



Roj: **SAN 6039/2022 - ECLI:ES:AN:2022:6039**

Id Cendoj: **28079230062022100651**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **07/12/2022**

Nº de Recurso: **252/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MIGUEL DE LOS SANTOS GANDARILLAS MARTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0000252/2018

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 2744/2018

**Demandante:** CORREOS EXPRESS PAQUETERÍA URGENTE, S.A.

**Procurador:** DON ALBERTO HIDALGO MARTÍNEZ

**Demandado:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.:** D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

### **SENTENCIA Nº:**

**Ilma. Sra. Presidenta:**

D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA **Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D<sup>a</sup>. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a siete de diciembre de dos mil veintidós.

Se ha visto ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número **252/2018**, el recurso contencioso-administrativo formulado por **CORREOS EXPRESS PAQUETERÍA URGENTE, S.A.**, representada por el procurador don Alberto Hidalgo Martínez contra la resolución de 8 de marzo de 2018, expediente S/DC/0578/16 MENSAJERÍA Y PAQUETERÍA EMPRESARIAL, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le imponía una sanción por importe de 2.103.715 euros.

Ha sido parte la Administración General del Estado defendida por el abogado del Estado.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.**- Por la actora se interpuso recurso contencioso-administrativo mediante escrito presentado en los términos expresados en el encabezamiento, acordándose su admisión mediante decreto, y con reclamación del expediente administrativo.



**SEGUNDO.-** Se formalizó la demanda mediante escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando que « [por la que se declare nula la Resolución Impugnada en virtud de los siguientes motivos:

*I. La Resolución Impugnada infringe los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, al no haberse acreditado la participación de CEX en cualesquiera de las cuatro infracciones únicas y continuadas calificadas como reparto de mercado o cárteles bilaterales.*

*Junto con la ausencia de acreditación de infracción, también se ha quebrantado la jurisprudencia existente sobre la importancia de las explicaciones alternativas y plausibles, y se han obviado los requisitos legales para establecer la existencia de una infracción única y continuada. Estos hechos han llevado, asimismo, a la vulneración del principio de presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española .*

*II. La Resolución no ha acreditado que la conducta de CEX despliegue efectos restrictivos sobre la competencia en el mercado de prestación de servicios de mensajería y paquetería empresarial.*

*Subsidiariamente, para el supuesto hipotético de que se confirmase la existencia de alguna de las cuatro infracciones consideradas, CEX suplica que (i) se declare nula la metodología aplicada para el cálculo de las sanciones por ser errónea e injusta en el presente asunto en el que se analizan cárteles bilaterales en mercados altamente atomizados y en los que la cuota de mercado de las empresas involucradas es muy baja, ya que se sanciona con más severidad dichos cárteles que son menos lesivos que los cárteles sectoriales, y que (ii) se exija a la CNMC que modifique su metodología en aras de una mayor objetividad y equidad en el cálculo de sanciones , alineándose con los criterios establecidos en el artículo 64 de la LDC .*

*En segundo grado de subsidiariedad, para el supuesto hipotético de que se confirmase la existencia de alguna de las cuatro infracciones consideradas, las sanciones impuestas a CEX no han sido, en cualquier caso, debidamente motivadas, requisito que se establece en el artículo 54 de la LRJ-PAC y artículo 24 de la Constitución , sin que se hayan valorado adecuadamente los criterios de graduación de la sanción que se establecen en el artículo 64.1 de la LDC ; y además son manifiestamente desproporcionadas, infringiendo el principio de proporcionalidad establecido en el artículo 131 LRJ-PAC y artículo 9 de la Constitución Española . En consecuencia, debiera declararse la ilegalidad de la sanción en su integridad anulándose en su totalidad la multa impuesta o, en tercer grado de subsidiariedad, reducirse su importe, atendiendo a la ausencia de efectos intracomunitarios que permitan aplicar el artículo 101 TFUE , la arbitrariedad expuesta al realizarse un ajuste al alza en el cálculo de la multa y la manifiesta desproporción de la cuantía de la multa impuesta, reduciéndose el importe globalmente considerado de las sanciones a un importe total máximo equivalente al 50% de su cuantía, y sin perjuicio de aplicarse ese límite, en cuarto grado de subsidiariedad, al importe máximo de 12.401.237 euros en lo que se refiere a los supuestos pactos de no agresión entre CEX y GLS, ICS y MBE por tratarse, en su caso, de un único comportamiento (pactos de no agresión entre CEX y sus colaboradores) y, al importe máximo de 76.091,38 euros en lo que se refiere al supuesto cártel entre CEX y REDYSER, atendiendo a la facturación de CEX en el negocio de valijas financieras. [...]».*

**TERCERO.-** El abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, pide la desestimación del recurso.

**CUARTO.-** Recibido el pleito a prueba, tras el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 16 de noviembre del año en curso, en que efectivamente se deliberó y votó.

El 2 de noviembre de 2022 se deliberó el recurso 224/2018 interpuesto por la entidad RDYSER S.L. formulado contra la misma resolución sancionadora.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. don Santos Gandarillas Martos, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Es objeto del presente recurso deducido por la entidad CORREOS EXPRESS PAQUETERÍA URGENTE, S.A. (en adelante CEX) la resolución de 8 de marzo de 2018, expediente S/DC/0578/16 MENSAJERÍA Y PAQUETERÍA EMPRESARIAL, por la que se le imponían tres sanciones por infracciones en materia de competencia por importe de 12.401.237, 2.686.935, y 2.686.935 euros respectivamente.

En la parte dispositiva de dicha resolución, se indicaba:

« [P]RIMERO.- 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.

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.

(...)

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 (...)

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.

(...)

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 [...].».

Respecto de los posibles pactos de no agresión detectados entre la actora y FEDEX, la Sala de Competencia consideró que no existían elementos probatorios suficientes para imputarle la conducta en periodos que no estuvieran prescritos.

Como resumen de los hitos más relevantes podemos señalar que:

1.- El 13 de octubre de 2014 GLS, su matriz GLS BV y la matriz de ambas, ROYAL MAIL PLC, presentaron ante la CNMC, a los efectos del artículo 65 o 66 de la LDC, una solicitud de exención del pago de la multa que pudiera imponerse por la comisión de una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE, consistente en un pacto de no competencia con CORREOS EXPRESS PAQUETERÍA 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.

Se inició una información reservada por la Dirección de Competencia (DC) al amparo del artículo 49.2 de la LDC.

2.- Los días 11 y 12 de noviembre de 2015, la DC llevó a cabo una inspección en la sede de CORREOS EXPRESS PAQUETERÍA URGENTE, S.A. (CEX). Nuevas inspecciones tuvieron lugar los días 20 y 21 de abril de 2016, en las sedes de INTERNATIONAL COURIER SOLUTION, S.L. (ICS), MBE SPAIN 2000, S.L. (MBE) y REDYSER



TRANSPORTE, S.L. (REDYSER), completados por distintos requerimientos de información a varias empresas implicadas.

3.- A la vista de la información proporcionada, la DC acordó el 22 de julio de 2016 la incoación de expediente sancionador 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 empresas: GLS y GLS, BV, 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; 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.

4.- Tras la práctica de varias diligencias de investigación, requerimientos de información y la presentación de varias alegaciones por las implicadas, el 17 de mayo de 2017 la DC notificó a las empresas incoadas el Pliego de Concreción de Hechos (PCH).

5.- Los días 8 y 9 de junio de 2017, la DC dirigió solicitudes de información a las empresas imputadas, a los efectos de recabar sus volúmenes de negocios totales, y al mercado afectado por las prácticas investigadas.

6.- El 12 de julio de 2017, la DC, de conformidad con al artículo 33.1 del RDC, acordó el cierre de la fase de instrucción y el 19 el Director de Competencia acordó la propuesta de resolución del procedimiento (PR).

7.- Tras la presentación de alegaciones por las empresas afectadas, la DC, el 28 de agosto de 2017, elevó a la Sala de Competencia de la CNMC su informe y PR, que el 26 de octubre de 2017 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.

8.- El 25 de enero de 2018, la Sala de Competencia adoptó el acuerdo por el que se requirió a las empresas incoadas que aportaran el volumen de negocio total en el año 2017.

9.- El 8 de marzo de 2018 la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó la resolución que es objeto del presente recurso.

Como advertíamos en lo antecedentes de hecho, este recurso está estrechamente conectado con el 224/2018 que interpuso REDYSER, conexión que viene determinada no solo por tratarse de dos empresas sancionadas en un mismo procedimiento sino porque las razones, conductas y comportamientos que dieron lugar a las infracciones sancionadas tienen su origen en los mismos hechos. La advertencia que hacemos significa que la decisión que ahora tomamos no puede apartarse, sustancialmente, de la que hemos adoptado en aquel recurso.

**SEGUNDO.**- Son varios los motivos que invoca la recurrente para instar la anulación del acuerdo sancionador, pero a la vista de la estructura de la demanda no resulta fácil ordenar las razones invocadas puesto que más de un argumento se repite y reitera a lo largo del escrito rector. Este formato condiciona la respuesta que vamos a dar, y algunos de los motivos se abordarán de manera conjunta o agrupados, sin que sigamos estrictamente el orden propuesto por el escrito rector.

Comienza el escrito de demanda incluyendo bajo el título «vulneración de los derechos de defensa de CEX y de CORREOS» cuestiones que atañen tanto a razones procedimentales como a otras directamente vinculadas al derecho a la defensa y al fondo, en la medida que entroncan con la determinación de la responsabilidad y culpabilidad de la actora. Estas últimas se abordarán más adelante cuando nos centremos en cuestiones relacionadas con aspectos sustantivos de la infracción imputada y los términos en los que ha sido motivada por la resolución.

Vamos ahora con la denuncia de la caducidad del procedimiento. Se considera la injustificada dilación de la fase de información reservada durante un total de 21 meses, que explica la utilización de una forma encubierta de instrucción que desnaturaliza el procedimiento.

A pesar del esfuerzo dialéctico de la demanda, constituye una consolidada doctrina del Tribunal Supremo, y por todas, la sentencia de 26 de junio de 2017, recurso 2468/2015, « [q]ue el día inicial para el cómputo del plazo de caducidad es la fecha de incoación del procedimiento sancionador, no la fecha de comienzo de la información reservada [...]». En esta sentencia se recuerdan pronunciamientos anteriores en esa misma línea. En la STS de 26 de diciembre de 2007, recurso 1907/2005, se afirmaba que el procedimiento sancionador propiamente dicho es el único sujeto a las exigencias de caducidad por la LDC, sin que sea admisible que la duración de la fase preliminar a la incoación del expediente sea acumulable a los plazos señalados por la LDC para el procedimiento. En las SsTS de 14 de junio de 2013, recurso 3568/2010, y 30 de septiembre de



2014, recurso 4327/2011, se incide en que el día inicial del cómputo del plazo de caducidad es la fecha de incoación del procedimiento sancionador, y que el instituto de la caducidad no es aplicable a la fase preliminar de investigación.

La información reservada anterior a la incoación del procedimiento sancionador, como se dijo en la STS de fecha 24 de noviembre de 2014, recurso 4816/2011, tiene su propia regulación legal en el artículo 36.3 de la Ley 16/1989 y en el artículo 49.2 de la Ley 15/2007, como fase previa a la iniciación del expediente sancionador, donde no queda sujeta a plazos de caducidad. El único límite que tiene establecido el Tribunal Supremo en este trámite previo al inicio del procedimiento sancionador, que podría incidir en el tiempo empleado o su duración, es que esas actuaciones previas queden desvirtuadas porque dejen de servir al fin que realmente las justifica que consiste, esencialmente, en reunir los datos e indicios iniciales que sirvan para juzgar sobre la pertinencia de dar paso al expediente sancionador, y no se desnaturalicen transformándose en una alternativa subrepticia del procedimiento sancionador.

En el presente caso, y pesar de la duración o el tiempo empleado por la Administración en esta información reservada, todas las actuaciones practicadas durante este periodo sí estaban justificadas y explicaban plenamente la posterior incoación del procedimiento sancionador.

**TERCERO.**- Continúa el escrito de demanda diciendo que no se ha acreditado la participación de CEX en ninguna conducta anticompetitiva, extremo que tiene que ver con aspectos relativos a la motivación, a las pruebas practicadas por la Administración y a las rechazadas de contrario para poner de manifiesto esta circunstancia. Afirma que dio explicación a su conducta, que no recibió respuesta por la parte de la Administración y no se respetó la jurisprudencia en materia de culpabilidad en materia de derecho sancionador.

Podemos anticipar que tanto la copiosa prueba recabada en el expediente administrativo como la valoración que se hace de estas conductas en la resolución sancionadora y que no vamos a reiterar, satisfacen con creces los principios de culpabilidad y motivación de una resolución sancionadora.

Antes de entrar en el examen de los motivos de fondo alegados, debemos tener presentes algunas consideraciones previas. El mercado afectado se encuadra dentro del amplio sector postal regulado en la Ley Postal 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, es el del «Sector de la mensajería y paquetería empresarial», (también denominado 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. Este mercado constituye un segmento diferenciado del «Sector Postal Tradicional» (SPT), que abarca el envío de correspondencia (cartas, tarjetas postales, envíos publicitarios, notificaciones administrativas y el servicio de paquetería bajo condiciones estandarizadas).

En el segmento CEP coexisten empresas calificadas de agencias de transporte con los operadores logísticos. En las primeras, tras la reforma llevada a cabo de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT) y la llevada a cabo por la Ley 9/2013, de 4 de julio, se vino a exigir, para intermediar en el sector del transporte de mercancías por carretera, que había que estar en posesión de la autorización de Operador de Transporte correspondiente, para quienes intermedien entre los usuarios y los transportistas pudiendo desarrollar todas las actuaciones previas de gestión, información, oferta y organización de cargas y servicios necesarias para llevar a cabo la contratación de los transportes. En los segundos, a tenor del artículo 122 de la citada Ley, los operadores logísticos son 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.

Identifica la resolución el mercado del producto dentro del CEP, en 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. Excluye los servicios de mensajería y paquetería destinados a particulares y los servicios de paquetería industrial.

Destacan dos características, por un lado, la existencia de 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. Por otro, se trata de un producto altamente diferenciado y caracterizado del resto por la (i) rapidez de entrega, (ii) la geográfica que abarca servicios nacionales o internacionales, (iii) la calidad del servicio determinada por la fiabilidad, la seguridad, o la capacidad de seguimiento de los envíos. En los últimos tiempos se aprecian mayores exigencias de personalización en la entrega de paquetes por parte de la demanda con mayor amplitud en los tramos horarios.



Desde la perspectiva de los prestadores del servicio desataca la presencia de los denominados integradores que son grandes operadores especializados en el reparto urgente de paquetería internacional y disponen, dentro del marco de la Decisión de la Comisión Europea en el asunto COMP/M.6570 UPS/TNT Express, 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. Son (i) 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; (ii) tienen una cobertura geográfica de carácter global; (iii) cuentan con un modelo operativo de centralización logística de operaciones, (iv) red informática propia y (v) reputación y credibilidad en la prestación de los servicios de entrega a tiempo. Son tres los integradores internacionalmente reconocidos: FEDEX, DHL y UPS.

Junto a los integradores coexisten (i) las redes de transporte urgente de ámbito nacional que operan principalmente en el ámbito nacional, extendiéndose en muchos casos a Portugal y Andorra, que trabajan con régimen de franquicias o agencias de ámbito local, lo que les permite tener una amplia cobertura. (ii) El Operador público, la Sociedad Estatal Correos (CORREOS), 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, con servicios muy similares a las redes de transporte urgente de ámbito nacional, si bien dispone de una alta capilaridad sin necesidad de una red de franquiciados o agencias, y la matriz, CORREOS, que completa la oferta de servicios de paquetería de menor valor añadido con plazos de entrega superiores a 24 horas. Lo destacable del funcionamiento de este mercado es la frecuencia con la que se dan relaciones contractuales de colaboración, subcontratación o prestación de determinados servicios entre los diversos operadores en la medida en que, por sus características diversas, generalmente ninguno de ellos cuenta con todos los elementos productivos necesarios para poder prestar de forma autónoma todos los servicios que ofertan a sus clientes.

En este sentido, los integradores, al estar especializados en el tramo internacional, en ocasiones no cuentan con redes lo suficientemente densas a nivel local ni en el transporte por carretera, de modo que 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. Por otro lado, las empresas nacionales ofrecen servicios internacionales a sus clientes, no disponen de redes en el extranjero y necesitan subcontratar con los integradores o con operadores especializados en el transporte terrestre internacional.

La identificación que hacemos del mercado, en los términos indicados por la resolución sancionadora, resulta especialmente relevante para poder explicar la llamada que se hace a las relaciones verticales y las denominadas restricciones accesorias para justificar los pactos reputados colusorios por la CNMC.

Destacamos que las relaciones verticales subyacentes entre integradores y revendedores no son objeto del expediente, sí lo son las infracciones paralelas por acuerdos entre competidores en el mercado minorista. Hacemos la puntualización porque la segunda parte del escrito de demanda desvía la atención sobre lo que efectivamente ha sido sancionado por la CNMC, circunstancia que analizaremos conjuntamente con la culpabilidad de la conducta infractora, en la medida que no pueden disociarse.

**CUARTO.**- A pesar de las dudas que la demanda expresa en torno a la culpabilidad de la infracción imputada y la restricción de los derechos de defensa que se denuncia, pocas nos deja la resolución impugnada sobre el presupuesto de la motivación y el respeto al principio de presunción de inocencia.

Para dar respuesta a esta queja partimos de los hechos probados de los folios 36 a 43; 43 a 47; 66 a 69; y 72; donde se describen respectivamente los acuerdos y el reparto de clientes entre CEX y GLS; entre CEX y REDYSER; entre CEX y MBE; y entre CEX e ICS, y los enlaza con su valoración, a los efectos de la culpabilidad e individualización de su conducta, en los folios 104 y siguientes del acuerdo sancionador.

En cuanto a las relaciones entre CEX y GLS, destaca la carta de intenciones remitida por CEX a GLS de 22 de septiembre de 2004, en la que se detallaban las bases del acuerdo que interesaba a CEX en el futuro. En este documento CEX proponía no solo un pacto de no competencia sino también un compromiso por parte de GLS para no abrir nuevas sucursales o tiendas en España «Non-opening of new GLS facilities in Spain», que revela el intento de limitar la competencia que otros futuros operadores pudieran ejercer sobre CEX, en la medida que no ofertaban a ningún cliente potencial si este lo era de CEX y viceversa. Se han acreditado en el expediente múltiples incidentes en los que una u otra parte han hecho valer el pacto de no agresión para evitar las acciones comerciales concretas sobre determinados clientes, como por ejemplo en 2006 en relación con el cliente HOYA LENSES; en 2007 con el cliente HEBO; en 2009 el intercambio de información entre GLS y CEX para conocer los clientes de CEX en España y así restringir las ofertas de GLS a estos 373; en 2010 con cliente BIZERBA; en 2011 con el cliente URBEN; en 2012 con el cliente SUGARLAND, CEX solicita a GLS que no le presente oferta, pese a tratarse de un cliente ajeno a la relación comercial entre ambos; en 2013, entre



muchos otros, SALDUM VENTURE. El pacto de no agresión así configurado priva a todos los clientes de una de las partes en el contrato de la oportunidad de recibir una oferta comercial de la otra, por el mero hecho de ser cliente de CEX o de GLS, sin explicación razonable alguna.

En cuanto a la relación con REYSER, el pacto de respeto de clientes entre CEX y REDYSER, entre abril de 2011 hasta noviembre de 2015, se produce sin que exista entre ambas empresas relación comercial alguna de prestación de servicios, concretándose en este caso el pacto verbal de no competencia en un principio a las valijas financieras y ampliándose posteriormente a determinadas licitaciones de servicios de mensajería y paquetería empresarial convocadas por empresas privadas de ámbitos distintos al financiero.

Esta conclusión está plenamente justificada al hilo de las pruebas obtenidas durante el procedimiento sancionador. Baste recordar alguno de los pasajes descritos en la resolución sancionadora y para los que la actora no da una explicación que justifique o ampare la necesidad que se reclama.

Respecto a los objetivos de esta empresa durante el primer trimestre de 2011, se hace alusión a un « *[a]uerdo de no agresividad en nuestras carteras de clientes del sector valija financiera [...]* ». Aparecen una serie de comunicaciones entre directivos de REDYSER mediante el uso de la aplicación de mensajería instantánea móvil WhatsApp donde se refieren a un acuerdo con CEX. Otro ejemplo son las conversaciones entre directivos de REDYSER el 18 de julio de 2012 que explicitan contactos entre REDYSER y CEX, en relación con la prestación de valijas financieras al Banco Santander y en relación con algunas adjudicaciones que había conseguido CEX (BSCH, Banesto, Banca Cívica y Caja España). Las de 20 de mayo y 4 de junio en relación con los contactos telefónicos mantenidos con el Director Comercial de CEX y una reunión con este celebrada en la sede de CEX el 5 de junio de 2013.

El 15 de octubre de 2014, un directivo de REDYSER envió un correo electrónico a un directivo de CEX donde se refería a un acuerdo alcanzado y proponía una entrevista para valorar su ampliación a otros ámbitos « *[n]os conocimos físicamente, hace bastantes meses en un encuentro fortuito en una feria en Barcelona. Nos presentó (Director Comercial de CEX) que en aquel momento estaba recién incorporado como vuestro D. Comercial. En aquel rápido e improvisado encuentro, acordamos mantener un acuerdo de no agresión entre las dos empresas respecto del sector financiero. Acuerdo que ambas partes hemos respetado y que al menos nosotros percibimos como provechoso. Con este mail, me gustaría provocar una entrevista, donde podamos verificar vuestra percepción, y en su caso, explorar otras posibilidades. [...]* ».

También se destacan en el expediente correos electrónicos posteriores y conversaciones de WhatsApp que acreditan que tuvo lugar una entrevista el 29 de octubre de 2014, y contactos entre directivos de REDYSER y de CEX de 4 de diciembre de 2014 en relación con una oferta realizada a un potencial cliente y se pregunta sobre si habían recibido información del comercial de CEX.

Con la solicitud de exención de GLS, se pone de manifiesto que esta entidad buscaba nuevo proveedor para el servicio de envíos nacionales, que hasta ese momento le prestaba CEX, y solicitó a REDYSER que le presentara una oferta para prestarle estos servicios. Se ha comprobado durante la investigación que REDYSER informó a CEX de la petición realizada por GLS a REDYSER, y que esta presentó, de acuerdo con CEX, una oferta con tarifas superiores a los precios que CEX cobraba a GLS, con el fin de que GLS siguiera trabajando con CEX. Así se refleja en los correos electrónicos de mayo de 2015 entre directivos de REDYSER y de CEX, y en correos internos de CEX, en los que consta la preparación de la nueva propuesta a GLS con el objetivo de retenerla. Literalmente, se hacían constar todos los detalles, se especificaba « *[m]uy confidencial!!!!!! (en mayúsculas) Como podéis ver GLS está sacando un tender a nuestras espaldas, por favor no deis circulación a este correo ya que dejaríamos en una situación muy delicada a quien nos lo ha pasado. Le he pedido a (empleado de CEX) el estudio de rentabilidad de GLS y deberíamos hacer una propuesta antes de que esto sea oficial para ver si lo podemos parar. (Directivo de CEX) por favor chequea que todos los datos operativos que informa son ciertos, ok? Y cuales está pidiendo que no hacemos?? Lo hablamos. [...]* ».

En esta línea, en el correo de 14 de mayo de 2015, de cara a la elaboración de la oferta por REDYSER a solicitud de GLS, un directivo de REDYSER solicitó a un directivo de CEX que le indicara los precios que debía ofertar a GLS para que dicha empresa se mantuviera como cliente de CEX, donde decía « *Hola (Director Comercial de CEX), Tengo que hacerle una propuesta a (Director Comercial de GLS).*

*Dame "una pista", para que todo siga igual. [...]* ». A raíz de ese correo del directivo de REDYSER, internamente en CEX trabajaron para facilitar datos a REDYSER « *para que todo siga igual* » y que le ayudasen a confeccionar esa oferta concertada. Se envió un correo a varios directivos de CEX con el objetivo de que fuera enviado por el Director Comercial de CEX a REDYSER, aclarando que las tarifas que se hacían constar eran las que CEX cobraba a GLS, incrementadas entre un 4 y un 17% « *[d]e forma aleatoria y sin ningún patrón para evitar reconocer el origen [...]* ». Se pretendía que la oferta que eventualmente presentase REDYSER a GLS, basada en esas tarifas, fuera en todo caso más gravosa que las condiciones que en ese momento ofrecía CEX a GLS. Al



día siguiente, el 15 de mayo de 2015, el Director Comercial de CEX reenvió al Director General de REDYSER el correo electrónico preparado por el Responsable de Control de Gestión de CEX con las tarifas sobre las cuales no debería ofertar por debajo y, finalmente, el 22 de mayo de 2015 el Director General de REDYSER presentó su oferta al Director Comercial de GLS126, oferta que coincidía exactamente con la que CEX le había comunicado al alza el 15 de mayo de 2015.

Consta en comunicaciones telefónicas y WhatsApp que los días 5, 8, 18, 19 y 21 de mayo de 2015, los directivos de CEX y REDYSER permanecieron en contacto continuo. Estos contactos tenían por objeto las ofertas comerciales realizadas por CEX y REDYSER a las siguientes entidades AVON y SGEL.

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

La relación comercial entre MBE y CEX comenzó en 2011 y se detectó la existencia de un pacto de no agresión al menos desde febrero de 2012. Como explicación y ejemplo de ese acuerdo se destaca, en febrero de 2012, un correo interno en el que MBE le pregunta a CEX si el pacto mutuo que habían acordado de no agresión se extiende o no a Correos. Se preguntaba « *El acuerdo y pacto entre MBE y Chrono en relación al respeto mutuo de clientes también se hace extensible a los comerciales de Correos?? Entendemos que sí...*»; también en el expediente se recoge un email de MBE donde se advierte el reproche de CEX por ataques comerciales de MBE a sus clientes y las amenazas de toma de represalias; en 2013, a propósito de comunicaciones sobre el cliente ENINTER y el Grupo Correos, CEX intercede y le recuerda a MBE que el acuerdo entre MBE y CEX es recíproco; consta también en el expediente una cadena de correos en 2015 donde se alude al pacto de no agresión entre ambas empresas tratando de solucionar un conflicto con el cliente de MBE, FAGRON, al que CEX había presentado una oferta comercial. En concreto, en esta cadena de emails se expone que « *Crec que entre Mail Boxes i Chrono hi ha el tema del respectar els nostres clients tant de Mail boxes versus a Chrono i viciversa*»; y la central de MBE le contesta al franquiciado que «*Habitualmente Correos Express nos está respetando comercialmente*». En este caso, a pesar de que se trata de correos internos y en contra de lo ocurrido en otras ocasiones, los propios empleados reconocen el acuerdo existente con CEX, lo que se corrobora con las prácticas que la actora ha mantenido en sus relaciones bilaterales con las otras entidades. Por lo tanto, para la acreditación de la conducta imputada no se requiere la existencia de comunicaciones directas o correos que releven explícitamente el acuerdo no documentado.

Nada que objetar por parte de la Sala sobre elementos probatorios en los que se sustente la resolución sancionadora y su conexión con la culpabilidad en la comisión de la infracción que se imputa. Solo podemos añadir que los motivos y razones en los que se sustenta la infracción que se sanciona han sido detallados, explicados y relatados de manera suficiente y razonada en la resolución impugnada, sin que los derechos de derechos de defensa hayan resultado menoscabados. Presentó alegaciones ante la Administración y la posibilidad de prueba para refutar la procedencia de la sanción ha sido plenamente desplegada por la demandante en sede jurisdiccional sin restricción alguna, lo que descarta cualquier conato de indefensión que no supere el mero formalismo sin la transcendencia material que requiere para que resulte relevante.

**QUINTO.**- En síntesis, para explicar estos acuerdos y en aras de excluir la culpabilidad de la conducta imputada, dice la demanda que el respeto recíproco de clientes entre CEX y las demás empresas constituye una restricción accesorio. En ausencia de esta restricción, la principal operación no restrictiva resultaría de difícil o imposible realización, por lo que debe considerarse objetivamente necesaria y debidamente proporcionada. Esta explicación alternativa de los pactos en ningún caso ha supuesto una restricción de la competencia en el mercado. En esa misma línea, las restricciones que se reputan anticompetitivas eran necesarias dentro del mercado colaborativo en este sector como ha reconocido la propia Administración. Estamos ante relaciones verticales en las que se ha aplicado incorrectamente la infracción de cártel.

Anticipamos que los pactos verbales en los que se sustenta la infracción están lejos poder enmarcarse en el concepto comunitario que se tiene reservado a las consideradas «necesarias» para llevar a cabo la actividad de paquetería.

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





Conforme al apartado 29 de las Directrices Generales, el concepto de restricciones accesorias comprende cualquier supuesta restricción de la competencia que esté directamente relacionada con la realización de una operación principal no restrictiva, siempre que sea necesaria y proporcionada a la misma. Para que estemos ante una restricción accesoria, como pretende la actora, es necesario que sin ella resulte imposible llevar a cabo la operación principal. Así se apuntó en la STJUE 23 de enero de 2018, asunto C-179/16, Hoffman-La Roche y otros / Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, citada por la resolución impugnada y que la demanda parece obviar. Literalmente, en el punto 71 se decía que « [d] ebe averiguarse si sería imposible llevar a cabo dicha operación sin la restricción en cuestión. Por el hecho de que dicha operación sólo sería más difícilmente realizable, o generaría menos beneficios sin la restricción en cuestión, no puede considerarse que dicha restricción tenga el carácter de objetivamente necesaria exigido para ser calificada de accesoria. [...]».

No se están sancionando las relaciones de colaboración entre las diferentes empresas. La CNMC es plenamente consciente de las particularidades del mercado y de los acuerdos necesarios para la prestación de determinados servicios de mensajería y paquetería local o doméstica, donde la capilaridad de las empresas no puede llegar para dar servicio a sus clientes. Lo que se sancionan son los innumerables y detallados pactos verbales de no agresión que prohíben a una y otra parte intentar captarse mutuamente los clientes, y que en paralelo a las relaciones de colaboración ni eran necesarios ni justificaban la necesidad de este tipo de acuerdos.

Nada de lo descrito y reflejado en la resolución sancionadora explica la proclamada necesidad de los pactos o acuerdos, acuerdos que simplemente no eran necesarios para llevar a cabo la colaboración entre empresas, y por el contrario sí restringían injustificadamente la libre competencia entre quienes están llamados a competir en el mercado entre iguales y en relaciones horizontales.

Estamos ante una restricción por la que una parte se compromete a no competir con la otra respecto a cualquiera de sus clientes, al margen de que sean o no objeto de la relación comercial vertical entre ambos. Son clientes con los que no les unen una relación vertical y por los que deberían lícitamente competir. Desde el momento en que respecto a estos clientes se sitúan como competidores CEX, GLS y REDYSER, deberían estar en condiciones de poder ofrecer sus servicios, por lo que no cabe la imposición de un pacto horizontal restrictivo, y secreto, entre ambos competidores.

Afirma la actora que no son cárteles, que no hay secreto, y que se utiliza la infracción de cártel para justicia de la protección del clemente; no son empresas competidoras, por ejemplo, CEX tiene red nacional, GLS tiene una red internacional por carretera, FEDEX tiene una red aérea, e ICS tiene una red local en Madrid especialmente densa y eficiente.

A pesar de lo razonado en el escrito de demanda, sí estamos ante una infracción de cártel. Nos encontramos con un acuerdo competitivo entre varias empresas (al menos dos), lo que se desprende sin ninguna dificultad del relato de hechos probados al que nos hemos referido en el anterior fundamento. La particularidad de este caso es que en un único procedimiento no solo se sanciona un cártel, se describen y sancionan varios cárteles, independientes entre sí, aunque desplegados en el mismo mercado, formados esencialmente por pactos bilaterales de no agresión entre competidores.

Los acuerdos sí son secretos en la medida de que solo son conocidos en el estricto ámbito comercial de cada uno de los implicados, y en contra de lo que dice la actora sobre la relación de competencia entre las empresas implicadas, en el propio escrito de demanda, en el folio 24, donde se reconoce que CEX, por su tipo de red, sí es competidora al menos de REDYSER.

Hay una circunstancia que no explica la férrea defensa de la actora, y es que frente a la palmaria claridad del relato sobre el contenido de los acuerdos, no se sabemos cuál era la necesidad o la razón de ser de ese «respeto» al cliente ajeno, si como afirma la demanda no se trataba de empresas que operaban el mismo mercado. La relación de complementariedad que caracteriza a este mercado y el complejo entramado de las relaciones verticales ni se cuestiona ni es objeto de sanción en el presente procedimiento sancionador. Lo dice y advierte con meridiana claridad la resolución sancionadora, lo que no puede desvirtuarse en aras del derecho a la defensa, lo sancionado nada tiene que ver con las relaciones verticales ni los acuerdos de colaboración habituales y necesarios para el buen funcionamiento de este mercado.

**SEXTO.-** En último lugar dice que, subsidiariamente, el cálculo de la cuantía de las multas impuestas no ha sido debidamente motivado, la metodología utilizada es errónea e injusta y, además, las multas son totalmente desproporcionadas, lo que en todo caso debería implicar una reducción del importe de la sanción.

La resolución sancionadora especifica, de cara a la graduación de la sanción del artículo 62.4.a) de la LDC, que estamos ante infracción muy grave por conductas colusorias tipificadas en su artículo 1. Conforme al apartado c) del artículo 63.1 de la LDC, las infracciones muy graves podrán ser castigadas con multa de hasta



10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

Identifica correctamente la resolución el mercado afectado, su ámbito geográfico y la duración de la conducta, que para el caso del cártel de CEX con GLS extendió de septiembre 2005 a noviembre 2015, se le atribuye a CEX una participación en la infracción del 93,6%. El volumen de negocios total en 2017 de CEX fue de 206.687.275 euros, y se le aplicó un tipo sancionador del 6 %, a lo que correspondía una multa de 12.401.237 euros. La resolución reputa que el tipo sancionador es proporcionado a la gravedad y características de la infracción cometida, pero como en ocasiones la aplicación de ese porcentaje al volumen de negocios total de la empresa podría conducir a una sanción en euros que resultase desproporcionada en relación con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva, la reduce a 3.000.000 euros para GLS.

Respecto del cártel con REDYSER, se extiende de abril de 2011 a noviembre de 2015, y el porcentaje de participación de CEX fue del 79,3%, con idéntico volumen de negocios. Se le aplicó el tipo del 1,3 % a la actora, con una sanción de 2.686.935 euros. De cara a la proporcionalidad se tuvieron en cuenta las otras multas impuestas como consecuencia del resto de infracciones sancionadas en esta misma resolución. El objetivo era garantizar el máximo respeto al principio de proporcionalidad, la intensidad disuasoria de las sanciones correspondientes a las infracciones de menor dimensión de las empresas que están presentes en varias conductas de este expediente por lo que la modula a la baja.

En cuanto a la infracción por los acuerdos con MBE, se le atribuye una duración desde febrero de 2012 a abril de 2016 con una participación de CEX del 73,1 %. Se calculó para CEX un volumen de negocio en 2017 de 320.501.721 euros, un porcentaje del 1,3% lo que dio lugar a una sanción por 2.686.935 euros.

Las quejas sobre motivación y proporcionalidad en las sanciones impuestas por la CNMC en materia de competencia vienen siendo habituales y conocidas por las decisiones de esta Sala. En primer término, la cuantificación de la sanción se llevó a cabo siguiendo las líneas trazadas por la STS de 29 de enero de 2015, recurso 2872/2013E, que no vamos a reproducir por ser de sobra conocido por las partes que intervienen en este litigio. Siguiendo los parámetros de la citada sentencia y de los que no se aparta la resolución sancionadora, la cuantificación de la multa no carece de motivación ni tampoco resulta desproporcionada. Fija un porcentaje que sitúa por debajo de la media del tipo sancionador máximo, porcentaje que somete después a los ajustes que permiten adecuarlo a las circunstancias particulares de los intervinientes respecto del valor de referencia calculado para cada empresa a partir del beneficio ilícito estimado y del factor de disuasión.

En definitiva, son claros elementos que sirven para explicar la decisión que toma la Administración en la cuantificación de la nueva sanción, así como una ponderada y explicada motivación. Debemos tener presente que esta Sala ha reiterado en varias sentencias, entre las que podemos recordar las de 7 de abril de 2022, recurso 34/2018 o 18 de junio de 2021, recurso 523/2016, que « *[l]os criterios tenidos en cuenta para fijar el tipo sancionador aunque no cuantifique el porcentaje exacto que a cada uno corresponde sin que ello se traduzca en falta de motivación pues, como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14 P, AC- Treuhand AG "a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062 , apartado 123/81). [...]*».

Tampoco apreciamos la falta de proporcionalidad, principio que impone la debida relación entre el ilícito cometido y la sanción impuesta. En el presente caso, la sanción se ha determinado en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según el criterio de proporcionalidad, en relación con las circunstancias objetivas del hecho. Concretamente, el tipo sancionador aplicado se ha movido dentro de la escala prevista, por debajo incluso del porcentaje medio. Así, a la infracción del segundo cártel se le aplica solo un porcentaje del 1,3%, en atención a la concurrencia de otras infracciones y sanciones perseguidas en el mismo procedimiento, intentando equilibrar el monto total de todas las sanciones en relación con el beneficio ilícito obtenido, sin que por ello deje de tener, en su conjunto, el necesario carácter disuasorio.

**SÉPTIMO.-** Lo expuesto y siguiendo lo ya dicho por esta Sala en anteriores sentencias, nos lleva a la íntegra desestimación del presente recurso con expresa condena en costas a la recurrente, de conformidad con el artículo 139.1 de la LJCA.

**FALLAMOS**



Que debemos desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **CORREOS EXPRESS PAQUETERÍA URGENTE S.A.**, contra la resolución de 8 de marzo de 2018, expediente S/DC/0578/16 MENSAJERÍA Y PAQUETERÍA EMPRESARIAL, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, con expresa condena en costas a la parte actora.

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