



Roj: **SAN 6239/2022 - ECLI:ES:AN:2022:6239**

Id Cendoj: **28079230062022100726**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **05/12/2022**

Nº de Recurso: **248/2018**

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: 0000248 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 2730/2018

Demandante: Turline Express Mensajería, S.L.U. (Turline") y de CTT Correios de Portugal, S.A

Procurador: D^a. CONSUELO RODRÍGUEZ CHACÓN

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. 248/18 promovido por la Procuradora D^a. Consuelo Rodríguez Chacón en nombre y representación de **Turline Express Mensajería, S.L.U. (Turline") y de CTT Correios de Portugal, S.A.**, contra la resolución de 8 de marzo de 2018, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se les impuso una sanción de multa por importe de 3.148.845 €, euros. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el



que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dictase sentencia por la que:

" (i) se declare contraria a derecho y nula la Resolución recurrida, o subsidiariamente, (ii) declare la nulidad total o parcial de la multa impuesta a las Demandantes y la reduzca.

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 .- Una vez presentados los respectivos escritos de conclusiones, quedaron los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, fijándose para ello la audiencia del día 5 de octubre de 2022, en que tuvo lugar. Prolongándose la deliberación en 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 con lo señalado en el fundamento 4.7 de esta resolución.

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

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

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

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 6 EXPRESS), que fue desestimado el 4 de febrero de 2016 por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, tras el preceptivo informe de la Dirección de Competencia.



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

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

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

7. El 22 de julio de 2016, la Dirección de Competencia, acordó la incoación del expediente 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 prevista por el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del TFUE. Asimismo, se acordó suspender el plazo para resolver el procedimiento sancionador con fecha de efectos el día 27 de octubre de 2017. El plazo de suspensión fue levantado mediante acuerdo de fecha 27 de noviembre de 2017, con fecha de efectos el mismo día.

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

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

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

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

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.

Describe la resolución sancionadora el Mercado de Producto.

Expone 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 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, 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. - 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, en las inspecciones realizadas en las sedes de CEX (noviembre de 2015) y de REDYSER, ICS y MBE (abril de 2016) y en las contestaciones a los requerimientos de información de las empresas incoadas en el expediente.

Según la resolución sancionadora, ICS y TOURLINE mantienen relaciones comerciales al menos desde noviembre de 2011. Entonces firmaron un contrato de prestación de servicios por el que TOURLINE se comprometía a prestar servicios de Courier (recogida, transporte y entrega en destino) a ICS. Contrato de 1 de noviembre de 2011 entre ICS y TOURLINE, recabado en la inspección de ICS (folios 786 a 796) y aportado también por TOURLINE a requerimiento de la Dirección de Competencia (folios 2595 a 2605).

Este contrato contenía una cláusula de no competencia unilateral, cuyo objeto era la protección de los clientes de ICS a los que TOURLINE tendría acceso a través de la prestación de estos servicios contratados que la Dirección de Competencia, entiende en principio, necesaria y proporcional para el cumplimiento del objetivo del contrato principal a fin de evitar que TOURLINE pudiera utilizar con fines comerciales la información de ICS a la que acceda en ejecución de dicho contrato para conseguir nuevos clientes.

Sin embargo, a juicio de la resolución recurrida ha quedado acreditado en el expediente como ICS y TOURLINE acordaron adicionalmente respetarse mutuamente todos los clientes, esto es, completaron un pacto de no agresión.

Este pacto de no agresión se puso de manifiesto en octubre de 2013, con ocasión del conflicto con el cliente ESPIRITO SANTO. ICS realizó una acción comercial sobre este cliente para atender la campaña de Navidad.

Cuando TOURLINE tuvo conocimiento de esta situación, emitió una queja a ICS aludiendo al "respeto a los clientes de ambas compañías", respeto que fue a continuación corroborado por ICS en contestación a ese email. Correo electrónico enviado por TOURLINE a ICS con asunto "Banco Espirito Santo" el 1 de octubre de 2013 (folios 4576 y 4577).

Un segundo incidente tuvo lugar en 2014 en relación con VINZEO, cliente de TOURLINE al que ICS dejó de ofertar por ser cliente del primero. Correo electrónico interno de ICS enviado el 31 de enero de 2014 (folios 4583 a 4585).

En 2015, se produce un incidente comercial en relación con VITALDENT, también cliente de TOURLINE al que ICS se niega a ofertar salvo que le confirme que no es cliente de su proveedor TOURLINE. Correo electrónico interno de ICS con asunto "RE: VITALDENT" enviado el 20 de abril de 2015 (folios 4609 a 4613) y el 24 de abril de 2015 (folios 4614 y 4615).

El siguiente incidente, también en 2015, es en relación con los franquiciados de TOURLINE, cuando ésta intenta imponer el pacto de no agresión no solo en relación con los clientes de TOURLINE, sino también en relación con los clientes potenciales de los franquiciados de TOURLINE. Correo electrónico interno de ICS con asunto "CLIENTE OFERTADO POR DELG. TOURLINE", enviado el 18 de mayo de 2015 (folios 4616 a 4618).

La resolución sancionadora valora especialmente que TOURLINE, no hace ninguna matización en las quejas frente a las intromisiones ni en los requerimientos para el cumplimiento del pacto de no agresión sobre si se trata de un cliente operado o no por TOURLINE y tampoco consta en este caso concreto que ICS preste servicios a TOURLINE, por lo que las restricciones a ICS sobre los clientes de TOURLINE conocidos a través de su relación comercial no podrían constituir una cláusula similar a la existente en la relación de colaboración en beneficio de ICS.

Por su parte, ICS se limita a decir que TOURLINE es cliente suyo y que las "inhibiciones" de ofertas comerciales a clientes de TOURLINE responden a una voluntad puramente unilateral de ICS, con el objeto de mantener buenas relaciones con TOURLINE pero no explica por qué TOURLINE no se inhibe también unilateralmente de realizar ofertas a los clientes de ICS, dado que ICS también es un cliente de TOURLINE.

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

En definitiva, de las comunicaciones transcritas deduce la resolución recurrida un pacto bilateral de no agresión entre TOURLINE e ICS cuyo respeto solicitan ante un determinado incidente comercial que suele terminar con la retirada de la oferta de la otra parte o con una estrategia conjunta para presentar una oferta poco competitiva que determine la no aceptación por parte del cliente afectado. La resolución recurrida califica esta conducta como una infracción de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE única y continuada durante el periodo referido constitutiva de cártel consistente en un pacto de no agresión en el mercado de mensajería y paquetería empresarial de la que es responsable, TOURLINE.

QUINTO.- En su demanda, la entidad recurrente denuncia, en síntesis, la inexistencia de una infracción del artículo 1 de la LDC ni del artículo 101 del TFUE porque los contactos entre Tourline e ICS se encuentran plenamente justificados por la relación proveedor-cliente existente entre ambos (restricciones accesorias).

La CNMC no ha acreditado la participación de Tourline y CTT Correios de Portugal, S.A en la infracción que les atribuye.

La CNMC realiza una calificación jurídica errónea de las conductas y en ningún caso ha acreditado que existiera un reparto de mercado ni un cártel.

No existió, por tanto, infracción por objeto alguna, por lo que la CNMC debería en todo caso haber llevado a cabo un análisis de los efectos de las conductas investigadas.

Además, los acuerdos que la CNMC censura estarían justificados por sus eficiencias.

La supuesta conducta tendría en cualquier caso un alcance y efectos muy limitados.

La conducta no habría tenido efectos en el mercado debido a su capacidad limitada para afectar a la competencia.

No hay prueba alguna de que la supuesta infracción se prolongara más allá de 2015 y en todo caso se trataría de hechos aislados y no de una infracción única y continuada, como dispone la Resolución.

La conducta de Tourline no es imputable a CTT.

La Resolución vulnera los derechos de defensa de las demandantes porque no está suficientemente motivada y no valora adecuadamente los principales argumentos aportados por las demandantes en su defensa durante el procedimiento administrativo.



La Resolución carece de pruebas que justifiquen la comisión de una infracción, y, por lo tanto, vulnera el derecho a la presunción de inocencia de las demandantes.

El método de cálculo de la multa de la CNMC no ha sido transparente para las partes sancionadas.

La Resolución yerra al imponer una sanción a Tourline pues no hubo ni intención ni negligencia por su parte a la hora de actuar y en todo caso es desproporcionada.

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

Afirma la recurrente que la solicitud de clemencia que dio origen al presente expediente no tenía nada que ver con Tourline, a la que no se menciona. Únicamente en la inspección realizada en la sede de ICS, la Dirección de Competencia recabó determinados emails relacionados con Tourline, lo que resulta razonable al existir entre ambas una relación comercial. Por lo demás, la DC no recabó ningún email ni ninguna prueba relativa a Tourline en ninguna de las otras empresas inspeccionadas. Que el expediente de la CNMC cuente con más de 20.000 folios, y que no lleguen a la decena los recabados por la autoridad en las inspecciones que sean referidos a Tourline, muestra la ajenidad de su conducta.

GLS describió únicamente la existencia de un acuerdo entre ella y CEX consistente en un reparto de sus clientes mediante un pacto verbal de no agresión por el cual ambas empresas se comprometían de forma recíproca a respetar a todos los clientes de la otra. Es a raíz de la inspección en ICS cuando se intervienen los correos que afectan a ICS y tras el análisis de la información recabada en las inspecciones y las contestaciones a los requerimientos de información, la Dirección de Competencia entiende acreditada la existencia de diez pactos bilaterales de no agresión destinados al reparto de todos los clientes, entre ellos el de TOURLINE con ICS.

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 entre otras, 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 considera lógicas dada la relación comercial proveedor-cliente que mantiene con esta pero que, sin embargo, reflejan la existencia de un pacto recíproco de no agresión, de respeto de clientes.

Así se deduce de las comunicaciones entre ambos en relación con los clientes ESPIRITO SANTO, VINZEO, VITALDENT y los franquiciados de TOURLINE.

Frente a lo que revelan los correos, es decir, la queja de TOURLINE por haber ofertado ICS a un cliente suyo y el acatamiento posterior de ICS tras la queja del primero o la inhibición de ICS a ofertar a clientes de TOURLINE, es decir, la existencia de un pacto de respeto recíproco de clientes, la CNMC destaca que no se hacen matizaciones a esos comportamientos por uno ni por otro lo que confirma la realidad del pacto y su voluntad de cumplirlo.

A ello responde la actora que el expediente no contiene prueba alguna de que Tourline haya realizado ofertas a los clientes de ICS, por un lado, y que resulta razonable que ICS tenga un interés comercial superior en adoptar una política interna de respetar los clientes de Tourline, un operador con una dimensión muy superior a la de ICS, que el que pudiera tener este último.

Así, afirma que el mero hecho de que hubiera tenido lugar una discusión entre ICS y Tourline sobre si el cliente ESPIRITO SANTO estaba o no dentro del marco de lo no permitido en el contexto de su relación de cooperación es una prueba de que no había un pacto de no agresión fuera del contexto de la misma.

A juicio de la Sala, es exactamente lo contrario como se deduce de la queja a ICS aludiendo al "respeto a los clientes de ambas compañías", respeto que fue inmediatamente confirmado por ICS en respuesta a ese correo.

La resolución recurrida explica, además, la singularidad del caso pues resultó que un nuevo directivo se incorporó al Banco ESPIRITO SANTO. ICS conocía a ese nuevo directivo por su trabajo en la empresa anterior y decidió presentarle una oferta comercial para los envíos de la campaña de Navidad.

TOURLINE tuvo conocimiento de la oferta y exigió a ICS que la retirase. ICS intentó apaciguarle diciendo que subcontrataría a TOURLINE para realizar esos envíos. Antes de ese momento, ICS no conocía ese cliente (BANCO ESPIRITO SANTO) ni tenía acceso al mismo a través de TOURLINE. No obstante, en ejecución de su pacto de no agresión, TOURLINE exigió a ICS que se retirase e ICS aceptó. Es más, ICS confirmó la existencia

del pacto, al decir: " *en cualquier empresa en la que trabajéis no se nos ocurriría ofertar e intentar quitaros el cliente, elegantemente nos iríamos, igual que haríais vosotros si fuera al revés*".

Por lo tanto, a juicio de la Sala, existe prueba suficiente del pacto de no agresión, anticompetitivo entre TOURLINE e ICS.

SÉPTIMO.- En segundo lugar, dice la actora, aunque hubiera existido un acuerdo verbal de respeto recíproco de clientes entre TOURLINE 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.

En este sentido, insiste TOURLINE en que el acuerdo por parte del proveedor de servicios (TOURLINE o ICS según el servicio concreto de abstenerse de contactar con los clientes de la parte contratante (TOURLINE o ICS) para ofrecerles los servicios que se prestan en virtud de dicho contrato está directamente relacionado con la relación de colaboración que mantienen, que sería de naturaleza no restrictiva, y es objetivamente necesario para su realización y proporcionado a la misma, de forma que sin dicho acuerdo no se concluiría la relación de colaboración subyacente.

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 de no competencia suscrita en el contrato de 2011 entre TOURLINE e ICS " *TOURLINE se compromete a no utilizar con fines comerciales la información de ICS a la que acceda en ejecución de dicho contrato, en particular, para conseguir nuevos clientes, iniciar actividades empresariales que hasta ese momento no llevaba a cabo o introducir novedades en las actividades empresariales que desarrolla y a abstenerse de contactar con los clientes de ics para ofrecerles los servicios que prestará a ICS en virtud de dicho contrato*".

Coincidimos por ello, con la resolución recurrida en que la cláusula de respeto de los clientes de ICS por parte de TOURLINE tiene sentido económico y no es anticompetitiva en el marco del contrato suscrito entre ambas.

B) los pactos, acordados verbalmente, por los que las dos partes de la relación de comercialización, en este caso, TOURLINE 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 TOURLINE 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 los clientes de la otra parte.

Y es que, pese a la insistencia de TOURLINE 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 TOURLINE por los mismos clientes.

Por otro lado, el respeto de ICS a los clientes de TOURLINE no es unilateral, sino que responde a un pacto anticompetitivo pues, en otro caso, también podría TOURLINE inhibirse unilateralmente de realizar ofertas a los clientes de ICS, dado que ICS también es un cliente de TOURLINE. Si eso no se ha acreditado puede que TOURLINE quede más beneficiado en el reparto de clientes que ICS, pero ello no significa que no exista un



acuerdo al que ICS se somete voluntariamente y cuyo cumplimiento es exigido por TOURLINE. A ello se añade que otras empresas que mantienen relación con TOURLINE pueden operar en el mercado de Mensajería y Paquetería sin necesidad de llegar a esos acuerdos que, por ello, no son indispensables.

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

El argumento no puede prosperar.

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

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

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

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

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

Este argumento no puede prosperar.

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

Esos acuerdos eran secretos en la medida en que no se recogían en el contrato suscrito y sin embargo se mantuvieron en vigor durante un largo periodo de tiempo.

Por otro lado, puede afirmarse que la estructura del mercado de mensajería y paquetería empresarial es muy competitiva y por ello poco consistente con la presencia de un cártel. Pudiera también resultar contrario a la lógica económica la coexistencia de diez cárteles bilaterales en el mismo mercado teniendo en cuenta que las empresas participantes en los cárteles detectados no tienen poder de mercado ni individual ni conjuntamente.

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

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

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

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.

TOURLINE ha participado en una de las infracciones, consistente en el reparto de clientes con ICS. Recuerda la resolución recurrida que los acuerdos han sido adoptados por empresas que, si bien en ocasiones tienen una relación de carácter vertical, actúan como competidoras en el marco de tales acuerdos 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.

Conviene también precisar saliendo al paso de la afirmación de la recurrente que sostiene que la resolución ha hecho extensivas unas consecuencias más graves de las que corresponderían por los hechos imputados a otras empresas de los cuales TOURLINE es ajena.

Por el contrario, la resolución sancionadora ha considerado las características de cada una de las nueve conductas sancionadas de forma diferenciada. Así lo revela que ha tenido en cuenta que la cuota de mercado afectada por cada una de estas infracciones es reducida y el grado de participación de cada empresa sancionada lo ha valorado en relación a la infracción concreta en la que ha quedado acreditada su participación, en este caso, al pacto de TOURLINE con ICS y no respecto al mercado afectado por la totalidad de los pactos.

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

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 octubre 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 TOURLINE 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 yerra porque no hubo intención ni negligencia y los contactos entre TOURLINE e ICS fueron legítimos y fruto de su relación contractual.

Sin embargo, ya hemos distinguido la relación vertical entre TOURLINE e ICS en cuyo seno se firmó el contrato con la cláusula de no competencia, legítima y proporcionada a la naturaleza y características de esa relación y por otro lado el pacto de respeto de clientes, ajena a aquella. Los contactos son intencionados, tienen por objeto reducir la incertidumbre entre las empresas y por ello, son claramente anticompetitivos.



La resolución, pese a lo que afirma la actora, tampoco exagera los efectos ni paralelamente minimiza el carácter reducido de la cuota de mercado conjunta en el pacto de TOURLINE con ICS. Lo que sucede es que se ha apreciado una infracción por objeto con efectos sobre los clientes afectados por el pacto de no agresión. Esa conducta disminuye la incertidumbre entre las empresas que adaptan así su comportamiento comercial, en este caso, el pacto impide que los clientes puedan acceder a la oferta de un operador que podrían obtener en condiciones de libre competencia de no existir tal pacto.

Por otro lado, el mercado de mensajería y paquetería urgente es de ámbito nacional y comprende los servicios de envío urgente de documentos y paquetes prestados por empresas, tanto nacionales como internacionales, que operan en todo el territorio nacional y cuya demanda está constituida por clientes empresariales para la prestación de dichos servicios de carácter tanto nacional como internacional, con origen o destino fuera de España, extendiéndose por tanto a todo el territorio nacional.

Por esa razón, la conducta sancionada es susceptible de tener un efecto apreciable sobre el comercio comunitario, lo que determina la aplicación del artículo 101 del TFUE.

Compara la actora la multa que se le ha impuesto con la que han recibido ICS y MBE.

Los criterios considerados por la resolución recurrida para explicar la sanción impuesta a ICS que las sanciones impuestas han sido motivadas e individualizadas. En el caso de ICS, responde a su limitada presencia geográfica y su reducido poder de negociación. Seguidamente, la resolución toma precisamente en cuenta lo que alega TOURLINE, es decir que ICS habría formado una red de acuerdos con diferentes empresas y por ello *"debe tenerse en cuenta para moderar la sanción que se le imponga que ICS es sancionada por varias conductas diferentes, por lo que las sanciones adicionales correspondientes a las conductas de menor dimensión deben ser moduladas a la baja."*

Respecto de la comparación con MBE sucede lo mismo, como la sanción de mayor alcance, por duración y volumen de mercado afectado, es el pacto de no agresión entre MBE y TNT, se modula a la baja la sanción a imponer a MBE por su pacto de no agresión con UPS, con FEDEX, y con CEX.

Considera también la actora que no hay prueba alguna de que la supuesta infracción se prolongara más allá de 2015 pues no hay correo o documento alguno que refleje contactos entre TOURLINE e ICS con posterioridad a mayo de 2015.

Sin embargo, la resolución recurrida tiene en cuenta la jurisprudencia del TJUE, entre otras la sentencia de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland A/S (C-204/00 P) según la cual al no poner de manifiesto TOURLINE elemento probatorio alguno que refleje un apartamiento inequívoco de la conducta ilícita se entiende producida ésta hasta la inspección practicada en ICS en abril de 2016, que puso fin a la conducta, criterio que entendemos correcto.

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.

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"*.

DECIMOCUARTO.- Finalmente, censura la recurrente la imputación a CT T-CORREIOS DE PORTUGAL, la conducta de su filial, TOURLINE de la que le hace solidariamente responsable la resolución recurrida.

Expone que las relaciones entre CTT y TOURLINE se limitan a aspectos meramente formales como la aprobación de las cuentas anuales de Tourline y establecer pautas básicas que garanticen un mínimo de homogeneidad en la red de franquicias del grupo así como su sostenibilidad y racionalización.

Corresponde a los propios órganos de TOURLINE la adopción de las decisiones relevantes que determinan la estrategia comercial de la compañía al nivel de clientes concretos. Por tanto, un acuerdo como el que se le



imputa con ICS sería ajeno a la esfera de control, supervisión o conocimiento de CTT. No ha quedado probado que CTT determinara de manera decisiva el comportamiento económico de TOURLINE, pues lo único que acredita la CNMC es que la matriz posee la totalidad del capital de su filial y nada más.

Como recuerda la sentencia del TJUE, de 25 de marzo de 2021, asunto C-152/19 P, Deutsche Telekom AG:

" los autores de los Tratados optaron por utilizar el concepto de «empresa» para designar al autor de una infracción del Derecho de la competencia que puede ser sancionada con arreglo a los artículos 101 TFUE y 102 TFUE . Este concepto autónomo del Derecho de la Unión designa a cualquier entidad constituida de elementos personales, materiales e inmateriales que ejerza una actividad económica, con independencia de la naturaleza jurídica de dicha entidad y de su modo de financiación (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2019, Skanska Industrial Solutions y otros, C-724/17 , EU:C:2019:204 , apartados 29, 36 y 47). Por tanto, debe entenderse que el concepto de «empresa» al que se refieren los artículos 101 TFUE y 102 TFUE designa una unidad económica desde el punto de vista del objeto de la práctica contraria a la competencia de que se trate, aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas (véanse, en este sentido, las sentencias de 12 de julio de 1984, Hydrotherm Gerätebau, 170/83, EU:C:1984:271 , apartado 11, y de 29 de septiembre de 2011 , Elf Aquitaine/Comisión, C-521/09 P, EU:C:2011:620 , apartado 53 y jurisprudencia citada).

75 A efectos de examinar si la sociedad matriz puede ejercer una influencia decisiva sobre el comportamiento en el mercado de su filial, deben tomarse en consideración todos los aspectos pertinentes de los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que unen a la filial con su sociedad matriz, y atender de esa forma a la realidad económica (sentencias de 24 de junio de 2015, Fresh Del Monte Produce/Comisión y Comisión/Fresh Del Monte Produce, C-293/13 P y C-294/13 P, EU:C:2015:416 , apartado 76, y de 18 de enero de 2017, Toshiba/Comisión, C-623/15 P, no publicada, EU:C:2017:21 , apartado 46).

76 Por tanto, si bien las instrucciones dadas por la sociedad matriz a su filial que afecten a su comportamiento en el mercado pueden constituir pruebas suficientes de esa influencia decisiva, no constituyen las únicas pruebas admisibles. El ejercicio efectivo de una influencia decisiva de la sociedad matriz sobre el comportamiento de la filial puede también deducirse de un conjunto de elementos concordantes, aunque ninguno de ellos, examinado de manera aislada, baste para establecer la existencia de tal influencia (sentencias de 24 de junio de 2015, Fresh Del Monte Produce/Comisión y Comisión/Fresh Del Monte Produce, C-293/13 P y C-294/13 P, EU:C:2015:416 , apartado 77, y de 18 de enero de 2017, Toshiba/Comisión, C-623/15 P, no publicada, EU:C:2017:21 , apartado 47).

77 Como resulta de los apartados 75 y 76 de la presente sentencia, para imputar la responsabilidad del comportamiento de una filial a la sociedad matriz, puede bastar examinar si esta última tiene la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre su filial"

Pues bien, CTT-CORREIOS DE PORTUGAL, posee el 100% de su filial, TOURLINE y ello determina la presunción *iuris tantum* de control de la matriz sobre su filial, por tanto, es aquella la que tiene la carga de demostrar que TOURLINE ejerce su actividad de manera autónoma en el mercado. La mera alegación de que " no ha quedado probado que CTT determinara de manera decisiva el comportamiento económico de Tourline" no desvirtúa esa presunción. Coincidimos por ello con la resolución recurrida en que el hecho de que TOURLINE tenga independencia de recursos o margen de actuación para determinar su estrategia competitiva de forma autónoma, no implica que su matriz no pueda ejercer control sobre su filial ni presupone que, de hecho, no lo haya ejercido.

Procede, en consecuencia, desestimar este motivo y el recurso.

DECIMOQUINTO.- Dada la desestimación del recurso, las costas habrán de ser satisfechas por la parte recurrente, de conformidad con 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 la Procuradora D^a. Consuelo Rodríguez Chacón en nombre y representación de **Tourline Express Mensajería, S.L.U. (Tourline)** y de **CTT Correios de Portugal, S.A.** , contra la resolución de 8 de marzo de 2018, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se les impuso una sanción de multa por importe de 3.148.845 €, euros, resolución que declaramos conforme a derecho.

Con expresa imposición de las costas a la parte recurrente.



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