientes de ICS, lo que incluye a los clientes que quedan fuera de la relación comercial, de la oportunidad de recibir una oferta comercial (o una oferta comercial competitiva de CEX) por el mero hecho de ser cliente de ICS. Igualmente, los clientes de CEX no podrían recibir ninguna oferta de ICS, por el simple hecho de ser ya clientes de CEX. Lo relevante en cualquier caso es que ambas compañías eran conscientes de la existencia del pacto recíproco de no agresión y de su voluntad de cumplirlo.

De nuevo debe hacerse hincapié en el hecho de que, a la vista de las pruebas obrantes en relación con este pacto, si bien es cierto que ha quedado acreditada su existencia y que ambas partes participan del mismo, existiendo un supuesto en que ICS pretende ir más allá en la protección de clientes legítimamente cubierta por el contrato de marzo de 2012 al reclamar la protección de su cliente Sanitas; y siendo más numerosos, los incidentes en que es CEX, proveedor de los servicios que ICS contrata con él, quien aprovechando tal relación, ha logrado un respeto injustificado de su cartera de clientes.

⁴⁷³ Correos electrónicos internos de ICS de 14 de marzo de 2013 (folios 4548 a 4550).

⁴⁷⁴ Correo electrónico de 6 de mayo de 2014 (folio 4589).

⁴⁷⁵ Correos electrónicos internos de ICS de 13 de mayo de 2014 (folios 4590 y 4591).

⁴⁷⁶ Correo de 16 de abril de 2013 (folio 4560);

⁴⁷⁷ Correo electrónico interno de CEX de 19 de mayo de 2014 (folios 1179 y 1180).

Tanto CEX como ICS subrayan, en relación con este acuerdo, en que la DC obvia que las relaciones de colaboración entre ICS y CEX son recíprocas - aunque en menor medida que con los integradores internacionales- y que, por tanto, debería ser legítimo que ICS no se pueda aprovechar del conocimiento que obtiene de los clientes de CEX para realizarles ofertas comerciales. Y añade que, en cualquier caso, si ICS no realizó ofertas a clientes de CEX no fue el resultado de un entendimiento o pacto entre ambas sino de una decisión derivada de la propia ética empresarial de ICS.

Esta alegación no puede aceptarse, en la medida en que, si bien esta Sala no duda de que CEX pueda contratar en determinados supuestos los servicios de ICS para la realización de sus entregas de paquetería, la información que obra y que ha sido objeto de análisis en este expediente acredita la existencia de una relación de colaboración comercial de carácter unilateral entre ICS y CEX, en virtud de la cual es ICS (comprador) quien subcontrata los servicios de CEX (proveedor) para poder repartir los envíos de sus clientes allí donde no llega con su red. De hecho, el contrato que firman ambas partes en marzo de 2012 sólo hace referencia a este acuerdo comercial y no a una relación comercial en virtud de la cual ICS se comprometa a realizar determinados envíos a CEX y, en consecuencia, a respetar a los clientes de CEX a los que tenga acceso gracias a esa relación comercial.

Por tanto, en la medida en que las relaciones no son recíprocas en este acuerdo de colaboración comercial y no constan en el expediente supuestos de subcontratación de los servicios de ICS por parte de CEX, una protección de los clientes de CEX frente a ICS constituye una restricción por parte del proveedor que en ningún caso puede considerarse accesoria a la relación comercial existente entre ambos operadores, pues la necesidad de protección de clientes vendría en todo caso por parte de ICS pero no de CEX. Dichos supuestos no constituyen un desconocimiento de la realidad comercial existente sino una evidencia clara de la existencia de un pacto de reparto de mercado ajeno a la dinámica de las relaciones comerciales subyacentes.

En consecuencia, y si se considerara como pruebas de cargo en esta Resolución en relación con este pacto de no agresión exclusivamente todas las comunicaciones que acreditan, bien una restricción sobre clientes de CEX, bien una restricción sobre clientes de ICS ajenos a la relación comercial, existiría acreditación suficiente del mencionado pacto.

En este sentido, las comunicaciones relativas a Sanitas, frente a lo alegado por Correos e ICS, no acreditan que se tratase de un cliente que ICS tuviese subcontratado con CEX y que por tanto ICS podría pretender proteger frente a un ataque de CEX; dichas comunicaciones acreditan que se trataba de un cliente de Tourline⁴⁷⁸ y sin embargo ICS requirió a CEX para que no visitara a ese cliente, sin que ninguna de las partes de este pacto haya rebatido o probado en sus alegaciones que no se trataba de un cliente que trabajaba con Tourline.

⁴⁷⁸ Correos electrónicos de 15 y 16 de abril de 2013 entre ICS y TOURLINE (folios 4562 y 4563).

En definitiva, conforme a la valoración expuesta por esta Sala y los hechos plenamente acreditados en el expediente, en consonancia con la DC se considera probada la existencia de un pacto de no agresión, consistente en un acuerdo de reparto de clientes entre ICS y CEX que habría dado comienzo en marzo de 2012 y que habría estado vigente, al menos, hasta la inspección realizada a ICS en abril de 2016. Dicho pacto de no agresión sería contrario al artículo 1 de la LDC y al artículo 101 del TFUE y constituiría una infracción única y continuada, constitutiva de cártel, durante el periodo referido.

4.4.10. Cártel entre ICS y DHL

De acuerdo con la información que obra en el expediente, la relación comercial entre ICS y DHL se mantiene desde, al menos, principios de 2011. Se firmó entonces un “Acuerdo para clientes”⁴⁷⁹ que fue sustituido en julio de 2015 por un contrato de prestación de servicios⁴⁸⁰. También en este caso, ICS contrata a DHL para que le pueda prestar servicios de Courier a sus clientes ahí donde ICS no llega. En el contrato de 2015, las partes sí incluyeron una cláusula unilateral de no competencia similar a la de los anteriores acuerdos de ICS.

No obstante, esta Sala considera acreditado, en consonancia con la Dirección de Competencia, que en paralelo las partes acordaron mantener un pacto de no agresión al menos desde abril de 2013. Es en esta fecha cuando ICS explica a DHL el tipo de pacto que requiere de esta. Concretamente afirma “(...) *Tenemos firmados acuerdos no agresión con todas ellas. Es decir, DHL no puede ofertar a clientes de ICS, ni a la inversa. Es un contrato de lealtad y respeto*”⁴⁸¹. Una reunión para fijar los términos del pacto de no agresión tiene lugar finalmente en abril de 2013 tal y como se recoge de forma explícita en el correo electrónico de la convocatoria⁴⁸². E internamente se recogen las reticencias de DHL a reflejar nada por escrito⁴⁸³, mientras que verbalmente les aseguraban que respetarían todos los clientes de ICS⁴⁸⁴. Es plausible por ello afirmar que el pacto de no agresión se concluyó por aquel entonces y fue pacífico su respeto hasta los incidentes de 2014 y 2015 en relación con dos clientes de DHL, GETINSA⁴⁸⁵ y SPECIAL TOURS⁴⁸⁶, a los que ICS presentó ofertas comerciales y, tras la queja de DHL, ICS se retira del cliente en cumplimiento del pacto de no agresión al que hace expresa referencia durante la tramitación del conflicto.

Como en los casos anteriores, no se hace ninguna matización en las quejas frente a las intromisiones ni en los requerimientos para el cumplimiento del pacto de no agresión sobre si se trata de un cliente operado o no por DHL. Tampoco

⁴⁷⁹ Acuerdo de 18 de enero de 2001 suscrito por ICS y DHL, aportado por DHL en contestación al requerimiento de información realizado (folios 2650 a 2652).

⁴⁸⁰ Contrato de 30 de julio de 2015 firmado por ICS y DHL, recabado en la inspección de ICS (folios 820 a 829).

⁴⁸¹ Correos electrónicos entre ICS y DHL de 19 y el 20 de marzo de 2013 (folios 4552 y 4553).

⁴⁸² Acta de la reunión interna de ICS de 8 de abril de 2013, recabada en la inspección de ICS (folio 4740).

⁴⁸³ Acta de la reunión de departamentos de ICS de 27 de mayo de 2013, adjunta a un correo electrónico interno de ICS de 3 de junio de 2013 (folios 6562 a 6565).

⁴⁸⁴ Correo electrónico internos de ICS de 16 de abril de 2013 por la Directora General de ICS (folio 4560).

⁴⁸⁵ Correo electrónico enviado por ICS a DHL de 24 de abril de 2014 (folio 4586).

⁴⁸⁶ Correo electrónico de 20 de febrero de 2015 enviado por ICS a DHL (folio 4606).

consta en este caso concreto que ICS preste servicios a DHL, por lo que las restricciones a ICS sobre los clientes de DHL conocidos a través de su relación comercial no podrían constituir como en los casos previos restricciones accesorias. En consecuencia se priva a así a todos los clientes de DHL de la oportunidad de recibir una oferta comercial (o una oferta comercial competitiva de ICS) por el mero hecho de ser cliente de DHL. Igualmente, los clientes de ICS no podrían recibir ninguna oferta de DHL, y ello pese a que el cliente no conozca los servicios de DHL y quiera conocerlos. Lo relevante en cualquier caso es que ambas compañías eran conscientes de la existencia del pacto recíproco de no agresión y de su voluntad de cumplirlo.

DHL alega que, en el pacto de no agresión imputada a ella con ICS podrían distinguirse 3 momentos: un primer momento al inicio en el que solo se habría producido una mera declaración de intenciones. Otro momento posterior en el que únicamente se habría acreditado una conducta unilateral por parte de ICS que voluntariamente se habría “inhibido” de captar a clientes de DHL. Por último, refiere una tercera fase donde, según DHL, la Dirección de Competencia no habría podido acreditar la existencia del pacto de no agresión. Critica también que la interpretación divergente de la Dirección de Competencia respecto a la literalidad del correo electrónico va mucho más allá de “reconstruir algunos detalles por deducción” y se acerca más bien a la construcción de un relato paralelo a la realidad dirigido a proteger el programa de clemencia.

Esta Sala no puede acoger estas alegaciones. Existen como ya se ha constatado varias manifestaciones de una y otra parte en el expediente en relación con el pacto de no agresión: “DHL nos aseguró verbalmente que no tocarían a nuestros clientes”⁴⁸⁷ o el incidente en el que ICS, tras comentarlo con DHL, presenta una oferta poco competitiva a un cliente de DHL al que había contactado previamente para evitar que contratase los servicios de DHL en detrimento de ICS. No ha quedado acreditado en ninguna de estas situaciones que se tratase de clientes objeto de la relación comercial entre ambos.

En cuanto a ICS, sus alegaciones se centran en afirmar que, como en el caso anterior, DHL es cliente de ICS y que las “inhibiciones” de ofertas comerciales a clientes de DHL responden a una voluntad puramente unilateral de ICS, con el objeto de mantener las buenas relaciones que le unen a su cliente DHL. En opinión de esta Sala, no cabe acoger esta alegación. Como ya se ha explicitado, existen en el expediente varias manifestaciones de ambas partes que hacen referencia a un pacto de no agresión mutuo, lo que ya de por sí descartaría la supuesta unilateralidad de las decisiones de ICS. Tampoco explica ICS por qué DHL no se inhibe también unilateralmente de realizar ofertas a los clientes de ICS, dado que ICS también es un cliente de DHL. No se descarta que DHL pueda quedar más beneficiado en el reparto de clientes que ICS, pero ello no implica que no exista un acuerdo al que ICS se somete voluntariamente y cuyo cumplimiento es exigido por DHL.

⁴⁸⁷ Correo electrónico internos de ICS, recabado en la inspección de ICS, de 16 de abril de 2013 (folio 4560).

En este sentido, conviene recordar de nuevo la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2017⁴⁸⁸ citada anteriormente. En definitiva, conforme a la valoración expuesta por esta Sala y los hechos plenamente acreditados en el expediente, en consonancia con la Dirección de Competencia se considera probada la existencia de un pacto de no agresión, consistente en un acuerdo de reparto de clientes entre ICS y DHL que habría dado comienzo en abril de 2013 y que habría estado vigente, al menos, hasta la inspección realizada a ICS en abril de 2016. Dicho pacto de no agresión sería contrario al artículo 1 de la LDC y al artículo 101 del TFUE y constituiría una infracción única y continuada, constitutiva de cártel, durante el periodo referido.

4.5. Efectos

De acuerdo con la jurisprudencia reiterada del TJUE⁴⁸⁹ y la jurisprudencia de nuestros tribunales, tanto Tribunal Supremo⁴⁹⁰ como Audiencia Nacional⁴⁹¹, recogida ampliamente por este Sala del Consejo de la CNMC⁴⁹², en la valoración de conductas del artículo 1 de la LDC no se exige la prueba de efectos reales contrarios a la competencia cuando se ha determinado que estas son restrictivas por su objeto⁴⁹³.

En concreto, el TJUE, ha dejado patente que⁴⁹⁴:

“según reiterada jurisprudencia, de cara a la aplicación del artículo 101 TFUE (RCL 2009, 2300), apartado 1, la ponderación de los efectos concretos de un acuerdo es superflua cuando resulte que éstos tienen por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64, Rec. p. 429, y de 8 de diciembre de 2011 [TJCE 2011, 399], KME Germany y otros/Comisión, C-272/09 P, Rec. p. I-0000, apartado 65, y KME Germany y otros/Comisión, [TJCE 2011, 400] C-389/10 P, Rec. p. I-0000, apartado 75).

A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que la distinción entre «infracciones por objeto» e «infracciones por efecto» reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden

⁴⁸⁸ Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de mayo de 2017, rec. de casación núm. 3600/2014, en con el asunto *Espuma de Poliuretano*.

⁴⁸⁹ Sentencia de 13 diciembre 2012 del TJUE, asunto C-226/11, Expedia Inc. contra Autorité de la concurrence y otros y STJUE de 20 de noviembre de 2008, Asunto C-209/07, Carne de Vacuno.

⁴⁹⁰ Sentencia del TS de 12 de septiembre de 2013, dictada en el ámbito del Expte. 132/2007 Cervezas de Canarias.

⁴⁹¹ Sentencia de la AN de 8 de marzo de 2013, dictada en el ámbito del Expte. S/0091/08 Vinos finos de Jerez.

⁴⁹² Entre otras, Resoluciones del Consejo de la CNC de 31 de enero de 2010, Expte. S/0084/08 Fabricantes de Gel; de 12 de enero de 2102, Expte. S/0179/09, Hormigón y productos relacionados y de 2 de agosto de 2012, Expte. S/0287/10, Postensado y Geotecnia y Resoluciones de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 22 de septiembre de 2014, Expte. S/0428/12 Palés; de 5 de marzo de 2015, Exptes. S/0489/13 Concesionarios OPEL, S/0486/13 Concesionarios Toyota, S/0488/1313 Concesionarios Hyundai y S/0487/13 Concesionarios Land Rover y de 28 de mayo de 2015 Expte S/0471/13 Concesionarios Audi/Seat/VW; de 3 de diciembre de 2015 de Expte. S/0481/13 Construcciones modulares; de 7 de abril de 2016, Expte. S/0503/14 Fabricantes de Turrón; de 26 de mayo de 2016, Expte. S/DC/0504/14 AIO y de 9 de marzo de 2017, Expte. S/DC/0512/14 Transporte Balear de Viajeros.

⁴⁹³ Véanse, Expte. S/0120/08, Transitarios y Expte. S/0555/15 Prosegur-Loomis

⁴⁹⁴ Sentencia de 13 diciembre 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda). Asunto C-226/11 (Expedia Inc. contra Autorité de la concurrence y otros. En el mismo sentido, véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2007.

considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (sentencias de 20 de noviembre de 2008, Beef Industry Development Society y Barry Brothers, C-209/07, Rec. p. I-8637, apartado 17, y de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, Rec. p. I-4529, apartado 29).

Por tanto, procede considerar que un acuerdo que puede afectar al comercio entre Estados miembros y que tiene un objeto contrario a la competencia constituye, por su propia naturaleza e independientemente de sus efectos concretos, una restricción sensible del juego de la competencia”.

En atención a lo anterior, el resultado del análisis de los efectos provocados por las conductas en el mercado en nada debe alterar la calificación jurídica que esta Sala ha de realizar en relación con las mismas, por cuanto se trata de conductas entre empresas competidoras que, por su propia naturaleza, entran dentro de la categoría de infracciones por objeto.

En consonancia con la DC, esta Sala recuerda que los acuerdos de reparto de clientes, como los que son objeto de la presente investigación, tienen un potencial de distorsión de la competencia tal que exime a las autoridades de competencia de probar que efectivamente han causado perjuicio⁴⁹⁵:

“Por su propia naturaleza, un cártel produce automáticamente un falseamiento significativo de la competencia, que beneficia exclusivamente a las empresas del cártel y es sumamente perjudicial para los clientes y, en definitiva, para el público en general, tratándose de una infracción por objeto y, por tanto, no resulta necesaria la acreditación de si los acuerdos alcanzados por las empresas del cártel tuvieron o no efectos”.

El mismo criterio es asumido en el ámbito del Derecho de la Unión Europea en relación con las conductas restrictivas de la competencia descritas en el apartado 1 del artículo 101 del TFUE, como así se refleja expresamente en las Directrices de la Comisión Europea sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, que establecen en su párrafo 24:

“Se entiende por restricciones de la competencia por el objeto aquéllas que por su propia naturaleza poseen el potencial de restringir la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. Cuando se haya demostrado que un acuerdo tiene un objeto contrario a la competencia, no es necesario examinar sus efectos reales o posibles en el mercado”

⁴⁹⁵ Entre otras, Resoluciones del Consejo de la CNC de 31 de enero de 2010, Expte. S/0084/08 Fabricantes de Gel; de 12 de enero de 2012, Expte. S/0179/09, Hormigón y productos relacionados y de 2 de agosto de 2012, Expte. S/0287/10, Postensado y Geotecnia y Resoluciones de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 5 de marzo de 2015, Exptes. S/0489/13 Concesionarios OPEL, S/0486/13 Concesionarios Toyota, S/0488/1313 Concesionarios Hyundai y S/0487/13 Concesionarios Land Rover y de 28 de mayo de 2015 Expte S/0471/13 Concesionarios Audi/Seat/VW; de 3 de diciembre de 2015 de Expte. S/0481/13 Construcciones modulares; de 7 de abril de 2016, Expte. S/0503/14 Fabricantes de Turrón; de 26 de mayo de 2016, Expte. S/DC/0504/14 AIO y de 9 de marzo de 2017, Expte. S/DC/0512/14 Transporte Balear de Viajeros.

En todo caso, esta Sala considera que las conductas descritas anteriormente sí han ocasionado efectos en el mercado por cuanto ha quedado claramente acreditado que fueron implementados, con efectos reales sobre los clientes afectados por los mismos en cada uno de los cárteles imputados y acreditados.

En primer lugar, no debe olvidarse que la mera aquiescencia sobre un determinado comportamiento anticompetitivo en el mercado disminuye, sino elimina, la incertidumbre de las empresas a la hora de diseñar su estrategia comercial⁴⁹⁶. Esta disminución de la incertidumbre permite a las empresas adaptar su comportamiento comercial, normalmente en perjuicio de los clientes que, como consecuencia del acuerdo, no pueden acceder a una determinada oferta de un operador en el mercado. Oferta que, recuerda esta Sala, sí estaría disponible en ausencia del pacto de no agresión en cada caso. La disminución de la incertidumbre crea un clima de mayor seguridad y estabilidad entre los participantes de cada uno de los cárteles imputados.

El efecto de compartimentación de mercado se ve agravado en aquellos casos en los que un determinado operador acuerda, mantiene e implementa este tipo de restricciones sobre las ofertas que pueden realizarse a sus clientes con más de un operador. Esto es, es obvio que los efectos en el mercado de uno solo de estos acuerdos de reparto de mercado entre dos operadores son limitados, pero no inexistentes, puesto que tienen efectos sobre los clientes específicos afectados por ese pacto en concreto, respecto de los cuales han podido construir ámbitos de actuación libres de la competencia de la contraparte. No obstante, el grado de su nocividad y aptitud para restringir la competencia se revela con toda su intensidad a medida que un determinado operador va reproduciendo el mismo tipo de acuerdo con sus distintos proveedores y, a su vez, sus proveedores con otros operadores de este mercado. Y ello sin perjuicio de los efectos concretos que los cárteles imputados y acreditados han tenido en su conjunto en el mercado⁴⁹⁷. En este sentido, recientemente la Audiencia Nacional ha afirmado que, pese a que el análisis y tratamiento de las conductas se realice de forma individual, no puede obviarse el impacto que la actuación en paralelo y al mismo tiempo de diferentes empresas puede tener para el interés público afectado:

“la CNC ha indicado a la recurrente que el tratamiento y análisis de su conducta se realiza de forma individual, como efectivamente se ha hecho y procede hacerlo cuando se trata de una infracción del artículo 3 de la LDC, pero no cabe duda de que la actuación en paralelo y al mismo tiempo de diferentes empresas del sector es un hecho que no puede obviarse y que tiene indudable trascendencia en la intensidad con la que el interés público resulta vulnerado.” (Énfasis añadido).

En todo caso, como ya se ha avanzado, la posible escasa repercusión que haya podido tener la conducta en el mercado no es pertinente a la hora de calificar una infracción, mucho menos si se trata de una restricción por objeto. Por ello, las alegaciones de REDYSER, TOURLINE, DHL e ICS en este sentido,

⁴⁹⁶ Sentencia del TS de 8 de junio de 2015, rec. de casación núm. 3253/2014, en el asunto *Fabricantes de Gel*, FJ 9 y Sentencia del TS de 27 de octubre de 2015, rec. de casación núm. 1039/2013, en el asunto *Bombas de Fluidos*, FJ 3.

⁴⁹⁷ Ver la Resolución de la CNC de 17 de septiembre de 2013, en el expediente S/410/12, *Ascensores-2*, confirmada por la Audiencia Nacional en su Sentencia de 20 de julio de 2016, (rec. núm. 516/2013).

fundamentadas en lo pequeño de su cuota conjunta en cada uno de los pactos en los que participan, carecen de relevancia.

4.6. Análisis de la culpabilidad

Habiendo quedado acreditadas y calificadas las conductas como contrarias a la LDC, el artículo 63.1 de la LDC condiciona el ejercicio de la potestad sancionadora en materia de multas por parte de la autoridad de competencia a la concurrencia en el sujeto infractor de dolo o negligencia en la realización de la conducta imputada.

En efecto, en el ámbito del derecho administrativo sancionador⁴⁹⁸ no tiene cabida la responsabilidad objetiva en la comisión de una infracción, siendo imprescindible el elemento de culpabilidad, lo que supone que la conducta antijurídica sea imputable al sujeto pasivo autor de la conducta.

Así se interpreta la expresión recogida en el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC)⁴⁹⁹, cuando establece que sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos, debiendo necesariamente imputar dicha responsabilidad a título de dolo o culpa, entendida ésta como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

Esta Sala considera que ha quedado acreditado que las empresas responsables de las infracciones imputadas conocían y eran conscientes de la ilicitud de las conductas llevadas a cabo.

El carácter secreto de los acuerdos, las quejas de algunas empresas (franquiciadas de MBE, comerciales de GLS, etc.), el control del cumplimiento de los acuerdos y el señalamiento de los incumplidores, las precauciones de algunos comerciales (señalando que prefieren hablarlo y no dejar nada por escrito), así como la capacidad de medios personales y económicos de las empresas o la duración de las conductas, son elementos suficientes para considerar la existencia de una actuación consciente y querida por las partes sin que pueda apreciarse un desconocimiento del comportamiento ilícito por ninguna de las empresas.

El grado de implicación mayor de unas empresas (con varios pactos de no agresión simultáneos) versus otras (con solo un pacto) no es relevante a los efectos del análisis de la concurrencia del elemento de culpabilidad y será relevante únicamente a los efectos del cálculo de la multa.

Concorre, por tanto, el elemento de culpabilidad de las empresas en la comisión de las infracciones constatadas en la presente resolución.

4.7. Exención del pago de la multa a GLS y GLS, BV

⁴⁹⁸ Por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2004, rec. núm. 174/2002.

⁴⁹⁹ Hoy artículo 28 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

La Dirección de Competencia ha propuesto a esta Sala que, en aplicación del programa de clemencia, se exima del pago de la multa a GENERAL LOGISTICS SPAIN, S.L., a su matriz GENERAL LOGISTICS SPAIN, B.V. y a su matriz última ROYAL MAIL PLC, de acuerdo con la exención condicional concedida con fecha 10 de noviembre de 2015, de conformidad con los artículos 65.1.a) de la LDC y 47.1 del RDC.

Una vez analizada y valorada la propuesta de la Dirección de Competencia, esta Sala acoge favorablemente la misma, y considera que procede eximir a GLS y sus matrices del pago de la multa por las conductas aquí sancionadas, toda vez que tanto la información facilitada como la actitud de GLS a lo largo del procedimiento, cumplen estrictamente con los requisitos exigidos en el artículo 65 de la LDC y las normas en desarrollo de éste, incluido el programa de clemencia.

En efecto, la información aportada por GLS en su solicitud de exención del pago de la multa fue determinante no sólo para ordenar la primera inspección en la sede de CEX sino también para la posterior identificación, cotejo e interpretación del conjunto de la documentación recabada en el conjunto de inspecciones.

QUINTO. RESPUESTA AL RESTO DE ALEGACIONES A LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN Y OTRAS CUESTIONES PLANTEADAS EN FASE DE RESOLUCIÓN

5.1. Caducidad del procedimiento

REDYSER reitera en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución la caducidad del expediente por el hecho de que haya transcurrido un periodo de 21 meses desde la presentación de la solicitud de clemencia por GLS hasta la incoación del expediente y 31 meses hasta la notificación del PCH y considera insuficientes las explicaciones proporcionadas al respecto por la Dirección de Competencia en la Propuesta de Resolución. En su opinión, la ausencia de motivación sobre la extensión de estos periodos conlleva admitir una potestad absoluta a la CNMC para extender la fase de información reservada indefinidamente en el tiempo, lo que provocaría también indefensión.

Respuesta de la Sala de Competencia

De conformidad con el artículo 36.1 de la LDC el cómputo del plazo del procedimiento sancionador por conductas restrictivas de la competencia tiene como fecha de inicio la del acuerdo de incoación del procedimiento sancionador. Este es, por tanto, el *dies a quo* que debe ser tenido en cuenta para el cómputo del plazo de caducidad del mismo.

Con anterioridad al inicio del procedimiento sancionador, el artículo 49 de la LDC permite a la Dirección de Competencia llevar a cabo lo que la propia norma denomina “información reservada”, que tiene como finalidad dotar al futuro órgano instructor de un periodo de tiempo necesario para depurar de manera

previa, mediante las averiguaciones indispensables, si concurren indicios suficientes para la iniciación del procedimiento sancionador. No constituye, por tanto, periodo procedimental, ni está sujeto a plazos, si bien, como ha señalado la jurisprudencia, tampoco puede servir al órgano instructor para ganarle tiempo al posterior procedimiento al convertirla en una especie de fase de instrucción previa.

En el caso concreto del expediente aquí resuelto, cabe poner de manifiesto varias circunstancias que justifican el periodo de información reservada del que ha dispuesto la Dirección de Competencia con carácter previo al inicio del procedimiento sancionador.

El procedimiento sancionador tiene su origen en una solicitud de clemencia por parte de una de las empresas infractoras presentada el día 13 de octubre de 2014, a la que se le piden varias aclaraciones posteriormente. Una vez analizada esta información, la Dirección de Competencia decidió iniciar el periodo de información reservada llevando a cabo, los días 11 y 12 de noviembre de 2015 una primera inspección en la sede de CEX requiriendo información tanto a la solicitante de clemencia como a la inspeccionada. Las actuaciones de inspección fueron cuestionadas por CEX el 23 de noviembre de 2015 mediante la interposición de un recurso que fue desestimado por esta Sala el 4 de febrero de 2016⁵⁰⁰. Durante esa primera inspección, la Dirección de Competencia recabó indicios sobre la existencia de acuerdos colusorios distintos de los declarados por el solicitante de clemencia en el mismo mercado, aunque protagonizados por distintos operadores. Así, a la vista de la documentación recabada en esa primera inspección, la Dirección de Competencia realizó nuevas inspecciones simultáneas en las sedes de REDYSER, ICS y MBE. Tras estas segundas inspecciones, los días 20 y 21 de abril de 2016, hubo que resolver un nuevo recurso contra las actuaciones de inspección de REDYSER, que fue desestimado por Resolución del Consejo de 30 de junio de 2016⁵⁰¹, y se remitieron varios requerimientos de información a las empresas luego imputadas para dilucidar la naturaleza, características y duración de los acuerdos a los que se referían los indicios recabados durante las inspecciones. El detalle factual de los hechos acreditados en este expediente es significativo y, analizada la documentación en trámite de información reservada, la Dirección de Competencia acordó la incoación del expediente sancionador.

A la vista del volumen de información que se ha recabado por la Dirección de Competencia en las múltiples inspecciones realizadas y requerimientos a las empresas, es evidente que nos encontramos ante un expediente ciertamente complejo en que se han analizado varias infracciones cometidas por un número elevado de empresas, y por ello no puede considerarse que el periodo de información previa utilizado por la Dirección de Competencia para recabar toda la información mínima necesaria para iniciar el procedimiento sancionador sea excesivo.

⁵⁰⁰ R/AJ/121/15 ; CORREOS EXPRESS. Contra la Resolución de la Sala de Competencia, CEX interpuso ante la Audiencia Nacional recurso contencioso-administrativo ordinario pendiente de resolución.

⁵⁰¹ R/AJ/036/16 ; REDYSER.

En la sentencia de 21 de octubre de 2015, el Tribunal Supremo reitera que dado que la información reservada es admisible en la medida en que se limite al fin que la justifica, esto es, reunir los datos e indicios iniciales que sirvan para juzgar sobre la pertinencia de dar paso al expediente sancionador, no está sujeta a plazo de caducidad, ni el período de tiempo durante el cual se lleva a cabo puede computarse a efectos de medir la duración del expediente administrativo sancionador⁵⁰²:

“Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2007 anteriormente citada “En la medida en que aquellas diligencia[s] previas o preparatorias sirvan al fin que realmente las justifica, esto es, reunir los datos e indicios iniciales que sirvan para juzgar sobre la pertinencia de dar paso al expediente sancionador, y no se desnaturalicen transformándose en una alternativa subrepticia a este último, ninguna norma las somete a un plazo determinado y, por lo tanto, no quedan sujetas al instituto de la caducidad.

En este caso no se aprecia por la Sala, que se haya producido esa desnaturalización de la información reservada, ni que se haya utilizado abusivamente la misma”.

En este caso, tampoco esta Sala aprecia un uso abusivo del periodo de información reservada. Es más, el hecho de que la Dirección de Competencia haya tardado un determinado tiempo en iniciar el procedimiento obedece al esfuerzo de análisis del elevado número de elementos que obran en el expediente de forma suficiente para garantizar que no se incoe un procedimiento sancionador sin las debidas garantías para los incoados. Asimismo, cabe recordar que toda esta ingente información recabada en la fase previa al procedimiento ha sido puesta a disposición de las partes para que alegaran lo que estimasen conveniente a lo largo del procedimiento.

Por otro lado, el presente procedimiento fue incoado el 22 de julio de 2016, viniendo determinada la fecha de caducidad por los 18 meses del plazo más 30 días que estuvo suspendido por remisión a la Comisión Europea (Acuerdo de suspensión de 27 de octubre de 2017 y Acuerdo de levantamiento de la suspensión de 27 de noviembre de 2017), más 18 días que estuvo suspendido por solicitud de información necesaria para resolver (Acuerdo de suspensión de 25 de enero de 2018 y Acuerdo de levantamiento de la suspensión de 13 de febrero de 2018), más un día; de manera que la fecha de caducidad de este procedimiento es el 12 de marzo de 2018.

5.2. Validez de las inspecciones de CEX y MBE

ICS alega que la inspección domiciliaria desarrollada en su sede los días 20 y 21 de abril fue desproporcionada. Afirma en concreto que la Dirección de Competencia no obtuvo nada que no hubiera podido ser aportado voluntariamente por ICS si se le hubiera requerido al efecto y que tan solo ha

⁵⁰² Sentencia del TS de 21 de octubre de 2015, rec. Nº 1755/2013, desestimando el recurso de casación interpuesto por ITT WATER & WASTEWATER ESPAÑA, S.A. en relación con la Resolución de la CNC de 24 de junio de 2011 en el Expte. S/0185/09 Bombas de Fluidos.

incorporado al expediente unos pocos correos electrónicos (internos en su mayoría) como reveladores de conductas comerciales criticables.

Respuesta de la Sala de Competencia

En relación con las inspecciones de los días 20 y 21 de abril, la Sala se remite en gran medida a lo ya dicho en la Resolución de 30 de junio de 2016 (R/AJ/035/16), anteriormente mencionada, en la que se suscribía el informe de la Dirección de Competencia en todos sus términos, señalando: (i) que los indicios en que se basó la Dirección de Competencia para tomar la decisión de llevar a cabo una inspección fueron ciertos y fundados, y así lo creyó también el juez de lo contencioso-administrativo que autorizó la entrada en la sede de las empresas inspeccionadas; (ii) que la Orden de Investigación cumplía con los requisitos establecidos por el Ordenamiento jurídico, estando el objeto señalado en la misma suficientemente delimitado como para considerar dicha orden, y la inspección ejecutada a su amparo, como conformes a Derecho y (iii) que el derecho de defensa no se vulneró, habiendo las empresas tenido conocimiento del alcance de la inspección y por tanto del alcance de sus obligaciones, fuera de que el incumplimiento del deber de colaboración no se ha planteado en ningún momento, sin que pudiera deducirse vulneración alguna al derecho a la inviolabilidad del domicilio en la actuación inspectora, descartando igualmente la existencia de cualquier perjuicio irreparable en los derechos de la recurrente.

5.3. Delimitación del mercado afectado

ICS alega que su ámbito de actuación se limita al territorio de Madrid y que no estaría presente en el mercado de la mensajería y paquetería nacional pues no tiene capacidad comercial ni logística para atender necesidades de demanda fuera de esta Comunidad. Entiende que, si no puede competir fuera de Madrid, no forma parte de un mercado nacional. TOURLINE también apoya esta alegación.

Por su parte REDYSER considera que el mercado de las valijas financieras constituye un mercado diferenciado al de la mensajería y paquetería empresarial. En apoyo de esta alegación, explica que tiene características propias (horarios y puntos fijos de recogida y reparto, tarificación por precio unitario fijo con una determinada periodicidad, ...) y exige una gran capilaridad (pues el servicio se realiza entre oficinas geográficamente muy diseminadas).

Respuesta de la Sala de Competencia

En cuanto a la alegación de ICS y TOURLINE en relación con la delimitación del ámbito geográfico, en consonancia con la DC, la Sala considera que el mercado de la mensajería y paquetería empresarial urgente, afectado por estas conductas, es de ámbito nacional. Los contratos se negocian con los clientes principalmente a nivel nacional, tanto para envíos nacionales como internacionales, y con independencia del destino de los paquetes dentro de España o en el extranjero. El hecho de que una determinada empresa tenga una

presencia más significativa en una determinada área del país no es determinante para limitar el mercado a ese ámbito. Sobre este particular, conviene recordar, además, que el mercado afectado por la infracción no tiene por qué coincidir con el mercado relevante⁵⁰³. El concepto mercado afectado por la conducta infractora no viene determinado por el territorio en el que las condiciones de competencia son homogéneas, sino por el espacio geográfico en el que la infracción analizada haya producido o sea susceptible de producir efectos sobre las condiciones de competencia efectiva.

Además, DHL en sus alegaciones admite que el ámbito geográfico de su acuerdo de prestación de servicios con ICS sería nacional (abarca según DHL el 99,7% del territorio nacional), al igual que, en su caso, las restricciones a él aparejadas. Y debe tomarse asimismo en consideración que ICS, a través de la subcontratación de sus servicios con distintos proveedores, sí tiene presencia a nivel nacional y compite con el resto de operadores que desarrollan su actividad en ese ámbito geográfico, lo hagan directamente o, al igual que ICS, subcontratando la prestación de servicios allí donde es necesario.

En el caso de ICS, el hecho de que opere en un ámbito geográfico más reducido puede tener reflejo a los efectos del cálculo de la multa, pero no para su exclusión de la imputación realizada en el expediente.

En cuanto a la alegación de REDYSER, en relación con la delimitación del mercado de producto, esta Sala confirma el análisis realizado por la Dirección de Competencia. El mercado relevante ha sido delimitado como la prestación de servicios de envío urgente de mensajería y paquetería empresarial de documentos y paquetes de tamaño pequeño destinados a empresas (B2B), con origen o destino fuera de España. Esta definición se apoya tanto en la práctica decisoria de la CE⁵⁰⁴, como en el análisis del Informe de la CNMC de Análisis del sector postal y del sector de la mensajería y paquetería de 1 de diciembre de 2016⁵⁰⁵ (ver apartados 65 a 92 de la PR).

Este mercado así delimitado tiene dos características principales:

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

⁵⁰³ Resoluciones de la CNC de 12 de enero de 2012, Expte. S/0179/09 Hormigón y productos relacionados; de 23 de mayo de 2013, Expte. S/0303/10 Distribuidores Saneamiento y de 30 de julio de 2013, Expte. S/0380/11 Coches de alquiler y sentencias de la AN de 30 de noviembre y 12 y 27 de diciembre de 2013 y 26 de marzo de 2014, desestimando recursos contra la Resolución de 12 de enero de 2012, Expte. S/0179/09 Hormigón y productos relacionados y sentencia de la AN de 8 de marzo de 2013, rec. núm. 540/2010, confirmada por Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2015.

⁵⁰⁴ Decisiones de la CE en los Asuntos COMP/M.6570 UPS/TNT Express de 30 de enero de 2013 (http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6570_20130130_20610_4241141_EN.pdf) y COMP/M.7630 FedEx/TNT de 8 de enero de 2016 (http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7630_4582_4.pdf), englobando dentro de los servicios de entrega de paquetes pequeños hasta los 31,5 kg, el peso estimado que puede ser manejado por una persona.

⁵⁰⁵ Informe de la CNMC de 1 de diciembre de 2016 sobre el Análisis del Sector Postal y del Sector de la Mensajería y Paquetería, INF/DTSP/001/16, disponible en: <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/postal>, que refiere que esta misma segmentación del sector es la que hace la Comisión Europea, por ejemplo, en el "Report from the Commission to the European Parliament and Council on the application of the Postal Services Directive" de 17 noviembre de 2015.

- La alta diferenciación de los productos, pues el servicio prestado se caracteriza por: la rapidez de entrega (entrega urgente o entrega estándar); la cobertura geográfica (servicios nacionales o internacionales); y la calidad del servicio (fiabilidad, seguridad, capacidad de seguimiento de los envíos, etc.).

Conforme a lo anterior, lo determinante no es el contenido de los paquetes a enviar sino el carácter urgente de dicha prestación de servicios.

Los servicios de valijas financieras no se han considerado como un mercado separado ni por la práctica decisoria de la Comisión Europea ni por la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la CNMC en consonancia con los informes de la Dirección de Transportes y Sector Postal de esta Comisión. Además, también es contraria a la realidad de los servicios prestados pues, según se ha analizado en el expediente, el servicio de valijas financieras no deja de ser un servicio de envío urgente, que se presta con periodicidad diaria entre dos o más destinos fijos, de documentos y paquetes de tamaño pequeño entre empresas (entidades financieras). De hecho, como pone de manifiesto la DC, así lo reconoce también REDYSER cuando publicita el servicio de valija empresarial en su página web como un servicio más de todos los que presta⁵⁰⁶. En concreto, caracteriza dicha prestación como el:

“Servicio regular de documentación y/o paquetería entre dos o más puntos de todo el territorio nacional con una frecuencia fija.

Características:

*Versiones adaptadas: Ida, ida y vuelta, diaria, semanal, días alternos,...
Para todo el territorio nacional, incluyendo Canarias, Ceuta y Melilla.
Peso máximo: 30 Kg. por bulto.
Volumen: la relación peso/volumen a aplicar tendrá la siguiente equivalencia: Aéreo 167 Kgs./m³, Terrestre 250 Kgs./m³, Marítimo 333 Kgs./m³”.*

Se ha constatado también cómo otras empresas imputadas en el expediente incluían los servicios de transporte de valijas como un servicio más relacionado dentro de los generales de paquetería y mensajería, sin que conste ninguna especificación por tratarse de valijas. Así, por ejemplo, en el caso del contrato de prestación de servicios entre ICS y TOURLINE de 1 de noviembre de 2011 se incluía la recogida, transporte y entrega en destino de los envíos de sobres, paquetes o valijas⁵⁰⁷, sin mayor detalle. También en el contrato de prestación de servicios de CEX con ICS suscrito el 30 de marzo de 2012, se pactaba con ICS “la recogida, transporte y entrega en destino de los envíos de sobres, paquetes o valijas”⁵⁰⁸, sin mayor especificidad ni característica que diferencia a estas valijas de otros productos.

⁵⁰⁶ Información disponible en la página web de REDYSER (<http://www.redyser.com/servicios#valija-empresarial>).

⁵⁰⁷ Contrato de 1 de noviembre de 2011 entre ICS y TOURLINE, recabado en la inspección de ICS (folios 786 a 796) y aportado también por TOURLINE a requerimiento de la Dirección de Competencia (folios 2595 a 2605).

⁵⁰⁸ Contrato de 30 de marzo de 2012, aportado por ICS en la inspección de su sede (folios 805 a 815 y 4530 a 4540).

Por tanto, en opinión de esta Sala no tiene fundamento la alegación de REDYSER, y se considera debidamente acreditado que los servicios de mensajería relacionados con las valijas financieras forman parte del mercado afectado delimitado en el este expediente y definido como el de la mensajería y paquetería empresarial.

5.4. Vulneración de derechos de defensa

La mayoría de empresas imputadas alegan que durante la instrucción realizada por la Dirección de Competencia se habrían vulnerado sus derechos de defensa. En concreto, consideran que, en vulneración del principio acusatorio, se habría invertido la carga de la prueba en las imputadas. Más específicamente, CEX, DHL y REDYSER acusan a la Dirección de Competencia de realizar una interpretación de la prueba recabada que va más allá de “reconstruir algunos detalles por deducción” y se acerca más bien a la construcción de un relato paralelo a la realidad dirigido a proteger el programa de clemencia.

También son generalizadas (MBE, Tourline, FEDEX, TNT, UPS, ICS y CEX) las alegaciones que acusan a la Dirección de Competencia de realizar un análisis genérico y descontextualizado y de una falta de concreción que dificulta a las empresas interpretar los hechos que se les imputan. La DC no habría individualizado suficientemente las conductas y pruebas que acreditarían la infracción que se les imputa, habiendo mezclado situaciones que la propia Dirección de Competencia considera admitidas, con otras que no.

MBE, además, acusa a la Dirección de Competencia de falta de diligencia, rigor y coherencia, lo que vulneraría también el principio de presunción de inocencia y sus derechos de defensa, porque (i) utiliza como prueba correos electrónicos que se corresponden con el periodo en el que MBE y UPS pertenecían al mismo grupo (paraf. 312-315 y 398 de la PR) y (ii) utiliza para apuntalar su imputación incidentes comerciales relativos a las restricciones accesorias admitidas por la propia Dirección de Competencia (paraf. 337, 338, 340 a 343 que reproducen textualmente el PCH y no tiene en cuenta las alegaciones de MBE en este sentido). El silencio de la Dirección de Competencia sobre estas alegaciones de nuevo sume a MBE en la incertidumbre porque no le aclara qué tipo de restricciones están permitidas y cuáles no, lo que pondría en peligro su modelo de negocio al generar mucha incertidumbre pro futuro en relación con otros mercados donde operan relaciones verticales similares.

Por su parte FEDEX alega que en su caso no se ha mencionado ningún cliente concreto en su relación comercial con CEX, generándole indefensión.

Por último, TOURLINE, FEDEX, TNT y REDYSER critican que la Dirección de Competencia no haya analizado las pruebas de descargo aportadas durante el expediente con carácter previo a la PR y/o que no haya intentado rebatir las explicaciones alternativas plausibles aportadas, cercenando su posibilidad de presentar pruebas alternativas, vulnerando así sus derechos de defensa.

Sobre este aspecto concreto alega Correos indefensión, la denegación de una práctica que consideraba decisiva por su potencial exculpatorio; en particular, CEX solicitó que se hicieran requerimientos a todos los clientes de CEX citados en el PCH para que aclarasen los servicios prestados, al objeto de constatar qué pactos merecían una calificación de cártel y cuáles no por tratarse de restricciones accesorias permitidas.

Respuesta de la Sala de Competencia

En relación con esta alegación, esta Sala no encuentra motivos para afirmar que de la lectura de la PR no es posible conocer con exactitud cuáles son las pruebas concretas en las que la Dirección de Competencia basa sus afirmaciones y que por tanto se le ha generado indefensión, pues los hechos acreditados en dicha PR son prolijos en reproducir correos electrónicos y otras pruebas en las que la Dirección de Competencia basa sus imputaciones; cuestión distinta es que CEX no comparta el criterio de la Dirección de Competencia para determinar cuáles de esas pruebas acreditan o no la existencia de una conducta anticompetitiva o, dicho de otra forma, considere que se han incluido en los hechos acreditados comunicaciones que se corresponden con la conducta que la Dirección de Competencia no imputa, lo que, en su caso, podría recriminarse como causa de confusión pero no de indefensión, pues tal y como prueba el escrito presentado por Correos, le ha sido perfectamente posible identificar de forma precisa qué clientes considera que corresponderían a pactos que la Dirección de Competencia consideraba lícitos.

En todo caso, la presente Resolución acredita la participación de las empresas imputadas en determinados acuerdos consistentes en un reparto de clientes, que abarcaba a clientes ajenos a sus relaciones comerciales y a clientes de ambas partes (no sólo a los clientes del comprador). En consonancia con estos criterios, que sí fueron explicitados por la Dirección de Competencia en su análisis, tal y como reconoce, por ejemplo, CEX en su escrito de alegaciones (párrafo 39), la presente Resolución ha revisado las pruebas de cargo y ha elaborado un listado exhaustivo y pormenorizado de cada uno de los pactos y pruebas específicas, ordenados de forma cronológica, en los que se basa la imputación realizada. En consecuencia, ha quedado claro, en opinión de esta Sala, el criterio que se ha seguido en la imputación de las conductas y las pruebas de cargo que, en concordancia con ese criterio, se han utilizado para sostener dichas imputaciones.

Asimismo se considera que tanto la PR como la contestación a las alegaciones en la presente Resolución han analizado de forma pormenorizada las pruebas de descargo aportadas y han rebatido extensamente las explicaciones alternativas expuestas por las empresas, siendo prueba de ello el análisis incluido en el apartado 4 de esta Resolución, en el que a continuación de la descripción de cada pacto imputado, se han incorporado todas las alegaciones relativas a la acreditación de los hechos de tales pactos y la contestación a las mismas.

En cuanto a la prueba solicitada por CEX y no practicada, tampoco en este caso puede decirse que la no realización de dicha prueba haya generado indefensión a CEX al haber producido una inversión de la carga de la prueba. La Dirección de Competencia ha considerado que las comunicaciones y pruebas de que disponía acreditaban de forma suficiente los servicios que prestaba cada cliente sin necesidad de realizar un requerimiento de información adicional. Que CEX considere que las comunicaciones aportadas por la Dirección de Competencia no son suficientes para aclarar qué tipo de servicios prestaba cada cliente y que serían necesarias pruebas adicionales para esclarecer ese extremo es comprensible pero también lo es que sea la propia empresa quien realice y aporte tales pruebas, pues lo ocurrido es que CEX no considera suficiente la prueba aportada por la Dirección de Competencia, lo que es bien distinto a que la Dirección de Competencia no haya aportado pruebas e invertido, por tanto, la carga de la mismas. En cualquier caso, no resulta posible hablar de indefensión, pues en fase de resolución es posible valorar lo acontecido en fase de instrucción y, en su caso, esta Sala podría haber considerado la pertinencia y necesidad de realizar esa prueba o de obtener aclaraciones adicionales acerca de los servicios que presta cada cliente de los mencionados en el PCH, lo cual tampoco ha estimado necesario al entender que las comunicaciones que obran en el expediente aportan suficiente información acerca de tal extremo, como para poder determinar qué pactos constituyen un cártel y qué pruebas lo acreditan, de acuerdo con lo explicado en el Fundamento de Derecho Cuarto de esta resolución.

Por lo que respecta a la alegación de MBE relativa a que la DC ha utilizado como prueba correos electrónicos que se corresponden con el periodo en el que MBE y UPS pertenecían al mismo grupo, dicho extremo ya se tuvo en consideración por la DC en la PR aunque no se variasen los hechos acreditados del PCH y, en todo caso, el apartado 4.2.1 de la presente Resolución explicita la siguiente aclaración: *“Al tratarse de entidades pertenecientes a un mismo grupo empresarial y unidad económica de decisión hasta mayo 2009, no resultaba aplicable el artículo 1 LDC y/o art. 101 TFUE. No obstante, tras la venta del negocio MBE fuera de los Estados Unidos por UPS, ambas pasaron a ser entidades independientes, debiendo desde entonces respetar las normas de competencia”*.

5.5. Vulneración del principio de presunción de inocencia

Prácticamente todas las imputadas alegan la vulneración del principio de presunción de inocencia. Exigen que, en virtud de este principio, cuando existe una interpretación alternativa de los hechos, hay que adoptar la que resulte más favorable al imputado. Aluden a la Sentencias del TJUE Total Marketing Services C-634/13 P, apartado 26 y a la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2016, rec. núm. 1571/2013 y de 28 de junio de 2013, rec. núm. 1947/2010 y a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de febrero de 2017, rec. núm. 81/2013.

TOURLINE en concreto alude a la vulneración de este principio al menos en relación con el periodo 2011 y 2013, cuando afirma que la prueba tomada por la Dirección de Competencia sobre la que sustenta la infracción no es admisible sin vulnerar la presunción de inocencia en la medida en que no existe prueba alguna de contactos bilaterales. Por su parte REDYSER considera que la Propuesta de Resolución no demuestra si quiera indiciariamente su participación en un cártel. Afirma haber proporcionado una explicación alternativa, precisa y coherente y haber aportado pruebas que no han sido valoradas por la Dirección de Competencia y que la prueba exigida en contrario por la Dirección de Competencia sería una prueba diabólica: demostrar que NO ha participado en una práctica anticompetitiva. Acusa en definitiva a la Dirección de Competencia de realizar una interpretación subjetiva e infundada de los documentos probatorios del expediente.

Por su parte DHL apunta en relación con la vulneración principio de inocencia respecto del último periodo de la conducta, que la jurisprudencia de los tribunales comunitarios, cita Aalborg C-441/11 P permite rellenar huecos en los periodos de la infracción, pero no extender la infracción al inicio o al final de la misma.

Respuesta de la Sala de Competencia

El Tribunal Constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional número 175/2012, de 15 de octubre de 2012, en relación con el rec. de amparo núm. 2675/2009 estableció que:

*“la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que: 1) el hecho o los hechos bases (o **indicios**) han de estar **plenamente probados**; 2) los **hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados**; 3) se pueda **controlar la razonabilidad de la inferencia**, para lo que es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y, sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, "en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes".(énfasis añadido).*

En aplicación de esta doctrina, se ha pronunciado recientemente la Audiencia Nacional en sentencia de 6 de febrero de 2017⁵⁰⁹:

“SEGUNDO.- De la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida en reiteradas sentencias (174/1985, 175/1985, 229/1988), puede sentarse que, el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha

⁵⁰⁹ Sentencia de la AN de 6 de febrero de 2017, rec. núm. 81/2013, en el ámbito del Expte S/0293/10 TRANSCONT

presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados- no puede tratarse de meras sospechas- y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, se si ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo.

Hay que resaltar que estas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de la defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o concertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda (...). (Énfasis añadido).

Así, conforme a la doctrina constitucional, el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción sobre la comisión de la infracción pueda formarse sobre la base de prueba indiciaria. De hecho, en relación con las infracciones del derecho de la competencia, como deja intuir la Audiencia Nacional, constituyen la excepción los casos donde las partes reflejan claramente y por escrito sus acuerdos anticompetitivos, estableciendo nítidamente las pautas de concertación y el objeto restrictivo de la competencia que puedan perseguir. En la gran mayoría de los casos las infracciones del derecho de la competencia deben inferirse de una serie de indicios que, considerados en conjunto, a falta de otra explicación plausible, constituyen pruebas por presunciones de una infracción⁵¹⁰. Negar esta posibilidad, conduciría como advierte la Audiencia Nacional a la impunidad de las infracciones del derecho de la competencia.

Por otro lado, como afirma el TGUE, Sentencia de 12 de diciembre de 2014, en el asunto T-562/08, *Repsol Lubricantes y Especialidades, S.A*, aunque es necesario que se pongan de manifiesto pruebas precisas y concordantes, no es necesario que lo sean todos y cada uno de los elementos de la infracción:

*“También hay que señalar que, en la práctica, la Comisión se ve obligada con frecuencia a **probar la existencia de una infracción en circunstancias poco propicias** para ello, pues es posible que hayan transcurrido varios años desde la época de los hechos constitutivos de la infracción y que algunas de las empresas investigadas no hayan cooperado activamente con ella. Aunque incumbe necesariamente a la Comisión demostrar la celebración de un acuerdo ilícito de fijación de precios, sería excesivo exigirle además que aportase pruebas del mecanismo específico previsto para alcanzar dicho objetivo. En efecto,*

⁵¹⁰ Sentencias del TS de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997, 26 de octubre de 1998, 28 de enero de 1999, 6 de marzo de 2000 y 26 de abril de 2005.

resultaría demasiado fácil para una empresa infractora eludir toda sanción si pudiera utilizar como argumento la vaguedad de las informaciones presentadas sobre el funcionamiento de un acuerdo ilícito, cuando la existencia del acuerdo y su finalidad contraria a la competencia han quedado sin embargo suficientemente acreditadas. En tal situación, las empresas pueden defenderse adecuadamente en la medida en que tengan la posibilidad de formular observaciones sobre todas las pruebas invocadas en su contra por la Comisión (sentencia del Tribunal de 8 de julio de 2004, JFE Engineering y otros/Comisión, T-67/00, T-68/00, T-71/00 y T-78/00, Rec. p. II-2501, apartado 203).

*(...) En cambio, en los casos en los que la Comisión se ha basado en pruebas documentales, **incumbe a las empresas afectadas no sólo presentar una alternativa verosímil a su tesis, sino también objetar la insuficiencia de las pruebas utilizadas en la decisión impugnada para demostrar la existencia de la infracción** (sentencia JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 154 supra, apartado 187). Tal régimen de prueba no viola el principio de presunción de inocencia (véase en ese sentido la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999, Montecatini/Comisión, C-235/92 P, Rec. p. I-4539, apartado 181).*

*(...) Al ser notorias tanto la prohibición de participar en acuerdos y prácticas contrarios a la competencia como las sanciones a las que se pueden exponer los infractores, es habitual que las actividades que comportan tales prácticas y acuerdos se desarrollen clandestinamente, que las reuniones se celebren en secreto, y que la documentación al respecto se reduzca al mínimo. Por consiguiente, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que acrediten expresamente una toma de contacto entre los operadores afectados. **Aunque la Comisión descubra tales documentos, normalmente éstos sólo tendrán carácter fragmentario y disperso, de modo que con frecuencia resulta necesario reconstruir algunos detalles por deducción.** En consecuencia, en la mayoría de los casos, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia se infiere de ciertas **coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia** (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 98 supra, apartados 55 a 57; véase la sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión, citada en el apartado 98 supra, apartados 64 y 65, y la jurisprudencia citada)". (Énfasis añadido).*

Conforme a lo anterior, la carga de la prueba de la comisión de la infracción naturalmente corresponde a la CNMC, que debe proporcionar un enlace preciso, directo y razonable entre su convicción y los indicios fundados en los hechos acreditados⁵¹¹, pero es responsabilidad de las imputadas dar explicaciones

⁵¹¹ Recursos contra la Resolución de la CNC de 18 de octubre de 2007, Expte. 617/06, Cajas Vascas y Navarra; Sentencia del TS de 6 de marzo de 2000, en los rec. núm. nº 373/1993 y 50/1995 Ascensores; Sentencias de la AN de

plausibles y presentar pruebas en contrario que contrarresten la convicción a la que hay llegado la Administración⁵¹². No basta con que las empresas nieguen la imputación realizada, es necesario que muestren en detalle que la información no es correcta o que las conclusiones a las que ha llegado esta Dirección son erróneas o inconsistentes en el sentido de la sentencia del TS de 27 de octubre de 2015⁵¹³, remitiéndose a la sentencia del TGUE de 3 de marzo de 2011 Caso Siemens/Comisión, asunto T- 110/07, al referirse a la carga de la prueba.

En relación con este expediente, la Sala del Consejo considera que se cumplen los requisitos del examen constitucional del respeto al principio de la presunción de inocencia, sin que las partes hayan podido desvirtuar la convicción de la CNMC:

- (1) **Los hechos han quedado plenamente acreditados.** Las imputadas cuestionan la calificación que la Dirección de Competencia hace de los hechos o su contexto, pero no los hechos en sí (esto es, los correos electrónicos, actas de reuniones, documentos e incluso conversaciones a través de la aplicación Whastapp incautados). Además, conviene recordar en este punto que el expediente se inicia como consecuencia de una solicitud de clemencia, a cuyos documentos y explicaciones se les otorga un valor probatorio especialmente relevante⁵¹⁴. Aunque la solicitud solo abarcaba el pacto entre CEX y GLS, lo cierto es que las explicaciones proporcionadas en cuanto a los incentivos para restringir la competencia en el mercado y el modus operandi es similar, sino idéntico, en cada uno de los diez cárteles imputados (a excepción de CEX y REDYSER que presenta algunas particularidades específicas).

- (2) **Del mismo texto de muchas de las comunicaciones recabadas se infiere la comisión de una infracción del derecho de la competencia.** En efecto, tanto los numerosos documentos recabados durante las inspecciones como los aportados por el solicitante de clemencia o los incorporados como consecuencia de requerimientos de información, contienen frases y referencias explícitas a los pactos de no agresión objeto de este expediente. Se habla en concreto de “reglas de oro”⁵¹⁵ para respetarse de clientes, de elegancia a la hora de retirarse de un cliente⁵¹⁶, o sencillamente de las existencia de pactos de no agresión que hay que respetar o de requerimientos concretos para hacerlos cumplir⁵¹⁷. Son en su mayoría documentos que, incluso de evaluarse aisladamente,

24 de enero de 2013, rec. núm. 695/2011 interpuesto por FORCIMSA AOL, S.L. y de 29 de julio de 2014, rec. núm. 172/2013, interpuesto por *Pagola Poliuretanos, S.A.*; Sentencia de la AN de 6 de febrero de 2017, rec. núm. 81/2013, en el ámbito del Expte S/0293/10 *Transcont*.

⁵¹² Resolución del Consejo de la CNC de 18 de enero de 2010, Expte. S/0014/07 *Gestión de Residuos Sanitarios*.

⁵¹³ Sentencia del TS de 27 de octubre de 2015, rec. núm. 1667/2013, dictada en el ámbito del Expte. S/0185/09 *Bombas de Fluidos*.

⁵¹⁴ Ver *supra*, apartado 4.3.3.

⁵¹⁵ Correo electrónico con asunto: “RV: La importancia de nuestra imagen de Red”, remitido el 28 de septiembre de 2009 por un franquiciado MBE al Jefe de Red y Operaciones de MBE (folios 3703 a 3706), recabado en la inspección realizada en la sede de MBE.

⁵¹⁶ 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).

⁵¹⁷ Ver en general la descripción de los pactos de no agresión en el apartado 4.4. de esta Resolución.

permitirían sustentar la convicción de un ánimo infractor de las normas de competencia.

- (3) La Dirección de Competencia ha exteriorizado un **razonamiento lógico**, en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que las imputadas realizaron la conducta infractora. En efecto, esta Sala considera que se respeta la exigencia de razonabilidad del engarce entre los hechos acreditados y las conductas anticompetitivas que se declaran probadas y que se imputan a cada una de las empresas respecto de cada uno de los pactos de no agresión alcanzados. El mismo texto de los documentos recabados es suficientemente explicativo del sentido de los pactos de no agresión, su extensión y sus objetivos. Realmente, “*en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes*” resulta conforme a derecho concluir que con expresiones en las que se alude a pactos de no agresión y en las que se reflejan restricciones concretas sobre ofertas comerciales a clientes en cumplimiento de los mismos, lo lógico es deducir que las imputadas no solo están restringiendo la competencia en el mercado, sino que desean también hacerlo.

Sobre la valoración de los hechos acreditados y el razonamiento lógico desde los indicios a la calificación de la infracción, nos remitimos a lo expuesto en el apartado 4.4 de esta Resolución. En cuanto a las alegaciones de las partes sobre la falta de virtualidad y razonabilidad de las explicaciones alternativas proporcionadas, nos remitimos a lo expuesto en el apartado 5.4 anterior de esta resolución. Por último, y como ya se ha explicitado en el apartado CUARTO de Valoración de esta Resolución, conviene recordar que el presente expediente fue iniciado a raíz de una solicitud de exención del pago de la multa en virtud del artículo 65 de la LDC. La jurisprudencia nacional y de la Unión Europea es unánime a la hora de reconocer el especial valor que tienen las declaraciones de clemencia a las que otorgan, *a priori*, la condición de pruebas especialmente fiables⁵¹⁸, sin perjuicio de que estas pruebas puedan ser corroboradas o contrarrestadas durante el procedimiento administrativo sancionador, como de hecho han podido hacer profusamente las partes imputadas.

5.6. Las restricciones responden a una política unilateral de los revendedores y operadores independientes

ICS, DHL, FEDEX, MBE, y CEX argumentan que las restricciones sobre los clientes de las partes en cada uno de los acuerdos en los que están imputadas no constituyen un acuerdo, sino que es el resultado de la política unilateral del operador independiente o revendedor (fundamentalmente ICS y MBE) que se auto restringen de competir por los clientes de la otra parte en el acuerdo

⁵¹⁸ Asuntos acumulados T-67/00, T-68/00, T-71/00 y T-78/00 y sentencias del TJCE de 16 de noviembre de 2006, Peróxidos Orgánicos/Comisión, T 120/04; de 11 de julio de 2011 en los asuntos acumulados T-133/07, Mitsubishi Electric Corp./Comisión y T-132/07, Fuji Electric Co. Ltd. /Comisión y de 25 de octubre de 2011, T-348/08 Aragonesas Industrias y Energía, SAU/Comisión. Ver también las Sentencias de la AN dde 23 y 29 de julio de 2014, dictadas en el ámbito del Expte. S/0342/11 *Espuma de Poliuretano*, y de 25 y 29 de noviembre de 2016, y 26 de enero de 2017, dictadas en el ámbito del Expte. S/0316/13 *Sobres de Papel*.

(integrador y/o operador nacional) con el objeto de conservar a largo plazo la relación que mantienen con ellos, pues a su vez obtienen de ellos un aparte considerable de sus envíos.

En concreto, DHL alega que ICS habría sabido detectar con agudeza el conflicto de intereses que tiene entre lo que perdería de DHL si no respeta sus clientes y lo que obtendría de la captura de ese cliente en particular. Igualmente, UPS, MBE, DHL, e ICS llaman la atención sobre los incentivos que tienen los integradores (DHL, UPS) para concluir acuerdos bilaterales con operadores locales y revendedores tipo ICS o MBE (mayor capilaridad) y cómo la eventual pérdida a favor de éstos de clientes gracias al descuento que les procuran, desincentivaría la relación o al menos desincentivarían los descuentos que les proporcionan, si con ellos pueden captar clientes que luego van a servir igualmente, pero con una menor ganancia. Se trataría, por tanto, de un comportamiento elegido por los revendedores para no poner en peligro sus relaciones con los proveedores con los que subcontratan.

Respuesta de la Sala de Competencia

Con respecto al caso particular del pacto entre CEX e ICS, en que, según alegan ambas, no habría quedado acreditado el acuerdo de voluntades o entendimiento entre ambas empresas sino una simple decisión unilateral de ICS de respetar a tales clientes, cabe referirse a los correos que acreditan que el reparto de clientes alcanzaba de forma injustificada a los clientes de CEX.

En los tres supuestos queda acreditado que ICS decide respetar a determinados clientes sobre la base de un único argumento: la existencia de un “pacto de no agresión” (en el caso de Megalab y Carrefour) y de un “acuerdo de no agresión” (en el caso de Filtros Cartes), con CEX. Pues bien, siendo cierto que en todos los casos se trata de comunicaciones internas entre personal directivo de ICS o de ICS con un cliente (Carrefour), esta Sala considera que el acuerdo de voluntades es incuestionable, pues carece de toda lógica que los Directivos de ICS mientan, internamente o cuando hablan con sus clientes, sobre la existencia de un pacto de no agresión que, según Correos, no existe. Parece evidente que si fuera cierto, como señala Correos, que existió una decisión empresarial unilateral de ICS en tal sentido, los correos internos entre Directivos de la empresa o con sus clientes harían referencia a tal política empresarial y no a un acuerdo de no agresión inexistente con CEX. Puesto que esta Sala no encuentra una explicación alternativa a tal comportamiento y Correos no la ha aportado, esta Sala considera que ha quedado suficientemente acreditada la existencia de un pacto entre ambas partes.

Aunque alguno de los correos mencionados alude tanto al pacto de no agresión como al “contrato en vigor”, la alusión a dicho contrato no puede justificar la protección de clientes de CEX, pues el contrato de marzo de 2012 recoge exclusivamente un pacto de no competencia por el que CEX se obliga a no captar a los clientes de ICS a los que tiene acceso en ejecución de ese contrato pero no a la inversa, pues como se ha comenzado diciendo, no está prevista en ese

contrato la prestación de servicios de ICS para CEX sino solamente la subcontratación de los servicios de CEX por parte de ICS.

En el caso del pacto entre MBE y CEX, y tal y como consta en el análisis de ese pacto y en la contestación a las alegaciones, tampoco cabe considerar la alegación relativa a una conducta unilateral, pues los correos y comunicaciones que acreditan el respeto a clientes de CEX por parte de MBE hablan de respeto “mutuo”, utilizan el término “viceversa” y acreditan el malestar de CEX por las visitas de MBE a sus clientes, lo que habría llevado a que CEX estuviese listando los paquetes de MBE en las naves y revisando a qué clientes correspondían “con posibles intenciones”. Pues bien, esta Sala considera que estas comunicaciones convierten en indefendible la teoría de que el respeto de los clientes de CEX constituía una conducta unilateral e independiente por parte de MBE, al margen de la participación de CEX. Como ya se manifestó, también en este caso ha resultado especialmente revelador que los correos internos entre el propio personal de MBE hicieran referencia explícita a la existencia de tal pacto.

En cuanto a los supuestos incentivos que tendrían los revendedores, ICS o MBE, es decir, quienes se ven en la necesidad de subcontratar los envíos, de decidir unilateralmente no captar a clientes de sus proveedores para no poner en riesgo esa relación o los descuentos que obtienen del proveedor con el que subcontratan, es una teoría que presupone la dependencia del revendedor con respecto al proveedor correspondiente en el sentido de que, en caso de ruptura de esa relación comercial o de incremento de precios por parte del proveedor, como “castigo” al robo de clientes, el revendedor no tendría otro proveedor al que recurrir para poder subcontratar sus envíos con otro operador con suficiente capilaridad en el mercado, asunción que, dadas las características del mercado descrito, en particular la atomización del mismo, no resulta defendible, pues si ICS o MBE se encontraran con la negativa de cualquiera de esos operadores con los que subcontratan podrían, tal y como ha quedado plasmado en el expediente, recurrir a otro operador. No es evidente, por tanto, la lógica económica de por qué los revendedores sacrificarían de forma unilateral y en ausencia de un pacto del que también se beneficia el proveedor, la posibilidad de captar determinados clientes.

5.7. Los pactos de no agresión constituyen restricciones accesorias a la relación principal subyacente

Prácticamente todas las empresas imputadas, bien reconociendo la existencia de los pactos de no agresión, bien de forma subsidiaria para el caso de que se consideren acreditados, alegan que los pactos de no agresión que constituyen el objeto de este expediente serían restricciones accesorias a la relación de colaboración principal directamente relacionadas con dicha relación de colaboración, que sería de naturaleza no restrictiva, necesarias para su funcionamiento, de forma que sin ellas no se concluiría la relación de colaboración subyacente, y proporcionadas. Consideran que se trata, por tanto, de acuerdos bilaterales lícitos de colaboración empresarial que no tienen capacidad de afectar el comportamiento de terceros; y que son necesarios o

indispensables para que dicha colaboración tenga lugar, o que, de haber llegado a la colaboración que proyectaban, ese tipo de restricciones habrían sido necesarias para su funcionamiento. Consideran, además, que los pactos de no agresión son indisociables de la relación principal porque no existiría en ausencia de éstos. Aluden (MBE) a que las restricciones son parte integrante e indisociable del acuerdo de prestación de servicios subyacente, que no existiría en ausencia de estos (y prueba de ello, según MBE, es que las restricciones sólo operan entre MBE y sus proveedores, y no con cualquier otro operador de paquetería).

La mayoría de ellas, además, - CEX, MBE, DHL, UPS, TNT- hacen especial hincapié en la importancia de estas restricciones para el mantenimiento de las alianzas estratégicas en el sector del reparto de mensajería que les permiten complementar entre sí las redes de reparto. En particular, según CEX, UPS y MBE, deben admitirse los pactos de no agresión objeto del expediente, incluyendo la protección de los clientes del proveedor y la protección de clientes del revendedor ajenos a la relación comercial, pues de otra forma las empresas colaboradoras podrían aprovecharse de los descuentos que obtienen de su proveedor para captar otros clientes nacionales de la compañía, ajenos a la relación comercial, para luego subcontratárselos (porque son colaboradores precisamente porque no disponen de red suficiente en España para atender pedidos nacionales).

En particular, CEX alega que ni la bilateralidad de los pactos ni el hecho de que los pactos afecten a la totalidad de clientes de las partes justifican la ilicitud de los mismos.

Por su parte MBE, además de lo anterior, señala la incongruencia de considerar las restricciones a veces como accesorias a la relación comercial subyacente y otras como restricciones ajenas e independientes de ésta, cuando siempre traen causa de ella. También señala la contradicción de mantener, por un lado, que son restricciones especialmente graves del REC y, por otro lado, que son restricciones independientes de la principal. Además, considera que la Dirección de Competencia ha incurrido en un error jurídico respecto del concepto de restricción accesoria pues, según su opinión, la exclusión de una restricción como accesoria debería conllevar un análisis de la misma en virtud del artículo 101 globalmente (esto es, su apartado 1 y su apartado 3) y no un análisis parcial limitado al apartado 1. Desde este punto de vista, afirma MBE que los pactos de no agresión deberían haberse realizado partiendo del contexto en el que se enmarcan: la relación vertical. Lo contrario equivaldría a un examen parcial, incompleto y descontextualizado del contexto jurídico y económico en el que se enmarca.

Por último, DHL realiza una observación relativa a que las partes podrían haber articulado su relación junto con las restricciones imputadas por la Dirección de Competencia a través de fórmulas jurídicas (joint venture, contrato de agencia, contrato de distribución, etc...) que habrían despejado tanto material como formalmente cualquier preocupación de la Dirección de Competencia en materia de restricciones de la competencia, en la medida en que dichas fórmulas sí

admiten legalmente las restricciones que DHL afirma mantener con respecto a los clientes de la relación comercial con ICS.

Respuesta de la Sala de Competencia

En primer lugar resulta necesario aclarar que las alusiones a la bilateralidad o reciprocidad del pacto de no agresión que Correos cuestiona deben entenderse referidas, en el caso de GLS, al hecho de que ambas partes imponen una protección injustificada sobre sus clientes, es decir, sobre clientes ajenos a la relación comercial subyacente; ello no supone ignorar, como afirma Correos, la realidad comercial existente, pues esta Sala es plenamente consciente de que en una relación comercial de carácter recíproco (como la que CEX mantiene con GLS) ambas partes subcontratan servicios, por lo que ambas partes pueden pretender proteger a los clientes objeto de esa relación que deciden subcontratar, si bien ha quedado también acreditado que ambas partes participan también en un reparto de clientes ajeno a su relación comercial, siendo este segundo acuerdo el objeto de imputación en este expediente sancionador.

Distinta valoración merece la bilateralidad del reparto de clientes en el caso de las relaciones entre CEX e ICS y MBE, por ejemplo, pues se trata, fundamentalmente, y de acuerdo con la información que obra en el expediente, de una relación comercial de carácter marcadamente unilateral, es decir, son ICS y MBE quienes contratan los servicios de CEX, por lo que es razonable que sea una de las partes (la que contrata) quien pretenda proteger a los clientes de esa relación comercial, clientes que “expone” a su proveedor, no así que sea la otra (el proveedor) quien pretenda imponer esa protección, pues a través de esa relación comercial el proveedor no “expone” a sus clientes. Por tanto, en el caso del acuerdo entre CEX con ICS y con MBE, la bilateralidad del reparto de clientes, en contra de lo afirmado por Correos, sí constituye un elemento que justifica la ilicitud del pacto, pues implica, necesariamente, que el proveedor ha participado, injustificadamente, de ese reparto, más allá de que la participación del subcontratista pueda o no ser lícita dependiendo del alcance del reparto que se haya establecido en el pacto, es decir, limitado o no a clientes de la relación comercial.

En segundo lugar, resulta necesario rebatir la afirmación de que un reparto de clientes que afecte a todos los clientes, y por tanto a los clientes ajenos a las relaciones de distribución comercial que puedan existir entre las partes, incluso si la restricción sólo alcanza al proveedor, sea perfectamente compatible con la normativa de defensa de la competencia.

Así, esta Sala coincide con la Dirección de Competencia en considerar que los pactos analizados en este expediente, no pueden considerarse en modo alguno restricciones accesorias vinculadas a una relación de colaboración lícita, pues un pacto en virtud del cual una o las dos partes integrantes del acuerdo se comprometen de forma genérica a no atacar a clientes de la parte contraria, sin consideración al hecho de que se trate de clientes ajenos a su relación de colaboración comercial, y al margen de su posición como empresa compradora o proveedora de servicios, no cumple en forma alguna la condición de

accesoriedad a ese pacto principal de colaboración y constituye *per se* un reparto de mercado restrictivo por su objeto.

Tampoco puede acogerse el argumento que esgrimen los operadores que justifica la necesidad y accesoriedad del pacto afirmando que sin tal restricción la colaboración subyacente no existiría, pues de ser cierto que un reparto de clientes con las características descritas, es decir, sobre todos sus clientes, era absolutamente esencial para ambas partes para garantizar el éxito de sus relaciones de colaboración comercial, resulta evidente que las partes, de forma inminente y paralela al establecimiento de tales acuerdos de colaboración, habrían dejado constancia, escrita o no, de tal pacto e incluso habrían incorporado, razonablemente, cláusulas de rescisión de su relación comercial en caso de incumplimiento de esa condición que Correos califica de indispensable.

Sin embargo, muy al contrario, en el caso, por ejemplo, de las relaciones entre CEX y GLS, ambas partes formalizaron un Acuerdo con fecha 1 de septiembre de 2005 así como posteriormente una enmienda del mismo, en fecha 28 de junio de 2016, sin que conste cláusula alguna de protección de clientes; al contrario, todas las conversaciones mantenidas entre ambas empresas relativas a la protección de clientes se mantuvieron de forma verbal, lo que refuerza el planteamiento de esta Sala en línea con la Dirección de Competencia de que se trata de pactos ocultos y secretos que perseguían exclusivamente repartirse el mercado.

En el caso de ICS, por poner otro ejemplo, el contrato de prestación de servicios formalizado el 30 de marzo de 2012 incluyó una cláusula accesoria de no competencia en virtud de la cual CEX se obligaba a no utilizar la información facilitada por ICS en ejecución del contrato para captar a los clientes de ICS a los que prestaría los servicios. Sin embargo, justamente los acuerdos relativos a la protección de clientes de CEX y a la protección de clientes de ICS ajenos a la relación comercial con CEX no se hicieron constar en dicha cláusula, lo que de nuevo evidencia el carácter oculto y secreto de un pacto que, ajeno a la relación comercial, tenía por objeto un reparto del mercado.

Como consecuencia de todo lo expuesto, no puede afirmarse en forma alguna que se trate de cláusulas vinculadas en forma alguna al acuerdo de colaboración principal, pues han operado de forma ajena e independiente al mismo. En cuanto a la incongruencia que, según MBE, guardaría esta afirmación con su consideración por parte de la DC como una restricción muy grave, se trata de un aspecto que se analiza en la siguiente alegación. En cuanto al argumento relativo a la licitud de las restricciones sobre el proveedor en relación con la totalidad de los clientes del subcontratista, incluidos los ajenos a la relación comercial CEX se refiere a este supuesto en sus alegaciones en su condición de subcontratista en las relaciones recíprocas con GLS-, bajo el argumento relativo a la ética empresarial y a la protección del espíritu de una alianza estratégica, esta Sala no alcanza a entender el sentido con el que quien realizan esta alegación utiliza la expresión “aprovecharse de los descuentos” pues los colaboradores, como GLS, que necesitan de un operador en territorio español que haga llegar sus envíos allí donde no tienen red, pagan, ha de entenderse, el precio que ese proveedor le imponga en función de distintas variables, como puede ser, por

ejemplo, el volumen de envíos que le genera; cuestión distinta es que ese operador, además, pretenda competir en el mercado de envíos nacionales captando clientes que, inevitablemente y salvo que se trate de clientes nuevos, quitará a otros operadores activos en ese segmento de envíos nacionales, pero lo hará sobre la base de su propio esfuerzo comercial, razón por la que se desconoce en qué sentido se afirma que esos operadores se estarían “aprovechando” de los descuentos que obtienen de los proveedores, pues parece aventurado afirmar que la capacidad de dichos colaboradores de hacer ofertas competitivas a clientes nacionales depende, exclusivamente, de los precios que pagan a los proveedores con los que colaboran para hacer llegar sus envíos internacionales con destino en España.

Por otro lado, debe rechazarse este planteamiento en la medida en que supone asumir que, ante una negativa de colaboración o un incremento de precios por parte del proveedor a nivel nacional, como consecuencia o “castigo” a un robo de clientes nacionales ejecutado por el colaborador internacional, éste no tendría ninguna otra alternativa para poder contratar sus envíos internacionales con destino en España con otros proveedores de paquetería implantados a nivel nacional, es decir, sería dependiente de CEX y tendría que recurrir de nuevo a la subcontratación de sus servicios; pues bien, en opinión de esta Sala y dada la caracterización de mercado existente, sí parece posible que ese colaborador pueda recurrir a otros proveedores distintos de CEX a nivel nacional, quien en modo alguno se vería obligado a prestar el servicio al mismo cliente que perdió pero mediante un subcontrato ahora, en lugar de directamente y a un precio más barato. Es una hipótesis que carece de fundamento.

Concluyendo, lo que no puede pretenderse es que esta Sala respalde una tesis en función de la cual, la única manera de que los proveedores tengan incentivos para establecer alianzas de colaboración sea tolerar que, cuando actúa como subcontratista en una relación recíproca, pueda impedir a cualquier operador captar ningún cliente de su cartera en absoluto, guarde o no relación con la relación comercial subyacente que mantiene como subcontratista, pues ello sería desproporcionado y equivalente a tolerar que un acuerdo de colaboración comercial sea un instrumento para establecer una protección absoluta sobre un determinado mercado o a afirmar que ningún colaborador internacional, como GLS, puede competir en ese segmento de actividad, por el simple hecho de no haber podido o querido desplegar su red en España y recurrir a las redes de otros operadores.

Por lo que respecta de forma particular a la alegación relativa al pacto entre CEX y MBE, pacto no recíproco en el que CEX opera exclusivamente como proveedor de servicios, podría considerarse necesario y proporcional para que sobreviva la relación comercial subyacente, que MBE (ICS o el revendedor de que se trate) pretenda protegerse frente a CEX o frente al proveedor con el que colabore, en relación con los clientes cuyos envíos subcontrata con él, pues de ello depende la supervivencia de su negocio, basado en recurrir a la red de otros operadores de paquetería pero sin que esa dependencia e intercambio de información con ellos pueda frustrar el esfuerzo comercial que realiza para captar a esos clientes, resultado que puede evitar asegurando que el proveedor con quien subcontrata

no compite por esos clientes. Lo que no resulta necesario ni proporcionado para garantizar el buen funcionamiento de esa relación es que CEX, o el proveedor de que se trate, que “simplemente” ejecuta la prestación del servicio de entrega de paquetes para MBE o quien le haya subcontratado y que, por tanto, ni exterioriza ni expone a sus clientes frente a MBE, quien no adquiere conocimiento alguno de tales clientes a través de esa relación comercial, proteja a cliente alguno de la competencia que MBE pueda ejercer sobre él, mediante un esfuerzo comercial de captación de clientes perfectamente lícito, sobre la base del argumento de la ética empresarial y las viabilidad de las alianzas estratégicas que ya se ha rebatido en los párrafos precedentes.

En todo caso, y teniendo en cuenta todos los criterios aquí expuestos, todas las pruebas que versan sobre clientes ajenos a la relación de colaboración comercial recíproca existente entre CEX y GLS se han considerado hechos suficientes que acreditan la existencia de un pacto ilícito; en el caso de la relación entre ICS y CEX, esta Sala ha considerado hechos suficientes que acreditan la infracción, tanto la reserva de clientes ajenos a la relación comercial que impone ICS sobre CEX, como cualquier reserva de los clientes de CEX; en el caso del pacto entre CEX y MBE, son igualmente suficientes para acreditar la existencia de un pacto ilícito las comunicaciones que prueban la reserva de clientes por parte de CEX.

Por último, debe rechazarse asimismo la alegación de DHL, que presupone que, de haberse utilizado en sus relaciones otras figuras jurídicas distintas a estos pactos, no se hubieran despertado dudas por parte de la autoridad de competencia, pues la el análisis que se ha realizado en este expediente no ha sido formal o nominal, es decir, la infracción no se ha imputado por la denominación atribuida a los pactos por parte de los operadores sino por la naturaleza y el contenido que, desde el punto de vista de la aplicación de la normativa de competencia, han tenido dichos pactos, por lo que la conclusión de esta Sala no sería distinta por el hecho de que se les hubiese dado otra denominación.

5.8. Carácter vertical de los acuerdos, aplicabilidad del REC y/o exención en virtud de los apartados 3 el artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE.

MBE, FEDEX, TNT, CEX, UPS e ICS aluden a la naturaleza vertical de las relaciones comerciales entre ellos, lo que determinaría según las imputadas que las restricciones pactadas entre ellas (todas ellas) estarían cubiertas por el REC o, en su defecto, cumplirían las condiciones para quedar exentas de la prohibición del artículo 1 de la LDC en virtud de su apartado 3 y del artículo 101 apartado 1 del TFUE en virtud de su apartado 3.

Así, según las imputadas, la Dirección de Competencia no habría comprendido el funcionamiento del mercado de la mensajería y paquetería empresarial y la relación vertical que subyace a las relaciones entre los distintos operadores, sobre todo en lo que se refiere a las relaciones con un revendedor como MBE. En concreto, MBE se refiere a los beneficios que supone para sus proveedores colaborar comercialmente con MBE: consiguen penetrar en el segmento PYME; consiguen agrupar los envíos de clientes que, dada su reducida dimensión, sería

costoso o imposible de proveer directamente; consiguen aumentar la capilaridad de su red; y consiguen aumentar su volumen de facturación y reducir el coste unitario por envío. Por su parte, los clientes de MBE, fundamentalmente PYMES y autónomos, conseguirían un nivel de servicio y atención personalizada imposible de prestar por parte de los integradores. De estas razones extrae MBE que no es competidora de sus proveedores y que están relacionados solo verticalmente.

Como consecuencia de ello, según las incoadas la Dirección de Competencia habría analizado en su conjunto relaciones que no son comparables (en concreto, MBE señala que la relación que mantiene con sus proveedores es totalmente distinta de la relación entre CEX y REDYSER, pese a que en el expediente se analicen conjuntamente a efectos de la calificación jurídica y, en particular, de la negación del carácter vertical de la relación de MBE con sus competidores), razón por la que la PR realiza un análisis general de todas las restricciones de competencia detectadas, equiparando las de MBE a las del resto de operadores, lo que impactaría en la naturaleza, justificación y efectos de las restricciones que pudieran apreciarse (pág. 6 alegaciones PR).

Con respecto a la consideración de MBE como competidor, MBE reitera que no compite en el mercado con sus proveedores, en la medida en que no ofrece los mismos servicios ni los clientes objetivo son iguales (UPS, FEDEX, TNT y CEX también apoyan este argumento, desde su perspectiva de proveedor). Además de considerar que la CNMC realiza un análisis parcial e interesado de las decisiones de la Comisión en el ámbito de la mensajería⁵¹⁹ para afirmar que MBE sí es un competidor, consideran que el hecho de que exista fricción entre MBE y sus proveedores por algunos clientes no elimina la naturaleza de la relación eminentemente vertical entre ellos. En este sentido, afirman que la cartera de clientes entre ambos es complementaria (clientes PYMES o autónomos en los que se centraría MBE -que estima que constituyen el 95% de sus clientes- y grandes, en los que se centrarían sus proveedores). También critican que la Dirección de Competencia haya realizado una interpretación literal y parcial del concepto de competidor, lo que lleva a la Dirección de Competencia a partir en su análisis de un punto de partida erróneo, esto es que MBE y sus proveedores mantienen una relación horizontal. Según las imputadas, esta conclusión no estaría fundamentada ni jurídica ni económicamente y, además, la Dirección de Competencia estaría intentando sobredimensionar el carácter horizontal de las relaciones con sus proveedores frente a la vertical de forma interesada.

En este sentido, señala MBE que, al mantener una relación vertical con sus proveedores, las restricciones verticales pactadas con ellos estarían amparadas por el REC. En primer lugar, porque su cuota de mercado (tanto la de MBE, como la de cada uno de sus proveedores, e incluso ambos conjuntamente en cada uno

⁵¹⁹ En concreto, cita el siguiente párrafo de la Decisión de la Comisión de 8 de enero de 2016, en el asunto M.7630, FEDEX/TNT Express., apartado 611: “El negocio a través de revendedores es una manera muy eficiente para tener acceso a un mercado o segmento específico, simplemente porque no están presentes en dicho segmento o porque no pueden tener acceso por razones de cobertura geográfica”.

de los pactos analizados) sería inferior al 30%; en segundo lugar, porque considera que no compite con sus proveedores y por tanto la exención del REC junto con las restricciones que admite en este tipo de relaciones serían plenamente operativas y admisibles; en tercer lugar, porque incluso en el caso de que se considerase que MBE compite con sus proveedores, también sería plenamente aplicable a dichas restricciones la excepción prevista en el artículo 2.4 b) del REC debido a que, al contrario que los acuerdos del resto de imputadas, los acuerdos entre MBE y sus proveedores no son recíprocos y MBE solo compite con ellos a nivel minorista, y no a nivel mayorista, tal y como exige el REC para la aplicación de la excepción del 2.4.b). Añade en este sentido, que el análisis que realiza la Dirección de Competencia sobre esta excepción del REC en el apartado 323 de la PR hace imposible entender por qué lo considera inaplicable, cuando precisamente contempla una excepción para los casos de acuerdos verticales entre empresas competidoras a nivel minorista (tal y como reconoce la propia Dirección de Competencia).

Por último, en relación con la existencia de cláusulas especialmente graves que pudieran retirar la exención prevista en el REC, señala MBE que el mismo REC admite la posibilidad de restringir las ventas activas y las pasivas al proveedor, así como la posibilidad del proveedor de restringir al comprador (esto es, MBE) las ventas activas al grupo de clientes que el proveedor se haya asignado en exclusiva en virtud de la excepción a la retirada de la exención contenida en la letra (i) del artículo 4.b) del REC.

Por último, prácticamente todas las imputadas que admiten la aquiescencia en relación con los pactos de no agresión⁵²⁰ o, subsidiariamente, para el caso de que se considerasen acreditados, alegan que, si las restricciones de competencia detectadas fueran, *quod non*, separables e independientes de la relación subyacente vertical que mantiene con sus proveedores, y no se considerase aplicable el REC, dichas restricciones cumplirían con los requisitos del 101.3 del TFUE para su exención individual. MBE señala que en sus alegaciones al PCH ya explicó por qué las restricciones detectadas cumplen con el 101.3 y solicita al Consejo que recalifique las prácticas imputadas para poder analizarlas de nuevo a la luz del artículo 101.3.

CEX, en línea con lo expuesto por MBE, afirma también en sus alegaciones que, a diferencia del resto de relaciones examinadas en el expediente, la relación entre MBE y CEX es puramente vertical, sin que puedan considerarse operadores competidores y que, por tanto (i) en ningún caso puede calificarse de cártel (ii) cualquier posible restricción de la competencia debe ser analizada sobre la base del REC 330/2010.

Respuesta de la Sala de Competencia

⁵²⁰ Todas excepto FEDEX, DHL, ICS, TOURLINE y REDYSER, que centran su defensa en la inexistencia de pacto o en que se trataba de una política unilateral de la contraparte.

Antes de contestar de forma específica a las alegaciones planteadas, resulta necesario reiterar que tanto la DC como esta Sala comprenden la naturaleza de las relaciones comerciales entre los distintos operadores que son objeto de análisis de este expediente y no cuestionan en absoluto la licitud de sus alianzas de colaboración ni los beneficios y eficiencias que implican. Pero es que además, por lo que respecta a la alegación que se analiza en este apartado, debe adelantarse ya, por los motivos que se expondrán a continuación que, a efectos de la valoración final de las conductas que se han considerado anticompetitivas en esta Resolución, no resulta determinante si la relación comercial lícita subyacente entre las partes tiene un carácter horizontal o vertical, cuestión a la que las partes han dedicado una intensa argumentación, pues la valoración en todo caso de las conductas analizadas lleva en todo caso a considerar las conductas restrictivas por su objeto..

En primer lugar, con respecto a la consideración o no de MBE como competidor, este Consejo ha expuesto y motivado ya suficientemente su opinión sobre este extremo en la valoración jurídica de esta Resolución y en el informe económico que se acompaña y considera que MBE es, sin duda, un competidor más en el mercado de prestación de servicios de paquetería empresarial, independientemente de que su estrategia comercial se dirija a un nicho de clientes empresariales específico, por el que el resto de competidores del mercado han mostrado hasta el momento, por distintos motivos, menor interés comercial.

En segundo lugar, este Consejo considera que la relación comercial existente entre MBE y CEX, al igual que el resto de relaciones que se han analizado en este expediente, constituye un acuerdo de colaboración entre competidores, en particular, un acuerdo de distribución, si bien en este supuesto, al igual que en otros casos como el de ICS, de carácter no recíproco, en virtud del cual CEX opera como proveedor de envíos nacionales comercializados por la red de franquicias de MBE. Por tanto, es una relación que, se considere o no vertical, no cae bajo el ámbito de aplicación del REC, pues éste no aplica a las relaciones entre competidores de carácter no recíproco (artículo 2.4) y no se cumple, frente a las alegaciones realizadas, el supuesto previsto en la letra b) de dicho precepto.

Se trata por tanto, del mismo supuesto, por poner un ejemplo, que el pacto entre CEX e ICS; es decir, más allá de la existencia de una relación comercial lícita entre ambas empresas -relación que ni la Dirección de Competencia ni este Consejo han cuestionado, y además sin necesidad de recurrir a su exención de acuerdo con el REC-, ha existido un pacto mutuo de reparto de clientes que, como ya se ha motivado en la contestación a anteriores alegaciones, en ningún caso puede considerarse accesorio y necesario para garantizar el buen funcionamiento de la relación comercial que une a ambos. Como ya se ha analizado en los demás pactos, es razonable pensar que resulta necesario para MBE proteger frente a CEX a los clientes cuyos envíos subcontrata con él, pues

de ello depende la supervivencia de su negocio, basado en recurrir a la red de otros operadores de paquetería pero sin que esa dependencia e intercambio de información con ellos pueda frustrar el esfuerzo comercial que realiza para captar a esos clientes, resultado que puede evitar asegurando que el proveedor con quien subcontrata no compite por esos clientes. Lo que no resulta necesario ni proporcionado para garantizar el buen funcionamiento de esa relación es que CEX, que “simplemente” ejecuta la prestación del servicio de entrega de paquetes para MBE y que, por tanto, ni exterioriza ni expone a sus clientes frente a MBE, quien no adquiere conocimiento alguno de tales clientes a través de esa relación comercial, proteja a cliente alguno de competencia que MBE pueda ejercer sobre él, mediante un esfuerzo comercial de captación de clientes perfectamente lícito.

Pero debe añadirse, además, que incluso si se asumiera la hipótesis que alegan las partes, de que la relación cae bajo el ámbito de aplicación del artículo 2.4 b), el resultado acerca de este pacto sería el mismo. Así, del mismo modo que en el resto de pactos no se ha cuestionado la relación de colaboración comercial existente entre los operadores sino la restricciones no accesorias pactadas de forma independiente a esa relación de colaboración, tampoco, de aceptarse el planteamiento del 4.2 b), se cuestionarían los acuerdos verticales, escritos o verbales, entre MBE y el resto de operadores amparados por el mencionado Reglamento 330/2010, sino el acuerdo por el que dichos operadores pactaron restringir la clientela a la que el comprador, MBE, podía vender los bienes y servicios contractuales, en particular el acuerdo por el que MBE no podía dirigirse a los clientes de sus proveedores. Ello constituye, de acuerdo con el artículo 4 b) del REC una restricción muy grave, no amparada por ninguna de las excepciones previstas en ese mismo precepto, que queda al margen de la exención y amparo del Reglamento que CEX invoca y que constituye una restricción por su objeto, que no es otro que el de repartirse el mercado mediante un reparto de clientes injustificado.

Por tanto, incluso si se considerara a este operador como un distribuidor minorista y la relación pudiera considerarse incluida en el ámbito de aplicación del REC, ello no significaría que las restricciones de la misma estuviesen automáticamente permitidas, pues una cosa es que una determinada relación se analice desde la óptica de las relaciones verticales y otra bien distinta es que las restricciones vinculadas a ella se beneficien por ello, automáticamente, de la exención prevista en el REC. Y tal sería el caso de los pactos que aquí se abordan.

Por otro lado, y frente a lo alegado por MBE, no se cumple la excepción prevista en el artículo 4.b) i del REC, que de nuevo permitiría considerar tal restricción exenta, en caso de una *“restricción de ventas activas en el territorio o al grupo de clientes reservados en exclusiva al proveedor o asignados en exclusiva por el proveedor a otro comprador”*, pues tal y como ya expuso la DC en la PR *“en*

ningún caso se han establecido sistemas de distribución exclusiva o selectiva por parte de ningún operador en el marco de estos acuerdos”.

Con respecto a las restricciones de ventas sobre los proveedores de MBE, debe recordarse que, si bien dichas restricciones no son, como señalan las alegaciones, especialmente graves, de conformidad con el artículo 4 mencionado o el párrafo 50 de las Directrices horizontales, las restricciones que aquí se sancionan son restricciones sobre la totalidad de los clientes de los proveedores, más allá de la posible relación vertical subyacente.

En definitiva, la existencia de una relación vertical entre operadores no excluye automáticamente su coexistencia con un posible acuerdo horizontal o cártel entre competidores, pues incluso incluyendo en el análisis la óptica del REC, como demandan quienes han alegado en este sentido, las restricciones al margen de la exención que otorga el REC 330/2010, serían constitutivas de un acuerdo horizontal de reparto de mercado.

5.9. Conducta de menor importancia

TNT, FEDEX, ICS y TOURLINE alegan que, en todo caso, la conducta, en su caso, sería “de menor importancia” de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1, 2 y 3 del RDC y por tanto no le sería de aplicación la prohibición de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, como ya habría hecho la autoridad de competencia en otros casos (citando casos S/0105/08 - *Corral de las Flamencas*; y S/0417/12 - *MANTRA*) y habría apreciado la Audiencia Nacional en otros (citando el asunto *MDC Ingeniería/Productos Haller*), incluso en casos en los que se trataba de restricciones a la competencia por su objeto.

En concreto, FEDEX apunta que su cuota en el mercado afectado era inferior al 5% y que su presencia en el mismo es irrelevante y que la cuota conjunta que alcanzaría en cada uno de los pactos en los que está imputada sería inferior al 10% (en el caso del pacto FEDEX/CEX, en concreto el 9% y en el caso del pacto FEDEX/MBE estima que la cuota de MBE es inferior al 5% sin ofrecer una cifra concreta).

Para ICS los efectos de cada uno de los pactos que se le imputan son insignificantes. Su cuota de mercado la cuantifica en el 0,2% del mercado nacional y añade que, dado que solo algunos de sus clientes estarían afectados por la restricción, los efectos en el mercado serían todavía inferiores a ese 0,2%. Así, considera, que incluso en el caso de que se pudiera considerar que las restricciones imputadas fueran restrictivas por su objeto, su nula capacidad para afectar la competencia, impediría su reprochabilidad vía sanción en virtud de la doctrina de *minimis* contenida en el artículo 5 de la LDC y en los artículos 1, 2 y 3 del RDC. TOURLINE realiza un argumento similar.

En cuanto a TOURLINE, alega que su cuota según el informe DBK en España sería del 5,2% si incluye también la de sus franquicias pero que, si excluye a estas, su cuota de mercado en España sería solo del 1,4%. La cuota de mercado de ICS contrastando su facturación declarada con el total del mercado del informe de DBK sería en todo caso inferior al 0,5%. Considera que es necesario analizar las prácticas en su contexto jurídico y económico (citando la jurisprudencia del TJUE en los asuntos *Cartes bancaires* y *Glaxo*) debiendo concluir que el pacto que se le imputa no tiene capacidad para afectar de manera apreciable a la competencia (pues afectaría solo al 1% de los clientes de Madrid y el 2% nacional).

Respuesta de la Sala de Competencia

La excepción de la doctrina de *minimis* recogida en nuestro ordenamiento en el artículo 5 de la LDC y desarrollada en los artículos 1, 2 y 3 del RDC no es aplicable a determinado tipo de prácticas, con independencia de la cuota de mercado que alcancen las partes del acuerdo. En concreto, el artículo 2 del RDC exceptúa de la aplicación de la exención de *minimis*, entre otras, las conductas entre competidores que tengan por objeto, directa o indirectamente, de forma aislada o en combinación con otros factores, la fijación de precios, la limitación de la producción o el reparto de mercados o clientes. Como ya se ha analizado, las prácticas objeto de este expediente son pactos de no agresión que instituyen un reparto de clientes entre las partes del acuerdo y son, por tanto, infracciones muy graves del derecho de la competencia, constitutivas de cártel.

El Consejo de la CNC primero y de la CNMC después, en aplicación del artículo 5 de la LDC tal y como ha sido desarrollado por el RDC, ha rechazado la aplicación de la exención de *minimis* a supuestos como el presente en el que ni la naturaleza de la infracción, ni su alcance ni sus efectos han permitido tal exención por su aptitud para distorsionar la competencia⁵²¹. De acuerdo con la Dirección de Competencia, la Sala de este Consejo coincide en que los asuntos señalados por las partes no son comparables a los pactos de no agresión objeto de este expediente, pues se trata de supuestos de restricciones en el marco de restricciones verticales que de ninguna forma implican un reparto de mercado (Exptes. 634/07 - MDC Ingeniería/Productos Haller, expediente S/0105/08 EL CORRAL DE LAS FLAMENCAS y expediente S/0417/12 MANTRA).

Esta acepción de la doctrina de *minimis* viene también refrendada por la jurisprudencia del TJUE que, entre otras, su Sentencia de 13 de diciembre de 2012⁵²², indicaba respecto a las infracciones por objeto que no alcancen los umbrales fijados por la Comisión en su Comunicación de *minimis*:

“A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que la distinción entre «infracciones por objeto» e «infracciones por efecto» reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden

⁵²¹ Resoluciones de la CNC de 18 de octubre de 2007, Expte. 617/06 Cajas Vascas y Navarra; de 14 de octubre de 2009, Expte. S/0053/08 FIAB Y ASOCIADOS Y CEOPAN; de 19 de octubre de 2011, Expte. S/0226/10 Licitaciones Carreteras; de 1 de diciembre de 2011 Expte. S/0269/10 Transitorios 2; de 27 de marzo de 2012, Expte. S/0237/10 MOTOCICLETAS y de 23 de mayo de 2013, Expte. S/0303/10 Distribuidores de Saneamiento.

⁵²² Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 2012, dictada en el Caso Expedia Inc. contra Autorité de la concurrence y otros (asunto C-226/11).

considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (sentencias de 20 de noviembre de 2008, Beef Industry Development Society y Barry Brothers, C-209/07, Rec. p. I-8637, apartado 17, y de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, Rec. p. I-4529, apartado 29).

Por tanto, procede considerar que un acuerdo que puede afectar al comercio entre Estados miembros y que tiene un objeto contrario a la competencia constituye, por su propia naturaleza e independientemente de sus efectos concretos, una restricción sensible del juego de la competencia.

Habida cuenta de lo anterior, procede responder a la cuestión planteada que los artículos 101 TFUE, apartado 1, y 3, apartado 2, del Reglamento nº 1/2003 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que una autoridad nacional de competencia aplique el artículo 101 TFUE, apartado 1, a un acuerdo entre empresas que pueda afectar al comercio entre Estados miembros, pero que no alcance los umbrales fijados por la Comisión en su Comunicación de minimis, siempre que dicho acuerdo constituya una restricción sensible de la competencia en el sentido de esta disposición”.

En definitiva, y por las mismas razones que ya expuso la Dirección de Competencia en su Propuesta de Resolución, esta Sala reitera que no es posible considerar las conductas investigadas como conductas de menor importancia a los efectos del artículo 5 la LDC, pues al margen de que nos encontramos ante infracciones por objeto que entran dentro de la definición de cártel.

5.10. Inaplicabilidad del artículo 101 del TFUE por falta de afectación del comercio entre los Estados miembros.

TOURLINE, DHL e ICS alegan que el pacto a ellas imputadas se limita a algunos clientes de la Comunidad de Madrid que no representarían ni el 1% del mercado nacional. En este sentido, su pacto no sería susceptible de afectar de forma apreciable el comercio entre los estados miembros de la UE. Sobre este particular citan el párrafo 52 de las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado (ahora artículos 101 y 102) (2004/C 101/07 - D.O. 27 de abril de 2004).

DHL añade que la facturación internacional derivada de su acuerdo con ICS tan solo asciende a 10.531 euros, cantidad insuficiente para afectar el mercado entre los estados miembros (siendo más del 98% de los servicios realizados entre las partes de ámbito inferior al nacional).

Respuesta de la Sala de Competencia

Como ya se ha señalado, el mercado de la mensajería y paquetería empresarial urgente, afectado por estas conductas, es de ámbito nacional: los contratos se negocian con los clientes principalmente a nivel nacional, tanto para envíos

nacionales como internacionales⁵²³. Siendo el mercado relevante de ámbito nacional y habiendo afectado cada uno de los pactos de no agresión imputados y acreditados todo el territorio nacional, es doctrina consolidada de la Comisión Europea (fundamentada en la jurisprudencia del TJUE) que resulta de aplicación el artículo 101 del TFUE a las prácticas objeto de este expediente⁵²⁴. Las características de la actividad y de los mercados en los que se desarrollan las conductas y del tipo de operadores que participan en las mismas determinan la afectación del conjunto del territorio español de cada uno de los cárteles señalados, ya que los hechos objeto de este expediente contemplan los servicios de envío urgente de documentos y paquetes prestados por empresas, tanto nacionales como internacionales, que operan en todo el territorio nacional y cuya demanda está constituida por clientes empresariales para la prestación de dichos servicios de carácter tanto nacional como internacional, con origen o destino fuera de España, extendiéndose por tanto a todo el territorio nacional.

Por tanto, las prácticas investigadas serían susceptibles de tener un efecto apreciable sobre el comercio comunitario, lo que determina la aplicación del artículo 101 del TFUE.

5.11. Consideraciones realizadas en los informes económicos presentados por las empresas

Con ocasión de la presentación de alegaciones a la Propuesta de Resolución de la Dirección de Competencia, el 11 de agosto de 2017 MBE⁵²⁵ y el 16 de agosto UPS⁵²⁶ anexaron a sus respectivos escritos (ambos Anexos 1) informes periciales de carácter económico. Ambos informes comienzan exponiendo la cadena de valor del servicio de mensajería y paquetería empresarial y el hecho de que esté compuesta por distintas fases operativas y de gestión⁵²⁷. Enfatizan que muchos de los agentes que participan en ella no están en todas las fases ni, como es el caso de MBE, disponen de la infraestructura necesaria para la prestación efectiva de los servicios minoristas.

También ambos informes hacen hincapié en el carácter vertical de los acuerdos de MBE con sus proveedores. Afirman que la relación entre el revendedor (MBE) y los proveedores sería de prestación mayorista de servicios y, en la medida en que los acuerdos son celebrados entre agentes que operan en distintos planos de la cadena de valor, su naturaleza sería vertical. El informe económico aportado por UPS afirma también que se trata de un sistema de **doble distribución**, que implica que el proveedor (UPS) también presta servicios al mismo nivel que el revendedor (MBE), aunque sus clientes finales no tendrían por qué coincidir. Mientras, el informe presentado por MBE explica que el

⁵²³ Decisión de la Comisión de 8 de enero de 2016, en el asunto M.7630, *FEDEX/TNT Express*.

⁵²⁴ Ver, por todas, la Sentencia del TJUE de 19 de febrero de 2002, en el asunto C-309/99, *Wouters*, apdo. 95 y ver el Apartado 78 de las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado (actuales artículos 101 y 102 del TFUE), DOUE 2004 C 101, pág. 81.

⁵²⁵ "Informe Económico", elaborado por KPMG (folios 15290-15336).

⁵²⁶ "Análisis económico del Pliego de Concreción de Hechos y de la Propuesta de Resolución", elaborado por Compass Lexecon (folios 18980-19027).

⁵²⁷ Para más detalle, ver páginas 10 y 11 del Informe de MBE (folios 15300 y 15301).

integrador y el revendedor actúan como **socios** en el marco de una **relación vertical**, aunque ambos estén presentes en el mercado minorista. En este sentido, ambos informes afirman que los clientes del mercado minorista estarían divididos en **dos grupos** diferentes: grandes clientes, por un lado, y PYMES y autónomos por otros. El revendedor (MBE) se dedicaría especialmente al grupo de clientes constituido por las PYMES y autónomos, y los proveedores a los grandes clientes. Ambos informes critican la perspectiva de la Propuesta de Resolución que estaría observando el mercado únicamente desde el punto de vista de la demanda a nivel minorista.

Una vez analizada la naturaleza de las relaciones entre revendedores y proveedores, ambos informes económicos se esfuerzan por explicar por qué las restricciones⁵²⁸ a la competencia detectadas en el expediente son **necesarias y proporcionales al objeto del acuerdo vertical subyacente** de la distribución y, por tanto, deberían ser analizadas a su abrigo. Así, el informe económico presentado por MBE considera, por un lado, que **la restricción impuesta a sus proveedores para que no puedan realizar ventas a los nuevos clientes que obtenga MBE** en el desarrollo de su labor comercial es racional, ya que **protege a MBE del parasitismo o “free-riding” del integrador**, que podría obtener los clientes del revendedor sin realizar el esfuerzo en actividad comercial. Y, por otro lado, afirma que sería también racional la **restricción impuesta al revendedor (MBE) de no efectuar ventas activas a pequeños clientes antiguos o “ya contratados” (según la terminología del informe de MBE⁵²⁹) de sus proveedores**. En su opinión, el integrador debe garantizar que los incentivos del revendedor se dirijan a expandir el mercado a nuevos clientes. UPS, por su parte, defiende la protección de sus **grandes clientes** frente a comportamientos oportunistas de MBE. Ambas empresas plantean que, en un **escenario sin restricciones**, ni revendedores ni integradores tendrían incentivos para firmar los acuerdos.

En cuanto a los efectos en el mercado, el informe aportado por UPS afirma que no se han producido incrementos de **precios**, porque MBE no compite por los grandes clientes de UPS, y porque ninguna de las dos empresas tendría poder de mercado. En este sentido, calcula el coste para un cliente pequeño de un envío transfronterizo según si utiliza los servicios de MBE o de UPS, y concluye que el coste del servicio es entre 3 y 16 veces menor si lo comercializa MBE en lugar de UPS. Igualmente, considera que la presión competitiva apenas se reduce debido al sistema de doble distribución.

Por otro lado, el informe económico aportado por UPS cuestiona el cálculo de la **cuota de mercado**, y estima, a partir de lo expuesto en la Propuesta de Resolución (utilizando principalmente un informe sobre el sector elaborado por

⁵²⁸ Aunque se trata del mismo concepto, UPS se refiere a estas restricciones como Pacto Verbal, mientras que MBE se refiere a ellas como restricciones.

⁵²⁹ Página 33 del informe (folio 15323).

DBK⁵³⁰) la cuota del conjunto de empresas del expediente, que sería del 33,4% en 2014. El mismo informe, sin embargo, aporta otras dos estimaciones: la primera, que se basa en el remitente (lo que excluiría los ingresos por “importación”⁵³¹), daría una cuota conjunta del 31,14%; y la segunda, que se basa en el pagador (lo que excluiría los ingresos por importaciones y por servicios de recogida en España realizados para clientes situados fuera del país), daría un resultado del 27,45%.

Finalmente, ambos informes exponen que el sistema de doble distribución podría estar amparado por la exención por categorías del Reglamento, y UPS asegura que cumpliría las condiciones establecidas por las **Directrices Verticales** para considerar que un acuerdo es pro-competitivo.

Respuesta de la sala de competencia

En ambos informes aportados por UPS y MBE se insiste en señalar que no son competidores horizontales y que los acuerdos de MBE con los integradores (incluyendo a UPS) son de carácter vertical.

Frente a estas alegaciones, es necesario reiterar que, mientras que las relaciones verticales subyacentes entre integradores y revendedores no son objeto del expediente, sí lo son las infracciones paralelas por acuerdos entre competidores en el mercado minorista, como se ha venido considerando a lo largo de la resolución.

Igualmente, en lo que se refiere al funcionamiento del mercado, es pacífico, también por parte de la Dirección de Competencia⁵³², que la cadena de valor del servicio de mensajería y paquetería se compone de diferentes fases operativas y que, efectivamente, no todos los agentes están presentes en todas las fases.

Respecto a la consideración, tanto por parte de MBE como por UPS, de la naturaleza vertical de los acuerdos, también es pacífico que el servicio prestado por UPS (y por los otros integradores) a MBE es un input imprescindible para la actividad de la empresa revendedora. No obstante, no puede aceptarse la afirmación del informe presentado por MBE (y de forma indirecta también el de UPS cuando afirma que no operan en el mismo nivel) de que integrador y revendedor no son competidores o no son “competidores cercanos”. Incluso si se aceptara que UPS y MBE pudieran no competir por los clientes más pequeños y por los clientes más grandes, resulta obvio de la instrucción del expediente que sí compiten por determinados clientes, del tamaño que sean⁵³³. Ambas empresas recalcan que distinguen entre PYMES y autónomos, por un lado, y grandes clientes, pero incluso si admitiéramos que existe esta distinción,

⁵³⁰ DBK Informa, *Mensajería y paquetería (19ª edición)*, julio de 2015, aportado por REDYSER en contestación a requerimiento de información (folios 3027 a 3203).

⁵³¹ Como se aclara en las respuestas a las alegaciones, lo que el informe define como importaciones son envíos con destino a España realizados para clientes extranjeros por empresas domiciliadas en España, por lo que en realidad son exportaciones de servicios.

⁵³² Ver, por ejemplo, el párrafo 89 de la PR (folio 11586).

⁵³³ En este sentido, por ejemplo, consta en el expediente en relación con otros operadores, como por ejemplo ICS, que es un pequeño operador local pero que sin embargo disputa los servicios de operadores que, a priori, podrían ser categorizados como “grandes” (Sanitas, Carrefour...).

atendiendo a la amplia definición de PYME –y tipología de empresas que esta definición incluye– y que las mismas representan alrededor del 99% del tejido empresarial español, se trata de un espectro muy amplio en el que los clientes que no se encuentren en los extremos pueden ser atendidos por las dos empresas y, por tanto, sí serían competidores en este mercado, como así demuestran los hechos acreditados en el presente expediente que muestran en la práctica el respeto de uno u otro en relación con determinados clientes. No obstante, ninguno de los informes ha realizado un análisis de sustituibilidad por el lado de la oferta que permita afirmar que el mercado se encuentra claramente dividido en dos grupos.

Por otra parte, MBE sostiene que ofrece a las PYMES un valor añadido a través de servicios adicionales que un integrador no les ofrecería. Aunque esto pudiera ser cierto, no tiene por qué ser determinante, especialmente para los clientes de tamaño mediano que, como se ha señalado, pueden acudir también a los integradores. Existen además otros operadores que, aunque no están incluidos en este expediente y no son revendedores, sí comparten o compiten por clientes con MBE⁵³⁴, por lo que la relevancia argumental de este supuesto valor añadido no se presenta con claridad.

Por otro lado, MBE afirma que, gracias a las economías de escala y de densidad que logra agrupando los envíos de los pequeños clientes, consigue grandes descuentos de los integradores que traslada a estos clientes. Sin embargo, los únicos datos disponibles en los informes que puedan sustentar esta afirmación son relativos a costes de envíos internacionales, ya que no aportan datos de costes a nivel nacional, ni de precios tanto para envíos nacionales como internacionales. Y, de hecho, algunos de los hechos acreditados en el expediente apuntan a incidentes comerciales en los que los integradores ofrecen a los clientes precios inferiores a los costes de MBE, lo que provoca las quejas de éste⁵³⁵.

En cuanto a las **restricciones impuestas a los proveedores de MBE respecto de los clientes de la relación comercial** (esto es, los que el proveedor conoce como consecuencia de su relación comercial con MBE), como ya se ha indicado, la Dirección de Competencia no ha considerado que sean objeto de este expediente (ver *supra* apartado 4.1). Desde un punto de vista económico, la restricción es razonable porque protege el esfuerzo comercial realizado por MBE y estimula el incentivo del integrador de ofrecer el máximo descuento posible para captar al mayor número de clientes a través del revendedor, a los que de otro modo no podría acceder de forma eficiente.

Respecto al carácter necesario y proporcional al objeto del acuerdo de las **restricciones impuestas a MBE**, mientras que la empresa se refiere a restricciones sobre ventas activas a pequeños clientes ya contratados de los

⁵³⁴ Ver, por ejemplo, los párrafos 232 (folio 11624) y 261 (folio 11632) de la Propuesta de Resolución.

⁵³⁵ Ver, por ejemplo, el correo electrónico recabado en la inspección de MBE, con asunto: "FEDEX" remitido el 19 de mayo de 2015 por el franquiciado del área norte de MBE al Director Ventas Red y Operaciones de MBE (folio 4227); o el correo electrónico recabado en la inspección de MBE, remitido el 7 de diciembre de 2011 por un franquiciado de MBE a MBE (folios 3984 a 3986).

proveedores, UPS sustenta el carácter accesorio de la prohibición en los comportamientos oportunistas sobre sus grandes clientes. Parece que el objetivo principal de estas restricciones sería, para UPS, proteger su propio esfuerzo comercial y evitar que MBE pueda competir por sus clientes. Resulta contradictoria esta pretensión con la alegación, común a los dos informes, de que MBE no tiene capacidad para poder satisfacer las necesidades de los clientes corporativos de los integradores, por lo que no sería en absoluto necesario que pactaran para que MBE no pudiera quitar clientes grandes a los integradores. Sin embargo, lo que es decisivo es subrayar que UPS no ha motivado en absoluto en qué medida el hecho de que preste servicios para clientes de MBE puede facilitar a la empresa revendedora –incluso si tuviera la capacidad para ello– el comportamiento oportunista para captar grandes clientes de UPS. Es decir, UPS no aclara en qué se diferenciaría ese “ataque” comercial de MBE a los clientes de UPS de los ataques que podría recibir la empresa integradora de otros operadores del mercado, y por tanto no es capaz de mostrar por qué los pactos para restringir la competencia con MBE estarían justificados, mientras que no lo estarían con otros operadores.

El informe presentado por UPS plantea una situación en la que no existirían estas restricciones a las ventas impuestas a MBE, y estima las pérdidas a las que se enfrentaría como consecuencia de los previsibles comportamientos oportunistas por parte de MBE. Sin embargo, no tiene en cuenta que –como se ha dicho en el párrafo anterior– esas pérdidas serían consecuencia de la normal competencia en el mercado, y en nada se distinguirían de las que se producirían al perder clientes frente a otros competidores.

El informe aportado por MBE plantea también un escenario alternativo en el que no existiría ningún tipo de restricciones a las ventas, y concluye que las empresas no tendrían incentivos suficientes para celebrar los acuerdos, empeorando el bienestar general. Mientras que, como se ha indicado, las restricciones impuestas a los proveedores de MBE sí incentivan al integrador para ofrecer el máximo descuento posible y esto, por tanto, favorece a los clientes de MBE, no sucede así con las restricciones impuestas a la propia MBE por UPS. Por un lado, aparece de nuevo la contradicción sobre si la restricción se aplica a pequeños (según MBE) o grandes clientes (según UPS). De nuevo, como ya se ha explicado anteriormente, lo decisivo es que no tiene sentido que se impida a MBE acceder a los clientes de UPS, ya que MBE llegará a estos clientes gracias a su propio esfuerzo comercial, y no debido a la relación vertical.

El informe aportado por UPS afirma que, en contra de lo que estaría recogido en la Propuesta de Resolución, el sistema de doble distribución no habría podido favorecer el incremento de precios, ya que integrador y revendedor no compiten por los mismos clientes. Pero, en opinión de esta Sala, esta afirmación parte de una premisa que no se considera cierta, en la medida en que constan en el expediente numerosas situaciones en las que MBE ha competido con sus proveedores. Por otro lado, la imputada afirma también que su baja cuota de mercado supone que la disminución de la competencia debido a los pactos es muy reducida. Es cierto que puede considerarse que la cuota de mercado

conjunta de cada uno de los cárteles considerados aisladamente es reducida. No obstante, y al contrario de lo recogido en el informe mencionado, para valorar correctamente la reducción de la presión competitiva producida por cada conducta procede acumularse la reducción producida, en primer lugar, en el caso de las empresas que participan en varios acuerdos, como sucede con CEX, MBE e ICS y, en segundo lugar, por el entramado de acuerdos entre todas ellas que, en su conjunto, puede dar lugar a un efecto de compartimentación del mercado.

En cuanto a las cifras aportadas por UPS sobre la **cuota de mercado** del conjunto de empresas del expediente, tanto la estimación de mercado afectado de ICS como la de MBE parecen correctas, especialmente en el caso de MBE, ya que la cifra de negocios que consta en sus cuentas no parece incluir la facturación de sus franquiciados. Por lo tanto, si atendemos al mercado afectado, la estimación utilizando un 70% de la cifra de negocios (suponiendo que en España obtienen el mismo porcentaje de ingresos por envíos que MBE a nivel mundial) sería adecuada.

Respecto a las **cuotas de mercado basadas en el remitente y en el pagador**, aportadas también por UPS, ninguna puede aceptarse porque en ambos casos el informe excluye parte de la facturación de las empresas que tiene lugar en España. Independientemente de si el cliente se encuentra en territorio nacional o no, la realidad es que el servicio se factura en España, por lo que debe ser incluido en el cálculo de la facturación. Además, UPS considera en su informe como importaciones lo que en realidad son exportaciones de servicios: aunque el paquete se “importa” desde el país del remitente o del pagador, el servicio de envío que factura la empresa se exporta a estos países, por lo que deben incluirse en el cálculo.

Finalmente, el informe presentado por UPS afirma que el sistema de doble distribución cumple las condiciones establecidas por las Directrices Verticales para considerar que un acuerdo es pro-competitivo. Como ya se ha respondido en las alegaciones, aunque se acepte que la relación vertical subyacente es adecuada, algunas cláusulas restrictivas –las del proveedor o integrador sobre el revendedor, y las del revendedor sobre todos los clientes– que no puede considerarse que encuentren amparo en la normativa de verticales, sino que las propias Directrices Verticales las prohíben, motivo por el que constituyen una restricción por objeto.

En conclusión, como se ha explicado previamente en esta resolución, esta Sala considera que las imputadas no han acreditado la indispensabilidad del acuerdo respecto de la relación vertical subyacente y, como se desarrollará más adelante, incluso analizando las conductas desde la óptica de las relaciones verticales, los acuerdos verbales analizados establecen una protección injustificada e innecesaria de clientes ajenos a la relación vertical que es restrictiva por su objeto.

5.12. Incorrecta imputación a la matriz de la responsabilidad por la infracción de su filial

CTT, FEDEX CORPORATION y TNT HOLD alegan en esencia que no determinaron el comportamiento económico de sus filiales, TOURLINE, FEDEX y TNT, respectivamente.

En concreto, CTT alega que frente a la presunción derivada de la participación de CTT sobre el 100% de las acciones de TOURLINE, la Dirección de Competencia no habría motivado suficientemente la influencia de la matriz sobre su filial al no haber contestado a sus alegaciones sobre este particular, en contravención de la jurisprudencia del TJUE en los asuntos Alstom T-517/09, Air Liquide T-185/06 y C-446/11P. En todo caso, vuelve a reiterar que los órganos de TOURLINE adoptan su propio plan de negocio, el presupuesto anual y la planificación. Apunta que no existen directrices comerciales de CTT sobre TOURLINE, ni ésta reporta a aquella información sobre clientes o contratos individuales. Tan solo aportaría datos agregados. Por último, señala que no existe ninguna prueba ni indicio de que los directivos de CTT conociesen el acuerdo ni las prácticas en cuestión y que, dado el impacto despreciable del supuesto acuerdo con un operador que no representa ni 1% del mercado de Madrid, no es razonable asumir que CTT fuese informado de ello.

Por su parte, TNT HOLD alega que no decide el comportamiento económico de TNT y que se instituye como una empresa *holding* sin funciones operativas. Añade que TNT tiene plena autonomía para determinar su comportamiento en el mercado (independencia financiera, independencia para celebrar contratos, plenos poderes del consejero delegado para tomar decisiones) y que TNT HOLD y TNT no comparten administradores comunes. Además, alega que, en su caso, solo sería responsable a partir de julio de 2013, momento en el que adquirió TNT o, en última instancia, 2009, momento en el que se constituyó.

Por su parte FEDEX CORPORATION también afirma que no decide el comportamiento económico de FEDEX, que su filial tiene plena autonomía para determinar su comportamiento en el mercado teniendo suficientes recursos para ello, además de independencia para celebrar contratos y plenos poderes de sus directivos para dirigir la filial. Afirma también que FEDEX CORPORATION y FEDEX no comparten directivos y que, en virtud de la doctrina de la CNMC en el asunto *Transitarios* (Resolución de la CNC de 31 de julio de 2010, expediente S/0120/08) debería exonerarse de responsabilidad a la matriz por cuanto supervisó la adecuación del comportamiento al derecho de la competencia de su filial con ocasión de la firma del contrato con CEX.

Respuesta de la Sala de Competencia

En primer lugar, conviene constatar que tanto FEDEX EXPRESS, como TNT HOLD y CTT-CORREIOS DE PORTUGAL, de acuerdo con la información aportada en contestación a los requerimientos de información realizados, reconocen que poseen el 100% de sus respectivas filiales, FEDEX, TNT y TOURLINE⁵³⁶.

⁵³⁶ Contestación al requerimiento de información de FEDEX EXPRESS (folios 6272 a 6277), de TNT HOLD (folios 6295 a 6299) y de CTT-CORREIOS DE PORTUGAL (folios 6327 a 6339).

De acuerdo con el artículo 61.2 de la LDC, la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por ellas. Tanto la jurisprudencia de la Unión Europea⁵³⁷ como la nacional⁵³⁸ han señalado que en los casos en los que una matriz participa en el 100% del capital social de su filial, existe una presunción “*iuris tantum*” de que la matriz ejerce una influencia decisiva en el comportamiento de su filial. La imputación de responsabilidad por la acción de la filial infractora a la matriz es consecuencia de la aplicación de las normas del derecho de la competencia atendiendo a la realidad económica subyacente a las estructuras societarias, entendida como unidad económica, y no a la forma jurídica del autor. Se trata en última instancia de evitar que las empresas se valgan o amparen en estructuras jurídico formales para evitar la responsabilidad de sus actos, incluida la imposición de sanciones. Como ha afirmado la Audiencia Nacional, en relación con una filial participada al 100% por su matriz⁵³⁹:

“En cuanto a Gol TV S.L. es una filial participada al 100% por la actora, y su responsabilidad es solidaria, no por actos propios sino por la existencia de una unidad de decisión que ha determinado la participación directa de la filial en los hechos imputados, pero no se trata de una doble imputación, sino de una sola imputación para ambas entidades de la que responden solidariamente.”

La presunción es, como se ha dicho, “*iuris tantum*” y corresponde a la matriz desvirtuar la presunción aportando pruebas que demuestren que su filial determina de modo autónomo su conducta en el mercado. Por su parte, “(...) *la exigencia de control no implica que el ejercicio del control deba ser llevado a cabo por el sujeto que lo posee, bastará con que exista el control independientemente de que sea ejercitado por éste o por alguna de las entidades pertinentes al grupo*”⁵⁴⁰. Pero no basta con probar que la filial decidió independientemente su conducta en el mercado (la regla de la corresponsabilidad no viene dada por la participación de la matriz en el comportamiento infractor) o la no implicación de la matriz en la conducta anticompetitiva o su falta de conocimiento, o constatar simplemente que la matriz

⁵³⁷ Sentencias del TPI de 15 de junio de 2005, asunto T-71/03, *Tokai Carbon y c. Comisión Europea*; en el asunto T-30/05 *Prym Consumer c. Comisión*, de 12 de septiembre de 2007; de 12 de diciembre de 2007 en el asunto T-112/05, *Akzo Nobel y otros c. Comisión*; de 18 de diciembre de 2008 en el asunto T-85/06, *General Química c. Comisión*; del TJUE en el asunto C-97/08P *Akzo Nobel NV y otros c. Comisión*; del TJCE de 10 de septiembre de 2009, asunto C-97/08, *Akzo Nobel NV y otros c. Comisión Europea* y de 29 de septiembre de 2011, en los asuntos C-520/09 P, *Arkema SA. c. Comisión* y C-521/09 P, *Elf Aquitaine c. Comisión*.

⁵³⁸ Ver la Sentencia de la AN de 21 de febrero de 2013, rec. núm. 48/2012, en el ámbito del Expte. S/0251/10, Envases Hortofrutícolas y, entre otras, las resoluciones de la CNC de 31 de julio de 2010, Expte. S/0120/08 *Transitarios* y de 24 de junio de 2011, Expte. S/0185/09, *Bombas de Fluidos* y de la CNMC de 4 de diciembre de 2014, Expte. S/0453/12, *Rodamientos Ferroviarios*.

⁵³⁹ Sentencia de la AN de 11 de julio de 2012, desestimando el recurso interpuesto contra la Resolución del Consejo de la CNC de 17 de marzo de 2011, Expte. S/0153/09 *MEDIAPRO*.

⁵⁴⁰ Resolución del Consejo de la CNC de 21 de enero de 2010, Expte. S/0084/08 *Fabricantes de Gel*.

sea un holding financiero⁵⁴¹. Como expresamente afirma el TGUE en su Sentencia de 16 de septiembre de 2013⁵⁴²:

“Por lo tanto, en contra de lo que sostiene la demandante, una sociedad matriz puede ser considerada solidariamente responsable de una infracción en la que esté implicada su filial, sin haber participado ella misma en dicha infracción y sin haber tenido conocimiento de ésta, ya que la imputación de esta responsabilidad a la sociedad matriz únicamente está vinculada con el hecho de que constituye una única entidad con su filial”.

Conforme a lo anterior, FEDEX EXPRESS, TNT HOLD y CTT-CORREIOS DE PORTUGAL han declarado ser titulares del 100% del capital social de sus respectivas filiales⁵⁴³ y, por esta razón, se les ha imputado por la responsabilidad solidaria de las infracciones realizadas por sus respectivas filiales. No obstante, a juicio de esta Sala no han logrado desvirtuar la presunción de que, poseyendo el 100% de las acciones de sus filiales, tengan la posibilidad de ejercer el control sobre ellas.

En el caso concreto de FEDEX EXPRESS, como ya recogió la Dirección de Competencia en su Propuesta de Resolución, existen evidencias concretas de que interviene o puede intervenir en la gestión de su filial cuando lo considera oportuno. Al contrario de lo que alega FEDEX EXPRESS la intervención de ésta sobre su filial para verificar la legalidad del contrato que estaba negociando con CEX es manifestación inequívoca de la intervención y control de la matriz en los asuntos de su filial⁵⁴⁴.

En cuanto a TNT HOLD, el hecho de que se trate de una sociedad holding no es relevante a los efectos de su responsabilidad solidaria por los hechos de su matriz. El TGUE reiteradamente ha señalado que⁵⁴⁵:

“El ejercicio de influencia decisiva sobre la política comercial de una filial no requiere la gestión diaria del funcionamiento de la filial. La gestión de la filial puede encomendarse a la filial, lo que no excluye que la sociedad matriz imponga objetivos y políticas que afecten al rendimiento del grupo y a su coherencia y que castigue todo comportamiento que se aleje de esos objetivos y políticas. Debe recordarse asimismo, que incluso si la

⁵⁴¹ Ver las Sentencias del Tribunal General de 16 de septiembre de 2013 en el asunto T-408/10, *Roca Sanitario contra Comisión Europea*, de 15 de junio de 2005, en los asuntos acumulados T-71/03, T-74/03, T-87/03 y T-91/03, *Tokai Carbon c. Comisión*, aptdo. 54 y la Resolución del Consejo de la CNC de 28 de julio de 2010, Expte. S/0091/08, *Vinos finos de Jerez*.

⁵⁴² Sentencia del Tribunal General de 16 de septiembre de 2013 en el asunto T-408/10, *Roca Sanitario contra Comisión Europea*, aptdo. 61.

⁵⁴³ Contestación al requerimiento de información de FEDEX EXPRESS (folios 6272 a 6277), de TNT HOLD (folios 6295 a 6299) y de CTT-CORREIOS DE PORTUGAL (folios 6327 a 6339).

⁵⁴⁴ Ver el correo electrónico remitido por el Departamento Jurídico del Grupo FEDEX el 12 de mayo de 2010, transcrito en español en el escrito de alegaciones de FEDEX (folio 9915) y la cláusula contractual transcrita en español en el escrito de alegaciones de FEDEX (folio 9915).

⁵⁴⁵ Entre otras, asunto T-69/04 *Schunk y Schunk Kohlenstoff-Technik/Comisión Rec. 2008*, apartado 70 y asunto T-174/05 *Elf Aquitaine/Comisión*, sentencia de 30 de septiembre de 2009, apartado 160.

matriz es un holding financiero, ésta puede ejercer una influencia decisiva sobre sus filiales”.

Y se ha concretado la responsabilidad de sociedades holding por las infracciones de filiales, incluso tratándose de matrices indirectas de la filial infractora (ver, por ejemplo, la Sentencia del TJUE de 20 de enero de 2011, en el asunto C-90/09 P, *General Química SA y otros c. Comisión Europea*, apdos. 88 y 89⁵⁴⁶. El resto de alegaciones no consiguen desvirtuar la presunción de control de TNT sobre su filial, pues el hecho de que tenga independencia de recursos no implica que su matriz no pueda ejercer control sobre ella ni presupone que, de hecho, no lo haya ejercido.

TNT HOLD sostiene que no debería declararse su responsabilidad por el periodo de infracción anterior a 2013. De acuerdo con la jurisprudencia de la Unión Europea, la responsabilidad de la matriz debe limitarse al periodo durante el que dicha entidad ha mantenido el control sobre la infractora, por lo que en este caso, el alcance de la responsabilidad de TNT HOLD debe circunscribirse a la sanción derivada de la conducta desde 2013 a 2016⁵⁴⁷.

Las alegaciones CTT no consiguen desvirtuar la presunción de control sobre su filial, pues el hecho de que tenga independencia de recursos o margen de actuación para determinar su estrategia competitiva de forma autónoma, no implica que su matriz no pueda ejercer control sobre su filial ni presupone que, de hecho, no lo haya ejercido.

5.13. Sobre la no inclusión de la propuesta de sanción en la propuesta de resolución elaborada por la Dirección de Competencia

CEX considera que la propuesta de resolución elevada a esta Sala por la Dirección de Competencia vulnera las garantías del artículo 24 de la CE por cuanto carece de una propuesta concreta y cuantificada de la sanción, y solicita la nulidad de pleno derecho en virtud el artículo 62.1.a) de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/92)

Respuesta de la Sala de Competencia

En relación con esta alegación, esta Sala debe apuntar que las normas procedimentales aplicables al presente procedimiento son, además de la LDC, la Ley 30/92 y el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado mediante el Real Decreto 1398/1993.

El artículo 1 del Reglamento citado establece su aplicación supletoria en defecto de procedimientos específicos previstos en las correspondientes normas sancionadoras. Ello significa que todas aquellas previsiones relativas al procedimiento sancionador que vengan en una norma específica prevalecen

⁵⁴⁶ Ver también la Resolución del Consejo de la CNC de 2 de marzo de 2011, Expte. S/0086/08, Peluquería profesional.

⁵⁴⁷ Sentencia del TJCE de 16 de noviembre de 2000, C-279/98, *Cascades SA c. Comisión Europea*, apdos. 143 a 148.

sobre el citado Reglamento y hacen inaplicable el mismo. En este sentido, el artículo 45 de la LDC, que además es norma posterior a las otras dos, prevé el carácter prevalente de ésta con respecto a la Ley 30/92, y su normativa de desarrollo, al disponer lo siguiente:

“Los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se regirán por lo dispuesto en esta ley y su normativa de desarrollo y, supletoriamente, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 70 de esta Ley”.

Por tanto, cuando la LDC y su normativa de desarrollo prevén las singularidades del procedimiento sancionador en materia de competencia, no es posible acudir a las normas generales sancionadoras, tal como ha puesto de relieve el propio Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones⁵⁴⁸.

La LDC establece su propio procedimiento sancionador específico en materia de defensa de la competencia, tal como indica el artículo 45 de la LDC antes citado, e igualmente el artículo 29.3 de la LCNMC en los siguientes términos: *“En concreto, el procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia se regirá por las disposiciones específicas previstas en la Ley 15/2007, de 3 de julio”.*

Por su parte, el procedimiento sancionador previsto en la LDC viene desarrollado en el RDC, en cuyo artículo 34 se prevé el contenido mínimo que debe tener la propuesta resolución, en los siguientes términos:

“La propuesta de resolución deberá contener los antecedentes del expediente, los hechos acreditados, sus autores, la calificación jurídica que le merezcan los hechos, la propuesta de declaración de existencia de infracción y, en su caso, los efectos producidos en el mercado, la responsabilidad que corresponda a sus autores, las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes y la propuesta de la Dirección de Investigación relativa a la exención o reducción del importe de la multa a la que se refieren los artículos 65 y 66 de la Ley 15/2007, de 3 de julio. Cuando la Dirección de Investigación considere que no ha quedado acreditada la existencia de prácticas prohibidas pondrá de manifiesto dicha circunstancia en su propuesta de resolución”.

La norma no exige que la propuesta de resolución incluya una propuesta sobre el importe de la sanción, cuya cuantía queda reservada a la potestad de la Sala de Competencia del Consejo, tal como disponen los artículos 53.2 de la LDC y 38.3 del RDC.

5.14. Solicitud de prueba

Algunas empresas han aportado, a través de sus escritos de alegaciones, nuevos elementos de prueba en la fase de resolución de este procedimiento.

⁵⁴⁸ Véase el fundamento de derecho cuarto, de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2014, rec. núm. 4619/2011.

En concreto, TOURLINE solicita que se analice el Modelo de contrato de franquicia para hacer una correcta interpretación de la protección de los clientes de los franquiciados de Tourline y las cuentas anuales para corroborar que su cuota de mercado no es del 5.2 sino del 1,4⁵⁴⁹.

Por su parte, FEDEX solicita que se remitan requerimientos de información a CEX y MBE para acreditar que FEDEX se dirigió y captó clientes de ambas empresas y presentar alegaciones a la metodología de la Sala para la cuantificación de la sanción con carácter previo a su imposición.

TNT solicita que se realice un requerimiento de información a MBE para que certifique que determinados clientes incluidos en el Anexo 5 a su escrito de alegaciones trabajaban previamente con MBE en el momento en el que recibieron una oferta comercial de TNT. También solicita realizar alegaciones a la metodología de la Sala para la cuantificación de la sanción con carácter previo a su imposición.

MBE también solicita que la CNMC haga uso expreso de la facultad dispuesta en el apartado 5 del artículo 11 del Reglamento (CE) 1/2003 para consultar a la Comisión Europea sobre la aplicación de la exención prevista en el artículo 2 del REC a los acuerdos de naturaleza vertical celebrados entre MBE y los integradores que operan en el mercado español de mensajería y paquetería empresarial.

UPS solicita al Consejo que recalifique las prácticas imputadas en virtud de lo establecido en el artículo 51.4 de la LDC para poder analizarlas de nuevo a la luz del marco normativo aplicable a los acuerdos verticales. Igualmente, solicita que la CNMC contacte con la Comisión Europea para que, en virtud de lo establecido en el artículo 11.5 del Reglamento 1/2003 emita una opinión acerca de la aplicación del REC a las conductas analizadas en el presente expediente.

Por último, CEX solicita que, conforme al artículo 51.1 LDC, la Sala del Consejo de la CNMC devuelva el expediente administrativo a la Dirección de Competencia al efecto de que se subsane la deficiente instrucción realizada, emitiéndose un nuevo Pliego de Concreción de Hechos y una Propuesta de Resolución que garanticen adecuadamente sus derechos de defensa y que se le imponga una multa simbólica de un euro. Además, solicita que se envíen requerimientos de información: (1) a determinados clientes incluidos en un listado que se adjunta a sus alegaciones a la Propuesta de Resolución para que especifiquen con quién tenían contratados sus servicios de paquetería nacional e internacional y quién prestaba efectivamente el servicio (tanto nacional como internacional); y (2) a los representantes legales del Banco Santander y Unicaja para que certifiquen que REDYSER nunca fue invitada a participar en sus concursos durante 2011 y 2015. Por último, solicita CEX que se practique prueba testifical consistente en la citación para su declaración ante el Consejo del

⁵⁴⁹ Ver la pág. 22 de las alegaciones de TOURLINE a la Propuesta de Resolución (folios 15010 – 15038)

representante legal de determinados clientes de CEX que tendrían conocimiento de los hechos supuestamente acreditados en relación con REDYSER.

Respuesta de la Sala de Competencia

El artículo 51.1 de la LDC dispone que el Consejo de la CNMC podrá ordenar, de oficio o a instancia de algún interesado, la práctica de pruebas distintas de las ya practicadas ante la Dirección de Competencia en la fase de instrucción, así como la realización de actuaciones complementarias con el fin de aclarar cuestiones precisas para la formación de su juicio en la toma de decisión.

Esta Sala considera pertinente incorporar al expediente todos los documentos nuevos aportados por las partes junto con sus escritos de alegaciones a la propuesta de resolución, si bien dichos documentos no aportan valor añadido respecto a la información que ya obraba en el expediente y en función de la cual se han considerado acreditados los hechos objeto de investigación y la imputación realizada respecto de las entidades incoadas, por lo que carecen de virtualidad para modificar la valoración realizada por la Dirección de Competencia y que esta Sala comparte en los términos indicados en el fundamento cuarto.

CEX ha solicitado la práctica de prueba testifical. Esta Sala no la considera necesaria, a la vista de la instrucción realizada y de la documentación disponible en este expediente, por no resultar imprescindibles para la determinación de los hechos y de la responsabilidad imputada a ambas empresas.

En cuanto a las solicitudes de consulta a la Comisión Europea de acuerdo con el Reglamento (CE) 1/2003, tal y como se expone en el antecedente de hecho 22, dicha consulta ya fue efectuada en octubre de 2017 conforme lo dispuesto en el artículo 11.4 del citado Reglamento no siendo necesario efectuar, por tanto, ninguna de las consultas solicitadas por las partes.

En relación a las peticiones de recalificación o devolución del expediente al órgano de instrucción, esta Sala considera que no son pertinentes al estimar adecuada y suficiente la instrucción realizada por la Dirección de Competencia.

5.15. Solicitud de vista

Varias empresas han solicitado la celebración de vista oral en aplicación del artículo 51.3 de la LDC.

Respuesta de la Sala de Competencia

Al respecto, cabe señalar que la vista oral ante la Sala del Consejo que viene prevista en el artículo 51.3 de la LDC se configura como una potestad discrecional del Consejo, que la puede acordar “*cuando la considere adecuada para el análisis y enjuiciamiento del objeto del expediente*” (art. 19.1 RDC).

El Consejo, teniendo en cuenta este carácter potestativo de la vista oral, ha decidido no acceder a la solicitud de celebración de vista por no considerarlo

necesario para la valoración del asunto, sin que de esta negativa pueda derivarse ningún tipo de indefensión.

5.16. Solicitud de confidencialidad

Las siguientes empresas han solicitado la confidencialidad de determinada información presentada en la fase de resolución del procedimiento.

- CEX: folios 19146 a 19150 y 22897
- CORREOS: folio 22897
- DHL: folios 15155 a 15181, 23047 a 23064 y 23069 a 23199
- DHL IBERIA: folios 23005 a 23006
- FEDEX: folios 15388 a 15480, 15744 a 15980, 16218 a 16894, 19544 a 19873 y 20499 a 20751 y 22975
- FEDERAL CORPORATION: folios 18719 a 18729 y 22985
- GLS: folios 22919 a 22922
- GLS, BV: folios 22908 a 22911
- ICS: folios 22902 a 22904
- TOTALICS: folios 22902 a 22904
- MBE: folios 15215 a 15251, 15290 a 15336 y 22938 a 22940
- MBE WORLDWIDE: folios 22930 a 22932
- REDYSER: folios 22822 y 22824 a 22827
- TNT: folios 17598 a 17662, 17814 a 18252 y 21128 a 21127 y 23040
- TNT HOLD: folios 18788 a 18801 y 23210
- TOURLINE: folios 15010 a 15038 y 23242 a 23243
- CTT: folios 15070 a 15079 y 23250 a 23251
- UPS HOLD: folios 23235 a 23236
- UPS: folios 18935 a 19027 y 23215 a 23220

Respuesta de la Sala de Competencia

En aplicación del artículo 42 de la LDC, se declara confidencial la información solicitada por las partes, a excepción de aquella relativa al volumen de negocio total de las empresas correspondiente al año 2017.

SEXTO. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

6.1. Consideraciones previas

De acuerdo con lo expuesto en el fundamento de derecho Segundo de la presente resolución, a efectos del cálculo de la sanción que corresponda imponer a las empresas, resulta de aplicación la Ley 15/2007.

Esta Sala ya ha manifestado que las prácticas analizadas en este expediente constituyen varias infracciones únicas e independientes entre sí, atendiendo principalmente a la diversidad de grupos autores que intervienen en cada una

de ellas y a la existencia de acuerdos diferenciados, lo que no permite englobar todas las prácticas en una misma infracción única y continuada.

Así las cosas, han sido acreditadas las siguientes infracciones del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE:

- a) Reparto de clientes entre CEX y GLS
- b) Reparto de clientes entre CEX y REDYSER
- c) Reparto de clientes entre MBE y UPS
- d) Reparto de clientes entre MBE y TNT
- e) Reparto de clientes entre MBE y FEDEX
- f) Reparto de clientes entre MBE y CEX
- g) Pacto de no agresión entre ICS y TOURLINE
- h) Reparto de clientes entre ICS y CEX
- i) Reparto de clientes entre ICS y DHL

En relación con la calificación jurídica de las infracciones, el artículo 62.4.a) de la LDC considera infracción muy grave el desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales.

Todas las infracciones han sido calificadas de cártel, toda vez que cumplen las particulares que la definición contenida en la disposición adicional cuarta de la LDC señala para considerar que una conducta colusoria deber tener tal calificación. En particular, cabe señalar que los acuerdos han sido adoptados por empresas que, si bien en ocasiones tienen una relación de carácter vertical, actúan como competidoras en el marco de tales acuerdos.

Todas las infracciones, por tanto, deben tener la calificación de muy graves.

En lo que se refiere al importe de las sanciones, el apartado c) del artículo 63.1 señala que las infracciones muy graves podrán ser castigadas con multa de hasta 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

De conformidad con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, a partir de la sentencia de 29 de enero de 2015 (Recurso 2872/2013), dicho porcentaje ha de aplicarse sobre el volumen total de negocio de la empresa en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la sanción, debiendo graduarse las multas conforme a lo dispuesto en el artículo 64 de la LDC y atendiendo a su finalidad disuasoria y al principio de proporcionalidad.

6.2. Respuesta a alegaciones relacionadas con la determinación de la sanción

REDYSER, TOURLINE, CEX, DHL y UPS alegan que la Dirección de Competencia estaría atribuyendo de forma improcedente los efectos acumulados de los distintos pactos bilaterales a las imputadas. En concreto, consideran que el análisis de efectos debería centrarse en los perjuicios que, en su caso, habría causado cada uno de los acuerdos individual e independientemente del resto para después determinar en qué medida cada uno de ellos habría contribuido a la compartimentación del mercado.

Para REDYSER esta atribución no solo constituye una contradicción entre la parte dispositiva y expositiva de la Propuesta de Resolución, sino que también podría determinar una sanción desproporcionada. Alega que, de acuerdo con el principio de legalidad, las empresas solo pueden ser sancionadas por su propia conducta, no pudiendo ser agravada por otras conductas en las que no ha participado ni de las que no es consciente.

Para DHL, esta atribución de responsabilidad por los efectos cumulativos que habrían producido el conjunto de prácticas tan solo procede en el caso de que todas ellas constituyesen una infracción única y continuada, sin perjuicio luego de la responsabilidad de cada una según su participación en dicha infracción única y continuada. Además, recuerda que mientras algunos operadores están presentes en varios de los cárteles imputados, DHL solo lo estaría en uno, por lo que la atribución de responsabilidad por compartimentación del mercado a DHL sería imposible.

En este sentido la Audiencia Nacional ha afirmado que, pese a que el análisis y tratamiento de las conductas se realice de forma individual, no puede obviarse el impacto que la actuación en paralelo y al mismo tiempo de diferentes empresas puede tener para el interés del público afectado:

“La CNC ha indicado a la recurrente que el tratamiento y análisis de su conducta se realiza de forma individual, como efectivamente se ha hecho y procede hacerlo cuando se trata de una infracción del artículo 3 de la LDC, pero no cabe duda de que la actuación en paralelo y al mismo tiempo de diferentes empresas del sector es un hecho que no puede obviarse y que tiene indudable trascendencia en la intensidad con la que el interés público resulta vulnerado.” (Énfasis añadido).

No obstante, para la determinación de las sanciones que se detallan en los siguientes puntos, se han tenido en cuenta las características de cada una de las nueve conductas sancionadas de forma diferenciada.

En concreto, se ha tenido en cuenta que la cuota de mercado afectada por cada una de estas infracciones es reducida. Además, el grado de participación de cada una de las empresas se ha valorado en relación a la infracción concreta en la que ha quedado acreditada su participación y no respecto al mercado afectado por la totalidad de los pactos.

Por todo ello, no existe riesgo de que las sanciones puedan ser desproporcionadas, ya que no se atribuyen a las imputadas los efectos acumulados de cada una de las infracciones sino los efectos del pacto o los pactos bilaterales concretos en los que cada una haya participado.

6.3. Análisis de los criterios del artículo 64 de la LDC

A continuación, y en atención a cuanto se ha señalado, procede analizar, de manera individualizada para cada infracción, los criterios para el cálculo de la sanción previstos en el artículo 64 de la LDC de cara a obtener las sanciones que corresponden a cada empresa por su responsabilidad en cada una de las infracciones referidas.

6.3.1. Pacto de no agresión entre CEX y GLS

Se trata de una infracción única y continuada muy grave, constitutiva de cártel, consistente en un pacto de no agresión entre CEX y GLS en el mercado de mensajería y paquetería empresarial, que se ha prolongado desde septiembre de 2005 hasta al menos, la inspección realizada en su sede en noviembre de 2015 para CEX y al menos hasta la presentación de su solicitud de clemencia en octubre de 2014 para GLS. Nos encontramos, por tanto, ante un cártel de larga duración.

El pacto de no agresión no se limitaba a clientes empresariales a los que hubiesen tenido acceso a través de su relación, sino a todos los clientes de CEX y GLS.

En relación con las características del mercado afectado, como ya ha quedado dicho en la presente resolución, la infracción se ha llevado a cabo en el mercado de paquetería y mensajería 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. Es, por tanto, un mercado que tiene una clara incidencia en la actividad empresarial de sus clientes.

Por otro lado, el ámbito geográfico en que se ha desarrollado la conducta es el mercado nacional, con independencia del origen o destino que tuviesen los envíos. Este hecho, unido a la naturaleza de las prácticas analizadas, los servicios objeto de tales prácticas y las empresas participantes en las mismas, permiten afirmar que las prácticas objeto de investigación son susceptibles de tener un efecto apreciable sobre el comercio intracomunitario, lo que determina la aplicación del artículo 1 de la LDC y también del 101 del TFUE⁵⁵⁰.

Según la información aportada por GLS en el marco de su solicitud de clemencia, el cumplimiento del pacto de respeto de clientes era controlado por CEX y GLS a través de correos electrónicos y llamadas telefónicas, concertándose reuniones cuando se detectaba algún incumplimiento.

En la tabla siguiente se recoge la duración individual, el volumen de negocios del mercado afectado por cada empresa, así como el porcentaje de participación de cada una de ellas en la infracción:

⁵⁵⁰ Apartado 78 de las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado (actuales artículos 101 y 102 del TFUE).

Empresa	Duración de la conducta	Volumen de negocios en el mercado afectado (€)	Participación en la infracción (%)
CEX	Sept. 2005 - Nov. 2015	[confidencial]	93,6
GLS	Sept 2005 - Oct. 2014	[confidencial]	6,4

No se ha identificado la presencia de circunstancias agravantes o atenuantes.

Teniendo en cuenta todas las circunstancias expuestas, esta Sala considera que corresponde imponer a las entidades infractoras las sanciones siguientes:

Empresa	Volumen de negocios total en 2017 (€)	Tipo sancionador (%)	Sanción (€)
CEX	206.687.275	6,0	12.401.237
GLS	122.989.151	4,0	4.919.566

Estos tipos sancionadores son adecuados a la gravedad y características de la infracción de las dos empresas. Sin embargo, aunque un tipo sancionador sea proporcionado a la gravedad y características de la infracción cometida, en ocasiones la aplicación de ese porcentaje al volumen de negocios total de la empresa podría conducir a una sanción en euros que resultase desproporcionada en relación con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva.

Para realizar cualquier valoración de la proporcionalidad es necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que las entidades infractoras podrían haber obtenido de la conducta bajo supuestos muy prudentes y aplicarle un factor incremental de disuasión⁵⁵¹.

Por estas razones, y de acuerdo con las estimaciones realizadas, se considera que una sanción proporcional y suficientemente disuasoria en este caso debe fijarse en 3,8 millones de euros.

6.3.2. Pacto de no agresión entre CEX y REDYSER

Se trata de una infracción única y continuada muy grave, constitutiva de cártel, consistente en un pacto de no agresión entre CEX y REDYSER en el sector de valijas financieras, que se ha prolongado desde abril de 2011 hasta al menos, la inspección realizada en su sede en noviembre de 2015.

⁵⁵¹ Estos supuestos se refieren a diversos parámetros económicos, como el margen de beneficio de las empresas en condiciones de competencia, la subida de los precios derivada de la infracción y la elasticidad-precio de la demanda en el mercado relevante. Los supuestos que se han asumido se basan en datos de las propias empresas infractoras o en bases de datos públicas referidas al mercado relevante, como la de los ratios sectoriales de empresas no financieras del Banco de España.

En relación con las características y relevancia del mercado en el que se han producido las conductas, se dan por reproducidos los argumentos utilizados en el apartado 6.2.1 sobre esta cuestión.

Ha quedado acreditado que CEX y REDYSER mantuvieron contacto continuo, a través de mensajes de WhatsApp, correos internos, llamadas telefónicas y una reunión.

CEX y REDYSER presentaban precios superiores que su competidor cuando se trataba de concursos convocados por una entidad que fuese cliente de alguno de ellos, produciendo por tanto un incremento artificial de los precios que las entidades pagaban por el servicio de valija financiera.

En la tabla siguiente se recoge la duración individual, el volumen de negocios del mercado afectado por cada empresa, así como el porcentaje de participación de cada una de ellas en la infracción:

Empresa	Duración de la conducta	Volumen de negocios en el mercado afectado (€)	Participación en la infracción (%)
CEX	Abr. 2011 - Nov. 2015	[confidencial]	79,3
REDYSER	Abr. 2011 – Nov. 2015	[confidencial]	20,7

No se ha identificado la presencia de circunstancias agravantes o atenuantes.

Por otro lado, cabe advertir que el principio de proporcionalidad podría verse comprometido en el caso de aquellas empresas que ya han sido sancionadas en este mismo expediente por otra conducta, como es el caso de CEX. La necesidad de compaginar la proporcionalidad de la sanción con el efecto disuasorio de la misma ha sido recogida por el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de enero de 2015 (Recurso 2872/2013).

En este procedimiento, el principio de proporcionalidad y la finalidad disuasoria de la multa deben adaptarse a que las conductas incluidas en el expediente se han traducido en nueve infracciones, habiendo participado algunas de las empresas en varias de las conductas aquí sancionadas. Esta circunstancia aconseja modular la intensidad disuasoria de las multas que puedan corresponder a cada empresa, teniendo en cuenta las otras multas que se le hubieran impuesto como consecuencia del resto de infracciones sancionadas en esta misma resolución. En concreto, con el fin de garantizar el máximo respeto al principio de proporcionalidad, la intensidad disuasoria de las sanciones correspondientes a las infracciones de menor dimensión de las empresas que están presente en varias conductas de este expediente deben ser moduladas a la baja.

Esto se ajusta a la práctica de la Unión Europea, si tenemos en cuenta que la Comisión Europea, en su Decisión de 17 de diciembre de 2002, en el Asunto COMP/37667- Specialty Graphite, afirmó que procedía una reducción en una

multa posterior, debido a que el efecto disuasorio se garantizaba ya con la primera multa:

“558 It follows that SGL is both in [name of infringements] and has relatively recently been imposed a significant fine by the Commission. The Commission considers that, in these particular circumstances, imposing the full amount of the fine does not appear necessary in order to ensure effective deterrence. This conclusion takes in particular account of the fact that the aggravating circumstance of recidivism does not apply to SGL in the present case (see recital 513 above).”⁵⁵²

Teniendo en cuenta todas las circunstancias expuestas, esta Sala considera que corresponde imponer a las entidades infractoras las sanciones siguientes:

Entidades infractoras	Volumen de negocios total en 2017 (€)	Tipo sancionador (%)	Sanción (€)
CEX	206.687.275	1,3	2.686.935
REDYSER	44.759.891	4,7	2.103.715

En este caso, las sanciones que corresponde imponer a las empresas infractoras son proporcionadas al valor de referencia calculado para cada empresa a partir del beneficio ilícito estimado y del factor de disuasión.

6.3.3. Pacto de no agresión entre MBE y UPS

Se trata de una infracción única y continuada muy grave, constitutiva de cártel, consistente en un acuerdo de reparto de clientes entre MBE y UPS en el mercado de mensajería y paquetería empresarial, que se ha prolongado desde septiembre de 2009 hasta al menos, la inspección realizada en su sede en abril de 2016.

En relación con las características y relevancia del mercado en el que se han producido las conductas, se dan por reproducidos los argumentos utilizados en el apartado 6.2.1 sobre esta cuestión.

Ha quedado acreditado que MBE y UPS respetaban los clientes de la otra, incluso tratándose de ventas pasivas.

En la tabla siguiente se recoge la duración individual, el volumen de negocios del mercado afectado por cada empresa, así como el porcentaje de participación de cada una de ellas en la infracción:

⁵⁵² Traducción propia: “558 Se deduce que SGL está en ambas [infracciones] y recientemente ha sido sancionada por la Comisión con una multa significativa. La Comisión considera que, en estas circunstancias particulares, no es necesario imponer el importe íntegro de la multa para garantizar la eficacia de su finalidad disuasoria. Para llegar a esta conclusión se ha tenido en cuenta en concreto que, en este caso, no concurre la circunstancia agravante de reincidencia en la conducta de SGL (véase el párrafo 513).”

Empresa	Duración de la conducta	Volumen de negocios en el mercado afectado (€)	Participación en la infracción (%)
MBE	Sept. 2009 - Abr. 2016	[confidencial]	18,9
UPS	Sept. 2009 - Abr. 2016	[confidencial]	81,1

No se ha identificado la presencia de circunstancias agravantes o atenuantes.

Nuevamente, cabe advertir que el principio de proporcionalidad podría verse comprometido en el caso de aquellas empresas que ya han sido sancionadas por otra conducta en esta misma resolución, como es el caso de MBE. Como se ha explicado en el apartado 6.2.2., deben modularse las sanciones adicionales correspondientes a las conductas de menor dimensión. En el caso de MBE, la sanción de mayor alcance, por duración y volumen de mercado afectado, es el pacto de no agresión entre MBE y TNT, por lo que la infracción a imponer por el pacto de no agresión entre MBE y UPS debe ser modulada a la baja para MBE.

Teniendo en cuenta todas las circunstancias expuestas, esta Sala considera que corresponde imponer a las entidades infractoras las sanciones siguientes:

Entidades infractoras	Volumen de negocios total en 2017 (€)	Tipo sancionador (%)	Sanción (€)
MBE	7.935.634	1,6	126.970
UPS	320.501.721	6,0	19.230.103

En este caso, las sanciones que corresponde imponer a las empresas infractoras son proporcionadas al valor de referencia calculado para cada empresa a partir del beneficio ilícito estimado y del factor de disuasión.

6.3.4. Pacto de no agresión entre MBE y TNT

Se trata de una infracción única y continuada muy grave, constitutiva de cártel, consistente en un acuerdo de reparto de clientes entre MBE y TNT en el mercado de mensajería y paquetería empresarial, que se ha prolongado desde febrero de 2008 hasta al menos, la inspección realizada en su sede en abril de 2016.

En relación con las características y relevancia del mercado en el que se han producido las conductas, se dan por reproducidos los argumentos utilizados en el apartado 6.2.1 sobre esta cuestión.

Ha quedado acreditado que MBE y TNT respetaban los clientes de la otra, contactando la una con la otra en los casos en los que se detectaba un incumplimiento del pacto.

En la tabla siguiente se recoge la duración individual, el volumen de negocios del mercado afectado por cada empresa, así como el porcentaje de participación de cada una de ellas en la infracción:

Empresa	Duración de la conducta	Volumen de negocios en el mercado afectado (€)	Participación en la infracción (%)
MBE	Feb. 2008 - Abr. 2016	[confidencial]	34,2
TNT	Feb. 2008 - Abr. 2016	[confidencial]	65,8

No se ha identificado la presencia de circunstancias agravantes o atenuantes.

Como se ha explicado en el apartado anterior, esta es la conducta de mayor dimensión para MBE, por duración y volumen de mercado afectado, por lo que en este caso no corresponde realizar ninguna modulación a la baja de la sanción.

Teniendo en cuenta todas las circunstancias expuestas, esta Sala considera que corresponde imponer a las entidades infractoras las sanciones siguientes:

Entidades infractoras	Volumen de negocios total en 2017 (€)	Tipo sancionador (%)	Sanción (€)
MBE	7.935.634	5,3	420.589
TNT	269.732.241	6,0	16.183.934

En este caso, las sanciones que corresponde imponer a las empresas infractoras son proporcionadas al valor de referencia calculado para cada empresa a partir del beneficio ilícito estimado y del factor de disuasión.

El alcance de la responsabilidad solidaria de TNT HOLD debe limitarse al periodo durante el cual controlaba a TNT, por lo que dicha responsabilidad solidaria debe declararse con el límite de 6.538.963 €.

6.3.5. Pacto de no agresión entre MBE y FEDEX

Se trata de una infracción única y continuada muy grave, constitutiva de cártel, consistente en un acuerdo de reparto de clientes entre MBE y CEX en el mercado de mensajería y paquetería empresarial, que se ha prolongado desde febrero de 2014 hasta al menos, la inspección realizada en su sede en abril de 2016.

En relación con las características y relevancia del mercado en el que se han producido las conductas, se dan por reproducidos los argumentos utilizados en el apartado 6.2.1 sobre esta cuestión.

Ha quedado acreditado que ha habido diversos incidentes comerciales entre MBE y FEDEX en los que se pedía respeto a los clientes de cada una.

En la tabla siguiente se recoge la duración individual, el volumen de negocios del mercado afectado por cada empresa, así como el porcentaje de participación de cada una de ellas en la infracción:

Empresa	Duración de la conducta	Volumen de negocios en el mercado afectado (€)	Participación en la infracción (%)
MBE	Feb. 2014 - Sept. 2015	[confidencial]	65,5
FEDEX	Feb. 2014 - Sept. 2015	[confidencial]	34,5

No se ha identificado la presencia de circunstancias agravantes o atenuantes.

Nuevamente, cabe advertir que el principio de proporcionalidad podría verse comprometido en el caso de aquellas empresas que ya han sido sancionadas por otra conducta, como ocurre en este caso con MBE. Como se ha explicado en el apartado 6.2.2., deben modularse las sanciones adicionales correspondientes a conductas de menor dimensión.

Teniendo en cuenta todas las circunstancias expuestas, esta Sala considera que corresponde imponer a las entidades infractoras las sanciones siguientes:

Entidades infractoras	Volumen de negocios total en 2017 (€)	Tipo sancionador (%)
MBE	7.935.634	0,60
FEDEX	125.202.000	5,30

Por otro lado, 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.

Para realizar cualquier valoración de la proporcionalidad es 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*)

⁵⁵³, y teniendo luego en cuenta un factor incremental para asegurar que la sanción es efectivamente disuasoria para las empresas infractoras.

Por estas razones, y de acuerdo con las estimaciones realizadas, se considera que una sanción proporcional y suficientemente disuasoria en este caso debe fijarse en 1.800.000 euros.

Entidades infractoras	Sanción (€)
MBE	47.614
FEDEX	1.800.000

6.3.6. Pacto de no agresión MBE y CEX

Se trata de una infracción única y continuada muy grave, constitutiva de cártel, consistente en un acuerdo de reparto de clientes entre MBE y CEX en el mercado de mensajería y paquetería empresarial, que se ha prolongado desde febrero de 2012 hasta al menos, la inspección realizada en su sede en abril de 2016.

En relación con las características y relevancia del mercado en el que se han producido las conductas, se dan por reproducidos los argumentos utilizados en el apartado 6.2.1 sobre esta cuestión.

Ha quedado acreditado que ha habido diversos incidentes comerciales entre MBE y CEX en los que se pedía respeto a los clientes de cada una, llegando a prohibir ofertas a tales clientes.

En la tabla siguiente se recoge la duración individual, el volumen de negocios del mercado afectado por cada empresa, así como el porcentaje de participación de cada una de ellas en la infracción:

Empresa	Duración de la conducta	Volumen de negocios en el mercado afectado (€)	Participación en la infracción (%)
MBE	Feb. 2012 - Abr. 2016	[confidencial]	26,9
CEX	Feb. 2012 - Abr. 2016	[confidencial]	73,1

No se ha identificado la presencia de circunstancias agravantes o atenuantes.

⁵⁵³ Estos supuestos se refieren a diversos parámetros económicos, entre otros el margen de beneficio de las empresas en condiciones de competencia, la subida de los precios derivada de la infracción y la elasticidad-precio de la demanda en el mercado relevante. Cuando es posible, los supuestos que se han asumido se basan en datos de las propias empresas infractoras, o en bases de datos públicas referidas al mercado relevante. Los supuestos sobre estos parámetros son muy prudentes porque se exige que sean siempre razonables desde el punto de vista económico, y en caso de duda se toman siempre los valores más favorables a las empresas.

Nuevamente, cabe advertir que el principio de proporcionalidad podría verse comprometido en el caso de aquellas empresas que ya han sido sancionadas por otra conducta, que en este caso son tanto MBE como CEX. Como se ha explicado en el apartado 6.2.2., deben modularse a la baja las sanciones adicionales correspondientes a las conductas de menor dimensión.

Teniendo en cuenta todas las circunstancias expuestas, esta Sala considera que corresponde imponer a las entidades infractoras las sanciones siguientes:

Entidades infractoras	Volumen de negocios total en 2017 (€)	Tipo sancionador (%)	Sanción (€)
MBE	7.935.634	1,2	95.228
CEX	320.501.721	1,3	2.686.935

En este caso, las sanciones que corresponde imponer a las empresas infractoras son proporcionadas al valor de referencia calculado para cada empresa a partir del beneficio ilícito estimado y del factor de disuasión.

6.3.7. Pacto de no agresión entre ICS y TOURLINE

Se trata de una infracción única y continuada muy grave, constitutiva de cártel, consistente en un pacto de no agresión entre ICS y TOURLINE en el mercado de mensajería y paquetería empresarial, que se ha prolongado desde octubre de 2013 hasta al menos, la inspección realizada en su sede en abril de 2016.

En relación con las características y relevancia del mercado en el que se han producido las conductas, se dan por reproducidos los argumentos utilizados en el apartado 6.2.1 sobre esta cuestión.

En la tabla siguiente se recoge la duración individual, el volumen de negocios del mercado afectado por cada empresa, así como el porcentaje de participación de cada una de ellas en la infracción:

Empresa	Duración de la conducta	Volumen de negocios en el mercado afectado (€)	Participación en la infracción (%)
ICS	Oct. 2013 - Abr. 2016	[confidencial]	5,9
TOURLINE	Oct. 2013 - Abr. 2016	[confidencial]	94,1

No se ha identificado la presencia de circunstancias agravantes o atenuantes. Sin embargo, la limitada presencia geográfica de ICS y su reducido poder de negociación debe tenerse en cuenta para moderar la sanción que se le imponga.

ICS es sancionada por varias conductas diferentes, por lo que las sanciones adicionales correspondientes a las conductas de menor dimensión deben ser moduladas a la baja, como ya se ha explicado en apartados anteriores. La

conducta de mayor entidad para ICS, por duración y volumen de mercado afectado, es el reparto de clientes entre ICS y CEX, por lo que la infracción a imponer por el pacto de no agresión entre ICS y TOURLINE debe ser modulada a la baja para esta empresa.

Teniendo en cuenta todas las circunstancias expuestas, esta Sala considera que corresponde imponer a las entidades infractoras las sanciones siguientes:

Entidades infractoras	Volumen de negocios total en 2017 (€)	Tipo sancionador (%)	Sanción (€)
ICS	11.542.000	1,5	173.130
TOURLINE	52.480.748	6,0	3.148.845

Las sanciones que corresponde imponer a las empresas infractoras son proporcionadas al valor de referencia calculado para cada empresa a partir del beneficio ilícito estimado y del factor de disuasión.

6.3.8. Pacto de no agresión entre ICS y CEX

Se trata de una infracción única y continuada muy grave, constitutiva de cártel, consistente en un acuerdo de reparto de clientes entre ICS y CEX en el mercado de mensajería y paquetería empresarial, que se ha prolongado desde marzo de 2013 hasta al menos, la inspección realizada en su sede en abril de 2016.

En relación con las características y relevancia del mercado en el que se han producido las conductas, se dan por reproducidos los argumentos utilizados en el apartado 6.2.1 sobre esta cuestión.

Ha quedado acreditado que ICS y CEX se exigieron mutuamente el respeto de sus clientes, absteniéndose de ofertar sus servicios a los clientes de la otra.

En la tabla siguiente se recoge la duración individual, el volumen de negocios del mercado afectado por cada empresa, así como el porcentaje de participación de cada una de ellas en la infracción:

Empresa	Duración de la conducta	Volumen de negocios en el mercado afectado (€)	Participación en la infracción (%)
ICS	Mar. 2013 - Abr. 2016	[confidencial]	2,3
CEX	Mar. 2013 - Abr. 2016	[confidencial]	97,7

No se ha identificado la presencia de circunstancias agravantes o atenuantes. Sin embargo, también en esta infracción la limitada presencia geográfica de ICS y su reducido poder de negociación debe tenerse en cuenta para moderar la sanción que se le imponga.

Como se ha explicado en el apartado anterior, esta es la conducta de mayor dimensión para ICS, por duración y volumen de mercado afectado, por lo que en este caso no corresponde realizar ninguna modulación a la baja de la sanción para esta empresa. En cambio, en el caso de CEX debe modularse a la baja, por haber sido ya sancionada por otras infracciones en esta Resolución.

Teniendo en cuenta todas las circunstancias expuestas, esta Sala considera que corresponde imponer a las entidades infractoras las sanciones siguientes:

Entidades infractoras	Volumen de negocios total en 2017 (€)	Tipo sancionador (%)	Sanción (€)
ICS	11.542.000	3,5	403.970
CEX	206.687.275	0,9	1.860.185

En este caso, las sanciones que corresponde imponer a las empresas infractoras son proporcionadas al valor de referencia calculado para cada empresa a partir del beneficio ilícito estimado y del factor de disuasión.

6.3.9. Pacto de no agresión entre ICS y DHL

Se trata de una infracción única y continuada muy grave, constitutiva de cártel, consistente en un acuerdo de reparto de clientes entre ICS y DHL en el mercado de mensajería y paquetería empresarial, que se ha prolongado desde abril de 2013 hasta al menos, la inspección realizada en su sede en abril de 2016.

En relación con las características y relevancia del mercado en el que se han producido las conductas, se dan por reproducidos los argumentos utilizados en el apartado 6.2.1 sobre esta cuestión.

Ha quedado acreditado el respeto mutuo de clientes entre ICS y DHL, produciéndose contactos entre ellos en caso de incumplimiento de estos pactos de no agresión.

En la tabla siguiente se recoge la duración individual, el volumen de negocios del mercado afectado por cada empresa, así como el porcentaje de participación de cada una de ellas en la infracción:

Empresa	Duración de la conducta	Volumen de negocios en el mercado afectado (€)	Participación en la infracción (%)
ICS	Abr. 2013 - Abr. 2016	[confidencial]	3,4
DHL	Abr. 2013 - Abr. 2016	[confidencial]	96,6

No se ha identificado la presencia de circunstancias agravantes o atenuantes. Sin embargo, la limitada presencia geográfica de ICS y su reducido poder de negociación debe tenerse en cuenta para moderar la sanción que se le imponga.

ICS ha sido sancionada por varias conductas diferentes, por lo que esta sanción, al corresponder a una conducta de menor dimensión, debe ser modulada, como ya se ha explicado en apartados anteriores.

Conviene dar respuesta en este punto a DHL, que alega en el Anexo nº 2 de la contestación a la solicitud de información, de fecha 13 de febrero de 2018 (folios 23061 a 23064), que la CNMC no debe tener en cuenta las ventas intragrupo como parte del volumen de negocios total. Su argumentación se basa en precedentes de la Comisión Europea y el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea relacionados con las Directrices para el cálculo de multas de la Comisión⁵⁵⁴. Estas Directrices se refieren al sistema de cálculo de multas que sigue la Comisión Europea y no son aplicables a las sanciones impuestas por la CNMC por infracción de los artículos 1 y 2 LDC. Las Directrices comunitarias utilizan como base del importe de la multa el volumen de negocios en el mercado afectado por la infracción, como ocurría en España con el sistema de determinación de sanciones previsto en la Comunicación de 2009⁵⁵⁵, que fue anulado por el Tribunal Supremo en 2015⁵⁵⁶.

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de acuerdo con el artículo 63 de la LDC, el volumen de negocios sobre el que debe calcularse la sanción es el volumen de negocios total obtenido por la empresa en el año anterior al de imposición de la sanción. En este sentido, la mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 aclaró esta cuestión en los siguientes términos:

“La expresión “volumen de negocios” no es en sí misma conceptualmente diferente de la expresión “volumen de negocios total”, como se ha destacado con acierto. Sin embargo, cuando el legislador de 2007 ha añadido de modo expreso el adjetivo “total” al sustantivo “volumen” que ya figuraba, sin adjetivos, en el precepto análogo de la Ley anterior (así ha sucedido con el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 frente a la redacción del artículo 10.1 de la Ley 16/1989), lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al “todo” de aquel volumen. En otras palabras, con la noción de “volumen total” se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción. Voluntad legislativa acorde con esta interpretación que, como bien recuerda el voto particular, rechazó las propuestas de modificación del texto, expuestas en los trabajos preparatorios de su elaboración, que específicamente intentaban reducir el volumen de ventas a tan sólo las realizadas en el mercado afectado por la infracción.” (Énfasis añadido)

⁵⁵⁴ Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) nº 1/2003.

⁵⁵⁵ Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, 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.

⁵⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de enero de 2015, rec. núm. 2872/2013, en relación con el expediente S/0120/08, Transitorios.

De acuerdo con esta interpretación, la CNMC utiliza el volumen de negocios total de cada empresa, que se corresponde con el volumen de negocios reflejado en sus cuentas anuales, por lo que no procede descontar del volumen de negocios de DHL en 2017 los importes facturados por servicios prestados en favor de otras sociedades del grupo.

Teniendo en cuenta todas las circunstancias expuestas, esta Sala considera que corresponde imponer a las entidades infractoras las sanciones siguientes:

Entidades infractoras	Volumen de negocios total en 2017 (€)	Tipo sancionador (%)	Sanción (€)
ICS	11.542.000	1,7	196.214
DHL	83.334.830	6,0	5.000.090

En este caso, las sanciones que corresponde imponer a las empresas infractoras son proporcionadas al valor de referencia calculado para cada empresa a partir del beneficio ilícito estimado y del factor de disuasión.

6.4. Recapitulación

En la tabla siguiente se resumen las multas impuestas a las empresas infractoras por las distintas infracciones cometidas.

Entidades infractoras	Multa CEX-GLS (€)	Multa CEX-REDYSER (€)	Multa por MBE-UPS (€)	Multa MBE-TNT (€)	Multa MBE-FEDEX (€)	Multa por MBE-CEX (€)	Multa ICS-TOURLINE (€)	Multa ICS-CEX (€)	Multa ICS-DHL (€)	Multa acumulada (€)
CEX	12.401.237	2.686.935	0	0	0	2.686.935	0	1.860.185	0	19.635.291
GLS	3.800.000	0	0	0	0	0	0	0	0	3.800.000
MBE	0	0	126.970	420.589	47.614	95.228	0	0	0	690.400
UPS	0	0	19.230.103	0	0	0	0	0	0	19.230.103
TNT	0	0	0	16.183.934	0	0	0	0	0	16.183.934
REDYSER	0	2.103.715	0	0	0	0	0	0	0	2.103.715
FEDEX	0	0	0	0	1.800.000	0	0	0	0	1.800.000
ICS	0	0	0	0	0	0	173.130	403.970	196.214	773.314

TOURLINE	0	0	0	0	0	0	3.148.845	0	0	3.148.845
DHL	0	0	0	0	0	0	0	0	5.000.090	5.000.090

6.5. Exención del pago de la sanción a GLS

De conformidad con los artículos 65 de la LDC y 47 del RDC, así como con la Comunicación de 19 de junio de 2013 sobre el Programa de Clemencia, y en atención a las consideraciones realizadas en el apartado 4.7 de la presente resolución, procede eximir del pago de la multa a GENERAL LOGISTICS SYSTEMS SPAIN, S.L. y su matriz GENERAL LOGISTICS SYSTEMS, B.V.

RESUELVE

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:
 - CORREOS EXPRESS PAQUETERÍA URGENTE, S.A. y solidariamente su matriz SOCIEDAD ESTATAL DE CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A.
 - GENERAL LOGISTICS SYSTEMS SPAIN, S.L. y solidariamente su matriz GENERAL LOGISTICS SYSTEMS, B.V.
- b) 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 4.4.2, las siguientes empresas:
 - CORREOS EXPRESS PAQUETERÍA URGENTE, S.A. y solidariamente su matriz SOCIEDAD ESTATAL DE CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A.
 - REDYSER TRANSPORTE, S.L.
- c) Una infracción constitutiva de cártel consistente en un pacto de no agresión en el mercado de mensajería y paquetería empresarial de la que son responsables, en los términos previstos en el apartado 4.4.4, las siguientes empresas:
 - MBE SPAIN 2000, S.L. y solidariamente su matriz MBE WORLDWIDE, SPA.

- UNITED PARCEL SERVICE ESPAÑA LTD Y COMPAÑÍA SRC. y solidariamente su matriz UNITED PARCEL SERVICE ESPAÑA LTD.
- d) Una infracción constitutiva de cártel consistente en un pacto de no agresión en el mercado de mensajería y paquetería empresarial de la que son responsables, en los términos previstos en el apartado 4.4.5., las siguientes empresas:
 - MBE SPAIN 2000, S.L. y solidariamente su matriz MBE WORLDWIDE, SPA.
 - TNT EXPRESS WORLDWIDE SPAIN, S.L.U. y solidariamente su matriz TNT HOLDING LUXEMBOURG, SARL.
- e) Una infracción constitutiva de cártel consistente en un pacto de no agresión en el mercado de mensajería y paquetería empresarial de la que son responsables, en los términos previstos en el apartado 4.4.6., las siguientes empresas:
 - MBE SPAIN 2000, S.L. y solidariamente su matriz MBE WORLDWIDE, SPA.
 - FEDEX SPAIN, S.L. y solidariamente su matriz FEDERAL EXPRESS CORPORATION.
- f) 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 4.4.7, las siguientes empresas:
 - MBE SPAIN 2000, S.L. y solidariamente su matriz MBE WORLDWIDE, SPA.
 - CORREOS EXPRESS PAQUETERÍA URGENTE, S.A. y solidariamente su matriz SOCIEDAD ESTATAL DE CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A.
- 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:

- a) En el pacto de no agresión entre CEX y GLS:
 - CORREOS EXPRESS PAQUETERÍA URGENTE, S.A.: 12.401.237 euros
 - GENERAL LOGISTICS SYSTEMS SPAIN, S.L.: 3.800.000 euros
- b) En el pacto de no agresión entre CEX y REDYSER:
 - CORREOS EXPRESS PAQUETERÍA URGENTE, S.A.: 2.686.935 euros
 - REDYSER TRANSPORTE, S.L.: 2.103.715 euros
- c) En el pacto de no agresión entre MBE y UPS:
 - MBE SPAIN 2000, S.L.: 126.970 euros
 - UNITED PARCEL SERVICE ESPAÑA LTD Y COMPAÑÍA SRC.: 19.230.103 euros
- d) En el pacto de no agresión entre MBE y TNT:
 - MBE SPAIN 2000, S.L.: 420.589 euros
 - TNT EXPRESS WORLDWIDE SPAIN, S.L.U.: 16.183.934 euros
- e) En el pacto de no agresión entre MBE y FEDEX:
 - MBE SPAIN 2000, S.L.: 47.614 euros
 - FEDEX SPAIN, S.L.: 1.800.000 euros
- f) En el pacto de no agresión entre MBE y CEX:
 - MBE SPAIN 2000, S.L.: 95.228 euros
 - CORREOS EXPRESS PAQUETERÍA URGENTE, S.A.: 2.686.935 euros

- 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
- h) En el pacto de no agresión entre ICS y CEX:
 - INTERNATIONAL COURIER SOLUTIONS, S.L.: 403.970 euros
 - CORREOS EXPRESS PAQUETERÍA URGENTE, S.A.: 1.860.185 euros
- i) En el pacto de no agresión entre ICS y DHL:
 - INTERNATIONAL COURIER SOLUTIONS, S.L.: 196.214 euros
 - DHL EXPRESS MADRID SPAIN, S.L.U.: 5.000.090 euros

Las empresas matrices referidas en el primer resuelve responderán solidariamente del pago de la sanción de sus empresas filiales. En el caso de TNT HOLD, su responsabilidad solidaria debe limitarse a 6.538.963 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.

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.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.