



Roj: **SAN 6074/2022 - ECLI:ES:AN:2022:6074**

Id Cendoj: **28079230062022100665**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **05/12/2022**

Nº de Recurso: **236/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000236 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 2698/2018

Demandante: TNT EXPRESS WORLDWIDE SPAIN S.L.U. y de FEDEX EXPRESS INTERNATIONAL B.V.

Procurador: D. RAMÓN RODRÍGUEZ NOGUEIRA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidenta:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a cinco de diciembre de dos mil veintidós.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 236/18 promovido por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de **TNT EXPRESS WORLDWIDE SPAIN S.L.U.** y de **FEDEX EXPRESS INTERNATIONAL B.V.** (antes TNT HOLDINGS LUXEMBOURG S.A.R.L.) contra la resolución de 8 de marzo de 2018, dictada en el Expte. NUM000 , MENSAJERÍA Y PAQUETERÍA por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que impuso a TNT EXPRESS WORLDWIDE SPAIN, S.L.U., por el pacto de no agresión entre MBE y TNT en el mercado de mensajería y paquetería empresarial, una sanción de multa de 16.183.934, declarando la responsabilidad solidaria de las empresas matrices, limitada en el caso de TNT HOLD, a 6.538.963 euros. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



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

- (i) Se declare la disconformidad a derecho de la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC de 8 de marzo de 2018, dictada en el Expte. NUM000 , MENSAJERÍA Y PAQUETERÍA EMPRESARIAL; y, en consecuencia
- (ii) Se anule la sanción de 16.183.934 euros impuesta a mi mandante.
- (iii) Con carácter estrictamente subsidiario, se solicita la significativa reducción de la sanción impuesta.

Y todo ello con expresa imposición de las costas procesales a la contraparte (ex artículo 139 de la LJCA).

Mediante Quinto Otro sí Digo del escrito de demanda, para el caso de que la Sala considerara que existe alguna duda sobre si la conducta de TNT es contraria a los artículos 1 LDC y 101 TFUE a la luz del Reglamento (UE) 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101.3 TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas ("Reglamento sobre acuerdos verticales"), solicita a que se plantee la correspondiente cuestión prejudicial al TJUE, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 267 del TFUE sobre las siguientes y,:

1. ¿Debe interpretarse el artículo 2.4 del Reglamento sobre acuerdos verticales en el sentido de que la exención prevista en su artículo 2.1 puede aplicarse a un acuerdo vertical no recíproco, cuando el proveedor sea un prestador de servicios en distintos niveles de actividad comercial y el comprador suministre sus servicios en el nivel minorista y no sea una empresa competidora en el nivel comercial en el que compra los servicios contractuales?

2. A los efectos de determinar si, en un acuerdo de distribución dual no recíproca, una restricción impuesta al comprador de efectuar ventas activas al grupo de clientes reservados en exclusiva al proveedor puede beneficiarse de la exención prevista en el artículo 2.1 del Reglamento sobre acuerdos verticales, se plantean las siguientes cuestiones relativas al artículo 4.b). i) de dicho Reglamento:

2.1. ¿Se entiende cumplida la condición de reserva en exclusiva de un grupo de clientes al proveedor, cuando el proveedor y el comprador han pactado no dirigirse mutuamente a los clientes de la otra parte?

2.2. ¿Se entiende cumplida la condición de reserva en exclusiva de un grupo de clientes a proveedor, cuando el proveedor y el comprador han pactado que el comprador no se dirigirá a los clientes del proveedor?

2.3. ¿Disponen de libertad el proveedor y el comprador para pactar cómo asignar en exclusiva al proveedor un grupo de clientes, de cara a que la restricción impuesta al comprador de efectuar ventas activas al grupo de clientes reservados en exclusiva al proveedor pueda beneficiarse de la exención del artículo 2.1 de este Reglamento?

2.4. En relación con la pregunta 2.3 ¿Solo se puede beneficiar de la exención del artículo 2?1 de este Reglamento la restricción impuesta al comprador de efectuar ventas activas al grupo de clientes reservados en exclusiva al proveedor, cuando dicha restricción se ha pactado por escrito? ¿O también puede beneficiarse de la misma si se materializa mediante un pacto verbal?

3. En un acuerdo de distribución dual no recíproca, una prohibición impuesta al proveedor por el comprador, en virtud de la cual se prohíba al proveedor vender servicios a los clientes del comprador ¿puede beneficiarse de la exención del Reglamento sobre acuerdos verticales por no constituir una restricción especialmente grave de las enumeradas en el artículo 4 de dicho Reglamento?

SEGUNDO. - El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO. - Acordado el recibimiento del recurso a prueba con el resultado obrante en autos, se confirió traslado a las partes para la presentación de conclusiones escritas, verificado lo cual, quedaron las actuaciones conclusas para deliberación, votación y fallo, a cuyo efecto se señaló el día 28 de septiembre del año en curso.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Dña. Jesús Vegas Torres, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - A través de este proceso, la entidad actora impugna la resolución de 8 de marzo de 2018, dictada en el Expte. NUM000 , MENSAJERÍA Y PAQUETERÍA por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que impuso a TNT EXPRESS WORLDWIDE SPAIN, S.L.U., por el

pacto de no agresión entre MBE y TNT en el mercado de mensajería y paquetería empresarial, una sanción de multa de 16.183.934, declarando la responsabilidad solidaria de las empresas matrices, limitada en el caso de TNT HOLD, a 6.538.963 euros.

La parte dispositiva de dicha resolución era del siguiente tenor literal:

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

(...)

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.

(...).

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

(...)

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.

(...).

Las empresas matrices referidas en el primer resuelven 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.

(...).

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".

SEGUNDO. - En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, la resolución recurrida, cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes, describe a la ahora recurrente en los siguientes términos:

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 jurídica.

17. TNT HOLDINGS LUXEMBOURG SARL (TNT HOLD) 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.

La resolución recurrida refiere que las conductas examinadas y sancionadas se desarrollan en el sector postal, en particular en el mercado de mensajería y paquetería empresarial.

A continuación, recoge su marco normativo constituido por la Ley Postal 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal que, en su artículo 3.1 define los servicios postales (artículo como *"cualquiera servicios consistentes en la recogida, la admisión, la clasificación, el transporte, la distribución y la entrega de envíos postales"*, y por su régimen jurídico distingue tres tipos de servicios postales, a saber:

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 cuyo ámbito se incluye el sector de la mensajería y paquetería empresarial".

A continuación, expone que 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).

Añade que, 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 refieren 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.

Tras ello explica que 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.

Refiere que 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. Que en su artículo 120 considera agencias de transporte a quienes intermedien entre los usuarios y los transportistas pudiendo desarrollar todas las actuaciones previas de gestión, información, oferta y organización de cargas y servicios necesarias para llevar a cabo la contratación de los transportes. Y que en su 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, precisa que 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.

Señala que el mercado afectado es el mercado de mensajería y paquetería empresarial (mercado incluido en el segmento CEP) 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, quedando excluidos los servicios de mensajería y paquetería destinados a particulares y los servicios de paquetería industrial.

Expone que, de acuerdo con las investigaciones realizadas por la Comisión Europea, como recoge la Propuesta de la Dirección de Competencia, la mensajería y paquetería empresarial se centra en el envío de paquetes pequeños y en tiempos de entrega cortos, gracias tanto a la densidad de sus redes como al uso de un sistema de "hub and spoke" del que carecen otros segmentos del mercado, como el de la paquetería industrial.

Explica que la demanda de prestación de servicios de mensajería y paquetería empresarial está constituida por la totalidad del tejido empresarial que necesite realizar un servicio regular o puntual de envío de mensajería y/o paquetería con destino nacional o internacional. Que las empresas de mensajería y paquetería empresarial tienen una muy amplia variedad de clientes: desde pequeñas empresas o autónomos, compradores ocasionales de dichos servicios, hasta las grandes compañías internacionales que realizan diariamente cientos de envíos, pasando por las pequeñas y medianas empresas, que suponen el grueso del tejido



empresarial en el mercado español y que 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 afirma que 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 €, 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 nacionales.

Desde el punto de vista de la oferta, se señala que las empresas que operan en el mercado de la mensajería y paquetería empresarial en España se pueden clasificar en los siguientes grupos, en función de su estructura organizativa y ámbito territorial:

-Integradores : Son grandes operadores especializados en el reparto urgente de paquetería internacional. De acuerdo con la Decisión de la Comisión Europea en el asunto COMP/M.6570 UPS/TNT 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.

Se explica os integradores se caracterizan por cinco elementos básicos:

- i. son propietarios de todos los activos utilizados para el transporte, que incluyen una flota de aviones con vuelos programados a través de la cual gestionan una parte importante de los envíos realizados por la empresa;
- ii. tienen una cobertura geográfica de carácter global;
- iii. cuentan con un modelo operativo "hub and spoke";
- iv. tienen una red informática propia, y
- v. tienen una reputación de credibilidad en relación con la entrega de los paquetes a tiempo.

Se recoge que tras la adquisición por FEDEX del control exclusivo de TNT en 2016, existen tres integradores a nivel mundial -el grupo alemán DHL, el grupo americano FEDEX (que ya incluye al grupo holandés TNT) y el americano UPS. Y que 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. Que 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. Que 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%). Que, en total, en 2016, los integradores gestionaron el 16,5% de los envíos (frente al 19,6% del año anterior). Que más ás 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. Qu 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. Añade que, 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). Que en 2015 gestionaron 200 millones de envíos (59,5% de cuota de mercado), un 15,1% más que en 2014, de los cuales un 35% corresponde a SEUR. Que 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. Añade que 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.

Se incluye en este grupo a:

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).

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.

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, que, 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 Postal.

Destaca la resolución sancionadora la frecuencia con la que, en el mercado de la mensajería y paquetería empresarial, 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 y que, aunque la mayor parte de los operadores nacionales ofrecen servicios internacionales a sus clientes, no disponen de redes en el extranjero por lo que 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. Y que 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.

Se considera que el mercado geográfico afectado en este expediente es de ámbito nacional, cuya demanda está constituida por clientes principalmente nacionales, aunque los servicios prestados puedan tener su origen o destino fuera de España, si bien 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.



Delimitado de este modo el mercado afectado, la resolución recurrida aborda la descripción de los hechos acreditados en el expediente a través de la información aportada por GLS en su solicitud de exención del pago de la multa; la información recabada por la Dirección de Competencia en las inspecciones realizadas en las sedes de CEX (noviembre de 2015) y de REDYSER, ICS y MBE (abril de 2016) y las contestaciones a los requerimientos de información efectuados a las empresas incoadas y concluye que en el presente expediente ha quedado 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.

Explica que, 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"), que en unos 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) y en otros 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. Que las nueve relaciones contractuales identificadas, en las que existe dicho acuerdo unilateral o bilateral de prestación de servicios, se formalizaron por escrito. Que, en seis casos, entre ellos, en las relaciones de MBE con TNT, los acuerdos de comercialización no contienen una cláusula de no competencia. Que el pacto de respeto de clientes es un pacto verbal acordado de forma paralela al acuerdo de prestación de servicios celebrado por escrito. Que 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.

Recoge el acuerdo impugnado que, según la Dirección de Competencia, el cumplimiento y aplicación de los pactos de no agresión 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 Whatsapp y reuniones. No obstante, también según la Dirección de Competencia, la gestión diaria de las incidencias puntuales era tratada 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.

En concreto, por lo que se refiere al Reparto de clientes entre MBE y otras empresas competidoras, los hechos que la Dirección de Competencia considera acreditados 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 CEX1.

Explica que MBE comercializa a través de su red de franquiciados servicios de mensajería y paquetería empresarial pero que, careciendo de medios propios para la prestación del servicio de distribución de los envíos, necesita subcontratar su prestación a otras empresas de mensajería y paquetería. Que, a tal efecto, MBE tiene suscritos acuerdos, entre otras empresas, con 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. Que 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. Que, aunque los acuerdos restantes de MBE con TNT, con FEDEX y con CEX no contienen una cláusula de no competencia, 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 franquiciados, asumiéndose en los documentos organizativos internos de organización y gestión de MBE. Que de hecho, MBE gestionaba los conflictos comerciales que surgían entre los franquiciados y el resto de operadores, centralizando las incidencias trasladándoselas al operador en cuestión -UPS, TNT, FEDEX y CEX- si no se resolvían directamente por el franquiciado y que 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, se consigna que 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 trabaja. Que 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" 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, se afirma que 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 TNT desde febrero de 2008 hasta abril de 2016, coincidiendo con la inspección realizada en la sede de MBE.

Se detalla que 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.

Respecto del reparto de clientes entre MBE y TNT la Resolución impugnada recoge que, dado que MBE no presta servicios de courier, las alusiones a un respeto mutuo de clientes implican que la restricción operaba para todos los clientes de TNT que, además, no tienen relación alguna con MBE, ni siquiera como subcontratista de los servicios de MBE. Añade que, 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.

TERCERO. - Disconforme con la resolución recurrida, la sociedad actora opone frente a ella los siguientes motivos de impugnación:

1-La supuesta asignación de clientes entre TNT y MBE es lícita, en virtud del reglamento sobre acuerdos verticales.

2- De considerarse, quod non, que la supuesta asignación de clientes entre TNT y MBE no está exenta por el reglamento sobre acuerdos verticales, sería igualmente compatible con la normativa de competencia (i) en virtud de la doctrina sobre restricciones accesorias; (ii) por ser una conducta *de minimis*; y (iii) en aplicación del tercer apartado de los artículos 1 LDC y 101 TFUE.

3- La resolución recurrida no prueba que TNT y MBE alcanzaran un pacto de reparto de clientes.

4- De haberse producido el supuesto reparto de clientes, quod non, no constituiría un cártel.

5- De haberse producido el supuesto reparto de clientes, quod non, no constituiría una infracción única y continuada.

6- Infracción del derecho a la presunción de inocencia de TNT, al no valorar la resolución la numerosa prueba de descargo presentada por TNT.

7- Infracción del deber de motivación de la resolución, al haberse omitido la cifra de volumen de negocios en el mercado afectado de TNT.

8 - Infracción del derecho de defensa de TNT, por la ausencia de explicación del cálculo del beneficio ilícito en la resolución, pese a haberla requerido TNT en sus alegaciones a la propuesta de resolución.

9- La nulidad de la sanción impuesta a TNT o, con carácter subsidiario, la reducción de su importe.

10- TNT Holdings Luxembourg S.A.R.L. no debió considerarse responsable solidaria de la infracción.

La Administración demandada defiende la conformidad a derecho de la resolución impugnada por sus propios fundamentos.

CUARTO- Ex puestos, en apretada síntesis, los términos del debate, examinaremos los motivos de impugnación articulados por la recurrente, comenzando por el que sostiene que la supuesta asignación de clientes entre TNT y MBE es lícita, en virtud del Reglamento sobre Acuerdos Verticales.



A estos efectos, se aduce en la demanda que la Resolución recurrida califica correctamente el acuerdo entre TNT y MBE como vertical y, en particular, como un acuerdo de distribución dual no recíproca porque MBE no está presente en el nivel mayorista del mercado de mensajería y paquetería empresarial, en el cual sí está activo TNT y porque MBE no tiene capacidad para prestar servicios de Courier ni, por tanto, los presta. En definitiva, que se recoge que: MBE está revendiendo los servicios de TNT a escala minorista, mientras que TNT opera también a escala minorista; y la relación no es recíproca: solo TNT (no MBE) actúa tanto en el plano de mayorista como en el minorista; y TNT no revende los servicios de MBE.

Recuerda la recurrente que el Reglamento sobre acuerdos verticales dispone que los acuerdos de distribución dual no recíproca pueden quedar exentos, aunque una de las partes en el acuerdo opere en más de un plano de la cadena de producción o distribución y que el hecho de que dos empresas sean competidoras en un plano de la cadena de distribución no excluye, automáticamente, la aplicación a sus conductas del Reglamento sobre acuerdos verticales.

Dicho lo anterior denuncia que la resolución impugnada yerra en su interpretación de la aplicación del artículo 2.4.b) del Reglamento sobre acuerdos verticales al supuesto acuerdo de asignación de clientes entre TNT y MBE, al negar que pueda beneficiarse de la exención derivada del Reglamento sobre acuerdos verticales.

Añade que la supuesta prohibición impuesta a TNT de dirigirse a los clientes de MBE es positivamente valorada por Resolución recurrida por favorecer a los clientes de MBE, en cuanto incentiva a TNT a ofrecer el máximo descuento posible, favoreciendo así a los clientes de MBE y, por tanto, no se considera restrictiva, a la luz del Reglamento sobre acuerdos verticales y del párrafo 50 de las Directrices sobre restricciones verticales.

Por lo demás, se argumenta que el artículo 4.b) del Reglamento sobre acuerdos verticales solo considera como una restricción las cláusulas de reparto territorial o de clientes impuestas al revendedor (es decir, al comprador), pero no al proveedor, lo que resulta confirmado por el apartado 50 de las Directrices sobre restricciones verticales y que los apartados 168 y 169 de estas Directrices reiteran que un acuerdo vertical puede beneficiarse de la exención por categorías si el proveedor asigna un grupo de clientes a un revendedor, lo que significa que el proveedor se ve privado de la posibilidad de realizar ventas activas o pasivas al grupo de clientes asignado al revendedor en cuestión.

Así las cosas, se aduce que la supuesta prohibición impuesta a TNT de dirigirse a los clientes de MBE no constituiría una restricción, con arreglo al artículo 4.b) del Reglamento sobre acuerdos verticales porque TNT juega el papel de proveedor y MBE, el de revendedor, en su relación vertical. Afirma que MBE está legítimamente facultada para imponer a TNT una prohibición absoluta (incluyendo las ventas activas y pasivas) de dirigirse a los clientes de MBE. Y que esta prohibición, de haber existido, se beneficiaría de la exención derivada del Reglamento sobre acuerdos verticales, según lo dispuesto en sus artículos 2 y 4.b).

Por todo ello, se concluye en la demanda que el hecho de que la prohibición impuesta a TNT de dirigirse a los clientes de MBE pueda beneficiarse de la exención del Reglamento sobre acuerdos verticales, daría amparo a que MBE eventualmente prohibiera a TNT efectuar ventas o acciones comerciales a los clientes de MBE, lo que, en definitiva, impediría que pueda considerarse que exista un acuerdo de cártel, ni de respeto mutuo anticompetitivo a los clientes de cada parte.

Se denuncia, también, que la Resolución impugnada comete un grave error jurídico al negar que una eventual prohibición impuesta a MBE de efectuar ventas activas a los clientes de TNT pudiera beneficiarse de la exención del Reglamento de acuerdos verticales (artículo 4.b.i y apartado 51 de las Directrices sobre restricciones verticales). A estos efectos se rechaza en la demanda que TNT hubiera prohibido a MBE dirigirse a los clientes de TNT, como se afirma en la resolución impugnada, con violación del derecho a la presunción de inocencia de TNT. Y se añade que, aun en el caso de entenderse quod non que se dio esa prohibición, estaría exenta por el Reglamento (UE) 330/2010 por referirse exclusivamente a ventas activas ya que TNT no prohibió nunca a MBE realizar ventas pasivas a su base de clientes, sino solo ventas activas como resulta de los episodios citados en las páginas 114-118 de la Resolución como prueba de cargo contra TNT, que se corresponden con quejas de TNT a MBE por ventas activas de MBE a los clientes de TNT, correspondiendo las quejas de TNT a MBE a ventas activas de MBE a clientes de TNT.

QUINTO. - Para dar respuesta a este motivo de impugnación y para despejar cualquier tipo de confusión sobre cuál ha sido la conducta sancionada, conviene realizar las siguientes precisiones:

1-En el marco del expediente sancionador del que dimana la resolución recurrida se han acreditado, básicamente, dos tipos de relaciones:

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

- 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), y en paralelo a la relación de colaboración.
- En el acuerdo de subcontratación de servicios firmado entre TNT y MBE no se incluyó una cláusula de no competencia.

2-Ni la Dirección de Competencia ni la Sala de Competencia han cuestionado 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 expediente, cuyo objeto 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 .

SEXTO. - Dicho lo anterior, analizaremos si los pactos de no agresión entre TNT y MBE a los que se contrae el presente recurso, están amparados por la exención del artículo 2.1 del Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión de 10 de mayo de 2022, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, a cuyo tenor:

"1. Con arreglo al artículo 101, apartado 3, del Tratado y sin perjuicio de las disposiciones del presente Reglamento, se declara que el artículo 101, apartado 1, del Tratado no se aplicará a los «acuerdos verticales».

Antes de continuar conviene recordar el concepto de acuerdo vertical, definido en el citado Reglamento (art 1) como : *"acuerdo o práctica concertada entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo o de la práctica concertada, en niveles distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden comprar, vender o revender determinados productos o servicios".*

En el caso que examinamos, TNT ha sido sancionado por haber pactado con MBE, competidora en el nivel minorista del mercado afectado, el respecto de clientes de cada una de ellas, clientes por los que deberían lícitamente competir al margen del acuerdo de subcontratación de servicios plasmado entre ambas por escrito.

Así las cosas, el referido pacto TNT no puede calificarse como acuerdo vertical, por cuanto no estamos ante un acuerdo entre empresas que operen, a efectos del acuerdo o de la práctica concertada-reparto de clientes o pacto de no agresión-, en niveles distintos de la cadena de producción o distribución. Respecto del acuerdo sancionado, ambas empresas compiten, insistimos, en el nivel minorista del mercado afectado.

Así se reconoce en el informe pericial aportado por la recurrente en el que se reconoce que TNT presta servicio mayorista a MBE y es también proveedor del servicio en el mismo nivel de la cadena de valor que el que MBE está presente (es decir, en el nivel minorista), (...) y pueden, por tanto, ser percibidos en cierta medida como competidores.

En consecuencia, en contra de lo afirmado en la demanda, debemos concluir que el pacto sancionado entre TNT y MBE no está exento de la prohibición de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, por aplicación del Reglamento (UE) nº 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

Dicho lo anterior, resulta innecesario el planteamiento de la cuestión prejudicial interesada en la demanda por cuanto que esta Sala (Sección 6ª) no alberga dudas sobre si la conducta de TNT es contraria a los artículos 1 LDC y 101 TFUE a la luz del Reglamento (UE) 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101.3 TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas ("Reglamento sobre acuerdos verticales").



SÉPTIMO. - La siguiente cuestión a resolver es si el pacto de reparto de clientes por el que ha sido sancionada la recurrente puede quedar amparado por el artículo 2.4 del Reglamento (UE) 2022/720, que establece lo siguiente:

"4. La exención prevista en el apartado 1 no se aplicará a los acuerdos verticales celebrados entre empresas competidoras. No obstante, la exención se aplicará cuando empresas competidoras suscriban un acuerdo vertical no recíproco y se cumpla una de las siguientes condiciones:

a) el proveedor opera ascendente como fabricante, importador o mayorista y a nivel descendente como importador, mayorista o minorista de bienes, mientras que el comprador es importador, mayorista o minorista a nivel descendente y no una empresa competidora en el nivel ascendente en el que compra los bienes contractuales, o

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

Pues bien, una vez afirmado que el pacto de reparto de clientes sancionado no es un acuerdo vertical entre empresas, por cuanto TNT y MBE si son competidoras en el nivel minorista del mercado afectado, cumple manifestar que falta el primer presupuesto al que el citado precepto anuda la excepción de la no exención exigida por el artículo 4 del Reglamento sobre acuerdos verticales.

OCTAVO.- Continuando con el examen de los motivos de impugnación articulados en la demanda, sostiene la recurrente que, de considerarse, quod non, que la supuesta asignación de clientes entre TNT y MBE no está exenta por el reglamento sobre acuerdos verticales, sería igualmente compatible con la normativa de competencia (i) en virtud de la doctrina sobre restricciones accesorias; (ii) por ser una conducta *de minimis*; y (iii) en aplicación del tercer apartado de los artículos 1 LDC y 101 TFUE.

Por cuanto se refiere a la doctrina de las restricciones accesorias y a su aplicación al caso, explica la recurrente que, la supuesta asignación de clientes entre TNT y MBE se dio en el contexto de una relación más amplia, no restrictiva, que la Resolución denomina como operación principal, que surge a consecuencia del acuerdo de distribución dual no recíproco. Añade que, además, esas restricciones son proporcionadas y que todos los episodios (conflictos) entre TNT y MBE que se mencionan en la Resolución se refieren a ventas activas (llamadas telefónicas, visitas, envío de correos electrónicos, etc.), sin que se impusiera prohibición alguna sobre las ventas pasivas. Que no se intentaba aplicar la supuesta prohibición, más allá de la vigencia de su acuerdo de reventa de servicios y que el hecho de que TNT y MBE no pactaran una cláusula de no competencia ex-post demuestra que la restricción es proporcionada y, por tanto, accesoria.

Para dar respuesta a esta cuestión, debemos recordar que, de acuerdo con las Directrices de la Comisión Europea sobre la aplicación del artículo 83, apartado 3 del Tratado (actual artículo 101.3 del TFUE, "Directrices Generales"):

-En Derecho de competencia comunitario el concepto de restricciones accesorias comprende cualquier supuesta restricción de la competencia que esté directamente relacionada con la realización de una operación principal no restrictiva y sea necesaria y proporcionada a la misma.

-Una restricción está directamente relacionada con la operación principal cuando está subordinada a su realización e indisolublemente ligada a la misma. El criterio de necesidad implica que la restricción debe ser objetivamente necesaria para la realización de la operación principal y proporcionada a la misma.

-La aplicación del concepto de restricción accesoria no implica sopesar los efectos favorables y desfavorables a la competencia.

-La evaluación de las restricciones accesorias se limita a determinar si, en el contexto específico de la principal operación o actividad no restrictiva, una determinada restricción es necesaria y proporcionada para la realización de dicha operación o actividad. Si, a partir de factores objetivos, puede concluirse que, en ausencia de la restricción, la principal operación no restrictiva resultaría de difícil o imposible realización, la restricción podría considerarse objetivamente necesaria para su realización y proporcionada a la misma.

Por lo demás, cumple recordar que el criterio de necesidad es interpretado por el TJUE en sentido estricto ya que, para que una restricción sea considerada accesoria, 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.

Pues bien, la resolución recurrida recoge 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 accesoriadad a ese pacto principal de colaboración y constituye *per se* un reparto de mercado restrictivo por su objeto.

Y por lo que se refiere al pacto de respeto de clientes entre TNT y MBE, afirma que no constituyen restricciones accesorias y constituyen una práctica restrictiva de la competencia porque no están subordinadas ni son necesarias para poder mantener la relación subyacente -Acuerdo Comercial y de Servicios-, lo que se hace más evidente al no haberse incluido ese pacto de no agresión explícitamente en el citado Acuerdo Comercial y de Servicios.

En definitiva, concluye la resolución recurrida 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 empresarial, sin que se haya acreditado que sean indispensables para proteger interés legítimo alguno relacionado con la operación principal subyacente.

Añade que, por el contrario, se ha acreditado: (1) que no eran indispensables (muchos operadores del sector no los utilizan); (2) que obstaculizaban a las empresas que los protagonizaban la posibilidad de competir; (3) que eran percibidos en ocasiones como ilegales; y (4) que se desarrollaban en un ambiente de clandestinidad impropio de una convicción de su oportunidad y legalidad.

La recurrente aporta un informe pericial que, a su juicio, explica por qué la supuesta asignación de clientes entre TNT y MBE debería considerarse como una restricción accesoria.

En el citado informe se sostiene que los acuerdos de MBE y TNT son de carácter vertical. Por lo demás afirma que la restricción de las ventas a clientes de la otra parte no puede considerarse independiente de los acuerdos verticales subyacentes y es intrínsecamente necesaria para la aplicación efectiva dichos acuerdos, ya que, si no establecieran, es poco probable que revendedores e integradores se sintieran incentivados a formalizar esos acuerdos, al menos en las mismas condiciones. Afirma que la restricción de las ventas por parte de TNT a clientes de MBE es necesaria para proteger el esfuerzo comercial realizado por MBE para atraer clientes y que, por otro lado, en ausencia de la restricción de las ventas por parte de MBE a los clientes de TNT, TNT no tendría incentivo a proveer servicios mayoristas a MBE, o no tendría incentivo a hacerlo a precios igual de atractivos que los actuales.

Pues bien, a juicio de esta Sala, el informe presentado por la recurrente no acredita de forma sólida y concluyente la indispensabilidad del pacto de respeto de clientes entre TNT y MBE respecto de la relación vertical subyacente. De nuevo debemos reiterar que, en contra de lo afirmado en dicho informe, el citado pacto no es un acuerdo vertical.

Por lo demás, la consideración del pacto de respeto de clientes entre TNT y MBE como una restricción accesoria no puede fundamentarse en la afirmación de que 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, consideración que la resolución impugnada y también esta Sala rechaza porque sería desproporcionado y equivalente a tolerar que un acuerdo de colaboración comercial sea un instrumento para establecer una protección absoluta sobre un determinado mercado.

Por lo demás, el informe parece concluir que, en ausencia del pacto de respeto de clientes, hubiera sido más difícil la operación principal o se hubieran generado menos beneficios a las empresas, lo que no se compadece con el principio de necesidad, que, como hemos expuesto, exige que sea imposible llevar a cabo la operación principal sin la restricción en cuestión.

NOVENO. - Sostiene la recurrente que la conducta sancionada sería igualmente compatible con la normativa de competencia en aplicación del tercer apartado de los artículos 1 LDC y 101 TFUE., remitiéndose al contenido del informe aportado que, a juicio de la actora, explica por qué la supuesta asignación de clientes entre TNT y MBE genera las eficiencias requeridas por los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE.

Como ya hemos recogido, afirma la entidad actora que asignación de clientes entre TNT y MBE genera las eficiencias requeridas por los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE.

Recordemos que el artículo 1.3 de la LDC dispone que : " *La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la*



comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que: a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas, b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados".

La redacción del citado precepto es similar a la del artículo 101.3 de del Tratado de la Unión Europea. De acuerdo con las Directrices de la Comisión relativas a la aplicación del artículo 3 del apartado 81 del Tratado 101/97, de 27 de abril, (actual artículo 101.3 de la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea), la viabilidad de la excepción contemplada en el apartado 3 del artículo 81 se supedita a cuatro condiciones acumulativas, de las cuales dos son positivas y dos negativas:

- a) los acuerdos deben contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico;
- b) debe reservarse a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante;
- c) las restricciones deben ser indispensables para alcanzar los objetivos, y
- d) el acuerdo no debe ofrecer a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Cuando se reúnen estas cuatro condiciones que son, insistimos, acumulativas, el acuerdo favorece la competencia en el mercado de referencia por incitar a las empresas a ofrecer a los consumidores productos más baratos o de mejor calidad, lo que compensará a estos últimos por los efectos adversos de las restricciones de la competencia.

La carga de la prueba de la concurrencia de dichas condiciones recae en la empresa que invoque la excepción. Además, es preciso puntualizar que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, únicamente pueden tenerse en cuenta los beneficios objetivos, lo que significa que las eficiencias no se evalúan desde el punto de vista subjetivo de las partes. Asimismo, el nexó causal entre el acuerdo y las eficiencias alegadas debe ser directo. Las eficiencias han de ser calculadas o estimadas con la mayor exactitud posible. El acuerdo restrictivo ha de ser, en sí, razonablemente necesario para obtener las eficiencias y, a su vez, cada restricción de la competencia derivada del acuerdo debe ser a la vez razonablemente necesaria para la obtención de las eficiencias, esto es, las eficiencias deben ser específicas al acuerdo de manera que no exista otra forma económicamente viable y menos restrictiva para alcanzarla, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso. Por lo demás, la participación equitativa de los consumidores en el beneficio resultante debe compensar a estos por cualquier perjuicio real o probable ocasionado por la restricción de la competencia.

En el caso examinado, la parte recurrente ha aportado un informe pericial en el que se concluye que:

- *"el acuerdo vertical entre TNT y MBE genera considerables eficiencias en beneficio de los consumidores. En particular, TNT presta servicios mayoristas a MBE a precios muy atractivos, ya que de esta forma TNT tiene acceso a pequeñas y medianas empresas (PYMES) a las que MBE puede prestar servicio de manera más eficiente que TNT. Gracias al acuerdo, TNT ha podido beneficiarse de un mayor número de envíos y, por tanto, de costes medios inferiores, y también ofrecer mejores precios no solo a MBE sino también a otros clientes. De esta forma, los clientes finales de MBE, en especial PYMES, se han beneficiado de mejor acceso al servicio y precios más reducidos".*

- *"que es extremadamente improbable que el acuerdo entre TNT y MBE pudiera haber generado efectos negativos sustanciales sobre la competencia"*

- *"tanto TNT como MBE compitieron durante el periodo en el que la CNMC sitúa la infracción con muchos otros operadores en el mercado, incluidos otros integradores que son competencia directa de TNT, como DHL y UPS. En este entorno altamente competitivo, es extremadamente improbable que cualquiera de los clientes de TNT o de MBE pudiera haber acabado pagando precios más altos o recibiendo una menor calidad de servicio.*

Ello se debe a que los clientes tenían muchas alternativas a TNT y MBE y podrían haberse cambiado a cualquiera de esas alternativas ante cualquier posible incremento de precios o deterioro de la calidad del servicio"

Pues bien, a juicio de la Sala, el citado informe no acredita la concurrencia de las condiciones exigidas para la aplicación de la exención prevista en el artículo 1.3 LDC. por las razones que pasamos a exponer.

1-Porque únicamente aborda las eficiencias en beneficio de los consumidores, que, además, refiere al acuerdo vertical entre TNT y MBE, cuando como ya hemos resuelto, el pacto de respeto de clientes ente TNT y MBE, que es el sancionado, no puede calificarse como acuerdo vertical.



2-Porque no resulta concluyente y preciso a la hora de evaluar dichas eficiencias al señalar " *que es altamente improbable que los clientes de TNT o MBE hayan sufrido ningún perjuicio*".

3- Porque no justifica que el tan citado pacto de respeto de clientes entre MBE y TNT haya sido razonablemente necesario para obtener las eficiencias.

DÉCIMO. - So stiene la recurrente que, de haberse producido el supuesto reparto de clientes, quod non, no constituiría un cártel.

Para fundamentar su conclusión afirma que tanto la Resolución, como la empresa que pidió clemencia (GLS) reconocen que MBE no es un operador de courier, sino un revendedor, por lo que su conducta con TNT no puede constituir un cártel. Añade que GLS -la empresa que pide clemencia- reconoció ante la CNMC que MBE no es su competidor. Así las cosas, concluye que MBE es un revendedor y que no es un competidor de los integradores, no pudo haber existido un cártel entre MBE y TNT y que, dado que la Resolución impugnada reconoce que la relación entre TNT y MBE es vertical, un supuesto reparto de clientes entre ambas no puede constituir un cártel. A estos efectos reitera que existe una obvia vinculación entre el acuerdo de distribución y el supuesto reparto de clientes que conduce a que éste deba examinarse como una restricción vertical y tomando en consideración el acuerdo de distribución en el que se enmarca, por lo que, en definitiva, no se cumple el requisito de horizontalidad exigido en la Disposición Adicional Cuarta de la LDC, para que la conducta entre TNT y MBE se pueda calificar de cártel.

Insiste la recurrente en que el supuesto reparto de clientes está amparado la doctrina de restricciones accesorias, por la doctrina de minimis y en el apartado 3 de los artículos 1 LDC y 101 TFUE, por lo que no puede constituir un cártel y, denuncia que la resolución sancionadora sustenta la calificación de cártel en una extrapolación equivocada de la valoración de la conducta entre GLS y Correos y que, por otra parte, no prueba que la teoría del daño que sustenta la calificación de cártel se diera en la realidad.

Pues bien, este motivo de impugnación también ha de ser desestimado por cuanto se fundamenta en la afirmación de que TNT y MBE no son competidores. Como ya hemos explicado, es cierto que TNT y MBE no son competidores en el mercado mayorista de servicios de mensajería y paquetería, pero si lo son en el mercado minorista de servicios de mensajería y paquetería que es en el que se producen los pactos de sancionados, razón por la que los pactos de respeto de clientes sancionados no pueden calificarse de "acuerdos verticales".

Por lo demás, nos remitimos a lo ya dicho sobre la inaplicación de la exención del artículo 21.1 del Reglamento artículo 2.1 del Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión de 10 de mayo de 2022 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas y de la doctrina de restricciones accesorias a la conducta sancionada, resultando por ello irrelevante, a efectos de clasificar las conductas sancionadas como constitutivas de cártel, la cuota de mercado de MBE y TNT.

Por último, cumple recordar que la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia en su Disposición Adicional Cuarta establece que: " *A efectos de lo dispuesto en esta Ley se entiende por cártel todo acuerdo o practica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante practicas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual e industrial; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colutorias en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia*".

Así las cosas, teniendo en cuenta que MBE no presta servicios de courier, el pacto de respeto mutuo de clientes entre MBE y TNT entra dentro de la definición de cártel por cuanto 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, privándose 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 y a los ella clientes de MBE de la posibilidad de recibir ninguna oferta de TNT, y ello pese a que el cliente no conozca los servicios de TNT y quiera conocerlos.

UNDÉCIMO. - So stiene la recurrente de que la conducta de TNT con MBE debe ser considerada de menor importancia, dado que (i) su cuota de mercado combinada es inferior al 10% y, (ii) las conductas que se les imputan no suponen una restricción apreciable de la competencia.

Pues bien, afirmada la existencia de cártel, cumple manifestar que tampoco resulta de aplicación la regla de " minimis" dada la limitación que a la aplicación de dicha regla impone el artículo 2 del Reglamento de la Ley de Defensa de la Competencia el cual, bajo la rúbrica Conductas excluidas del concepto de menor importancia, dispone en su apartado 1 que, con independencia de lo establecido en el artículo anterior, no se entenderán

de menor importancia las conductas que tengan por objeto, directa o indirectamente, de forma aislada o en combinación con otros factores, el reparto de mercado.

DUODECIMO. -Dicho lo anterior, es necesario destacar que a la recurrente se le ha sancionado por la comisión de una infracción única y continuada, constitutiva de cártel, consistente en un pacto de no agresión en el mercado de mensajería y paquetería empresarial.

A estos efectos debemos recordar la doctrina del Tribunal de Justicia Europeo, contenida en la Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 16 de junio de 2011, en el asunto T-211/08. , Putters International NV, con cita de la sentencia de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni (C- 49/92P, Rec. p. I-4125), apartado 82, sobre el concepto de infracción única y continuada en la que se afirmó que para acreditar la existencia de una infracción única y continuada, la Comisión debe probar, en particular, que la empresa intentó contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos materiales previstos o ejecutados por otras empresas en la consecución de los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, apartado 31 supra, apartado 87). Y añadió que las prácticas colusorias sólo pueden ser consideradas elementos constitutivos de un acuerdo único restrictivo de la competencia si se acredita que se inscriben en un plan global que persigue un objetivo común. Además, sólo si la empresa supo, o debería haber sabido, cuando participó en las prácticas colusorias que, al hacerlo, se integraba en el acuerdo único, su participación en las prácticas colusorias de que se trata puede constituir la expresión de su adhesión a dicho acuerdo (sentencia del Tribunal de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión, T-25/95, T-26/95, T-30/95 a T-32/95, T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T-48/95, T-50/95 a T-65/95, T-68/95 a T- 71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 y T-104/95, Rec. p. II-491, apartados 4027 y 4112).

En igual sentido, la sentencia del Tribunal General, en el asunto T-27/10, AC-Treuhand AG de 17 de mayo de 2013, afirma que *"también es importante precisar que el concepto de objetivo único no puede determinarse mediante una referencia general a la distorsión de la competencia en el mercado afectado por la infracción, puesto que el perjuicio para la competencia constituye, como objeto o efecto, un elemento consustancial a todo comportamiento incluido en el ámbito de aplicación del artículo 81 CE , apartado 1. Tal definición del concepto de objetivo único entrañaría el riesgo de privar al concepto de infracción única y continuada de una parte de su sentido, pues tendría como consecuencia que varios comportamientos relativos a un sector económico, contrarios al artículo 81 CE , apartado 1, deberían calificarse sistemáticamente como elementos constitutivos de una infracción única (véase la sentencia del Tribunal de 30 de noviembre de 2011, Quinn Barlo y otros/Comisión, T-208/06 . , Rec. p. II-7953, apartado 149, y la jurisprudencia citada)(apartado 240)".*

El apartado 241 de la misma Sentencia señala que *"en consecuencia, con objeto de calificar diversos comportamientos como infracción única y continuada, procede verificar si presentan un vínculo de complementariedad, en el sentido de que cada uno de ellos está destinado a hacer frente a una o varias consecuencias del juego normal de la competencia, y contribuyen, mediante una interacción, a la realización del conjunto de los efectos contrarios a la competencia buscados por sus autores, en el marco de un plan global encaminado a un objetivo único. A este respecto, habrá que tener en cuenta cualquier circunstancia que pueda demostrar o desmentir dicho vínculo, como el período de aplicación, el contenido (incluyendo los métodos empleados) y, correlativamente, el objetivo de los diversos comportamientos de que se trata (véase la sentencia Amann & Söhne y Cousin Filterie/Comisión, antes citada, apartado 92, y la jurisprudencia citada)".*

Así pues, de esa jurisprudencia se deduce que deben concurrir tres requisitos para acreditar la participación en una infracción única y continuada, a saber, la existencia de un plan global que persigue un objetivo común, la contribución intencional de la empresa a ese plan y el hecho de que tenía conocimiento (demostrado o presunto) de los comportamientos infractores de los demás participantes.

DECIMOTERCERO. - Así las cosas, corresponde a la Sala analizar si la imputación que realiza la CNMC a la recurrente tiene apoyo probatorio toda vez que, la defensa de la recurrente refiere básicamente que se ha vulnerado su derecho fundamental de presunción de inocencia por cuanto que se le ha sancionado sin que existan pruebas que permitan sostener que formó parte del cártel a que se contrae el presente recurso.

A estos efectos sostiene la representación procesal de TNT que la prueba en la que se pretende acreditar su participación es insuficiente. Añade que la Resolución ignora injustificadamente la numerosa prueba de descargo que acredita que TNT ofertó y captó a muchos clientes de MBE durante el periodo de investigación que pone de manifiesto que, entre febrero de 2008 y abril de 2016 TNT presentó ofertas a 267 clientes de MBE y captó a 103 clientes de MBE y concluye que TNT ha proporcionado una explicación alternativa, no anticompetitiva, para cada uno de los episodios que sustentan, según la Resolución, la declaración de infracción por reparto de mercado y la participación de la actora.

Por su parte, la CNMC, en la resolución recurrida refiere que:

- MBE y TNT mantienen una relación de servicios desde al menos 2008, formalizada, a la fecha de dicha resolución, en el Acuerdo Comercial y de Servicio de 1 de enero de 2015, complementado por un Acuerdo de Contribución de 4 de noviembre de 2015.

- TNT es desde al menos febrero de 2008 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, pero, sin embargo, 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 cliente .

-Que 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 Cataluña . 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 zonas y existen referencias a una prueba piloto del acuerdo comercial entre MBE y TNT en marzo de 2009 que ya incluía el "respeto" comercial.

- Que 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 ambas:

" (...) 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?

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

-Según un correo interno de MBE, 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 TNT, se hace referencia a los conflictos relativos a incidencias comerciales entre TNT y MBE.

Se añade que constan correos electrónicos donde se afirma que comerciales de TNT no ofertan a clientes cuando les comunican que son clientes de MBE.

DÉCIMOCUARTO. - Vistas las diferentes posturas que mantienen ambas partes, debemos, entonces, examinar si efectivamente existen pruebas que permitan dar por acreditada la participación de la recurrente en la infracción única y continuada imputada. Y, en este sentido, ya en la sentencia dictada en fecha 9 de junio de 2016, recaída en el recurso 551/13, respecto de la prueba de las infracciones en materia de competencia, decíamos que: "En este tipo de actuaciones es difícil encontrarse con la existencia de pruebas directas que permitan acreditar la participación en las conductas infractoras; lo normal es que sea a través de indicios. Pues bien, la prueba de indicios está ampliamente aceptada por la jurisprudencia constitucional desde la SSTC 174 y 175/1988, y resulta práctica habitual en materia de cárteles, siempre que los indicios resulten probados de forma directa, tengan fuerza persuasiva, produzcan una convicción suficiente en el juzgador, se encuentren en directa relación con las consecuencias que se pretenden extraer de los mismos y no exista una explicación alternativa que permita desvirtuar las conclusiones a las que llega la Administración". Consideraciones que ratificamos en la sentencia de 15 de julio de 2016, recurso número 293/2012 que, al tratar sobre la prueba de indicios, decíamos: "(...) es bien sabido que su utilización en el ámbito del derecho de la competencia ha sido admitida por el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997\7421 y



RJ 1997/8582), 26 de octubre de 1998 (RJ 1998 \7741) y 28 de enero de 1999 (RJ 1999\274). Para que la prueba de presunciones sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados, y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano.

En la sentencia de 6 de marzo de 2000, recurso núm. 373/93, el Tribunal Supremo viene declarando al referirse a la prueba de presunciones que *"estas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de 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 casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o conciertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda"*.

Y en el ámbito europeo, podemos citar la sentencia de 27 de setiembre de 2006 del Tribunal General de la Unión Europea (TGUE), (asuntos acumulados T-44/02 OP, T-54/02 OPM, T-56/. OP, T-60/02 OP y T-61/02 OP), que, en cuanto a la prueba de presunciones en materia de Derecho de la Competencia, señala que: *"Habida cuenta del carácter notorio de la prohibición de los acuerdos contrarios a la libre competencia, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que justifiquen de manera explícita una toma de contacto entre los operadores afectados. En cualquier caso, los elementos fragmentarios y confusos de que pueda disponer la Comisión deberían poder completarse mediante deducciones que permitan la reconstitución de las circunstancias pertinentes. Por consiguiente, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia puede inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas sobre competencia (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartados 55 a 57)"*.

También el Tribunal General en la sentencia de 3 de marzo de 2011 Caso Siemens/Comisión, asunto T-110/07. al referirse a la carga de la prueba declara lo siguiente:

"(46) ... es necesario que la Comisión presente pruebas precisas y concordantes para demostrar la existencia de la infracción (sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión), apartado 44 supra, apartado 62), y para asentar la firme convicción de que las infracciones alegadas constituyen restricciones sensibles de la competencia a efectos del artículo 81 CE, apartado 1 (sentencia de 21 de enero de 1999, Riviera Auto Service y otros/Comisión, T-185/96, T-189/96 y T-190/96, Rec. p. II- 93).

(47) Sin embargo, debe señalarse que no todas las pruebas aportadas por la Comisión deben necesariamente responder a dichos criterios por lo que respecta a cada elemento de la infracción. Basta que la serie de indicios invocada por la institución, apreciada globalmente, responda a dicha exigencia (véase la sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión, apartado 44 supra, apartado 63, y la jurisprudencia citada).

(48) Además, habida cuenta del carácter notorio de la prohibición de los acuerdos contrarios a la libre competencia y de la clandestinidad en la que se ejecutan, por tanto, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que justifiquen de manera explícita una toma de contacto entre los operadores afectados. En cualquier caso, los elementos fragmentarios y confusos de que pueda disponer la Comisión deberían poder completarse mediante deducciones que permitan la reconstitución de las circunstancias pertinentes. Por consiguiente, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia puede inferirse 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 Dresdner Bank y otros/Comisión apartado 44 supra, apartados 64 y 65, y sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004 [TJCE 2004, 8], Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartados 55 a 57)".

Y, en cuanto a la posición del Tribunal Supremo, podemos destacar, entre otras, la sentencia dictada en fecha 19 de junio de 2015, recurso 649/13. que se pronuncia sobre el alcance de esta clase de prueba en los siguientes términos:

" Al respecto, cabe recordar que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida en reiteradas sentencias (SSTC 174/1985, 175/1985, 229/1988), y a la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 18 de noviembre de 1996 , 28 de enero de 1999 , 6 de marzo de 2000) puede sentarse que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha 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, se ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el producto deductivo es arbitrario, irracional o absurdo,



es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo. En la sentencia constitucional 172/2005, se afirma que por lo que se refiere en concreto al derecho a la presunción de inocencia este Tribunal ha declarado que la presunción de inocencia sólo se destruye cuando un Tribunal independiente, imparcial y establecido por la Ley declara la culpabilidad de una persona tras un proceso celebrado con todas las garantías (art. 6.1 y 2 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales , al cual se aporte una suficiente prueba de cargo, de suerte que la presunción de inocencia es un principio esencial en materia de procedimiento que opera también en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora (SSTC 120/1994, de 25 de abril . , F. 2 ; 45/1997, de 11 de marzo , F. 4, por todas). En la citada STC 120/1994 añadíamos que «entre las múltiples facetas de ese concepto poliédrico en que consiste la presunción de inocencia hay una, procesal, que consiste en desplazar el onus probandi con otros efectos añadidos». En tal sentido ya hemos dicho - se continúa afirmando la mencionada Sentencia- que la presunción de inocencia comporta en el orden penal stricto sensu cuatro exigencias, de las cuales sólo dos, la primera y la última, son útiles aquí y ahora, con las necesarias adaptaciones mutatis mutandis por la distinta titularidad de la potestad sancionadora. Efectivamente, en ella la carga de probar los hechos constitutivos de cada infracción corresponde ineludiblemente a la Administración pública actuante, sin que sea exigible al inculpado una probatio diabólica de los hechos negativos. Por otra parte, la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que éste ejerce libremente con la sola carga de razonar el resultado de dicha operación. En definitiva, la existencia de un acervo probatorio suficiente, cuyas piezas particulares han de ser obtenidas sin el deterioro de los derechos fundamentales del inculpado y de su libre valoración por el Juez, son las ideas básicas para salvaguardar esa presunción constitucional y están explícitas o latentes en la copiosa doctrina de este Tribunal al respecto (SSTC 120/1994, de 25 de abril, F. 2 ; 45/1997, de 11 de marzo , F. 4)".

DÉCIMOQUINTO.- De acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta, debemos examinar, si en el presente caso, existe prueba que acredite la participación de la recurrente en la infracción única y continuada por la que ha sido sancionada.

Pues bien, la existencia de un pacto de respeto de clientes entre MBE y TNT resulta acreditada mediante la encuesta que en junio de 2009 realizó MBE a todos sus franquiciados en relación a la conveniencia de mantener el acuerdo de respeto comercial entre ambas, así como de su alcance.

Por lo demás, ambas compañías eran conscientes de la existencia del pacto recíproco de no agresión y de su voluntad de cumplirlo.

Evidencia la existencia del pacto el correo que envía María Rosario (TNT) a MBE el 22 de septiembre de 2009 manifestando:

"Per favor, que retirin la oferta, pero no haber de baixar els preus", al que responde MBE el 23 Sep 2009:" Ens comenta la franquiciada de Pamplona que ella amb el client Videcart no ha ofertat el servei internacional per respecte comercial.

Ha ofertat el servei nacional, que segons li diu el client treballen amb Seur i mrw, mira a veure si es correcte i hem dius el que".

Podemos también citar el remitido el 7 de mayo de 2010 por MBE a TNT con el siguiente contenido:

"Buenos días Iván .

Me llama uno de mis clientes y amigo desde hace mucho tiempo. HO SOCCER /PORTEROS REUNIDOS.

Me está comentando tu insistencia en saber mis tarifas para ver de mejorar algún precio y compartir servicios.

Iván no uses mi nombre para vender en ningún momento, con AQUALUNG YA HA PASADO TAMBIEN, con la excusa que colaboramos conjuntamente estas intentando coger servicios que ya realizan conmigo.

Sabes que la relación que tengo con mis clientes además de negocios tenemos relación de amistad por lo que me van a informar de todo esto como puedes ver.

Espero no encontrar más casos como este y que cuando te informen que es un cliente MBE y está contento conmigo respetes este compromiso como lo tienen acordado nuestros superiores.

Te puedo hacer una lista larga de cliente TNT que no estoy tocando y podría hacerlo".

En otro de la misma fecha TNT se dirige a Mbe manifestando que:

" (...). No obstante, me reafirmo, jamás hemos ido a buscar clientes de MBE para quitarnos el tráfico, de ahí que me haya sorprendido mucho el tono de tu e-mail, puesto que creo que hasta el momento la comunicación entre ambos ha sido excelente".

También queda acreditado que TNT conocía el pacto de reparto de clientes en la explicación dada por TNT en un correo interno de 2 de agosto de 2011 en el que se manifiesta lo siguiente:

"Ho la María Rosario ,

En este caso es Coruña y no Laureano .

Ya hablé con Leon esta mañana porque se puso un poco nervioso ayer con Begoña (Nuestra comercial) por este tema. Casualmente Begoña le llamó (por mi orden) para indicarle que MBE había presentado oferta a un cliente que había visto la pasada semana ella y le contraatacó diciendo que vaya doble moral, que Autorradio le estaba quitando los clientes.

Como te decía, esta mañana he hablado con él y le dije que hablaría con el gerente de Autorradio, pero ... realmente el cliente no es de TNT, ni es TNT quien le ha ofertado.

Autorradio, al igual que MBE, Transunion, MRW, Cacesa. o cualquier transitario que utilice TNT puede ofertar a cualquier cliente que no sea de TNT y en este caso Don Roque no es de TNT.

No sé si me he explicado, la verdad.

Ya me dices".

Especialmente reveladores de la existencia del pacto de respeto de clientes y de su conocimiento por la recurrente son los correos intercambiados el 12 de mayo de 2010 entre TNT y MBR, encabezados con el asunto "COMPROMISO DE RESPETO CLIENTE MBE CON TNT (Folio: 3757 del expediente).

Avala también la existencia del pacto de no agresión y la participación en el de la recurrente, el correo enviado por MBE a María Rosario (TNT), el 3 de agosto de 2011 que recoge lo siguiente:

" María Rosario ,

Això vol dir que també podrem tocar els clients que tingui, tant si recull per TNT com si recull per una altra proveïdor.

Ok entès doncs, li comunico al franquiciat. Merci per tot",

También el correo que TNT remite el 3 de agosto de 2011 a Jose Daniel , Asunto: RE: TNT Coruña -- cliente "Don Roque ", con el siguiente contenido:

"Ho la Jose Daniel ,

No, nosaltres no podem demanar a un tercer q ens fa una part de les entregues que no prengui el clients de Mbe porque ell té la seva pròpia facturació independent"

Al que responde MBE el 3 de agosto siguiente, manifestando: "

María Rosario ,

Pues debería mantener también las condiciones de no tocar a los clientes ("Don Roque ") de los clientes (Mbe) de TNT.

¿Es así oye?

A los mismos efectos, podemos citar el correo enviado por María Rosario (TNT) a MBE, el 17 de enero de 2014, con el siguiente contenido:

"Hola Pedro Francisco ,

No sé si has traspasado este tema, pero te comento lo siguiente. Hoy ha ido el comercial a ver a Mbe para preguntarle que porqué todavía no se había retirado a lo que le ha contestado Adolfo y Remedios (que tb estaba allí) que no se van a retirar porque el cliente se va a enfadar y se va a ir con DHL.

Justo el año pasado hice retirar una oferta de este mismo comercial a un cliente que le quitamos a Mbe Moncada. Fuimos, le cerramos la cuenta y sigue trabajando con ellos.

Como el trato no está siendo igual en ambos sentidos, no volveremos a retirar ninguna oferta de ningún cliente que esté con esta franquicia que, a más a más, apenas trabaja con TNT"

También, el correo que remite María Rosario (TNT) el 17 de octubre de 2014 a MBE, Asunto: PROV HISPANO HOLANDESA: Ha empezado a trabajar con MBE Vilanova, en el que tras informar que es un cliente 100% TNT, se ruega que se le pida que se retire.

A todo ello cabe añadir la prueba constituida por los correos internos de MBE que corroboran la existencia del pacto de respeto de clientes entre TNT y MBE, en cuanto ponen de manifiesto las incidencias y los conflictos surgidos en su cumplimiento.

Entre ellos, podemos citar:

-El correo electrónico enviado el 7 May 2010, con el siguiente contenido:

"As unto: entrevista con tnt"

Buenos días:

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 tú sabes como soy yo, les he pedido tres cosas para un futuro esperamos que no muy lejano, tener recogida fija por la mañana, tener recogida fija por la tarde y que no hagan ningún cliente más en Novelda-Aspe-Monforte, que me los dejen a mí"

- El Correo electrónico de 7 de junio de 2011 en el que se recoge lo siguiente:

"Mi ra lo que nos envían desde TNT según lo cual una franquicia de San Sebastián ha ofertado al cliente de TNT llamado Goizper (Antzuola). Si es así se debería retirar la oferta al ser un cliente de TNT del que nos han dado datos de facturación. ¿Puedes por favor comprobar el tema?"

-El Correo electrónico de 24 de julio de 2009: Asunto: Namana Impex S.L.

"Buenos días Jose Daniel y Claudio ,

os adjunto escrito que me ha hecho llegar la empresa Namana Impex, S.L., en el que me expresa su estupefacción por el tema en el que se haya metido.

Ellos antes trabajaban con TNT y ahora con nosotros, cuando el comercial de TNT les ha ido a visitar para conocer el motivo del descenso de producción y se ha encontrado que esta empresa trabajaba con MBE, les ha informado del respeto comercial que existe en esa zona entre MBE y TNT (os lo explico pq el mail que me manda es en catalán)

Esta empresa está en Vilafranca del Penedès, población a unos 40 KM de Barcelona y perteneciente al área de Beatriz . La verdad es que la cosa se ha enredado, pq TNT ya ha hecho consultas a todos nuestros centros de esa área reclamando el acuerdo de respeto y nuestros centros le han expresado que este cliente no es de ellos, cosa que al comercial de TNT afectado le ha sorprendido".

A la vista de todo ello debemos concluir que, a juicio de la Sala, la prueba obrante en el expediente administrativo acredita la participación de TNT en la infracción única y continuada por la que ha sido sancionado; su conocimiento del pacto de respeto de clientes con ME y que, contactaban la una con la otra en los casos en los que se detectaba un incumplimiento de aquel, pese a las explicaciones alternativas que ha ofrecido la recurrente por cuanto que el hecho de que TNT ofertara y captara clientes de MBE no excluye la existencia del pacto colusorio por y su conocimiento por parte de la recurrente. Tampoco el hecho de que haya sido o no aplicado o implementado con éxito por cuanto nos encontramos ante una infracción por el objeto, cuestión esta sobre la que la recurrente no se pronuncia.

DECIMOSEXTO. - Idéntica respuesta desestimatoria ha de seguir el motivo de impugnación que denuncia la infracción del derecho a la presunción de inocencia de TNT, al no valorar la resolución la numerosa prueba de descargo presentada por TNT que acredita que, durante el periodo investigado, TNT realizó ofertas y captó a clientes de MBE.

En contra de los sostenido por la recurrente, la resolución impugnada recoge, valora y da respuesta a las alegaciones y la documentación aportada por TNT, encaminada a demostrar que la Dirección de Competencia habría errado en su análisis de los hechos, consignando expresamente que:

" 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" y,

"(...) 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".



Cuestión distinta es que la actora discrepe de la valoración efectuada de dicha documentación y que, en consecuencia, no haya obtenido el resultado esperado por ella.

DÉCIMOSEPTIMO. - Sostiene la actora que no puede considerarse que las conductas de TNT/MBE configuren una infracción única y continuada desde 2008 hasta abril de 2016 porque no porque (i) consta en el expediente la documentación de descargo aportada por TNT referida a 2009 y 2010; y (ii) no consta documentación que pruebe la infracción durante más de dos años (25 meses, en concreto; de agosto de 2011 a septiembre de 2013).

Para dar respuesta a este motivo de impugnación conviene recordar que la calificación de una infracción del artículo 101 del TFUE como infracción única y continuada tiene importantes consecuencias en la imputación de la conducta en el ámbito temporal, ya que una empresa que haya participado en una infracción de este tipo, mediante comportamientos propios, calificables de acuerdo o de práctica concertada con un objeto contrario a la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, y que pretendía contribuir a la realización de la infracción en su conjunto, es también responsable, durante todo el tiempo que dure su participación en dicha infracción, de los comportamientos de otras empresas en el marco de la misma infracción, STJUE Comisión/ Anic Partecipazioni, (apartado 83).

Además, permite presumir que la infracción o la participación de una empresa no se ha interrumpido, aunque no se disponga de pruebas de la infracción durante algunos periodos específicos, siempre que las diferentes acciones que forman parte de esa infracción persigan una sola finalidad y puedan insertarse en una infracción de carácter único y continuo, apreciación esa que debe sustentarse en indicios objetivos y concordantes acreditativos de la existencia de un plan conjunto, STG 17 de mayo de 2013, T147/09 y T 148/09 Trelleborg, (apartado 61). Con la infracción única y continuada se presume que, a pesar de periodos de aparente inactividad o donde no es posible desplegar toda la carga probatoria, la infracción continúe permitiendo la imputación de la responsabilidad por todo ese periodo de latencia.

La falta de prueba sobre la existencia de un acuerdo durante algunos periodos determinados o, al menos, en cuanto a su ejecución por una empresa durante un periodo concreto, *«no impide considerar que la infracción existió durante un período global más largo que dichos períodos, a condición de que tal comprobación se base en indicios objetivos y concordantes. En el marco de una infracción que dura varios años, el hecho de que las manifestaciones del acuerdo se produzcan en períodos diferentes, pudiendo separarse por intervalos de tiempo más o menos largos, no influye en la existencia de dicho acuerdo, siempre que las diferentes acciones que formen parte de esta infracción persigan una única finalidad y se inscriban en el marco de una infracción única y continua [...]»*, STJUE 11 de enero de 2008, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, (apartados 57, 97 y 98), STJUE de 7 de enero de 2004 Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 52 supra, apartado 260), y STG Trelleborg, (apartado 59).

Esta circunstancia permite la imposición de una multa por la totalidad del periodo de infracción considerado y determina la fecha en la que empieza a correr el plazo de prescripción, a saber, la fecha en la que la infracción continua ha finalizado, STG Trelleborg, (apartado 62).

Las consecuencias son muy relevantes. (i) Permite que la infracción o la participación de una empresa en ella, no se haya interrumpido aunque no disponga de pruebas de la infracción durante algunos periodos específicos, siempre que las diferentes acciones que forman parte de esa infracción persigan una sola finalidad y puedan insertarse en una infracción de carácter único y continuo, siempre apreciación esa que debe sustentarse en indicios objetivos y concordantes acreditativos de la existencia de un plan conjunto; (ii) habilita la imposición de la multa por todo el periodo a cualquiera de los partícipes; (iii) y el plazo de prescripción queda interrumpido por la continuidad en la infracción.

No obstante, para permitir imputar este periodo intermedio de aparente inactividad, de actividad más reducida, o cuando estamos ante actos separados en el tiempo, no basta para poder sancionar la mera «referencia genérica a la distorsión de la competencia [...]» se requiere de indicios objetivos y concordantes de una eventual voluntad persistente de las demandantes de reactivar el cartel o de adherirse a sus objetivos para presumir válidamente una participación continua, aun pasiva, por parte de las empresas, STG Trelleborg, (apartados 61 y 62).

El principal problema que se plantea en estos casos, es la de determinar cuánto tiempo se considera razonable como para considerar interrumpido el carácter «continuo» del cártel. En el caso abordado por la STG Trelleborg se valora un tiempo aproximado a los dos años «la Comisión no dispone de ninguna prueba de la implicación de las demandantes en esos contactos multilaterales durante el período intermedio, que duró más de dos años, o de que hubieran participado en las reuniones que tuvieron lugar con objeto de reactivar el cartel, ni siquiera que hubieran tenido conocimiento de ellas [...]» (apartado 66), periodo durante el que no existieron «indicios objetivos y concordantes que permitan apreciar la implicación de las demandantes en los contactos

mantenidos durante el período de crisis del cartel» (apartado 68). No obstante, este periodo de tiempo tiene un valor o meramente indicativo, por lo casuístico de las situaciones a tratar, lo obliga a valorar en cada caso concreto las circunstancias concurrentes ante la ausencia de un pronunciamiento público y expreso de apartamiento del cartel, STJUE Comisión/Anic Participazioni, (apartado 50).

Respecto de esta cuestión, la resolución impugnada argumenta que es probable que la menor constatación de incidentes durante 2012 y 2013 no se deba a una debilitación del pacto de no agresión, sino más bien al contrario. Que es posible 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. Y añade que, 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) y algunos correos electrónicos internos también de MBE haciendo referencias generales al pacto de no agresión. 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.

Pues bien, en el caso examinado, consideramos que la falta de consignación en la resolución recurrida de concretos elementos de prueba del pacto colusorio durante algunos periodos intermedios no quiebra la existencia de la infracción única y continuada puesto que ello no impide apreciar un comportamiento unitario en desarrollo de un plan conjunto para la restricción de la competencia que se prolongó hasta 2016. Por lo demás, correos electrónicos internos de MBE avalan el mantenimiento del cartel durante dicho periodo.

DECIMOCTAVO. - La misma suerte desestimatoria ha de seguir el motivo de impugnación que denuncia la infracción del deber de motivación de la resolución, por no haber consignado la cifra de volumen de negocios en el mercado afectado de TNT.

Es importante recordar que el volumen de negocios en el mercado afectado fue aportado por la propia recurrente y que, por tanto, era conocido por ella, por lo que la declaración de confidencialidad de este dato, solicitada por la propia mercantil demandante para proteger su secreto de negocio, no ha infringido su derecho de defensa.

Dicho lo anterior, como razona el Abogado del Estado, los datos aportados por la empresa han sido ajustados por la CNMC a los meses que tuvo lugar la infracción (febrero 2008 - abril 2016), lo que explica que la cifra de VNMA utilizada no coincida con la suma exacta de los datos aportados por TNT como VNMA para el periodo 2008-2016, fijándose en una cifra ligeramente menor (en 50.000 €), sin que este ajuste haya ido cuestionado en la demanda en la que se ha denunciado únicamente que la resolución no incorporaba dicho dato y que tampoco había sido proporcionado a la actora.

DÉCIMONOVENO. - Denuncia la recurrente que la resolución recurrida infringe su derecho de defensa por su falta de motivación y de explicación del cálculo del beneficio ilícito que la CNMC habría estimado para TNT. Añade que rechaza reducir el importe de la multa, en aplicación del ajuste de proporcionalidad, que sí se aplica a otras empresas y que no se le ha permitido en ningún momento, ni antes ni después de la Resolución, conocer cómo se le ha calculado la multa ni acceder a la fórmula, ni aportar sus datos, ni contrastar si los datos que ha empleado la CNMC son correctos.

Con carácter previo debemos precisar que la multa no se calcula en base al beneficio ilícito, sino sobre el volumen de negocios total de la empresa en el año anterior al de imposición de la sanción y que la estimación del beneficio ilícito se utiliza únicamente para determinar el límite de proporcionalidad, por encima del cual la sanción se considera desproporcionada.

Por lo demás, como se recoge en la resolución impugnada, para la determinación de la sanción, la CNMC ha tenido en cuenta, la duración de la conducta (en el caso de TNT, de Feb. 2008 - Abr. 2016) , el volumen de negocios del mercado afectado por cada empresa (dato que, como ya hemos consignado en el anterior Fundamento de Derecho, en el caso de TNT fue aportado por la propia mercantil, siendo ajustado por la CNMC a los meses que tuvo lugar la infracción (febrero 2008 - abril 2016), lo que explica que la cifra de VNMA utilizada no coincida con la suma exacta de los datos aportados por TNT como VNMA para el periodo 2008-2016), así como el porcentaje de participación de cada una de ellas en la infracción (65,8% en el caso de TNT).

No se aprecia la concurrencia de circunstancias atenuantes ni agravantes.

Se cifra el volumen total de negocios de TNT en 2017 en 269.732.241 euros, se fija un tipo sancionador del 6% y se cuantifica la sanción en 16.183.934 euros.



Explica, además, la resolución que, en este caso, las sanciones que corresponde imponer a las empresas infractoras, por lo que aquí interesa, a TNT, son proporcionadas al valor de referencia calculado para cada empresa a partir del beneficio ilícito estimado y del factor de disuasión.

Así las cosas, no puede decirse que la determinación de la sanción no resulte motivada atendiendo a la doctrina que sobre esta cuestión acoge nuestra jurisprudencia, y así en sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2006, recurso núm. 466/2003, donde afirma lo siguiente:

"La exigencia de motivación de los actos administrativos constituye una constante de nuestro ordenamiento jurídico y así lo proclama el art. 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (antes, art. 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958), teniendo por finalidad la de que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto. Motivación que, a su vez, es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad enunciados por el apartado 3 del art. 9 CE de la Constitución y que también, desde otra perspectiva, puede considerarse como una exigencia constitucional impuesta no sólo por el art. 24.2 CE sino también por el art. 103 (principio de legalidad en la actuación administrativa). Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo Europeo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000 incluye dentro de su artículo 41, dedicado al "Derecho a una buena Administración", entre otros particulares, "la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones".

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

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

VIGÉSIMO. - Con carácter subsidiario, sostiene la recurrente que la multa debería ser inferior al 5 % del volumen de negocios total de TNT en el ejercicio anual previo a la Resolución sancionadora, por tener la supuesta infracción naturaleza de restricción vertical.

De nuevo hemos de reiterar que el pacto entre MBE y TNT consistente en el respeto de clientes por el que ha sido sancionada la recurrente no integra una restricción vertical, por lo que la alegación ha de ser desestimada.

VIGESIMOPRIMERO. - Denuncia, además, la recurrente que la sanción que se le ha impuesto es desproporcionada porque se examinan los efectos de su conducta como si los nueve pactos bilaterales investigados constituyeran una infracción única y continuada.

Añade que en el análisis de efectos y de cuota de mercado combinada de TNT y MBE, especialmente para calcular la multa, debió de considerar exclusivamente el alcance de ese pacto bilateral en particular y no efectuarse conjuntamente con el resto de pactos bilaterales examinados, que son absolutamente ajenos a TNT.

Como explica la propia resolución impugnada, esta Sala, en sentencia de 14 de julio de 2016 confirmada por Sentencia del Tribunal Supremo 436/2018, de 1 de octubre) 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.

Así las cosas, en contra de lo sostenido por la recurrente, la Sala conviene con la Resolución impugnada en que, dado que el mercado afectado por las conductas que se sancionan es el de la mensajería y paquetería empresarial en su totalidad, ya que los diferentes acuerdos entre las empresas sancionadas no afectan únicamente a la facturación generada por cada una de ellas, sino que desvirtúan la dinámica competitiva del conjunto del mercado, en el caso de todas las empresas, se toma como VNMA la facturación total en el mercado de mensajería y paquetería empresarial que es el mercado relevante definido en la Resolución, independientemente del volumen que se haya generado entre las empresas que forman parte de un acuerdo específico.

A lo dicho cabe añadir que, para la determinación de las sanciones de cada una de las empresas, se han tenido en cuenta las características de cada una de las nueve conductas sancionadas de forma diferenciada.

Además, la multa se ha calculado sobre el volumen de negocios total de la empresa infractora en el año anterior al de imposición de la sanción.

VIGESIMOSEGUNDO. - Continúa denunciando la parte recurrente:

-Que el porcentaje del 6 % escogido sobre la facturación anual de TNT es excesivo, en atención a los porcentajes elegidos para el resto de empresas multadas por infracciones horizontales más graves. A estos efectos se expone que el pacto bilateral de MBE con TNT no era el más significativo, de entre las relaciones entre MBE con los integradores investigado y que TNT jugó un papel menor al de UPS como proveedor de MBE por lo que multa impuesta a TNT debe reducirse en aplicación del principio de proporcionalidad antes aludido, así como el de equidad previsto en el artículo 3.2 del Código Civil.

-Que el porcentaje de tipo sancionador impuesto a TNT haya sido el 6 %, mientras que para otras empresas con una participación más caracterizada en los acuerdos y además en aquéllos que son horizontales (de cártel, más graves) se hayan escogido porcentajes más reducidos: para GLS un 4 %, para REDYSER un 4,7 % y para ICS un 5,2 %.

-Que la multa impuesta a TNT se ha calculado tomando en consideración su volumen de negocios consolidado a escala mundial, cuando debería haberse considerado solo su volumen de negocios individual.

-Que aun de haber existido el reparto de clientes, quod non, TNT no podría haber obtenido un beneficio ilícito del mismo. La multa calculada en base al beneficio ilícito debería ser de cero euros.

-Que, ante la ausencia de prueba del supuesto reparto de clientes durante un periodo prolongado de tiempo, la multa debería reducirse significativamente. Que el último medio de prueba que se menciona en la Resolución, referente a TNT, es de marzo de 2015. Que, en consecuencia, la finalización del período de infracción debe fijarse en marzo de 2015, en lugar de abril de 2016. Así pues, si esta Sala concluyera, quod non, que TNT y MBE han cometido una infracción del Derecho de la Competencia, la duración debería limitarse al período que va de septiembre de 2013 a marzo de 2015, por lo que el importe de la multa debería reducirse proporcionalmente.

-Que no concurre en TNT el elemento subjetivo de la culpabilidad y que la resolución no motiva este requisito.

-Que esta ausencia del elemento subjetivo de la responsabilidad debería conducir a que no se impusiera multa a TNT.

-Que, subsidiariamente, debería minorarse el importe de la sanción, por la concurrencia de circunstancias atenuantes, de no aplicación efectiva de las conductas prohibidas porque TNT ha presentado pruebas que demuestran que TNT no cumplió el supuesto acuerdo de no agresión y que TNT presentó efectivamente ofertas competitivas a los clientes de MBE.

Pues bien, ninguno de los motivos de impugnación expuestos puede ser estimado por las razones que pasamos a exponer:

1- La denuncia del carácter excesivo de porcentaje del 6 % escogido sobre la facturación anual de TNT no puede resultar de la mera comparación con los porcentajes elegidos para el resto de empresas multadas por infracciones horizontales más graves, cuando, además, los distintos ilícitos sancionados en este expediente se consideran infracciones diferentes, por lo que se trata de sanciones independientes.

2- El tipo sancionador del 4%, que TNT pretende que se le imponga, es el tipo global que corresponde a su infracción. Es decir, es el tipo mínimo que debe imponérseles a la demandante y a MBE por la infracción en la que participaron. Sin embargo, como TNT ha tenido una participación en la conducta del 65,8%, se le incrementa el tipo sancionador hasta el 6%"

3- Conforme al criterio fijado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 y recogido en la Sentencia de 10 de julio de 2018 de esta Sala, en relación con el expediente S/0037/08, la cifra que ha de tomarse como base para la determinación de la sanción es aquella que aparezca reflejada en las cuentas anuales de la empresa sancionada. Por tanto, si la empresa tiene actividad en el extranjero, el volumen de negocio obtenido fuera de España formará parte del volumen de negocios total.

4-De nuevo debemos reiterar que la multa no se calcula en base al beneficio ilícito, sino sobre el volumen de negocios total de la empresa en el año anterior al de imposición de la sanción y que la estimación del beneficio ilícito se utiliza únicamente para determinar el límite de proporcionalidad, por encima del cual la sanción se considera desproporcionada.



5- Como ya hemos resuelto, la ausencia de prueba del supuesto reparto de clientes durante un periodo de tiempo intermedio no desvirtúa la existencia de una infracción única y continuada. La circunstancia de que la última prueba que se menciona en la Resolución, referente a TNT, sea de marzo de 2015 no altera el periodo temporal de imputación de la infracción por cuanto no se ha acreditado que obedezca a que la recurrente se apartara de forma expresa de la práctica colusoria.

6- Por lo que se refiere al elemento subjetivo de la culpabilidad, hemos de convenir con la resolución recurrida en que ha quedado acreditado mediante la prueba obrante en las actuaciones que TNT conocía la ilicitud de la conducta sancionada.

8-Para terminar, no estimamos procedente tomar en consideración la atenuante de no aplicación efectiva de la conducta prohibida dada su consideración de infracción por objeto.

VIGESIMOTERCERO. - Finalmente se opone en la demanda que TNT HOLDINGS LUXEMBOURG S.A.R.L. no debió considerarse responsable solidaria de la infracción.

Explica que TNT HOLDINGS LUXEMBOURG que TNT decide el comportamiento económico de TNT EXPRESS WORLDWIDE SPAIN, S.L.U. Que TNT EXPRESS WORLDWIDE SPAIN, S.L.U. adoptaba individualmente sus propias decisiones empresariales y de política comercial, en particular, sobre la puesta en marcha de nuevos servicios, o sobre cambios importantes en sus precios. Que TNT EXPRESS WORLDWIDE SPAIN, S.L.U. no informaba ni solicitaba la autorización de TNT HOLDINGS LUXEMBOURG S.A.R.L. sobre su comportamiento en el mercado. Que TNT EXPRESS WORLDWIDE SPAIN, S.L.U. disponía de todos los recursos necesarios para aplicar por sí misma su política comercial. Que TNT EXPRESS WORLDWIDE SPAIN, S.L.U. era independiente, desde un punto de vista financiero, de TNT HOLDINGS LUXEMBOURG S.A.R.L. Que TNT EXPRESS WORLDWIDE SPAIN, S.L.U. estaba facultada para celebrar contratos, sin la previa autorización de TNT HOLDINGS LUXEMBOURG S.A.R.L. Que el consejero delegado de TNT EXPRESS WORLDWIDE SPAIN, S.L.U. tenía plenos poderes para dirigir la empresa. Que TNT EXPRESS WORLDWIDE SPAIN, S.L.U. y TNT HOLDINGS LUXEMBOURG S.A.R.L. no tenían administradores comunes y, que TNT HOLDINGS LUXEMBOURG S.A.R.L. operaba como una mera sociedad *holding*, sin funciones operativas.

Recordemos que la resolución impugnada motiva la exigencia de la responsabilidad solidaria respondiendo a las alegaciones formuladas por la recurrente. Y así, en el apartado 5.12 hace las consideraciones siguientes:

"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 Europea 537 como la nacional 538 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".

Y añade que 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*". 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 sea un holding financiero."

Y concluye, por lo aquí interesa que en el caso de 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, por cuanto que el TJUE 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".

Partiendo de todo ello, el primero de los motivos que hace valer la recurrente en su demanda se refiere precisamente a que TNT HOLDINGS LUXEMBOURG que TNT decidió el comportamiento económico de TNT EXPRESS WORLDWIDE SPAIN, S.L.U. ni determinó de ningún modo su comportamiento en el mercado.



Entiende que la presunción establecida en el artículo 61.2 de la LDC, según el cual " a los efectos de la aplicación de esta Ley, 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 alguna de ellas" habría quedado desvirtuada con la prueba aportada.

Pues bien, partiendo de la eficacia de la presunción contenida en el artículo 61.2 de la LDC que reconoce la misma demandante, la Sala entiende que la exigencia de responsabilidad solidaria a TNT HOLD tiene un claro anclaje en dicha presunción y una motivación suficiente en la resolución recurrida.

En efecto, es necesario tener en cuenta que lo que declara la CNMC es precisamente la solidaridad en el pago de la multa, sin que en modo alguno se atribuya a la recurrente una participación o conocimiento de la actividad anticompetitiva llevada a cabo por la empresa adquirida, pues en ese caso su responsabilidad no sería solidaria, sino directa.

A partir de ello, no es admisible suponer que, siendo TNT HOLD titular del 100% del capital social de TNT EXPRESS WORLDWIDE SPAIN, S.L.U, no lleve a cabo un control económico de la actividad ésta, salvo una prueba contundente en contrario que aquí no existe.

En definitiva, no hay una justificación suficiente que permita desvirtuar la presunción del artículo 61.2, por lo que el motivo debe ser rechazado

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

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

FALLAMOS

1.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de TNT EXPRESS WORLDWIDE SPAIN S.L.U. y de FEDEX EXPRESS INTERNATIONAL B.V. (antes TNT HOLDINGS LUXEMBOURG S.A.R.L.) contra la resolución de 8 de marzo de 2018, dictada en el Expte. NUM000 , MENSAJERÍA Y PAQUETERÍA por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con imposición de costas a la parte recurrente.

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

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.