



Roj: **SAN 6240/2022 - ECLI:ES:AN:2022:6240**

Id Cendoj: **28079230062022100727**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **05/12/2022**

Nº de Recurso: **235/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000235 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 2697/2018

Demandante: FEDERAL EXPRESS CORPORATION SUCURSAL EN ESPAÑA, FEDERAL EXPRESS CORPORATION y FEDEX SPAIN, S.L

Procurador: D. RAMÓN RODRÍGUEZ NOGUEIRA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

SENTENCIA Nº :

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. 235/18 promovido por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira en nombre y representación de **FEDERAL EXPRESS CORPORATION SUCURSAL EN ESPAÑA, FEDERAL EXPRESS CORPORATION y FEDEX SPAIN, S.L**, conjuntamente **FEDEX**, contra la resolución de 8 de marzo de 2018, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 1.800.000 €, 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:

" 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 S/DC/0578/16, MENSAJERÍA Y PAQUETERÍA EMPRESARIAL y en consecuencia:

Se anule la sanción de 1.800.000 euros impuesta a mi mandante.

Con carácter estrictamente subsidiario, se solicita la significativa reducción de la sanción impuesta.

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

SEGUNDO .- El Abogado del Estado contestó la demanda mediante escrito en el que suplicó se dictase sentencia por la que se confirmase el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO .- Mediante auto de 21 de noviembre de 2018, se tuvo por contestada la demanda por el Abogado del Estado, por fijada la cuantía del recurso en 1.800.000 euros, por reproducidos los documentos del expediente y por unidos los aportados con la demanda sin prejuzgar sobre su valor probatorio. Se señaló para la ratificación del informe pericial el día 14 de enero de 2019, fecha en que tuvo lugar.

CUARTO.- Una vez presentados los respectivos escritos de conclusiones quedó pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera; se fijó para ello la audiencia del día 28 de septiembre de 2022, en que tuvo lugar. Prolongándose la deliberación a fechas posteriores.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. **Ramón Castillo Badal**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución dictada con fecha 8 de marzo de 2018, por el Consejo de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/DC/0578/16, MENSAJERÍA Y PAQUETERÍA EMPRESARIAL cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

Primero. Declarar acreditadas las siguientes infracciones muy graves del artículo 1 de la Ley 16/1989, del artículo 1 de la Ley 15/2007, y del artículo 101 del TFUE . a) Una infracción constitutiva de cártel consistente en un pacto de no agresión en el mercado de mensajería y paquetería empresarial de la que son responsables, en los términos previstos en el apartado 4.4.1, las siguientes empresas:

- CORREOS EXPRESS PAQUETERÍA URGENTE, S.A. y solidariamente su matriz SOCIEDAD ESTATAL DE CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. - GENERAL LOGISTICS SYSTEMS SPAIN, S.L. y solidariamente su matriz GENERAL LOGISTICS SYSTEMS, B.V.

b) Una infracción constitutiva de cártel consistente en un pacto de no agresión en el mercado de mensajería y paquetería empresarial de la que son responsables, en los términos previstos en el apartado 4.4.2, las siguientes empresas: - CORREOS EXPRESS PAQUETERÍA URGENTE, S.A. y solidariamente su matriz SOCIEDAD ESTATAL DE CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. - REDYSER TRANSPORTE, S.L.

c) Una infracción constitutiva de cártel consistente en un pacto de no agresión en el mercado de mensajería y paquetería empresarial de la que son responsables, en los términos previstos en el apartado 4.4.4, las siguientes empresas: - MBE SPAIN 2000, S.L. y solidariamente su matriz MBE WORLDWIDE, SPA. 193 - UNITED PARCEL SERVICE ESPAÑA LTD Y COMPAÑÍA SRC. y solidariamente su matriz UNITED PARCEL SERVICE ESPAÑA LTD.

d) Una infracción constitutiva de cártel consistente en un pacto de no agresión en el mercado de mensajería y paquetería empresarial de la que son responsables, en los términos previstos en el apartado 4.4.5., las siguientes empresas: - MBE SPAIN 2000, S.L. y solidariamente su matriz MBE WORLDWIDE, SPA. - TNT EXPRESS WORLDWIDE SPAIN, S.L.U. y solidariamente su matriz TNT HOLDING LUXEMBOURG, SARL.

e) Una infracción constitutiva de cártel consistente en un pacto de no agresión en el mercado de mensajería y paquetería empresarial de la que son responsables, en los términos previstos en el apartado 4.4.6., las siguientes empresas: - MBE SPAIN 2000, S.L. y solidariamente su matriz MBE WORLDWIDE, SPA. - FEDEX SPAIN, S.L. y solidariamente su matriz FEDERAL EXPRESS CORPORATION.

f) Una infracción constitutiva de cártel consistente en un pacto de no agresión en el mercado de mensajería y paquetería empresarial de la que son responsables, en los términos previstos en el apartado 4.4.7, las siguientes empresas: - MBE SPAIN 2000, S.L. y solidariamente su matriz MBE WORLDWIDE, SPA. - CORREOS EXPRESS PAQUETERÍA URGENTE, S.A. y solidariamente su matriz SOCIEDAD ESTATAL DE CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A.



g) Una infracción constitutiva de cártel consistente en un pacto de no agresión en el mercado de mensajería y paquetería empresarial de la que son responsables, en los términos previstos en el apartado 4.4.8, las siguientes empresas: - INTERNATIONAL COURIER SOLUTIONS, S.L. y solidariamente su matriz TOTALICS, S.L. - TORULINE EXPRESS MENSAJERÍA, S.L.U. y solidariamente su matriz CTT-CORREIOS DE PORTUGAL, S.A.

h) Una infracción constitutiva de cártel consistente en un pacto de no agresión en el mercado de mensajería y paquetería empresarial de la que son responsables, en los términos previstos en el apartado 4.4.9, las siguientes empresas: - INTERNATIONAL COURIER SOLUTIONS, S.L. y solidariamente su matriz TOTALICS, S.L. 194 - CORREOS EXPRESS PAQUETERÍA URGENTE, S.A. y solidariamente su matriz SOCIEDAD ESTATAL DE CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A.

i) Una infracción constitutiva de cártel consistente en un pacto de no agresión en el mercado de mensajería y paquetería empresarial de la que son responsables, en los términos previstos en el apartado 4.4.10, las siguientes empresas: - INTERNATIONAL COURIER SOLUTIONS, S.L. y solidariamente su matriz TOTALICS, S.L. - DHL EXPRESS MADRID SPAIN, S.L.U. y solidariamente su matriz DHL EXPRESS IBERIA, S.L.

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

a) En el pacto de no agresión entre CEX y GLS: - CORREOS EXPRESS PAQUETERÍA URGENTE, S.A.: 12.401.237 euros - GENERAL LOGISTICS SYSTEMS SPAIN, S.L.: 3.800.000 euros

b) En el pacto de no agresión entre CEX y REDYSER: - CORREOS EXPRESS PAQUETERÍA URGENTE, S.A.: 2.686.935 euros - REDYSER TRANSPORTE, S.L.: 2.103.715 euros

c) En el pacto de no agresión entre MBE y UPS: - MBE SPAIN 2000, S.L.: 126.970 euros - UNITED PARCEL SERVICE ESPAÑA LTD Y COMPAÑÍA SRC.: 19.230.103 euros

d) En el pacto de no agresión entre MBE y TNT: - MBE SPAIN 2000, S.L.: 420.589 euros - TNT EXPRESS WORLDWIDE SPAIN, S.L.U.: 16.183.934 euros

e) En el pacto de no agresión entre MBE y FEDEX: - MBE SPAIN 2000, S.L.: 47.614 euros - FEDEX SPAIN, S.L.: 1.800.000 euros

f) En el pacto de no agresión entre MBE y CEX: - MBE SPAIN 2000, S.L.: 95.228 euros - CORREOS EXPRESS PAQUETERÍA URGENTE, S.A.: 2.686.935 euros 195

g) En el pacto de no agresión entre ICS y TOURLINE: - INTERNATIONAL COURIER SOLUTIONS, S.L.: 173.130 euros - TORULINE EXPRESS MENSAJERÍA, S.L.U.: 3.148.845 euros

h) En el pacto de no agresión entre ICS y CEX: - INTERNATIONAL COURIER SOLUTIONS, S.L.: 403.970 euros - CORREOS EXPRESS PAQUETERÍA URGENTE, S.A.: 1.860.185 euros

i) En el pacto de no agresión entre ICS y DHL: - INTERNATIONAL COURIER SOLUTIONS, S.L.: 196.214 euros - DHL EXPRESS MADRID SPAIN, S.L.U.: 5.000.090 euros.

Las empresas matrices referidas en el primer resuelve responderán solidariamente del pago de la sanción de sus empresas filiales. En el caso de TNT HOLD, su responsabilidad solidaria debe limitarse a 6.538.963 euros.

Tercero. Eximir del pago de la multa GENERAL LOGISTICS SYSTEMS SPAIN, S.L. y a su matriz GENERAL LOGISTICS SYSTEMS, B.V., de acuerdo com lo señalado en el fundamento 4.7 de esta resolución.

Cuarto. Intimar a las empresas infractoras para que en el futuro se abstengan de realizar conductas semejantes a la tipificada y sancionada en la presente Resolución.

Quinto. Instar a la Dirección de Competencia para que vigile el cumplimiento íntegro de esta Resolución.

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

Como antecedentes de dicha resolución pueden destacarse los siguientes:

1. El 13 de octubre de 2014, GENERAL LOGISTICS SYSTEMS SPAIN, S.L. (GLS), su matriz GENERAL LOGISTICS SYSTEMS B.V. (GLS BV) y la matriz de ambas, ROYAL MAIL PLC presentaron ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, una solicitud de exención del pago de la multa que pudiera imponerse por la comisión de una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE, consistente en un pacto de no competencia con CORREOS EXPRESS PAQUETERIA URGENTE, S.A. en virtud del cual las partes se habrían comprometido a no realizar ofertas comerciales a los clientes de la otra parte para la prestación de servicios de paquetería empresarial, información que fue completada posteriormente.



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

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

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

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

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

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

7. El 22 de julio de 2016, la Dirección de Competencia acordó la incoación del expediente S/DC/0578/16 MENSAJERÍA Y PAQUETERÍA EMPRESARIAL, por posibles prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley 16/1989, el artículo 1 de la LDC y en el artículo 101 TFUE, contra las siguientes empresas: - CEX y su matriz SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A.; - DHL y su matriz DHL EXPRESS IBERIA, S.L.; - FEDEX y su matriz FEDERAL EXPRESS CORPORATION; - GLS y su matriz GLS, BV; 8 - ICS y su matriz TOTALICS, S.L.; - MBE y su matriz MBE WORLDWIDE, SPA; - REDYSER; - TNT y su matriz TNT HOLDINGS LUXEMBOURG SARL; - TOURLINE y su matriz CTT-CORREIOS DE PORTUGAL, S.A.; y - UPS y su matriz UNITED PARCEL SERVICE ESPAÑA LTD.

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

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

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

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

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

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

14. Con fecha 26 de octubre de 2017, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó la remisión de información a la Comisión Europea levantándose el plazo de suspensión mediante acuerdo de fecha 27 de noviembre de 2017, con fecha de efectos el mismo día.

15. Con fecha 25 de enero de 2018, la Sala de Competencia requirió a las empresas incoadas que aportaran el volumen de negocio total en el año 2017 antes de la aplicación del IVA o impuestos relacionados e información sobre el volumen de negocios en el mercado afectado por la infracción.

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

SEGUNDO .- La resolución impugnada, cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes, describe a FEDERAL EXPRESS CORPORATION SUCURSAL EN ESPAÑA (FEDEX), como entidad que se dedica al transporte internacional de documentos, paquetes y carga cuyo envío tenga un plazo de entrega determinado o relevante así como operaciones aéreas desde y hacia España de conformidad con los derechos de tráfico aéreo

La multinacional americana FEDEX CORPORATION es la última accionista de FEDEX a través de FEDERAL EXPRESS CORPORATION (FEDEX EXPRESS) de la que es a su vez FEDEX es filial al 100%¹¹. Desde el 25 de mayo de 2016, FEDEX CORPORATION controla a TNT Express N.V.¹² (accionista a su vez de TNT Holdings Luxembourg S.a.r.l. y ésta a su vez de TNT Express Worldwide (Spain) S.L.) si bien ambas empresas siguen activas en el mercado y mantienen su personalidad jurídica. Tiene su sede en Memphis, Estados Unidos, y en 2017 obtuvo un volumen de negocios mundial de 25.710,42 millones €.

TERCERO.- La resolución recurrida comienza analizando el mercado afectado.

Indica que las conductas investigadas se desarrollan en el sector postal, en particular en el mercado de mensajería y paquetería empresarial. La Ley Postal 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, define los "servicios postales" como "cualesquiera servicios consistentes en la recogida, la admisión, la clasificación, el transporte, la distribución y la entrega".

Atendiendo a su régimen jurídico distingue tres tipos de servicios postales:

a) *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 a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. por un plazo de 15 años.

b) Los 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.

c) Los *Servicios postales no incluidos en el ámbito del servicio postal universal*, que pueden ser prestados previa declaración responsable de cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos. En este ámbito se incluye el sector de la mensajería y paquetería empresarial.

Los operadores que pretendan prestar servicios postales deben estar inscritos en el Registro General de Empresas Prestadoras de Servicios Postales.

Explica que el sector postal se divide en dos segmentos diferenciados:

Sector Postal Tradicional (segmento SPT): El sector postal tradicional comprendería el envío de correspondencia (cartas, tarjetas postales, envíos publicitarios, notificaciones administrativas y el servicio de paquetería bajo condiciones estandarizadas).

Sector de la mensajería y paquetería, al que también se refiere como segmento Courier Express Parcel o CEP, de envíos urgentes y paquetería, constituido por envíos urgentes de documentos y paquetes, con compromiso de entrega en un plazo determinado, y los envíos de paquetería.

Por otra parte, la Ley 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, DHL tiene la calificación de agencia de transporte y otras como ICS, son operadores logísticos.

Mercado de Producto.

Explica que el mercado afectado en este expediente es el mercado de mensajería y paquetería empresarial, constituido por los servicios de envío urgente, de carácter nacional e internacional, con origen o destino fuera de España, de documentos y paquetes de tamaño pequeño destinados a empresas. Se excluyen por tanto los servicios de mensajería y paquetería destinados a particulares y los servicios de paquetería industrial.

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.

Presenta dos características esenciales:

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

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

Seguidamente, la resolución sancionadora describe el mercado de la Mensajería y Paquetería Empresarial desde el punto de vista de la demanda.

Explica que las empresas de mensajería y paquetería empresarial tienen una amplia variedad de clientes según la dimensión de la empresa, su exposición a la venta online, el grado de internacionalización de sus envíos y si son contratantes finales o intermediarios; 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. Los servicios que se les ofrecen incluyendo envíos tanto nacionales como internacionales, con origen o destino fuera de España.

Describe a continuación el mercado de la Mensajería y Paquetería Empresarial desde el punto de vista de la oferta.

Explica 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 que disponen de pleno control operativo de la logística de los envíos de paquetería de origen a destino, incluido el transporte aéreo y suficiente cobertura geográfica a nivel mundial.

Los integradores se caracterizan porque: 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.

La resolución describe tres integradores a nivel mundial -el grupo alemán DHL, el grupo americano FEDEX (que ya incluye al grupo holandés TNT adquirido) y el americano UPS.

Sólo los integradores cuentan con medios propios para realizar entregas urgentes en cualquier parte de mundo por lo que el resto de operadores del mercado debe subcontratarlos para prestar este tipo de servicios a sus clientes. respecta al segmento de los envíos internacionales, los integradores pasan de ser competidores a ser proveedores de otros operadores. Por otro lado, al estar especializadas en el tramo internacional, en ocasiones no cuentan con redes lo suficientemente densas en el territorio nacional por lo que la parte más capilar de la recogida o entrega de sus envíos, así como la alimentación por carretera, suele subcontratarse bien con otros operadores del sector con mayor presencia nacional o bien con empresas transportistas terceras que operarían como parte de su propia red. Redes de transporte urgente de ámbito nacional: operan principalmente en el ámbito nacional, extendiéndose en muchos casos a Portugal y Andorra, y trabajan con régimen de franquicias o agencias de ámbito local, lo que les permite tener una amplia cobertura, como SEUR, MRW, NACEX, TIPSA, ENVIALIA o HALCOURIER y otras más pequeñas como ZELERIS, SENDING y REDYSER. También forman parte de este grupo TOURLINE (del operador público portugués CTT) y la Agencia de Servicios de Mensajería, S.A. (ASM), adquirida en junio de 2016 por GLS. Se caracterizan por gestionar envíos de bajo peso, entre 2 y 10 kg., dentro del ámbito nacional (el 94% de sus envíos tienen origen y destino dentro de España).

Aunque la mayor parte de los operadores nacionales ofrecen también servicios internacionales a sus clientes, no disponen de redes en el extranjero por lo que para prestar este tipo de servicios deben subcontratarlos con los integradores, especializados en servicios urgentes transfronterizos, o bien con operadores especializados en el transporte terrestre internacional, como GLS.

Operador público CORREOS: está presente en este segmento a través de dos sociedades, la filial CEX, que ofrece productos con plazos de entrega inferiores a 24 horas, 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. (



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.

Revendedores: no disponen de una red de distribución propia y basan su modelo de negocio en revender los servicios contratados con otros operadores, normalmente un integrador.

Desde la perspectiva del cliente final, son competidores directos de los 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.

Una característica del funcionamiento del mercado de la mensajería y paquetería empresarial es la frecuencia de relaciones contractuales de colaboración, subcontratación o prestación de determinados servicios entre los diversos operadores en la medida en que ninguno de ellos cuenta con todos los inputs necesarios para poder prestar de forma autónoma todos los servicios que ofertan a sus clientes. Así, por ejemplo, aunque la mayor parte de los operadores nacionales ofrecen servicios internacionales a sus clientes, no disponen de redes en el extranjero.

Por ello, deben subcontratarlos con los integradores o con operadores especializados en el transporte terrestre internacional, como GLS. También deben subcontratar los servicios que prestan a sus clientes aquellos operadores que no disponen de redes de distribución propias, como el caso de los revendedores (por ejemplo, MBE) o aquellas empresas cuya red propia se limita a un ámbito territorial local, como por ejemplo ICS, cuya red de mensajería se limita a Madrid.

Por su parte determinados operadores internacionales que no tienen redes lo suficientemente densas en España para cubrir todo el territorio nacional (por ejemplo, GLS o FEDEX) han celebrado acuerdos de colaboración con empresas nacionales para el uso compartido de sus redes.

En cuanto al mercado geográfico, considera la resolución sancionadora que el afectado en este expediente es de ámbito nacional, pero como las prácticas objeto de investigación son susceptibles de tener un efecto apreciable sobre el comercio intracomunitario, ello determina la aplicación del artículo 101 del TFUE.

CUARTO.- A continuación, la resolución recurrida incorpora un relato de hechos probados que resulta de la información obtenida en la inspección de MBE realizada los días 20 y 21 de abril de 2016 y en las contestaciones a los requerimientos de información realizados a MBE y FEDEX,

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

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

Sin embargo, destaca la existencia en el expediente de documentos que reflejan conflictos comerciales entre FEDEX y MBE.

Así, el documento denominado "Tabla Libreta 2013-2014" con el título "Proceso de gestión y relación con los partners" recabado en la inspección de MBE, donde se recogen los protocolos de actuación para la gestión de conflictos con proveedores (partners). Recabado en la inspección realizada en la sede de MBE (folios 551 a 558).



Un ejemplo, respecto de los clientes de MBE, es en relación con MOPEC 2007 (en diciembre de 2011) en el que, en la tramitación interna del conflicto tras la queja del franquiciado, se hace referencia al respeto comercial acordado con FEDEX. Correos electrónicos recabados en la inspección de MBE, remitidos el 7 de diciembre de 2011 por un franquiciado de MBE a MBE (folios 3982 a 3986).

En el expediente se refieren casos en los que FEDEX intenta captar clientes de MBE.

MBE, para solicitar la retirada, argumenta que son clientes para los que utiliza los servicios de FEDEX, así, el Correo electrónico recabado en la inspección de MBE, con asunto: "ACCION COMERCIAL DE FEDEX EN GIRONA", remitido el 4 de febrero de 2014 por el Jefe de Apoyo a Franquicia de MBE a FEDEX, en copia el Director Ventas Red y Operaciones de MBE (folios 4053 y 4054), mientras que ésta contesta que sus comerciales no conocen con qué compañía tiene contratado el servicio el cliente en el momento en el que realiza la acción comercial. Así lo refleja el Correo electrónico recabado en la inspección de MBE, remitido el 4 de febrero de 2014 por FEDEX al Jefe de Apoyo a Franquicia de MBE, en copia el Director Ventas Red y Operaciones de MBE (folios 4052 a 4054) y Correo electrónico recabado en la inspección de MBE, remitido el 4 de febrero de 2014 por el Jefe de Apoyo a Franquicia de MBE a FEDEX, en copia al Director Ventas Red y Operaciones de MBE (folios 4052 a 4054).

En los meses posteriores, constan en el expediente documentos relativos a la celebración de una reunión entre FEDEX y MBE en febrero de 2014, para tratar, entre otros temas, los incidentes comerciales. Así lo refleja el Fichero electrónico con título "Reunión FEDEX 13-2-2014" recabado en la inspección de MBE (folios 4486 a 4488).

En abril de 2014, el Director de Ventas Red y Operaciones de MBE envió un correo electrónico a los directivos de FEDEX participantes en la reunión, mostrándoles su preocupación por las prácticas comerciales realizadas por FEDEX que, entonces, se constataban en distintas zonas de España.

En concreto: "*Como os comentaba en mi mail del 7 de marzo estamos realmente preocupados con las prácticas comerciales que FEDEX está desempeñando en los últimos meses. Hemos recibido quejas de Barcelona, Madrid, Extremadura, Ciudad Real y otros puntos de España indicándonos la intromisión de FEDEX en clientes MBE, ofertando en muchos de los casos tarifas por debajo de nuestro coste. En la última reunión quedó muy claro por ambas partes que la clave para la buena relación, y aumento de compra, entre MBE y FEDEX se basa en la colaboración mutua y respeto de los clientes. Os pedimos que recalcaseis el mensaje a vuestra red de ventas para evitar casos como los que estamos "peleando" últimamente.*" Correo electrónico recabado en la inspección de MBE, remitido el 22 de abril de 2014 por el Director Ventas Red y Operaciones de MBE a tres directivos de FEDEX, en copia el Director General de MBE (folios 4076 y 4077).

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

"*Hemos enviado un escrito a FEDEX recalcando las crecientes intromisiones de su red de ventas en clientes MBE y solicitando, por segunda vez, que notifiquen de forma generalizada a sus vendedores el PACTO que hay entre las dos compañías de colaboración y no competencia. Si os notifican nuevas ofertas a clientes MBE avisadme rápidamente para intentar la retirada de FEDEX antes de la pérdida del cliente (...)*". Correo electrónico interno recabado en la inspección de MBE, remitido el 22 de abril de 2014 por el Director Ventas Red y Operaciones de MBE a varios directivos de MBE, en copia el Director General (folio 4078).

Desde entonces, constan varios correos electrónicos en el expediente desde abril de 2014 y hasta septiembre de 2015, en los que MBE comunica a FEDEX varios supuestos de intromisión en sus clientes. En todos los casos (excepto uno, en el que no consta contestación e FEDEX, Correo electrónico recabado en la inspección de MBE con asunto: "INTRUSIÓN FEDEX EN CLIENTE Lumens Boulevard del CENTRO MBE (SPA136-BARCELONA)" remitido el 26 de agosto de 2014 por el Director Ventas Red y Operaciones de MBE a FEDEX (folios 4094 a 4096).), tras la queja formulada por MBE, FEDEX se compromete con MBE a tratarlo internamente.

Describe la resolución recurrida varios incidentes con clientes:

Así, con el cliente LIGHT SOUND.

Los correos reflejan que el Director de Ventas Red y Operaciones de MBE solicitó a FEDEX que retirara su oferta a un cliente de MBE (LIGHT SOUND), contestando FEDEX que la oferta la había solicitado el cliente, pero que le pasarán un oferta poco competitiva para favorecer a MBE; Correos electrónicos recabados en la inspección de MBE, con asunto: "FEDEX", de 24 y 29 de julio de 2014 entre un franquiciado MBE y varios directivos de MBE, entre ellos, el Director Ventas Red y Operaciones y el Director General (folios 4098 a 4101) y Correo electrónico recabado en la inspección de MBE, con asunto: "Re: CLIENTE OFERTADO POR FEDEX



- LIGHT SOUND - SPA226-BARCELONA (TEMA VEINTE, S.L.)", remitido el 31 de julio de 2014 por FEDEX al Director Ventas Red y Operaciones de MBE, contestando a los correos electrónicos remitidos por éste los días 25 y 30 de julio de 2014 (folios 4086 a 4088).

Refleja la resolución recurrida el incidente con el cliente CENTRO GRÁFICO GANBOA e INFINITEC ACTIVOS, S.L. Correo electrónico recabado en la inspección de MBE, con asunto: "PROBLEMAS VARIOS COMERCIALES FEDEX CON CLIENTES MBE + PASO A TARIFA 1" remitido el 17 de noviembre de 2014 por el Director Ventas Red y Operaciones de MBE a FEDEX (folios 4121 a 4126). (noviembre de 2014).

Asimismo, el incidente con el cliente MES 4 TAULER TECH, S.L. (también en noviembre de 2014) cuando MBE solicita a FEDEX que refuercen el mensaje de no intrusión a clientes de MBE entre los comerciales de FEDEX. Correo electrónico con asunto: "INTRUSIÓN FEDEX EN CLIENTE SPA133-VILANOVA (4 MES 4 TAULER TECH SL)" remitido el 27 de noviembre de 2014 por el Director Ventas Red y Operaciones de MBE a FEDEX (folios 4166 y 4167) y correo electrónico con asunto: "RE: INTRUSIÓN FEDEX EN CLIENTE SPA133-VILANOVA (4 MES 4 TAULER TECH SL)" remitido el 27 de noviembre de 2014 por FEDEX al Director Ventas Red y Operaciones de MBE (folios 4166 y 4167), recabados en la inspección de MBE.

Refleja el expediente un correo electrónico en el que FEDEX comenta la futura celebración de una reunión interna en FEDEX donde comentarían unas incidencias con los comerciales. Correo electrónico recabado en la inspección de MBE, con asunto: "RE: INTRUSIÓN FEDEX EN CLIENTE SPA133- VILANOVA (4 MES 4 TAULER TECH SL)" remitido el 4 de diciembre de 2014 por FEDEX al Director Ventas Red y Operaciones de MBE (folios 4174 a 4177).

Seguidamente, la resolución describe nuevos incidentes con clientes a partir de mayo de 2015.

Así, en mayo de 2015, FEDEX oferta a un cliente de MBE, BEKAERT TEXTILES SPAIN, S.L. y, tras la queja de MBE, FEDEX se retira. Correo electrónico recabado en la inspección de MBE, con asunto: "RE: INTRUSIÓN FEDEX CLIENTE SPA202-VIC", remitido el 4 de mayo de 2015 por FEDEX al Director Ventas Red y Operaciones de MBE (folios 4221 a 4223).

Un segundo incidente tiene lugar con el cliente de MBE, EDURNE CREACIONES para el que ambos prestaban servicios para distintos tipos de envío. Correo electrónico recabado en la inspección de MBE, con asunto: "RE: MBE" remitido el 3 de junio de 2015 por el franquiciado del área norte de MBE a FEDEX, en copia al Director Ventas Red y Operaciones de MBE (folios 4249 y 4250).

Recoge también la resolución recurrida, a raíz de los incidentes comerciales con dos clientes de MBE: ENTERTAINMENT EQUIPMENT SUPPLIES, S.L. de Astigarraga, y FARSENS) una serie de correos internos de MBE en mayo de 2015, en los que comentan las decisiones a adoptar a la vista de los incidentes comerciales de los franquiciados de MBE con FEDEX.

"Acabo de hablar con (Responsable de FEDEX). Me he quedado un poco preocupado, la verdad. Creo que no estamos teniendo las mismas pautas ellos que nosotros. Le he explicado lo que me ha ocurrido con 2 clientes últimamente, y su respuesta ha sido que, si esas empresas trabajan con un MBE, pero los envíos los sacamos por UPS o TNT, ellos ofertan. Que cada caso es cada caso y el "sentido común " es el que tiene que primar (ya me dirás como se puede pautar el sentido común). Pero por lo que me ha dicho, ellos donde no haya tráfico para fedex, aunque haya un MBE van a atacar. Lo que no sé es como pueden saber si una empresa que trabaja con un MBE, saca por fedex o no. En ambos casos, ha sido fedex el que ha llamado al cliente, y el cliente trabajaba el servicio courier en exclusiva con nosotros. Con un cliente, además, sacábamos envíos por fedex habitualmente. Además, la oferta que han presentado a nuestro cliente, es una oferta reventada, es decir, que han hecho casi imposible que nosotros entremos, pero además ellos han perdido rentabilidad, por no conocer los precios del cliente (tenían un margen alto, y ahora no creo que ni podamos entrar) He quedado en pasarle los 2 casos por mail, pero me he quedado preocupado." Correos electrónicos recabados en la inspección de MBE, con asunto: "FEDEX" remitidos el 5 de junio de 2015 entre el franquiciado del área norte de MBE y el Director Ventas Red y Operaciones de MBE (folios 4253 y 4254). y Correo electrónico recabado en la inspección de MBE, con asunto: "FEDEX" remitido el 19 de mayo de 2015 por el franquiciado del área norte de MBE al Director Ventas Red y Operaciones de MBE (folio 4227):

A ese correo, el Director de Ventas Red y Operaciones de MBE le contestó confirmando que MBE y FEDEX tienen un "acuerdo verbal de respeto comercial, al igual que con UPS y otros", pero que tienen que solucionar los conflictos y anuncia su intención de hacerlo en una reunión próxima con FEDEX. Correo electrónico recabado en la inspección de MBE, con asunto: "RE: FEDEX" remitido el 20 de mayo de 2015 por el Director Ventas Red y Operaciones de MBE al franquiciado del área norte de MBE (folios 4226 y 4227).

Ese mismo día, según la resolución recurrida, el Director de Ventas Red y Operaciones de MBE solicitó aclaraciones a FEDEX sobre los dos casos de intromisión y los criterios de actuación.

"(...) te paso los datos de las 2 empresas que trabajaban en exclusiva con nosotros y sacábamos a su vez envíos con fedex (no en exclusiva lógicamente) Las empresas son ENTERTAINMENT EQUIPMENT SUPPLIES, S.L. de Astigarraga, y FARSENS de San Sebastián. La verdad que no me ha quedado nada claro cómo actúa fedex en el caso de encontrarse una empresa que trabaja en exclusiva para un MBE. Por lo que te he entendido, entráis a ofertar si esa empresa trabaja con un MBE y los envíos salen por otros colaboradores nuestros, que no sean fedex. Me parece complicado medir esto, ya que siempre va a haber diversificación, y siempre fedex va a recibir envíos, en mayor o menor medida.

Creo que hay que aclarar urgentemente todo esto, ya que creo que se están tocando más clientes." Correo electrónico recabado en la inspección realizada en la sede de MBE, remitido el 20 de mayo de 2015 por el Director Ventas Red y Operaciones de MBE a FEDEX (folios 4228 y 4229):.

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

" Pero no podemos bloquear la entrada a los comerciales de FedEx en todos los clientes donde esté, de alguna manera una franquicia de MB... pero si nos da la mayoría de envíos, sí," . Correo electrónico recabado en la inspección realizada en la sede de MBE, con asunto: "RE: MBE" remitido el 20 de mayo de 2015 por FEDEX al Director Ventas Red y Operaciones de MBE (folios 4228 y 4229). Ver el seguimiento sobre este tema en Correos electrónicos recabados en la inspección de MBE, con asunto: "RE: MBE" remitidos el 29 de mayo y el 3 de junio de 2015 entre el franquiciado del área norte de MBE y FEDEX (folios 4250 y 4251).

Por último, refleja la resolución recurrida el incidente relativo al cliente de MBE G.P. FABRÉS (en septiembre de 2015). Tras advertir una oferta de FEDEX, MBE le solicitó su retirada, apelando al respeto comercial pactado. Correo electrónico recabado en la inspección de MBE, con asunto: "INTROMISIÓN FEDEX CLIENTE SPA026-MATARÓ" remitido el 3 de septiembre de 2015 por el Director Ventas Red y Operaciones de MBE a FEDEX, en copia el Director General de MBE (folios 4280 y 4281). Correos electrónicos recabados en la inspección de MBE, con asunto: "RE: INTROMISIÓN FEDEX CLIENTE SPA026- MATARÓ" remitidos los días 3 y 8 de septiembre de 2015 entre el Director Ventas Red y Operaciones de MBE y el District Sales Manager North East Spain de FedEx Europe, en copia dos directivos de FEDEX y el Director General de MBE (folios 4277 a 4281).

No obstante, en contestación a ese email, el directivo de FEDEX señala que no cumplirá lo solicitado porque estaría en contra de la política de la empresa y, sobre todo, " *porque sería totalmente prohibido por la LDC*".

"(...) Por otra parte, como ciertamente coincidirás conmigo, FedEx no puede ni va rechazar ningún cliente o impedir que el mismo haga envíos a los destinos que bien decida (considerando que FedEx pueda asegurar el servicio a ese mismo destino/origen), primero porque estaría totalmente en contra la política de la Compañía, pero sobre todo porque sería totalmente prohibido por ley Todos competimos en un mercado libre y abierto y como ciertamente es de tu conocimiento, la ley 15/2007 es clara y entre otros artículos, claramente prohíbe la 'Concertación entre Empresas', así que te ruego el favor de no volver a enviar semejante tipo de solicitudes o comentarios". Correo electrónico recabado en la inspección de MBE, con asunto: "RE: INTROMISIÓN FEDEX CLIENTE SPA026- MATARÓ" remitido el 10 de septiembre de 2015 por el District Sales Manager North East Spain de FedEx Europe al Director Ventas Red y Operaciones de MBE, en copia dos directivos de FEDEX y el Director General de MBE (folios 4276 y 4277).

Según la resolución sancionadora, el directivo de MBE manifestó su sorpresa por el contenido de ese email, que considera contradictorio con el tratamiento de la cuestión que ambos directivos habían mantenido verbalmente de manera paralela en conversaciones telefónicas:

"Me sorprende muchísimo este mail tuyo sobre todo después de la conversación mantenida por teléfono. Considero que no ayuda en nada a fomentar el respeto comercial que nos tenemos además de considerarlo durísimo en el contenido (...). Mira esta frase: "así que te ruego el favor de no volver a enviar semejante tipo de solicitudes o comentarios". Comentamos que indicarías que legalmente no podíais rechazar un envío pero que el grueso del mail se dedicaría a comentar el respeto comercial que hay entre las dos compañías indicando que si detectabais que el cliente empezaba a realizar envíos UE nos lo comunicarías para tratar el tema. Esto serviría para calmar las aguas y para demostrar al franquiciado y a nuestro franquiciado de área que realmente trabajamos conjuntamente para evitar este tipo de situaciones. Yo no regresaré a Barcelona hasta el martes de la próxima semana, pero me gustaría comentarlo contigo porque realmente está tan lejos de lo comentado por teléfono, en tono y contenido, que realmente confío sea un error. 8

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



" Lo que me gustaría es que enviases un mail a todos los que estábamos en copia indicando lo que habíamos hablado por teléfono: 1. Que existe un respeto comercial que se intenta mantener siempre 2. Que hay ocasiones en las que nos cruzamos como esta de Mataró 3. Que cuando ocurren y las detectamos (sea la parte que sea) lo comentamos y paramos en la medida de lo posible 4. Que legalmente no podéis rechazar un envío de un cliente pero que en esta ocasión si detectáis que el cliente hace envíos UE nos lo comunicareis para poder gestionarlo y que la tienda MBE pueda reaccionar, 5. Etc... Sobre todo, la idea es dar una imagen de trabajo y respeto mutuo, que además es real." Correos electrónicos recabados en la inspección de MBE, con asunto: "RE: INTROMISIÓN FEDEX CLIENTE SPA026- MATARÓ" remitidos los días 10, 16, 17 y 18 de septiembre de 2015 entre el Director Ventas Red y Operaciones de MBE y el District Sales Manager North East Spain de FedEx Europe, en copia el Director General de MBE (folios 4272 a 4275).

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

" A continuación de nuestra conversación telefónica de esta mañana y resumiendo todos los mensajes intercambiados (abajo), me gustaría resaltar lo siguiente: 1. FedEx y MBE compiten libremente en el mercado y aunque desde FedEx consideremos que el segmento principal en que nos movemos no es exactamente el mismo, la actividad comercial que diariamente desarrollamos podrá resultar en el contacto con actuales clientes MBE o que MBE esté en negociación 2. FedEx no tiene establecido ningún tipo de pacto comercial con MBE o cualquier otra compañía, pues como comentaba en mi anterior mail, primero porque estaría totalmente en contra la política de nuestra Compañía, pero sobre todo porque sería algo totalmente prohibido por ley 3. En consecuencia, de los dos puntos anteriores, FedEx se reserva el derecho de presentar su oferta de servicios a todos los clientes y/o potenciales clientes que puedan encajar en nuestro portafolio de servicios 4. Quizá no he sido capaz de transmitir con claridad la política comercial de FedEx cuando hablamos por teléfono la primera vez, por lo que te quería presentar mis disculpas, pero efectivamente FedEx no comunica ni comunicará externamente sus clientes existentes o en negociación, ni por supuesto los volúmenes, destinos/orígenes, tarifas presentadas o en discusión, en línea con nuestra 'Política de Compañía' y bajo la ley de protección de datos, ya que hablamos de temas confidenciales solamente del interés de FedEx y de cada cliente directamente involucrado. 5. Las tarifas FedEx siempre son calculadas en función del volumen que el cliente nos comenta y además se compromete a trasladar a nuestra Compañía y no en función de la tarifa que el cliente pueda disponer con el operador con quien esté trabajando 6. MBE es un cliente muy importante para FedEx, por lo cual es nuestra firme intención cuidar y desarrollar la relación comercial y por supuesto el respeto mutuo existente entre nosotros mismos y nuestras Compañías, por lo que la eventual posibilidad de coincidir en cualquier cliente, bajo ningún concepto, debería dañar dichas relaciones". Correo electrónico recabado en la inspección de MBE, con asunto: "RE: INTROMISIÓN FEDEX CLIENTE SPA026- MATARÓ" remitido el 23 de septiembre de 2015 por el District Sales Manager North East Spain de FedEx Europe al Director Ventas Red y Operaciones de MBE, en copia al Director General de MBE (folio 4272).

De las comunicaciones transcritas, deduce la resolución recurrida, un pacto bilateral de no agresión entre FEDEX y MBE cuyo respeto solicitan ante un determinado incidente comercial que suele terminar con la retirada de la oferta de la otra parte o con una estrategia conjunta para presentar una oferta poco competitiva que determine la no aceptación por parte del cliente afectado. Califica esta conducta como una infracción constitutiva de cártel consistente en un pacto de no agresión en el mercado de mensajería y paquetería empresarial de la que es responsable, FEDEX SPAIN, S.L. y solidariamente su matriz FEDERAL EXPRESS CORPORATION.

QUINTO .- En su demanda, la recurrente denuncia, en síntesis, que la resolución impugnada es nula porque sanciona a FEDEX SPAIN, SL que no ha sido parte en el procedimiento sancionador.

Atribuye la conducta material a FEDERAL EXPRESS CORPORATION SUCURSAL EN ESPAÑA, Declara responsable solidaria a su matriz FEDERAL EXPRESS CORPORATION. Sin embargo, impone la multa a FEDEX SPAIN, S.L. De hecho, el formulario de ingresos no tributarios remitido con la Resolución sancionadora identifica, de nuevo, como entidad sujeta al pago de la multa a FE DEX SPAIN, S.L.

En segundo lugar, que la supuesta asignación de clientes entre FEDEX y MBE es lícita en virtud del Reglamento de Acuerdos Verticales.

A su juicio, la supuesta prohibición impuesta a FedEx de dirigirse a los clientes de MBE no constituiría una restricción, con arreglo al artículo 4.b) del Reglamento sobre acuerdos verticales porque en su relación vertical FedEx juega el papel de proveedor y MBE, el de revendedor.

Por esa razón, MBE puede imponer a FedEx una prohibición absoluta (incluyendo las ventas activas y pasivas) de dirigirse a los clientes de MBE. Tal 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).



Destaca que la declaración de infracción por cártel que aprecia la resolución recurrida se basa en dos pilares. Por un lado, en la supuesta prohibición impuesta a FedEx de dirigirse a los clientes de MBE. Y por otro, la supuesta prohibición impuesta a MBE de dirigirse a los clientes de FedEx. Como la primera prohibición se beneficia de la exención del Reglamento de acuerdos verticales, se derrumba uno de los dos pilares en los que se fundamenta la declaración de infracción por cártel.

Es decir, como la Resolución acepta que esta supuesta prohibición impuesta a FedEx de dirigirse a los clientes de MBE puede beneficiarse de la exención del Reglamento sobre acuerdos verticales, ya no puede considerarse que exista un acuerdo de cártel, ni de respeto mutuo anticompetitivo a los clientes de cada parte porque la Resolución reconoce que el Reglamento sobre acuerdos verticales daría amparo a que MBE eventualmente prohibiera a FedEx efectuar ventas o acciones comerciales a los clientes de MBE.

Que la supuesta asignación de clientes entre FedEx y MBE es compatible con la normativa de competencia, en virtud de la doctrina de *minimis*.

La resolución recurrida no prueba que FEDEX y MBE alcanzaran un pacto de reparto de clientes y, de haberse producido no constituye un cartel pues se trata de una restricción vertical, en el marco de un sistema de distribución dual no recíproca, que la propia Resolución califica como eficiente y procompetitiva (en la medida en que se ponen en común recursos de dos empresas de diferente naturaleza: integrador y revendedor).

Denuncia finalmente la falta de motivación y desproporción de la sanción impuesta.

SEXTO.- El primer motivo impugnatorio que ampara la solicitud de declaración de nulidad de la resolución sancionadora porque sanciona a FEDEX SPAIN, SL que no ha sido parte en el procedimiento sancionador, no puede prosperar.

Es cierto que la parte dispositiva de la resolución recurrida solo sanciona a FEDEX SPAIN SL pero de ahí no puede pretenderse su nulidad con el argumento de que FEDEX SPAIN, SL no ha sido parte en el procedimiento sancionador y no se ha podido defender, pues se trata de un error material que no ha causado indefensión a la parte actora.

A la empresa FEDEX SPAIN, SL., tan solo se remitió al inicio, con carácter previo a la incoación del expediente, un requerimiento de información el 21 de abril de 2016 (folios 843-846 del expediente S/DC/0578/16). Tras recibir su contestación el 13 de mayo de 2016 explicando sus actividades y estructura societaria, se decidió no incluirla en las actuaciones (folios 2085 a 2221 del expediente S/DC/0578/16).

Todas las referencias que se contienen en la resolución sancionadora a FEDEX están correctamente atribuidas a la infractora e imputada, de acuerdo con su descripción en el Apartado II. PARTES de aquella. Todas las actuaciones realizadas por la CNMC desde la incoación del expediente por la Dirección de Competencia (incoación, notificación del pliego de concreción de hechos, requerimientos de información, propuesta de resolución, etc.) y, por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC tras la elevación de la propuesta de elevación (requerimientos de información) hasta la propia notificación de la resolución, se dirigieron a FEDERAL EXPRESS CORPORATION SUCURSAL EN ESPAÑA.

Además, la resolución recurrida para el cálculo de la multa solo toma en cuenta el volumen de negocios solicitado a FEDERAL EXPRESS CORPORATION SUCURSAL EN ESPAÑA mediante requerimiento de 30 de enero de 2018, y aportado por la empresa mediante escrito de 13 de febrero de 2018.

La resolución de 8 de marzo de 2018, dictada en el expediente S/DC/578/18, MENSAJERÍA Y PAQUETERÍA EMPRESARIAL, fue correctamente notificada tanto a la imputada e infractora, FEDERAL EXPRESS CORPORATION SUCURSAL EN ESPAÑA, como a su matriz FEDERAL EXPRESS CORPORATION. Tanto el Oficio para la notificación de la resolución como el certificado de puesta a disposición incluyen se dirigen únicamente a la infractora, FEDERAL EXPRESS CORPORATION SUCURSAL EN ESPAÑA, y a su matriz, FEDERAL EXPRESS CORPORATION, como responsable subsidiaria. De hecho, la empresa con la denominación social recogida por error en el Resuelve de la resolución (FEDEX SPAIN, SL) no fue notificada, al no formar parte del expediente.

Paralelamente, la entidad recurrente es consciente del error pues tanto el escrito de interposición del recurso contencioso administrativo con la solicitud de medida cautelar como la demanda se interponen en nombre de FEDERAL EXPRESS CORPORATION SUCURSAL EN ESPAÑA, FEDERAL EXPRESS CORPORATION y FEDEX SPAIN, S.L. (denominadas conjuntamente como "FEDEX") si bien la Administración demandada no se percató de este error hasta la recepción del escrito de demanda de FEDEX remitido por la Abogacía del Estado.

Además, el representante de FEDEX remite a la Dirección de Competencia de la CNMC escrito informando sobre la interposición del recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional y lo hace únicamente en nombre y representación de la infractora, FEDERAL EXPRESS CORPORATION SUCURSAL EN ESPAÑA, y su matriz, FEDERAL EXPRESS CORPORATION. No alerta a la CNMC sobre la confusión ni incluye a FEDEX SPAIN,



SL en ese escrito (folios 2541-2542 del expediente de vigilancia VS/0578/16, MENSAJERÍA Y PAQUETERÍA EMPRESARIAL).

En definitiva, el error de la parte dispositiva de la resolución recurrida no causante de indefensión no determina la nulidad de aquella.

SÉPTIMO.- A juicio de la actora, la resolución recurrida no acredita que FEDEX y MBE alcanzaran un pacto de reparto de clientes por que las características que la CNMC destaca respecto de los nueve pactos bilaterales que describe, en realidad, no se dieron en la relación FedEx / MBE.

Censura que si n prueba de cargo, la resolución recurrida afirme respecto de FedEx (i) que el supuesto reparto de mercado era conocido por su Director Comercial y por su Director General (ii) que se materializó mediante conversaciones de Whatsapp¹²³; (iii) que FedEx reconoció que mantenía un pacto de no agresión con MBE (iv) que los episodios entre ambas terminaban con la retirada de la oferta o con la presentación de una oferta poco competitiva (v) que FedEx y MBE han "implementado y monitorizado" el supuesto reparto "de forma constante y sistemática en los periodos de referencia.

Y por eso destaca los elementos singulares de la relación entre FedEx y MBE que la distancian respecto del resto de pactos bilaterales investigados.

Así, critica la afirmación de la resolución recurrida de que en el caso de la relación FedEx/MBE, su relación comercial empieza en 2003 y el pacto bilateral empezó bastantes años más tarde.

Ahora bien, con independencia de que esa circunstancia no desvirtúa la existencia del pacto bilateral, si como afirma la actora, el pacto se adoptó mucho más tarde de lo que pone de manifiesto es que el pacto no es indispensable para la relación vertical, como sostiene.

Tampoco desmiente la existencia del pacto el hecho de que algunos comerciales "atacasen" a clientes de MBE pues ello no demuestra que existiera una instrucción para competir. Únicamente que algunos comerciales no cumplían con lo estipulado y ante el incumplimiento, los departamentos comerciales centrales reaccionaban solicitando el respeto del pacto de no agresión.

Afirma la actora, que la documentación que aportó en el expediente no fue valorada. Sin embargo, como destaca el Abogado del Estado, lo que sucede es que esa documentación no se refería a los conflictos detectados en la inspección realizada en MBE ni precisaba si se trataban o no de clientes de la relación comercial ni desvirtuaba el carácter bilateral del pacto de no agresión.

En todo caso, advierte la Sala que la resolución recurrida refleja elementos reveladores de manera significativa de la existencia del pacto.

Así, el protocolo de actuación que seguía MBE para asegurarse de que respetaba el acuerdo de "respeto comercial" (de no agresión) con FEDEX. Tablas 2013-2014 (folios 551 a 558)

"C. FedEx: -Gestión de conflictos comerciales: MBE entra cliente FEDEX I. Recepción información de FedEx: nombre de cliente, población, Franquicia 1 Comercial involucrado y exposición del caso. 2. Comunicación con FA y Supervisor del área a efectos de contrastar la información y dar retorno a FedEx. 3. En caso de intromisión comercial solicitar retirada de oferta y comunicarlo a FedEx 1 en caso de no intromisión comercial comunicar al Partner la información"

El documento se denomina "Proceso de gestión y relación con los partners" y es el que se traslada a los franquiciados como protocolo de actuación. Las instrucciones fijan el procedimiento para cumplir un acuerdo por el que se han comprometido a no atacar comercialmente a clientes de FEDEX. Una vez comprobado que es cliente de FEDEX, deben retirarse en cumplimiento del pacto de no agresión.

Los franquiciados tienen la obligación de respetar los clientes de sus partners, incluidos los de FEDEX (sean o no clientes que una u otra parte puedan conocer o no a través de la relación comercial: se trata de excluir, en general, a todos los posibles clientes que ya lo sean de FEDEX: "averiguar el actual proveedor de servicio de transporte del cliente como forma de evitar posibles interferencias y problemáticas futuras") folios 4415 y 4417.

Por esa razón explica la resolución: *"En sentido inverso, dado que MBE no presta servicios de courier, las alusiones a un respeto mutuo de clientes implica que la restricción operaba para todos los clientes de FEDEX que, además, no tienen relación alguna con MBE, ni siquiera como subcontratista de los servicios de MBE, dado que éste no presta servicios de courier. Al igual que en el caso anterior, como consecuencia del referido pacto, se priva a todos los clientes de FEDEX de la oportunidad de recibir una oferta comercial (o una oferta comercial competitiva de MBE) por el mero hecho de ser cliente de FEDEX. Igualmente, los clientes de MBE no*

podrían recibir ninguna oferta de FE_DEX, y ello pese a que el cliente no conozca los servicios de FEDEX y quiera conocerlos".

Otros ejemplos los encontramos en el correo electrónico remitido por FEDEX al Jefe de Apoyo a la franquicia de MBE. Refleja expresamente la voluntad de FEDEX de cumplir con el protocolo de actuación interno de MBE para que sus franquiciados no atacasen a clientes de FEDEX en cumplimiento del pacto de no agresión: " De mi parte en todo lo que pueda ayudar para formar a los franquiciados, para que no nos quiten ningún cliente estoy a vuestra disposición". (folios 4052 a 4054).

Otros ejemplos son el conflicto con ATELIER.

" Hemos enviado un escrito a FEDEX recalcando las crecientes intromisiones de su red de ventas en clientes MBE y solicitando, por segunda vez, que notifiquen de forma generalizada a sus vendedores el PACTO que hay entre las dos compañías de colaboración y no competencia. Si os notifican nuevas ofertas a clientes MBE avisadme rápidamente para intentar la retirada de FEDEX antes de la pérdida del cliente (...)" folios 4076 a 4078).

Y con Edurne Creaciones. Se trata de un cliente externo a la relación comercial sobre el que se preguntan para ver si pueden "atacarle" o no en virtud del pacto de no agresión.

En concreto, FEDEX afirma: " Gracias por tu correo. Tal y como quedamos vamos viendo tema por tema. No quiero que estés preocupado, ningún comercial va a ir a por vuestros clientes. El caso de Creaciones Edurne, he visto en nuestro sistema que lleva años con cuenta abierta de FedEx, haciendo muchos portes debidos, también solicitando precios para cargas, llevando una relación comercial larga... se les instalo hace años el fedex ship manager, para ver sus envíos etc.. se conocen bien con Josean y Cristina. En este caso, creo que se trataría de un cliente compartido. No se la ha pasado una oferta agresiva, porque como dices, su perfil no es de muchos envíos. Siempre comento que trabajaba con varios proveedores, entre ellos MB. Con este cliente, podríamos decir, que ambos ya estábamos, y entiendo, que podemos seguir así.. Pero insisto, en que las tarifas nuevas que se le han pasado no son en absoluto agresivas, es decir, que por precio os va a elegir a vosotros. Dime si quieres comentar alguna cosa más..". (folios 4249 y 4250).

Existen, en definitiva, numerosas evidencias del pacto de no agresión entre FEDEX y MBE que entendemos queda acreditado.

OCTAVO.- Sostiene la recurrente que "La supuesta asignación de clientes entre FEDEX y MBE es lícita, en virtud del reglamento sobre acuerdos verticales pero de entenderse que no se encuentra exenta por el reglamento sobre acuerdos verticales, sería igualmente compatible con la normativa de competencia".

Es decir, que de haber existido los acuerdos de asignación de clientes a los que alude la resolución recurrida, éstos habrían estado exentos 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.

Ahora bien, el planteamiento de la actora requiere distinguir las dos clases de relaciones que pueden darse entre los operadores:

A) las relaciones, plasmadas en contratos por escrito, de subcontratación, comercialización o como en este caso, de prestación de determinados servicios de mensajería y paquetería, que son habituales y se justifican porque generalmente ninguno de ellos cuenta con todos los medios necesarios para poder prestar de forma autónoma todos los servicios que ofertan a sus clientes.

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

Hay ejemplos en el expediente de esas restricciones que pretenden evitar ese resultado por parte de otros operadores, así, la cláusula undécima de no competencia suscrita en el contrato de 2015 entre DHL e ICS por la que " DHL se compromete a no concurrir y competir o utilizar con fines comerciales la información de EL CLIENTE a la que acceda en ejecución del Contrato, respetando los clientes del cliente".

B) los pactos, acordados verbalmente, por los que las dos partes de la relación de comercialización, en este caso FEDEX y MBE impiden a la otra realizar acciones comerciales sobre cualquiera de los clientes de la otra



parte (y sin que sean objeto de la operación principal subyacente), resultando de este modo un reparto de clientes entre sí.

La distinción es necesaria porque la existencia de una relación vertical entre FEDEX y MBE no implica que el pacto de respeto de clientes se sitúe necesariamente dentro de ella, pues existen operadores en el mercado unidos por relación vertical que no han establecido pactos de no agresión y, a la inversa, empresas que no están unidas por relación vertical alguna y sin embargo sí han concluido pactos de no agresión (REDYSER y CEX).

La Sala constata que la resolución recurrida no cuestiona la licitud de la relación de prestación de servicios de mensajería y paquetería empresarial entre FEDEX y MBE sino los pactos de no agresión establecidos entre ambas que arroja como resultado el reparto de todos sus clientes entre sí, pues impiden que cada operador pueda acceder a los clientes de la otra parte.

La entidad recurrente considera que los supuestos pactos de no agresión, en realidad, serían restricciones accesorias a la operación principal realizada en el marco del régimen de prestación de servicios entre ambas.

El argumento no puede prosperar.

El apartado 29 de la Directrices Generales relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, refiere el concepto de restricciones accesorias a aquella restricción que esté directamente relacionada con la realización de una operación principal no restrictiva, siempre que sea necesaria y proporcionada a la misma. Siguen las Directrices Generales explicando que *"una restricción está directamente relacionada con la operación principal cuando está subordinada a su realización e indisolublemente ligada a la misma. El criterio de necesidad implica que la restricción debe ser objetivamente necesaria para la realización de la operación principal y proporcionada a la misma"*.

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

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

Los pactos de no agresión, de respeto de clientes no pretenden proteger el esfuerzo comercial de una de las partes de la relación comercial, sino sustraer a los clientes de los posibles ataques comerciales de cualquiera de los operadores con los que pueda mantener una relación de prestación de servicios y no son indispensables para mantener la viabilidad de la prestación de servicios acordada como lo prueba el que muchos operadores del sector no recurren a ellos.

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

Este argumento no puede ser acogido.

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

Respecto de esos clientes, ambos son competidores pues deben ofertar por igual sus servicios y no cabe la imposición de un pacto horizontal restrictivo y secreto, entre ambos.

En la demanda se afirma que MBE no puede prestar servicios de Courier pero eso solo quiere decir que MBE no es un competidor en el mercado mayorista de servicios de mensajería y paquetería, pero no es ahí donde se establece el pacto de no agresión anticompetitivo sino en el nivel minorista de servicios de mensajería y paquetería en el que FEDEX y MBE son competidores pues ambos venden sus servicios a empresas, con independencia de que luego subcontraten o no la realización del servicio en sí.

Así lo explica la resolución recurrida cuando afirma que *"ninguno de los casos se hace matización alguna en estas comunicaciones a que el respeto comercial o pacto de no agresión abarque solo a los clientes de MBE operados por FEDEX. En sentido inverso, dado que MBE no presta servicios de courier, las alusiones a un respeto mutuo de clientes implica que la restricción operaba para todos los clientes de FEDEX que, además, no tienen relación alguna con MBE, ni siquiera como subcontratista de los servicios de MBE, dado que éste no presta servicios de courier. Al igual que en el caso anterior, como consecuencia del referido pacto, se priva a todos los clientes de FEDEX de la oportunidad de recibir una oferta comercial (o una oferta comercial competitiva de MBE)*

por el mero hecho de ser cliente de FEDEX. Igualmente, los clientes de MBE no podrían recibir ninguna oferta de FEDEX, y ello pese a que el cliente no conozca los servicios de FEDEX y quiera conocerlos."

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

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

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

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

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

Y tampoco concurre la cuarta excepción, porque no se trata aquí de componentes incorporados a un producto que se puedan vender a un tercero para que este los incorpore a sus propios productos. Los acuerdos de respeto de clientes que limitan al vendedor de los servicios mayoristas captar clientes minoristas más allá de los directamente afectados por el servicio mayorista (por ejemplo, clientes potenciales o clientes en los que el servicio mayorista es prestado por un tercero o por el mismo operador comprador) no formarían parte del acuerdo vertical, sino que, como aquí sucede serían un acuerdo horizontal de reparto de mercado.

NOVENO.- Cuestiona la actora la existencia del cartel cuando dice que la infracción por cártel de la Resolución recurrida se basa en dos pilares. Por un lado, en la supuesta prohibición impuesta a FedEx de dirigirse a los clientes de MBE. Y por otro, la supuesta prohibición impuesta a MBE de dirigirse a los clientes de FedEx.

Argumenta que " como la Resolución en su página 160 dice que la primera prohibición se beneficia de la exención del Reglamento de acuerdos verticales, carece de fundamento uno de los dos pilares en los que se basa la declaración de infracción por cártel".

El argumento no puede acogerse porque la declaración de infracción por cártel se basa en éste caso en los pactos de no agresión por los que dos competidores mutuamente acuerdan no dirigirse a los clientes del otro, es decir, en un pacto recíproco de no agresión, de respeto de clientes.

Únicamente, como antes se ha explicado, la protección del esfuerzo comercial de una parte respecto a aquella que realiza el servicio se enmarca en el seno de la relación vertical.

En este caso concreto, solo es necesaria y proporcionada para la relación vertical, la prohibición por parte de MBE a que FEDEX pueda dirigirse comercialmente a los clientes a los que ha tenido acceso exclusivamente a través de esa subcontratación. Como MBE no puede prestar el servicio, tiene que facilitar toda la información comercial sensible al que sí puede prestarlo en su nombre, FEDEX. Si éste pudiera atacar a este cliente su captación sería muy fácil porque dispone de toda la información comercial que le ha facilitado MBE.

Paralelamente, MBE no tendría ningún incentivo en subcontratarle clientes susceptibles de ser "atacados" por FEDEX, generando ineficiencias en el mercado. De ahí la necesidad de la restricción que resulta proporcionada para proteger el adecuado funcionamiento de la relación vertical de la prestación de servicios.

Cualquier otra restricción a la competencia entre ambas empresas, competidoras a nivel minorista, no tiene sentido económico para la relación vertical.

Por esa razón, queda claro que la declaración de cártel se basa en el hecho de que se prohíben mutuamente competir respecto de sus clientes. El que algunos de los clientes de MBE que son operados por FEDEX puedan ser protegidos de FEDEX por MBE, no altera la ilicitud del pacto de no agresión respecto de todos los clientes.

En definitiva, a juicio de la Sala, queda acreditado que FEDEX acordó un pacto recíproco de respeto de clientes con MBE que constituye una práctica restrictiva de la competencia por el objeto que persigue excluir determinados clientes del juego de la libre competencia restringiendo la incertidumbre competitiva que debe regir entre las empresas en un marco de normal y libre competencia, pudiendo adaptar de forma artificial su comportamiento comercial y competitivo, en detrimento de sus clientes.



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

DÉCIMO.- Afirma la recurrente que la supuesta asignación de clientes entre FedEx y MBE es compatible con la normativa de competencia, en virtud de la doctrina de *minimis* según la cual, un acuerdo no está sujeto a la prohibición de los artículos 1 LDC y 101 TFUE, si su impacto sobre la competencia no es apreciable o mínimo.

En éste sentido, argumenta que su cuota en el mercado afectado era inferior al 5% que su presencia en el mismo es irrelevante y que la cuota conjunta que alcanzaría en cada uno de los pactos en los que está imputada sería inferior al 10% (en el caso del pacto FEDEX/CEX, en concreto el 9% y en el caso del pacto FEDEX/MBE estima que la cuota de MBE es inferior al 5% aunque no indica una cifra concreta).

Sin embargo, el artículo 2 del Reglamento de Defensa de la Competencia exceptúa de la aplicación de la exención de *minimis*, entre otras, las conductas entre competidores que tengan por objeto, directa o indirectamente, de forma aislada o en combinación con otros factores, la fijación de precios, la limitación de la producción o el reparto de mercados o clientes.

Como ya se ha analizado, las prácticas objeto de este expediente son pactos de no agresión que establecen un reparto de clientes entre las partes del acuerdo y son, por tanto, infracciones muy graves del derecho de la competencia, constitutivas de cártel.

Además, tampoco sirve la invocación por la actora del caso *Corral de las Flamencas*, que trataba de una cláusula de imposición de precios mínimos (cláusula negra que excluye del REC a todo el acuerdo) de un fabricante de ropa con una cuota de mercado mínima (tiendas Flamenco) a su red de tiendas.

En el presente caso, no se trata de una restricción en el seno de una relación vertical sino, ha de insistirse, de unos pactos de no agresión, independientes de la relación vertical en sí en los que, además, los participantes, pese a no tener una cuota individual que revele poder de mercado, sí tienen una cuota significativamente superior a la que tenían las partes en los casos que citan.

DÉCIMOPRIMERO.- En cuanto al inicio de la conducta infractora se sitúa en diciembre de 2011 porque en ese correo se refleja la tramitación interna del conflicto tras la queja del franquiciado y se hace referencia al respeto comercial acordado con FEDEX. Correos electrónicos recabados en la inspección de MBE, remitidos el 7 de diciembre de 2011 por un franquiciado de MBE a MBE (folios 3982 a 3986).

Desde entonces, las comunicaciones entre FEDEX y MBE revelan que el pacto entre ambos seguía funcionando hasta que FEDEX mediante un correo de 23 de septiembre de 2015 comunica a un directivo de MBE que "*FedEx no tiene establecido ningún tipo de pacto comercial con MBE o cualquier otra compañía, pues como comentaba en mi anterior mail, primero porque estaría totalmente en contra la política de nuestra Compañía, pero sobre todo porque sería algo totalmente prohibido por ley.*" Ese es el momento en el que se pone de manifiesto un apartamiento explícito de la conducta infractora.

DECIMOSEGUNDO.- Denuncia por último la falta de motivación y desproporción de la sanción impuesta.

Expone que el volumen de negocios total de FEDERAL EXPRESS CORPORATION SUCURSAL EN España, en el último ejercicio anual previo al de imposición de la sanción fue de 92 millones de euros y el de FEDEX SPAIN de 16.620,997 euros, por lo que el 10% serían 1.662.099 Euros siendo así que se le ha impuesto una sanción de 1.800.000 euros.

La resolución recurrida explica los criterios seguidos para fijar la sanción impuesta.

Así, parte de la acreditación de la existencia de varias infracciones del artículo 1 de la LDC y 101 TFUE consistentes en reparto de clientes.

FEDEX ha participado en una de las infracciones, consistente en el reparto de clientes con MBE y FEDEX. Los acuerdos han sido adoptados por empresas que, si bien en ocasiones tienen una relación de carácter vertical, actúan como competidoras en el marco de tales acuerdos." por lo que constituyen infracciones muy graves (art. 62.4.a) que pueden ser sancionadas con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en 2017, que es el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c).

Como ha declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la sentencia de 29 de enero de 2015, rec. 2872/2013, dicho porcentaje ha de aplicarse sobre el volumen total de negocio de la empresa en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la sanción, debiendo graduarse las multas conforme a lo dispuesto en el artículo 64 de la LDC y atendiendo a su finalidad disuasoria y al principio de proporcionalidad.

La resolución sancionadora analiza la concurrencia de cada uno de los criterios del art. 64 en relación a la conducta de FEDEX:

a. Las características del mercado afectado por la infracción (art. 64.1.a): *" En relación con las características del mercado afectado, como ya ha quedado dicho en la presente resolución, la infracción se ha llevado a cabo en el mercado de paquetería y mensajería empresarial, constituido por los servicios de envío urgente, de carácter nacional e internacional, con origen o destino fuera de España, de documentos y paquetes de tamaño pequeño destinados a empresas. Es, por tanto, un mercado que tiene una clara incidencia en la actividad empresarial de sus clientes."*

b. Cuota de mercado de las empresas responsables (art. 64.1 b): *" En concreto, se ha tenido en cuenta que la cuota de mercado afectada por cada una de estas infracciones es reducida."*

c. El alcance de la infracción (art.64.1.c): *" Por otro lado, el ámbito geográfico en que se ha desarrollado la conducta es el mercado nacional, con independencia del origen o destino que tuviesen los envíos. Este hecho, unido a la naturaleza de las prácticas analizadas, los servicios objeto de tales prácticas y las empresas participantes en las mismas, permiten afirmar que las prácticas objeto de investigación son susceptibles de tener un efecto apreciable sobre el comercio intracomunitario, lo que determina la aplicación del artículo 1 de la LDC y también del 101 del TFUE 2 "*

d. La duración de la conducta (art. 64.1.d): *"... se ha prolongado desde febrero de 2014 hasta septiembre de 2015."*

Ese conjunto de factores -gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, etc.- es el que permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta.

A continuación, la resolución realiza una valoración individual de la conducta considerando en primer lugar la participación de cada empresa en el volumen de negocios en el mercado afectado (VNMA) durante la infracción. Los volúmenes de negocios de las empresas imputadas en el mercado afectado durante la conducta muestran la dimensión del mercado afectado por cada una con motivo de la infracción, que depende tanto de la duración de la conducta que se ha acreditado para cada empresa como de la intensidad de su participación en ella, y constituye por eso un criterio de referencia adecuado para la determinación de la sanción que procede imponer a cada empresa (art. 64, 1, a y d). El tipo sancionador total aplicado a FEDEX fue de 5,3%.

Finalmente, no apreció la concurrencia de atenuantes ni agravantes.

A juicio de la Sala, la resolución sancionadora se ajusta a la metodología resultante de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en aplicación de los criterios contemplados en el art. 64 de la Ley.

A partir de aquí, expone la recurrente que la fecha de finalización de la infracción debe ser mayo de 2015 y no septiembre de 2015, porque en aquella fecha se produjo un cambio en la actitud de FEDEX que debería reducir la infracción.

Sin embargo, como se ha expuesto, sólo hay un apartamiento expreso de la conducta infractora en septiembre de 2015, por lo tanto, esa es la fecha que se debe considerar, como refleja el correo de 23 de septiembre de 2015 en el que un directivo de FEDEX señala que no cumplirá lo solicitado porque estaría en contra de la política de la empresa y, sobre todo, *" porque sería totalmente prohibido por la LDC."*

La Recurrente considera erróneo el dato de VNT de 2017, que según ella debería ser de 92 millones de euros en lugar de 125.202.000 euros. Sin embargo, este volumen de negocio es el que la empresa aportó a requerimiento de la CNMC (volumen de negocios total consolidado en 2016 de FEDEX Corporation Sucursal en España, folio 11471).

La Recurrente considera este tipo sancionador del 5,3% es excesivo comparado con el de otros sancionados como GLS o REDYSER, pero tiene justificación: el tipo de GLS es menor por su escasa participación en el VNMA de la conducta, de forma que el tipo sancionador total es igual al tipo sancionador general e inferior, por tanto, al aplicado a FEDEX.

En el caso de REDYSER el tipo sancionador total es menor porque su cuota de participación en el VNMA de la conducta es menor que la de FEDEX, por lo que el tipo sancionador general sólo se incrementó en un 0,7% hasta 4,7%, inferior al de FEDEX por esta menor participación en la conducta.

Tampoco puede acogerse la afirmación de la recurrente de que su multa es equivalente a la de UPS, porque la sanción de esta última es de 19 millones de euros, muy superior a la de FEDEX, de 1,8 millones de euros.



Tampoco es aceptable la pretensión de situar el límite superior del intervalo del tipo sancionador en el 5% del VNT porque supuestamente se trataría de una infracción grave (restricción vertical), pues, ha de insistirse, la existencia de una relación vertical no excluye su coexistencia con un cártel de competidores, en este caso, con un acuerdo horizontal de reparto de mercado.:

Denuncia también la recurrente que la multa es desproporcionada porque se determinan los efectos de su conducta como si los 9 pactos bilaterales investigados constituyeran una infracción única y continuada.

Sin embargo, esta afirmación es desmentida por la resolución recurrida que expresamente advierte que " *se ha tenido en cuenta que la cuota de mercado afectada por cada una de estas infracciones es reducida. Además, el grado de participación de cada una de las empresas se ha valorado en relación a la infracción concreta en la que ha quedado acreditada su participación y no respecto al mercado afectado por la totalidad de los pactos. Por todo ello, no existe riesgo de que las sanciones puedan ser desproporcionadas, ya que no se atribuyen a las imputadas los efectos acumulados de cada una de las infracciones sino los efectos del pacto o los pactos bilaterales concretos en los que cada una haya participado.*" Ello con independencia de la incidencia producida por la actuación conjunta de las empresas sancionadas en los intereses generales al restringir la libre competencia.

Debemos rechazar también la alegación de la recurrente acerca de la falta de motivación del ajuste de proporcionalidad.

Hemos comprobado que la metodología empleada, sigue la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo y aplica los criterios del art. 64 LDC.

Ahora bien, no cabe excluir que la aplicación del tipo sancionador total asignado a la actora sobre el volumen de negocios total de la empresa puede dar lugar a una sanción desproporcionada y por esa razón, la resolución recurrida establece un valor de referencia con el que comparar la multa que resultaría del tipo sancionador total que correspondería imponer a la actora.

Explica que ese valor de referencia se obtiene, primero, a partir de una estimación del beneficio ilícito que la empresa infractora podría haber obtenido de la conducta bajo supuestos muy prudentes (que es lo que puede determinarse como beneficio ilícito potencial), y teniendo luego en cuenta un factor incremental para asegurar que la sanción es efectivamente disuasoria para las empresas infractoras. Se trata de una estimación y por eso no se cuantifica.

A partir de ahí, la resolución recurrida explica que estos supuestos se refieren a diversos parámetros económicos, entre otros, el margen de beneficio de las empresas en condiciones de competencia, la subida de los precios derivada de la infracción y la elasticidad precio de la demanda en el mercado relevante. Cuando es posible, los supuestos que se han asumido se basan en datos de las propias empresas infractoras, o en bases de datos públicas referidas al mercado relevante. Los supuestos sobre estos parámetros son muy prudentes porque se exige que sean siempre razonables desde el punto de vista económico, y en caso de duda se toman siempre los valores más favorables a las empresas.

En el caso, la aplicación del tipo sancionador sobre el volumen de negocios total de la empresa no supera el valor de referencia y de ahí la sanción impuesta.

Por lo demás, como ha declarado el TJUE en su Sentencia de 22 de octubre de 2015 (Caso AC-Treuhand/ Comisión): " *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.*"

Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso.

DÉCIMOTERCERO.- Dada la desestimación del recurso, las costas habrán de ser satisfechas por la parte recurrente en aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional.

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

FALLAMOS

Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira en nombre y representación de **FEDERAL EXPRESS CORPORATION SUCURSAL EN ESPAÑA, FEDERAL EXPRESS CORPORATION y FEDEX SPAIN, S.L.**, conjuntamente **FEDEX**, contra la resolución de 8 de marzo de 2018, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 1.800.000 €, euros, resolución que declaramos conforme a derecho.



Con expresa imposición de las costas a la parte recurrente.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ