



Roj: **SAN 6264/2022 - ECLI:ES:AN:2022:6264**

Id Cendoj: **28079230062022100730**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **05/12/2022**

Nº de Recurso: **245/2018**

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: 0000245 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02721/2018

Demandante: DHL PARCEL IBERIA, S.L.U y DHL PARCEL MADRID SPAIN, S.L.U

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. 245/18 promovido por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira en nombre y representación de **DH L PARCEL IBERIA, S.L.U** y **DHL PARCEL MADRID SPAIN, S.L.U** , 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 5.090.000 €, 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:

" contra la Resolución adoptada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el 8 de marzo de 2018 en el expediente administrativo S/DC/0578/16 Mensajería y Paquetería Empresarial, Resolución que deberá ser declarada contraria a Derecho en todos aquellos extremos que incumban a DHL y, como consecuencia de ello, anuladas sus declaraciones e intimaciones, así como la multa, referidas a esta.

Subsidiariamente, para el caso de que la Sala a la que tengo el honor de dirigirme desestime los argumentos de nulidad de la Resolución, que estime la anulación o reducción sustancial de la multa impuesta a DHL MADRID y de la que se hace responsable a título solidario a DHL IBERIA, por las razones que han quedado expuestas a lo largo del presente escrito. En cualquiera de los casos anteriores, se solicita que se acuerde expresa imposición de costas a la Administración demandada y que se ordene a la CNMC la publicación, a su costa, de la parte dispositiva de la sentencia que se dicte."

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 5.090.000 euros, por reproducidos los documentos del expediente y por unidos los aportados con la demanda sin prejuzgar sobre su valor probatorio.

CUARTO.- Una vez presentados los respectivos escritos de conclusiones quedó el recurso pendiente de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, fijándose 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.

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. (en adelante CEX). Contra dichas actuaciones de inspección y la Orden de Investigación de 30 de octubre de 2015 que las amparaba, el 23 de noviembre de 2015, CEX presentó recurso solicitando su nulidad (R/AJ/121/15 CORREOS 6 EXPRESS), que fue desestimado el 4 de febrero de 2016 por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, tras el preceptivo informe de la Dirección de Competencia.

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

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

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

14. Con fecha 26 de octubre de 2017, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó la remisión de información a la Comisión Europea 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 DHL EXPRESS MADRID SPAIN, S.L.U. (DHL) explicando que ofrece diversos servicios de envíos domésticos e internacionales de importación y exportación, siendo su objeto social la paquetería industrial y la mensajería internacional. DHL es filial al 100% de DHL EXPRESS IBERIA, S.L. (DHL IBERIA), que a su vez pertenece a DANZAS, S.L., que es la matriz española del operador alemán DEUTSCHE POST DHL GROUP.

DHL EXPRESS IBERIA, S.L. (DHL IBERIA) controla DHL al 100%. El objeto social de DHL IBERIA se centra en la participación en sociedades y la prestación de servicios de dirección, asistencia o apoyo a las sociedades y empresas participadas, entre ellas, DHL.

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.

Seguidamente, describe el Mercado de Producto.

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 dicho mercado 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 recurrida 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 incluyen envíos tanto nacionales como internacionales, con origen o destino fuera de España.

Paralelamente, describe el Mercado de la Mensajería y Paquetería Empresarial desde el punto de vista de la Oferta.

Expone 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, la resolución recurrida considera 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.- Expuesto a grandes rasgos el funcionamiento del mercado de Mensajería y Paquetería, la resolución recurrida incorpora un relato de hechos probados que resulta de la información obtenida en la información aportada por GLS en su solicitud de exención del pago de la multa, de las inspecciones realizadas en las sedes de CEX (noviembre de 2015) y de REDYSER, ICS y MBE (abril de 2016) y de las contestaciones a los requerimientos de información de las empresas incoadas en el expediente.

Según la resolución sancionadora, ICS y DHL vienen manteniendo relaciones comerciales, al menos, desde principios de 2011, formalizadas inicialmente en el "Acuerdo para clientes" firmado por ambas empresas el 18 de enero de 2011. Acuerdo de 18 de enero de 2001 suscrito por ICS y DHL, aportado por DHL en contestación al requerimiento de información realizado (folios 2650 a 2652) y posteriormente, en el contrato de prestación de servicios suscrito el 30 de julio de 2015. Contrato de 30 de julio de 2015 firmado por ICS y DHL, recabado en la inspección de ICS (folios 820 a 829).

En este último, DHL, como agencia de transportes y servicios relacionados, se obliga con ICS a prestarle de modo continuado un servicio de transporte de mercancías, documentos y paquetes para determinados clientes de esta última. Al ser ICS un operador de tamaño reducido que solo cuenta con medios propios para prestar servicios de mensajería en el ámbito local de Madrid para poder prestar servicios de carácter nacional e internacional a sus clientes suscribe acuerdos con otros operadores de mayor tamaño, entre otros, DHL.



A diferencia del Acuerdo de 2011, el contrato de 2015 con ICS contiene la siguiente cláusula de no competencia:

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

Según la resolución sancionadora, esta cláusula limita únicamente (de forma unilateral) la competencia por parte de DHL respecto de los clientes de ICS a los que prestaría servicios de mensajería y paquetería empresarial.

Sin embargo, destaca la existencia en el expediente de documentos que recogen situaciones de conflicto comercial entre ambas empresas o reflexiones internas donde se hace alusión a un acuerdo de reparto de clientes desde 2013.

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

"(...) Respecto a DHL, estamos creciendo con este proveedor por sus tarifas competitivas y calidad de servicio muy rápido. Creo que no tenemos firmado pacto de no agresión. CBS, Satecma, Vinzeo, Coronel Tapioca...se van a incorporar clientes importantes con este partner (...)". Correo electrónico enviado el 12 de marzo de 2013 por el Director Comercial de ICS a su Director de Operaciones, recabado en la inspección de ICS (folio 4710).

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

"Respecto al acuerdo o contrato, te comento brevemente: Al ser nosotros una empresa que contrata los servicios de transporte de otras en muchas ocasiones, y luego los comercializamos, Tenemos firmados acuerdos de no agresión con todas ellas. Es decir, DHL no puede ofertar a los clientes de ICS, ni a la inversa. Es un contrato de lealtad y respeto. No obstante, te comento que tanto mi Consejero Delegado como yo, estaríamos interesados en reunirnos contigo y con el director comercial de DHL o quien proceda, con el fin de poder apostar por vuestra empresa y convertirnos en gran cliente". Correos electrónicos con asunto "RE: NUEVO CLIENTE COSLADA desde 20/03/2012", enviados el 19 y el 20 de marzo de 2013 por el Director Comercial de ICS al Ejecutivo de Cuentas de DHL, recabados en la inspección de ICS (folios 4552 y 4553).

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

"(Director Comercial de ICS) comunica a los asistentes que el día 8 de abril a las 13:00h se reunirá en las instalaciones de ICS con el Director Comercial de DHL, con el fin de alcanzar un acuerdo/ pacto de no agresión (...)". Acta de la reunión interna de ICS de 8 de abril de 2013, recabada en la inspección de ICS (folio 4740).

El 2 de abril de 2013, un directivo de ICS propuso a uno de los propietarios de la compañía asistir a la reunión para alcanzar el acuerdo de no agresión. Correo electrónico enviado el 2 de abril de 2013 por el Director Comercial de ICS a uno de los propietarios de ICS, recabado en la inspección de ICS (folio 4712).

En ICS se insiste en la necesidad de los acuerdos de no agresión, como se deduce de los correos electrónicos internos de ICS de 16 de abril de 2013:

"Hola, hace ya unos días que (...) me vienen insistiendo en que si no tenemos contratos específicos de no agresión y respeto de nuestros clientes, que los hagamos, es importante, yo también estoy de acuerdo, ejemplos: Contrato con DHL que no puede tocar a CBS mientras sea de ICS, además aquí es que incluso dentro de unos días van a ir a recoger DHL directamente, vamos que no tocamos nada. (...) Solo son ejemplos estoy habría que mirarlo bien y no tardar en hacerlo ¿Qué os parece?, desde luego es mejor tener esos contratos que no tenerlos, somos demasiado permisivos en estos asuntos (...)". Correo electrónico interno de ICS con asunto "contratos con proveedores" enviados el 16 de abril de 2013 por el Director de Operaciones de ICS, recabado en la inspección de ICS (folios 4560 y 4561).

Una directiva de ICS contestó ese mismo día a los tres propietarios de ICS y a otro directivo, precisando en cuanto a DHL que ya tienen un pacto verbal de no agresión:

"(...) DHL nos aseguró verbalmente que no tocarían a nuestros clientes, nos dijeron que no lo hacen. Veía muy difícil firmar un contrato de ese tipo, pero lo iban a intentar." Correo electrónico internos de ICS, recabado en



la inspección de ICS, con asunto: "contratos con proveedores", enviado el 16 de abril de 2013 por la Directora General de ICS (folio 4560).

Lo cierto es que, según la resolución sancionadora, DHL se resistía a plasmar por escrito el pacto de no agresión pese al interés de ICS.

" 4.- DHL pacto de no agresión. DHL indica que nosotros les enviemos el contrato. (Director Comercial de ICS) dice que el que tenemos es muy agresivo y no se atreve a redactarlo. (Directora General de ICS) le preguntará a (uno de los propietarios de ICS). (Directiva de ICS) hablará con Sanitas para ver si nos pueden elaborar un contrato de servicios con cláusula de no agresión". Acta de la reunión de departamentos de ICS de 27 de mayo de 2013, adjunta a un correo electrónico interno de ICS de 3 de junio de 2013, con asunto "Re: puntos para orden del día", aportado por ICS en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6562 a 6565).

Recoge la resolución distintos conflictos comerciales en relación con clientes de DHL.

En primer lugar, se acredita un conflicto con el cliente de DHL, GETINSA, en abril de 2014.

" Estimada Isabel : Según lo acordado en la reunión de ayer, adjunto tarifa especial para servicios aéreos internacionales. Es una tarifa total la parte de carburante ya está asumida el único añadido es el IVA para los destinos Europeos . Estaremos en contacto. Un saludo Rosaura NUM000 Asesora Comercial ICS " Email de 4 de abril de 2014 de ICS al cliente (GETINSA), enviando oferta: "De: Rosaura [mailto: DIRECCION000] Enviado el: viernes, 04 de abril de 2014 17:41 Para: ' DIRECCION001 ' Asunto: TARIFAS ESPECIALES INTERNACIONAL ICS

Al constatar DHL la oferta de ICS a GETINSA y formular una queja a ICS, la comercial de ICS envía un nuevo correo a GETINSA retractándose de las tarifas internacionales que le había ofertado unos días antes e incrementándolas en un 50%, explicándole que tiene un acuerdo con DHL:

"Buenas tardes Isabel : Siento comunicarte que esta tarifa deja de estar vigente desde hoy , ya que hemos cometido un grave error de cálculo . La tarifa aplicable llevaría un incremento del 50 % . Espero no haberte generado ningún trastorno grave . Como te comente en la reunión integramos servicios de transporte a nivel mundial , pero tenemos acuerdos internos de no agresión comercial a nuestros Partners. Un saludo Rosaura Asesora Comercial ICS" Email de 23 de abril de 2014 de ICS al cliente, modificando oferta (mucho peor). Referencia a "acuerdos internos de no agresión comercial con nuestros partners": "De: Rosaura [< a href="mailto: DIRECCION000 ">mailto: DIRECCION000] Enviado el: miércoles, 23 de abril de 2014 14:31 Para: ' DIRECCION001 ' Asunto: RV: TARIFAS ESPECIALES INTERNACIONAL ICS

Al día siguiente, ICS se disculpa con DHL por haber realizado la oferta a GETINSA y le deja claro que ha dejado sin efecto la oferta inicial

"Buenos días Abel : Te reenvío el correo enviado ayer a Getinsa . Yo no sabía quien es su proveedor actual. Me dio a enterner en la reunión que tiene varios proveedores según los servicios demandados . Saludos Rosaura Asesora Comercial ICS". Correo electrónico de 23 de abril a GETINSA). "From: Rosaura [mailto: DIRECCION000] Sent: jueves, 24 de abril de 2014 10:23 To: Abel (DHL ES) Cc: ' Celestino ' Subject: RV: TARIFAS ESPECIALES INTERNACIONAL ICS.

Inmediatamente, DHL contesta a ICS agradeciendo la rapidez de la gestión.

"Buenos días Ines, Muchas gracias por la gestión y rapidez. Un saludo, Abel Ejecutivo de Grandes Cuentas". From: Abel (DHL ES)" To: Rosaura Cc: Celestino Date: Thu, 24 Apr 2014 11:53:19 .Correos electrónicos con asunto "Tarifas especiales internacional ICS" de 4 y 23 de abril de 2014, recabados en la inspección de ICS (folios 4586 a 4588).

En febrero de 2015, consta acreditado, según la resolución, un conflicto con el cliente de DHL, SPECIAL TOURS.

ICS consiguió captar este cliente y, tras advertirlo DHL, pide explicaciones. Correo electrónico con asunto "FW: DHL" enviado el 19 de febrero de 2015 por el Ejecutivo de Cuentas de DHL al Director Comercial de ICS, recabado en la inspección de ICS (folios 4606 a 4608).

En su contestación de 20 de febrero de 2015, ICS reiteró que siempre había respetado los clientes de DHL, pero justificó su actuación en este caso concreto porque el cliente no estaba trabajando ya con DHL, sino con una tercera empresa:

"Como bien sabes, nuestra empresa ICS respeta vuestros clientes y nuestra política antes de ofrecer cualquier servicio es preguntar quién es su actual proveedor. El acuerdo de no agresión hacia los clientes de DHL está latente en la mente de todos los comerciales. Habrás comprobado que llevamos mucho tiempo trabajando con vosotros y siempre nos hemos respetado comercialmente. He recabado información sobre el cliente Special Tours y hablado con (...), comercial de la cuenta. Special Tours, estaba trabajando con Mail Boxes cuando se le

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

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

QUINTO .- En su demanda, la recurrente denuncia, en síntesis, que la resolución impugnada ha vulnerado el principio de presunción de inocencia, al imponerse una sanción a DHL pese a no haber alcanzado con ICS un pacto de no agresión consistente en un acuerdo de reparto de clientes. Todo lo que refiere la Resolución son suposiciones, interpretaciones sesgadas de la realidad e ideas preconcebidas, sin que los documentos de prueba que se recogen en la resolución hayan acreditado una conducta contraria a la competencia.

En segundo lugar, que, aunque hubiera existido un acuerdo verbal de respeto recíproco de clientes entre DHL e ICS, dicho acuerdo no habría afectado de forma negativa, sino positiva, a la competencia y, por tanto, no constituiría siquiera una restricción (ni por el objeto ni por los efectos) de la competencia.

De considerarse que el eventual acuerdo de respeto recíproco de clientes entre DHL e ICS constituye una restricción, esta sería una restricción accesoria fuera del ámbito de la LDC y el TFUE.

De considerarse que el presunto acuerdo de respeto recíproco de clientes entre DHL e ICS no constituye una restricción accesoria, el mismo estaría exento en virtud de lo dispuesto en el Reglamento 330/2010 de 20 de abril de 2010 relativo a la aplicación del artículo 101.3, del TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (el "Reglamento 330/2010").

Si se considerara que el presunto acuerdo de respeto recíproco de clientes con ICS no se beneficia de la exención automática prevista en el Reglamento 330/2010, dicho acuerdo cumpliría todos los requisitos exigidos en los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE.

En cualquier caso, si el eventual acuerdo de respeto recíproco de clientes entre DHL e ICS se considerase una restricción ni exenta ni justificada, nunca podría calificarse como un cártel.

En cuanto a la sanción impuesta, la resolución recurrida vulnera los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad y carece de motivación suficiente que permita conocer su cálculo.

SEXTO.- El primer motivo impugnatorio relativo a la vulneración de la presunción de inocencia no puede prosperar.

Es sabido que la utilización de la prueba de indicios en el ámbito del derecho de la competencia ha sido admitida por el Tribunal Supremo en sentencias de 16 de diciembre de 2015, rec. 1.973/2.014, 19 de junio de 2015 rec. 649/2013, etc. 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.

La actora no discute la realidad de los correos ni el contenido de las comunicaciones mantenidas con ICS que reflejan la existencia de un pacto recíproco de no agresión, de respeto de clientes.

En el correo que remite ICS a DHL el 20 de marzo de 2013, ya le dice:

"Tenemos firmados acuerdos de no agresión con todas ellas. Es decir, DHL no puede ofertar a los clientes de ICS, ni a la inversa. Es un contrato de lealtad y respeto."

En abril de 2013, un comercial de ICS comunica a sus superiores que DHL les aseguró verbalmente que no tocarían a sus clientes y expresaban sus dudas sobre si recogerían algo de esto por escrito y es precisamente la reticencia de DHL a reflejar el acuerdo por escrito lo que revela su pleno conocimiento de la ilicitud del pacto pudiéndose deducir que el pacto verbal de no agresión se mantuvo hasta que produjo el primer conflicto con GETINSA en 2014, en el que tras la queja de DHL, ICS se retractó de la oferta que había hecho a GETINSA que tuvo que incrementar en un 50% " *porque tenemos acuerdos internos de no agresión comercial a nuestros Partners.*"

Argumenta la actora que las comunicaciones transcritas no son sino declaraciones de intenciones pues DHL no compartía el planteamiento unilateral de ICS.



En realidad, las conversaciones transcritas lo que reflejan es el interés de ICS de dejar por escrito el pacto de no agresión a lo que DHL, efectivamente se resiste, pero lo que no ofrece duda es la existencia del pacto verbal de no agresión entre ambas y su plena vigencia y eficacia porque cuando no se respetaba, DHL reaccionaba quejándose, como reflejan los conflictos surgidos con GETINSA y SPECIAL TOURS.

Es cierto que no existe un documento como tal que contemple la queja de DHL a ICS por el incumplimiento del pacto de no agresión pero, para poner de manifiesto su existencia y respeto se pueden mencionar los correos de 24 de abril de 2014 antes transcritos en los que ICS reenvía a DHL los correos que había remitido a GETINSA con la oferta inicial y la modificación posterior en el que ICS se justifica ante DHL porque "yo no sabía quien es su proveedor actual" y el correo de la misma fecha de DHL a ICS en el que agradece "la gestión y rapidez", es decir, el respeto finalmente aceptado por ICS al cliente de DHL.

Por lo tanto, a juicio de la Sala, este incidente y el resto de los que describe la resolución sancionadora confirman la existencia de prueba suficiente del pacto de no agresión, anticompetitivo entre DHL e ICS.

SÉPTIMO.- En segundo lugar, afirma la actora, aunque hubiera existido un acuerdo verbal de respeto recíproco de clientes entre DHL e ICS, dicho acuerdo no habría afectado de forma negativa, sino positiva, a la competencia y, por tanto, no constituiría siquiera una restricción (ni por el objeto ni por los efectos) de la competencia.

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 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.

A esa finalidad responde la cláusula undécima de no competencia suscrita en el contrato de 2015 entre DHL e ICS "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".

Coincidimos por ello, con el informe pericial aportado por la actora que la cláusula de respeto de los clientes de ICS por parte de DHL tiene sentido económico, es proporcional y no es anticompetitiva en el marco de la relación de servicios que mantenían.

B) los pactos, acordados verbalmente, por los que las dos partes de la relación de comercialización, en este caso, DHL e ICS 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 Sala constata que la resolución recurrida no cuestiona la licitud de la relación de prestación de servicios de mensajería y paquetería empresarial entre DHL e ICS ni el establecimiento de una cláusula de competencia entre ambas en el marco de esa relación.

Lo que califica de anticompetitivos son los pactos de no agresión establecidos entre ambas que produce como resultado el reparto de todos sus clientes entre sí, pues impiden que cada operador pueda acceder a todos los clientes de la otra parte.

Y es que, pese a la insistencia de DHL en calificar a ICS como un mero revendedor y no competidor lo cierto es que ICS es un operador que aunque tiene una capacidad logística menor que aquella puede prestar servicio de mensajería y paquetería empresarial directamente o subcontratado por un integrador como DHL o TOURLINE y buena prueba de que es competidor son los incidentes ocurridos con DHL por los mismos clientes, caso de GETINSA y SPECIAL TOURS.

Afirma la recurrente, con fundamento en el informe pericial de los sres Petitbò Juan y Artés Caselles, que ICS de forma unilateral no realizaba ofertas a clientes de DHL para mantener las buenas relaciones con ésta y a cambio los precios que ICS pagaba a DHL eran menores.



Sin embargo, este planteamiento no refleja una decisión unilateral de ICS sino un compromiso de no competencia a cambio de obtener mejores condiciones comerciales de DHL.

Por tanto, el hecho de que el análisis realizado en el informe pericial muestre que ICS obtiene mayores descuentos que el resto de empresas que tienen la misma relación comercial con DHL, no es más que una evidencia de que ICS no toma la decisión de respetar los clientes de DHL porque sea razonable desde el punto de vista comercial, sino porque, como ya se ha explicado, obtiene algo a cambio, mejores precios.

Añade el informe pericial que ha comparado los precios obtenidos por ICS desde 2012 hasta 2016, con los descuentos obtenidos por empresas similares a ICS que trabajan con DHL, pero cuyos acuerdos no han sido cuestionados por la CNMC y los resultados muestran que los descuentos obtenidos por ICS son en todos los años mayores que los del resto de empresas y en todos los casos la diferencia es de, al menos, 4 puntos porcentuales.

A juicio de la Sala, este dato lo que revela es que el respeto de ICS a los clientes de DHL no es unilateral sino que responde a un pacto anticompetitivo en el que ICS obtiene como contraprestación mayores descuentos que los que obtendría sin él a lo que se añade que las otras empresas que mantienen relación con DHL pueden operar en el mercado de Mensajería y Paquetería sin necesidad de llegar a esos acuerdos lo que indica, en definitiva, es que esos acuerdos no son indispensables para el buen funcionamiento de la relación.

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

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

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

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

Este argumento no puede prosperar.

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

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

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



DHL 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. Además, 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 serían, como aquí sucede, un acuerdo horizontal de reparto de mercado.

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

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

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

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

DÉCIMOPRIMERO. - A continuación, afirma la actora que si el eventual acuerdo de respeto recíproco de clientes entre DHL e ICS se considerase una restricción ni exenta ni justificada, nunca podría calificarse como un cártel.

Recordemos que la Disposición Adicional Cuarta de la LDC, apartado 2, vigente en el momento de los hechos, definía el cártel como *"todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones"*.

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

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

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

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

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



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

DECIMOSEGUNDO.- Denuncia por último la actora la falta de motivación y desproporción de la sanción impuesta y la infracción del principio de igualdad.

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.

DHL ha participado en una de las infracciones, consistente en el reparto de clientes con ICS. 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 DHL:

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. "*

d. La duración de la conducta (art. 64.1.d): *"... se ha prolongado desde abril de 2013 hasta al menos, la inspección realizada en su sede en abril de 2016."*

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 DHL fue de 6%.

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.

DECIMOTERCERO.- A partir de aquí, expone la recurrente que la resolución sancionadora no fija adecuadamente la dimensión del mercado, pues no establece la cuota de mercado de DHL e ICS, limitándose a indicar que únicamente se tiene en cuenta la misma".



La Resolución explica que se ha tenido en cuenta que la cuota de mercado afectada por cada una de las infracciones que se sancionan es reducida y por esa razón, a la hora de tener en cuenta el criterio previsto en el artículo 64.1.b de la Ley 15/200, (la cuota de mercado de la empresa o empresas responsables), la CNMC, en atención a esa cuota de mercado no ha incrementado el tipo sancionador de ninguna de las empresas infractoras.

Esto no significa que no se haya tenido en cuenta ese factor, antes al contrario, se ha valorado en los términos expuestos.

Critica la recurrente que no se explica cómo se ha determinado la estimación del beneficio ilícito obtenido con la conducta sancionada.

Conviene reparar en que no concreta la resolución un importe de beneficio ilícito sino simplemente una estimación y por eso menciona los criterios que ha tomado en consideración, como el margen de beneficio de las empresas en condiciones de competencia, la subida de precios derivada de la infracción y la elasticidad-precio de la demanda en el mercado relevante y ha tenido en cuenta datos de las propias empresas infractoras o recogidos en bases de datos públicas referidas al mercado relevante, como la de las ratios sectoriales de empresas no financieras del Banco de España. Por lo tanto, se indican los criterios a partir de los cuales se ha estimado el beneficio que no se han cuestionado por la actora.

Denuncia la actora que no es posible conocer el volumen de negocios de DHL en el mercado afectado que la CNMC ha tomado en consideración para determinar su porcentaje de participación en la supuesta infracción, toda vez que CNMC lo ha declarado "confidencial".

Carece de fundamento este razonamiento porque ese volumen de negocios en el mercado afectado por la infracción (VNMA) que se toma como elemento para la individualización de la sanción, es el que aporta cada empresa en el expediente contestando a los requerimientos de información realizados por la CNMC, ponderando el volumen anual en función de los meses afectados por la conducta.

El hecho de que se haya declarado la confidencialidad del volumen de negocios de la actora solo afecta a las demás empresas incoadas precisamente para proteger los intereses de aquella a la que no perjudica tal declaración pues conoce ese dato por haberlo aportado.

Denuncia la desproporción de la sanción, en primer lugar, porque el pacto entre DHL e ICS nunca podría haber constituido un cártel que, al ser el ilícito más grave, merecería mayor reproche.

Sin embargo, hemos confirmado la calificación de cartel de la conducta enjuiciada a la vista de la prueba existente y la finalidad que persigue la conducta que constituye una restricción por objeto por lo que este alegato carece de fundamento.

Cuestiona la actora la duración de la conducta porque, a su juicio, no hay prueba de que DHL aceptara los términos planteados por ICS entre abril de 2013 y abril de 2014 y las pruebas relativas al período que transcurre entre abril de 2014 y febrero de 2015 no demuestran la existencia de un acuerdo recíproco de clientes sin que tampoco exista prueba desde febrero de 2015.

Ya hemos expuesto con anterioridad que una cosa es que frente a la insistencia de ICS se resistiera DHL a reflejar por escrito el pacto recíproco de respeto de clientes y otra es que no existiera pues así lo acreditan los incidentes con GETINSA y SP ECIAL TOURS que reflejan la condición de competidoras de aquellas y como frente a esos clientes ICS se acaba plegando por respeto al pacto con DHL.

Por lo demás, la resolución recurrida tiene en cuenta la jurisprudencia del TJUE, sentencia de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland A/S (C-204/00 P) y al no poner de manifiesto elemento probatorio alguno que refleje un apartamiento de la conducta ilícita de DHL se entiende producida esta hasta la inspección en ICS en abril de 2016, criterio que entendemos correcto.

Critica la recurrente que la resolución ha tomado como base para el cálculo de la sanción un volumen de negocios superior al debido, al incluir: a) la facturación de DHL en mercados no relacionados con el expediente (i.e. mercado de paquetería industrial), y b) las ventas intragrupo, por completo ajenas al presunto cártel y al mercado de mensajería y paquetería empresarial".

Este alegato no puede prosperar porque como dejó claro el Tribunal Supremo el volumen de negocios que debe utilizarse para calcular la sanción es el volumen de negocios total de la empresa en el año anterior al de imposición de la multa. Por la misma razón, no puede prosperar la indicación de que la multa impuesta es de 5.000.090 euros cuando el volumen de negocios de DHL con ICS en el período analizado en la resolución recurrida asciende solo a 204.460 euros pues el volumen de negocios del mercado afectado por la infracción



toma en cuenta la facturación total en el mercado de mensajería y paquetería empresarial con independencia del volumen de negocios generado en el acuerdo anticompetitivo de DHL e ICS.

Por lo demás, no apreciamos infracción del principio de igualdad por comparación con la multa impuesta a otras empresas pues la de la actora se ha calculado a partir del volumen de negocios aportado respecto de DHL EXPRESS MADRID SPAIN, S.L.U., que es la concreta empresa infractora.

Alude DHL a su condición de empresa multiproducto, que puede agravar la desigualdad entre las diferentes empresas.

Sin embargo, en el caso de la actora la mayor parte de su facturación se produce en el mercado afectado por lo que no aprecia la Sala error alguno que refleje desproporción de la sanción impuesta.

En cuanto que el tipo sancionador aplicado a DHL (6%), coincide con el de UPS, TNT y TOURLINE, que han participado en conductas de distinta duración y características no supone que no se haya individualizado la sanción impuesta.

Puede comprobarse como tanto UPS como TNT y TOURLINE tienen una cuota de participación mucho mayor en la infracción que la otra empresa participante en cada uno de los cárteles, independientemente de la duración de cada infracción y el tipo sancionador que se asigna a estas empresas con mayor participación en las distintas infracciones es el 6%, mientras que MBE tiene el 1,6%, el 5,3% e ICS el 1,5%.

Prueba de la individualización de la conducta es que, a diferencia de DHL, a la otra empresa del cartel, ICS, se le ha aplicado un tipo sancionador del 1,7 % al ser su porcentaje de participación en la conducta inferior al de DHL.

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.

DECIMOCUARTO.- 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 **DHL PARCEL IBERIA, S.L.U** y **DHL PARCEL MADRID SPAIN, S.L.U**, 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 5.090.000 €, 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.