

RESOLUCIÓN (Expte. 618/06, Logimail/Unipost)

CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Consejero
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero
D. Miguel Cuervo Mir, Consejero
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Consejera
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a María Jesús González López, Consejera
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

Madrid, a 23 de octubre de 2007

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, el Consejo), con la composición expresada y siendo ponente el Consejero D. Julio Costas Comesaña, ha dictado la presente Resolución en el expediente sancionador nº 618/06, *Logimail/Unipost*, incoado por el Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, el Servicio) con el nº 2610/05 a instancia de LOGIMAIL, S.L. contra UNIPOST, S.A. y GESTIÓN INTEGRAL DE CORREO, S.L. (en adelante, GIC) por supuestas conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), consistentes en la negativa sistemática e injustificada de recepción y curso de determinados envíos postales.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 29 de abril de 2005, se recibió en el Servicio escrito de D.M.S.O. en nombre y representación de LOGIMAIL S.L., en el que se formula denuncia contra UNIPOST S.A., por supuestas conductas prohibidas por la LDC, consistentes en la negativa sistemática e injustificada de recepción y curso de determinados envíos.
2. A la vista la información reservada practicada por el Servicio como diligencias previas al amparo de lo dispuesto en el art. 36.3 LDC, la

Directora General de Defensa de la Competencia, por Providencia de 31 de octubre de 2005, acordó la admisión a trámite de la denuncia formulada por LOGIMAIL, S.L. y la incoación de expediente sancionador contra UNIPOST, S.A. y GIC, S.L. por la realización de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el art. 1 LDC, que queda registrado con el nº 2610/05.

3. El Servicio practicó los actos de instrucción que juzgó necesarios para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades y, a la vista del resultado, por Providencia de fecha 2 de octubre de 2005, formuló Pliego de Concreción de Hechos en el que se concluye que UNIPOST, S.A. ha infringido el art. 1 LDC en sus acuerdos con su franquiciado GIC, al limitar a éste último su contratación con determinados clientes como LOGIMAIL, constituyendo la citada práctica una restricción de la competencia por parte del franquiciador UNIPOST sobre las actuaciones comerciales de sus franquiciados.

4. El Pliego de Concreción de Hechos fue notificado a las empresas interesadas, a las que se les dio plazo de 15 días que dispone el art. 37.1 para formular alegaciones y proponer pruebas. Concluido el plazo, ninguna de las interesadas propuso la práctica de prueba alguna y sólo UNIPOST, S.A. presentó alegaciones. Valoradas éstas, con fecha 30 de octubre de 2006 el Servicio formuló el Informe-Propuesta, en el que de conformidad con lo que establece el art. 37.3 LDC se propone al Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal o TDC):

***“Primero.-** Que una vez admitido a trámite el expediente y tras el procedimiento previsto en la LDC, se declare la existencia de la siguiente conducta prohibida: La infracción del artículo 1 de la LDC, por parte de UNIPOST S.A., en sus acuerdos con su franquiciado GIC, al limitar a éste último su contratación con determinados clientes como LOGIMAIL, la citada práctica supone una restricción de la competencia por parte del franquiciador UNIPOST sobre las actuaciones comerciales de sus franquiciados.*

***Segundo.-** Que se intime a UNIPOST S.A. para que en el futuro se abstengan de realizar estas prácticas prohibidas.*

***Tercero.-** Que se ordene a UNIPOST S.A. la publicación, a su costa, de la parte dispositiva de la Resolución que en su momento se dicte en el BOE*

y en un diario de información general que tenga difusión en todo el territorio nacional.

Cuarto.- *Que se adopten los demás pronunciamientos previstos en el artículo 46 de la LDC.”*

5. El 31 de octubre de 2006 el Servicio remitió el expediente sancionador al Tribunal, y en la misma fecha se recibió. Por Providencia del Pleno de 16 de noviembre, el Tribunal acordó admitirlo a trámite con el núm. 618/06 Logimail/Unipost, nombrar Ponente, declarar interesados a las empresas LOGIMAIL, S.L., UNIPOST, S.A. y GIC, S.L., y ponerlo de manifiesto a los interesados para que pudiesen proponer pruebas y solicitar la celebración de vista.

6. En este trámite procesal sólo compareció UNIPOST, S.A., que formuló alegaciones por medio de escrito de 13 de diciembre de 2006 en el que termina solicitando del Tribunal que declare que no ha quedado acreditada la comisión de la infracción del art. 1.1 LDC que le atribuye el Servicio y, a título subsidiario para el supuesto de que el TDC apreciase que la conducta denunciada incurre en aquella prohibición legal, que ésta no puede ser perseguida por los órganos de defensa de la competencia en aplicación de lo dispuesto en el art. 1.3 LDC por ser de menor importancia. Posteriormente, por escrito de fecha 22 de enero de 2007, al amparo de los arts. 35.e) y 79.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, formula nuevas alegaciones con el objeto de aportar al expediente fotocopia de lo que dice ser el “acuerdo suscrito entre Gestión Integral de Correo, S.L. (“GIC”) y Logimail para la prestación de los servicios de transporte y reparto de correo, que incluye también aquellos envíos que requieran el acceso a la red de UNIPOST”. Las otras empresas interesadas (LOGIMAIL, S.L. y GIC, S.L.) dejaron precluir su derecho a presentar alegaciones, proponer prueba y solicitar la celebración de vista.

7. Por Auto de 27 de febrero de 2007, el Pleno del Tribunal acordó conceder a los interesados plazo para formular conclusiones, e incorporar al expediente, como documento de parte, el que figura como anexo al escrito de UNIPOST, S.A. de 22 de enero de 2007. En su escrito de conclusiones de 22 de marzo de 2007, LOGIMAIL, S.L. termina solicitando del Tribunal que se declare; que ha existido infracción de los arts. 1 y 6 LDC por parte de UNIPOST, S.A. al establecer acuerdos colusorios con sus franquiciados para la recepción y envío de las mercancías de forma sistemática e injustificada, declarando que esta práctica supone una

restricción de la competencia por parte del franquiciador UNIPOST sobre las actuaciones comerciales de sus franquiciados; que se intime a UNIPOST, S.A. para que cese en su reiterado incumplimiento de no decepcionar ni enviar aquellas mercancías que LOGIMAIL deposite en sus dependencias, e igualmente que se le impongan las condiciones y obligaciones necesarias encaminadas a evitar la repetición de esta situación abusiva en el futuro; que se le imponga a UNIPOST una multa sancionadora y la publicación a su costa de la parte dispositiva de la resolución que dicte el Tribunal, y en un diario de información general de difusión en todo el territorio nacional. UNIPOST, S.A. en su escrito de conclusiones de 22 de marzo de 2007 se remite a lo manifestado en sus intervenciones previas ante el Servicio y el Tribunal. GIC no formuló conclusiones.

8. El 24 de julio de 2007, de conformidad con lo dispuesto en el art. 42 LDC, el Pleno del Tribunal acordó, para mejor proveer, la práctica de la diligencia de

“Requerir a la Subsecretaría del Ministerio de Fomento, de la que depende jerárquicamente la Subdirección General de Regulación de Servicios Postales del Ministerio de Fomento, en cuanto que órgano regulador postal (art. 11.5.f) del RD 1476/2004, de 19 de abril), para que, en el plazo de 1 mes, comunique a este Tribunal los datos disponibles sobre cuota de mercado, por volumen y facturación, de Correos y Telégrafos, Unipost S.A. y otros operadores postales que estén activos en España en el mercado de los servicios postales liberalizados desde el año 2004 hasta la actualidad. Estos datos, en la medida en que sea posible, deben presentarse para todo el mercado postal liberalizado y, desagregados, para los mercados de correspondencia personal o entre particulares y de correspondencia empresarial o corporativa.”

En esta misma Providencia de diligencia para mejor proveer, en aplicación del art. 56.2 LDC, el Tribunal acordó la suspensión del plazo para dictar Resolución en este expediente sancionador desde la fecha de la Providencia. La Subdirección General de Regulación de Servicios Postales del Ministerio de Fomento dio cumplimiento al requerimiento de información mediante escrito de fecha 24 de agosto de 2007, que entró en el Tribunal el 28 siguiente. Por medio de Providencia del Ponente de 4 de septiembre de 2007, se acordó unir al expediente la documentación referida documentación remitida por el Ministerio de Fomento, y se puso

de manifiesto a las partes para alegaciones por un plazo de 10 días. Dentro de este plazo LOGIMAIL, S.L. formuló alegaciones por medio de escrito de 18 de septiembre de 2007, en el que reitera la existencia de infracción por UNIPOST, S.A. de los arts. 1 y 6 LDC y los demás pedimentos dirigidos al Tribunal realizados en su escrito de alegaciones de 22 de enero de 2007.

9. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia deliberó y falló esta Resolución en su reunión del día 4 de octubre de 2007.

10. Son interesados:

- LOGIMAIL, S.L.
- UNIPOST, S.A.
- GESTIÓN INTEGRAL DE CORREO, S.L.

HECHOS PROBADOS

De la investigación practicada por el Servicio así como de las actuaciones realizadas en la fase de procedimiento ante el Tribunal, se consideran como hechos probados relevantes para la resolución de este expediente sancionador los siguientes:

1º.- LOGIMAIL, S.A. es un operador postal -de logística postal- que realiza servicios de recogida a domicilio, clasificación e incluso transporte, pero la distribución la subcontrata a otros operadores postales, frente a los que actúa como intermediario. Actualmente está radicada en la localidad madrileña de Coslada.

UNIPOST, S.A. es la sociedad cabecera de un grupo de empresas privadas activas en el sector de la distribución de correspondencia que, controlada por diversos accionistas particulares y por el grupo alemán Deutsche Post, gestiona una red de distribución de envíos postales de ámbito nacional, bajo la marca UNIPOST. Este operador presta servicios postales bajo dos

regímenes. Por un lado, presta a sus propios clientes (como cualquier otro operador postal) todos los servicios postales que permite la legislación. Por otro lado, dispone de una red de franquicia con operadores locales. UNIPOST, S.A. actúa directamente en 245 localidades españolas, dando cobertura a 11 millones de habitantes, lo que representa aproximadamente el 27,5% de la población residente en España. Esa cobertura se completa con una red de corresponsales locales, constituida por aproximadamente 135 operadores privados (franquiciados y otros) con los que ha celebrado acuerdos operativos, que ofrecen sus servicios a un total de 1025 localidades y a 16 millones de habitantes.

Gestión Integral de Correo, S.L. (GIC) está ubicada en Coslada y es uno de los franquiciados de UNIPOST, S.A., que tiene como zona de influencia comercial la zona conocida como el “corredor del Henares”.

2º.- El Servicio considera acreditados los hechos denunciados por LOGIMAIL, S.L. y, como tales, no discutidos por las empresas denunciadas S.A., que se centran en tres negativas de suministro de servicios postales por parte de UNIPOST y de su franquiciado GIC a LOGIMAIL.

La primera conducta consiste en la negativa de recepción, en la oficina de UNIPOST en Barcelona, de cuatro pallets de revistas para distribución domiciliaria en esa ciudad. Para solventar dicha negativa, el 19 de octubre de 2004 se personó en las oficinas de UNIPOST un representante de LOGIMAIL acompañado de notario. En el acta notarial se recoge que la mercancía se admitió para su tratamiento postal, a la vez que el representante de LOGIMAIL entregaba un cheque por el importe de los servicios. En ese momento, relata también el acta, el representante de UNIPOST entregó al de LOGIMAIL una carta de UNIPOST donde se indica que debido al retraso en el pago de una factura de abril de 2003, se cobrarán todos los servicios al contado. En la misma carta el representante de LOGIMAIL manifestó su disconformidad con la citada factura pendiente, añadiendo que facturas posteriores fueron pagadas.

La segunda conducta tuvo lugar el 21 de febrero de 2005. LOGIMAIL recibió una carta de GIC en la que textualmente se dice: “(..) *dado que UNIPOST-MADRID, no nos acepta estos envíos, de los envíos de estos días hemos sacado para su reparto las poblaciones de la Comunidad de Madrid.*”.

Presentándose el representante de LOGIMAIL junto con un notario en las oficinas de GIC, solicitó la admisión de los envíos nuevamente el 22 de febrero. El representante de GIC indicó, según se recoge en el acta notarial remitida por el denunciante, que sólo se podía hacer cargo de los envíos que hayan de entregarse en la denominada red local y devolviendo al representante de LOGIMAIL el resto de envíos con otros destinos, indicándole que debería presentarlos en las oficinas de UNIPOST, pues ésta les ha indicado que deben ser entregados a ella directamente y no a través de su franquicia.

La tercena negativa de suministro denunciada se recoge en la respuesta a la solicitud de información que el Servicio dirigió al denunciante el 1 de junio de 2005, sobre si se había producido algún incidente más aparte de los ya comentados en su escrito de denuncia. En la misma, LOGIMAIL manifestó lo siguiente: El 13 de mayo de 2005, la empresa TRAFITRANS S.L., contratada por LOGIMAIL S.L., depositó 14.000 cartas de 280 gramos de peso para su distribución y envío en los locales de GIC, en Coslada. Ésta última no admitió los envíos por orden de UNIPOST, declarando la denunciante que la admisión se condicionaba a la entrega de una copia de la oferta del envío aceptada por el cliente, en este caso la embajada francesa. Dado que LOGIMAIL se negó, se le requirió para que retirara los envíos, salvo los que estaban en la zona de reparto de GIC. En el expediente del Servicio (folio 65) consta una carta de GIC dirigida a TRAFITRANS S.L. donde se indica: *“que los envíos que no pertenecen a las plazas en que G.I.C. desarrolla su actividad, se los tenemos que devolver debido a que la central de UNIPOST Madrid no los admite al entrar fuera de nuestra cobertura y pertenecer a un cliente de Madrid.”*.

3º.- Del examen del contenido del modelo de contrato de franquicia UNIPOST, así como los documentos llamados “Reglamento Operativo de la Franquicia UNIPOST” y “Manual de Operaciones” que recogen el funcionamiento de la red UNIPOST en lo que se refiere a la prestación de los servicios postales, así como de las aclaraciones realizadas por UNIPOST a UNIPOST a solicitud del Servicio, resulta que el sistema de franquicia UNIPOST se caracteriza porque:

El franquiciador es el único titular de la red logística sustentadora de los distintos intercambios, de tal forma que ningún franquiciado, aún en el caso de que fuera propietario de dos o más establecimientos en los que se ejerza la actividad franquiciadora, podrá realizar dicho transporte sin el expreso

consentimiento del franquiciador.

La compañía UNIPOST S.A. gestiona la Red Logística y los centros de clasificación e intercambio masivos de correspondencia. Todas las compañías franquiciadas son entidades jurídicas independientes y tienen total libertad de actuación en su ámbito geográfico.

Existen una serie de condiciones operativas de clasificación y entrega de correspondencia que todos los franquiciados deben cumplir.

Los acuerdos de franquicia contemplan una exclusiva territorial de los franquiciados, que no limita las ventas pasivas de servicios postales pero sí las activas, así como la reserva de grandes clientes por parte del franquiciador.

El contrato de franquicia de UNIPOST establece un precio por la franquicia, que no será devuelto al franquiciado tras la expiración del contrato, el pago de unos royalties por la marca y uso de los servicios prestados por el franquiciador así como un canon de publicidad.

Es el mismo franquiciado quien factura los servicios de distribución local a su cliente, sea con pago aplazado o al contado. Los franquiciados tanto pueden admitir envíos al contado como a crédito en el caso de envíos que necesiten de la red UNIPOST para su distribución. Tampoco en este caso deben solicitar, ni solicitan, autorización a UNIPOST para su admisión.

En cuanto a los precios de venta al público, que aplicará el franquiciado por los servicios prestados, el contrato establece unos precios recomendados por el franquiciador (constan en el expediente facturas de algunos de sus franquiciados donde se recogen precios inferiores a los recomendados).

4º.- El Servicio solicitó información a un total de 11 franquiciados y a GIC sobre el acceso de los envíos a la Red UNIPOST y las condiciones de

facturación y precios de los servicios prestados. Todos ellos manifestaron que admiten todo tipo de envíos de los contemplados en la ley postal como liberalizados, y que no consultan con UNIPOST si pueden ser admitidos o no, sino que los envían directamente a las plataformas de UNIPOST. Parte de esos envíos son directamente distribuidos por ellos (los que van dirigidos a los lugares donde tiene cobertura territorial) y el resto se entregan para su distribución en la Red UNIPOST. En cuanto a los cobros de los servicios, indicaron que aplican sus propias tarifas, que no tienen porqué coincidir con los precios recomendados por UNIPOST aunque en ocasiones sí coinciden. Así mismo, añadieron que nunca inadmitieron envíos por orden de UNIPOST.

El cobro de los servicios contratados por un cliente con un franquiciado lo lleva a cabo cada franquiciado. Así lo demuestran las facturas que obran en el expediente. Por tanto, es cada franquiciado quien asume el riesgo de impago de los servicios que el cliente contrata, o bien UNIPOST, si los servicios se contratan por un cliente directamente con una de sus delegaciones propias. En su respuesta al Servicio, GIC indicó que su empresa cobra directamente los servicios demandados por su cliente, pero que no obstante consulta con UNIPOST y con el resto de franquiciados si admite los envíos; y añadió que no recibió notificación por parte de UNIPOST de que LOGIMAIL había pasado a ser un cliente al contado, pero que no hace diferencias entre un cliente a crédito y un cliente al contado. No obstante, en sus declaraciones ante los funcionarios del Servicio, el representante de GIC (Sr. A.) declaró que no consulta a UNIPOST sobre la admisión de envíos de sus clientes, sino que admite todos los envíos, pero añadió que: *“únicamente puede darse una negativa de admisión, por parte de UNIPOST, cuando GIC hace entrega de los envíos en los centros/plataformas de UNIPOST. (...) En cuanto a lo ocurrido con LOGIMAIL, en relación con los hechos denunciados, GIC entregó los envíos en la plataforma de UNIPOST de Madrid, y fue UNIPOST el que se negó a admitirlos y hubo que devolverlos a LOGIMAIL”*. Manifestando que: *“el franquiciador (UNIPOST) es el titular de casi todas las plataformas y red logística, pudiendo decidir si admite o no determinados envíos.”* También declaró que las negativas de admisión por parte de UNIPOST sólo las han tenido en los envíos de LOGIMAIL. En sus declaraciones ante el Juzgado nº 3 de Coslada, en el procedimiento abreviado nº 1984/2005, sobre la negativa de suministro a los envíos entregados por TRAFITRANS, GIC indicó que: *“los envíos que se deniega la distribución lo hace UNIPOST, que supone que depende de la relación que tiene UNIPOST con LOGIMAIL”*.

5º.- De acuerdo con los datos aportados por la Subdirección General de Regulación de Servicios Postales del Ministerio de Fomento, la estructura del mercado español de los servicios postales liberalizados en los años 2004 a 2006 es la siguiente:

		Correos y Telégrafos, S.A.		Unipost, SA		Resto operadores		Total mercado	
		Nº envíos	Volumen de negocio	Nº envíos	Volumen de negocio	Nº envíos	Volumen de negocio	Nº envíos	Volumen de negocio
2004	Envíos empresariales	79,38%	85,86%	17,58%	10,67%	3,04%	3,47%	100,00%	100,00%
	Envíos particulares	99,54%	99,60%	0,13%	0,06%	0,33%	0,34%	100,00%	100,00%
	TOTAL MERCADO	83,65%	90,66%	13,88%	6,96%	2,47%	2,38%	100,00%	100,00%
2005	Envíos empresariales	77,44%	85,23%	19,65%	11,43%	2,91%	3,34%	100,00%	100,00%
	Envíos particulares	99,43%	99,59%	0,24%	0,06%	0,32%	0,35%	100,00%	100,00%
	TOTAL MERCADO	80,71%	90,16%	16,76%	7,52%	2,53%	2,31%	100,00%	100,00%
2006	Envíos empresariales	75,61%	84,51%	21,71%	12,32%	2,68%	3,17%	100,00%	100,00%
	Envíos particulares	99,37%	99,59%	0,30%	0,06%	0,33%	0,36%	100,00%	100,00%
	TOTAL MERCADO	78,52%	89,70%	19,09%	8,10%	2,39%	2,20%	100,00%	100,00%

En el mercado más estrecho de los servicios postales liberalizados de correspondencia empresarial o corporativa, la presencia de los dos principales operadores postales, desagregada por tipos de envíos postales y de clientes, es la siguiente:

			CORREOS Y TELÉGRAFOS, SA		UNIPOST, SA	
			Nº envíos	Volumen negocio	Nº envíos	Volumen negocio
2004	cartas	G. clientes	78,03%	87,71%	19,67%	9,99%
		resto	56,68%	82,15%	35%	9,65%
	Resto envíos postales	G. clientes	83,23%	85,54%	15,27%	12,96%
		resto	80,71%	84,98%	12,09%	7,82%
2005	cartas	G. clientes	76,23%	87,48%	21,67%	10,42%
		resto	54,24%	82,04%	37,76%	9,96%
	Resto envíos postales	G. Clientes	81,58%	84,67%	17,12%	14,03%
		resto	78,58%	84,04%	14,42%	8,96%
2006	cartas	G. clientes	71,65%	85,11%	26,35%	12,89%
		resto	53,81%	81,70%	38,29%	10,40%
	Resto envíos postales	G. clientes	80,97%	84,69%	17,83%	14,11%
		resto	78,33%	84,70%	14,77%	8,40%

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- LOGIMAIL afirma que las negativas injustificadas de recepción de envíos por parte de UNIPOST y algunos de sus franquiciados han sido sistemáticas desde el mes de octubre de 2004, y sólo para que quedara constancia fehaciente de esta conducta, la devolución de varios de los envíos postales se realizó en presencia de Notario, eligiéndose Barcelona y Madrid por ser las más representativas (folio 22 y s. del TDC). Una situación que, según LOGIMAIL, se ha mantenido hasta enero de 2007. Este carácter sistemático a su juicio se acredita con las cifras de facturación aportadas al expediente y las propias manifestaciones de GIC y de UNIPOST.

LOGIMAIL considera que esta conducta de UNIPOST ha sido concertada con sus franquiciados (que han aceptado por su posición de inferioridad), por lo que existe infracción de la prohibición de colusión del art. 1 LDC. Pero,

además, sostiene que estos acuerdos colusorios constituyen al tiempo un abuso de la posición dominante que ostenta UNIPOST frente a LOGIMAIL, ya que siendo el único operador privado con cobertura nacional su contratación por ésta resultaría imprescindible para el desarrollo de sus actividades de logística postal.

A parte de que la denunciante parece referirse más al abuso de situación de dependencia económica prohibido por la letra b) del apartado 1º del art. 6 LDC que al ilícito de abuso de posición dominante prohibido en la letra a) del mismo precepto legal, lo cierto es que el Servicio sólo imputa y propone al Consejo que se declare la infracción del art. 1 LDC por parte de UNIPOST S.A., “en sus acuerdos con su franquiciado GIC, al limitar a éste último su contratación con determinados clientes como LOGIMAIL”. De conformidad con el art. 43 LDC la calificación realizada por el Servicio limita el ámbito subjetivo, material y temporal del enjuiciamiento que puede realizar el Consejo en el marco de un expediente sancionador, salvo que éste acordase la recalificación de la cuestión sometida a su conocimiento por estimar que ha sido apreciada debidamente por el Servicio. No estimándolo así en este expediente, en los fundamentos siguientes se procede al análisis de la conducta imputada a la luz de los hechos que se consideran acreditados en el expediente, considerando las alegaciones de las partes y la valoración realizada por el Servicio, todo ello de conformidad con lo que dispone la Ley 19/1989, de 16 de julio, de Defensa de la Competencia.

Segundo.- La primera conducta denunciada hace referencia a la negativa de recepción, en la oficina de UNIPOST en Barcelona, de cuatro pallets de revistas para distribución domiciliaria en esa ciudad. UNIPOST considera que su conducta resulta de la aplicación de las normas que regulan sus relaciones comerciales con sus clientes. En particular, manifiesta que *“el mismo día 19 de octubre de 2004, ante un retraso en el abono de una factura de 30 de abril de 2003, reiteradamente reclamada, UNIPOST no tuvo otro remedio que, siguiendo la política fijada en su manual de funcionamiento y aplicada a otros clientes que incumplen, pasar a LOGIMAIL a cliente al contado”*. UNIPOST añade que: *“las revistas fueron recepcionadas, el servicio prestado y abonado, a pesar de que a fecha de hoy sigue pendiente la factura de abril de 2003, por lo que necesariamente deberán satisfacerse al contado los servicios que LOGIMAIL solicite a UNIPOST.”*. A este respecto, UNIPOST remite la carta de fecha 19 de octubre de 2004 en la que notifica a LOGIMAIL el motivo de su paso a cliente al contado y en la que LOGIMAIL alegó, entre otros, que no estaba conforme con la citada factura por determinados errores. LOGIMAIL ha alegado que no es cierto que se hayan producido reiterados

impagos, ni que hubiera retraso en el abono de la factura de 30 de abril de 2003. Respecto de esta factura se aduce que se comunicó a UNIPOST que tenía que existir algún error. Pero, a mayor abundamiento, afirma que tampoco se admitieron envíos con pago al contado, razón por la que se decidió acudir a un notario para que levantase acta y, entonces, sí fue admitido el envío.

El Consejo coincide con el Servicio en considerar que estos concretos hechos constituyen un mero conflicto *inter partes* ajeno o sin ninguna repercusión sobre el bien jurídico protegido por la Ley de Defensa de la Competencia. Esta negativa de suministro parece encontrar justificación en las discrepancias comerciales existentes entre las dos empresas sobre el impago de una factura, lo que lleva a UNIPOST a exigir en adelante que LOGIMAIL pague al contado los servicios que le preste. Conflicto empresarial que quedó solventado tras el pago al contado de los servicios contratados por LOGIMAIL a UNIPOST.

Tercero.- La segunda conducta denunciada tuvo lugar el 21 de febrero de 2005. LOGIMAIL recibió una carta de GIC manifestándole la no aceptación, por orden de UNIPOST, de determinados envíos postales, de los que se sacaron para su reparto los correspondientes a las poblaciones de la Comunidad de Madrid, que textualmente dice: “(..) *dado que UNIPOST-MADRID, no nos acepta estos envíos, de los envíos de estos días hemos sacado para su reparto las poblaciones de la Comunidad de Madrid.*”. Presentándose el representante de LOGIMAIL junto con un notario en las oficinas de GIC, solicitó la admisión de los envíos nuevamente el 22 de febrero. El representante de GIC indicó, según se recoge en el acta notarial remitida por el denunciante, que sólo se podría hacer cargo de los envíos que hayan de entregarse en la denominada red local y devolviendo al representante de LOGIMAIL el resto de envíos con otros destinos, indicándole que debería presentarlos en las oficinas de UNIPOST, pues UNIPOST les ha indicado que deben ser entregados a ella directamente y no a través de su franquicia.

En un primer momento UNIPOST alegó ante el Servicio que nada tenía que ver con esa conducta. En particular afirmó: “*no podemos dar respuesta al requerimiento efectuado por cuanto se refiere a hechos y manifestaciones en los que UNIPOST no intervino directa o indirectamente (...) Como acredita el Pacto Decimonoveno del contrato de franquicia acompañado, el franquiciador y el franquiciado se mantiene jurídicamente independientes, con lo que no ha*

lugar a denunciar y exigir responsabilidades a UNIPOST por esa supuesta conducta". No obstante, añadía que: "En todo caso debe recordarse que LOGIMAIL ha devenido un cliente de pago al contado, y esa importante modificación sí tuvo que ser debidamente informada a los franquiciados que trabajan con la denunciante. Esa podría ser la razón de imputar a UNIPOST una supuesta "orden" de no aceptación, que más propiamente cabría definir como indicación de aceptación previo pago al contado. Es más, podría tratarse perfectamente de un envío interurbano de cartas postales que, por establecerlo así el artículo 18.1.B de la Ley 24/1998 (...) no podría admitirse, ante lo que cabría su devolución".

Esta última alegación también la formula UNIPOST en relación con la tercera de las conductas denunciadas, consistente en la negativa de GIC a instancias de UNIPOST a recepcionar el depósito hecho por la empresa TRAFITRANS S.L. (contratada por LOGIMAIL) de 14.000 cartas de 280 gramos de peso para su posterior distribución y envío. Así, en la carta de GIC dirigida a TRAFITRANS (folio 65 del Servicio) aquél afirma "que los envíos que no pertenecen a las plazas en que G.I.C. desarrolla su actividad, se los tenemos que devolver debido a que la central de UNIPOST Madrid no los admite al entrar fuera de nuestra cobertura y pertenecer a un cliente de Madrid.". Por su parte UNIPOST, en respuesta a un burofax remitido por el representante de LOGIMAIL, afirma "por establecerlo así el artículo 18.1 B de la Ley 24/1998 (...), no podrá admitirse el envío de las 14.000 cartas por tratarse de un envío interurbano de cartas postales, ante lo que sólo cabía su devolución". Sin embargo, en las posteriores comparecencias ante el Servicio (folio 309) y ante el Tribunal (folios 17 y s.), UNIPOST abandona esta línea argumental de defensa en beneficio de la alegación general de que la finalidad de estas conductas, lejos de tener por objeto sacar del mercado a LOGIMAIL apropiándose de los clientes, era conseguir de una vez por todas que cuando LOGIMAIL deposite envíos en los locales propios de UNIPOST, S.A. o en locales de franquiciados que a través de la Red UNIPOST acaben llegando a UNIPOST, S.A. cumplan estrictamente las normas de acondicionamiento que obligan a todos los clientes de la Red.

El Consejo comparte con el Servicio la opinión de que estas dos negativas de suministro (de 21 de febrero y de 13 de mayo de 2005) no están justificadas, ya que a las alegaciones formuladas por UNIPOST cabe objetar lo siguiente. Aun cuando resulta posible que UNIPOST notificara a GIC que LOGIMAIL había pasado a ser un cliente al contado [GIC lo niega], este hecho no justificaría que el franquiciado no le admita los envíos que deben circular por la Red de UNIPOST cuando sí admite los envíos que distribuirá él directamente. Consta en el expediente que GIC no distingue en el tratamiento de los clientes si pagan al contado o a plazo, y que asume el riesgo en cada

operación pues es él, como franquiciado, el que factura los servicios contratados, circulen o no por la Red UNIPOST. Por tanto, carece de sentido que GIC asuma el riesgo de impago en la prestación de los envíos postales que él distribuye directamente y, sin embargo, no asuma el riesgo y decida no vender servicios de la Red de UNIPOST. Todo ello tendría, además, como contrapartida una menor facturación por parte de GIC. En cuanto a la alegación de que los servicios demandados fueran servicios reservados, también es necesario convenir con el Servicio –según se recoge en la documentación obrante en el expediente-, que los citados envíos postales no estaban incluidos en el artículo 18.1.b de la Ley 24/1998, ya que la reserva que establece dicha Ley, a la fecha de los hechos, es de cartas interurbanas hasta 100 gramos de peso, por lo que las cartas en litigio no forman parte del servicio postal universal reservado. Finalmente, en relación con la alegación de que la negativa responde al objetivo de que LOGIMAIL acepte el necesario acondicionamiento de los envíos de cara a facilitar el tratamiento de los mismos, el Consejo también coincide con el Servicio en su valoración de que ésa tampoco es razón que justifique la negativa de suministro. El cumplimiento de los requisitos de clasificación y acondicionamiento de los envíos postales que se entregan para su distribución a través de la red UNIPOST es un elemento de negociación entre las partes, y si un cliente no los cumple la conducta lógica de quien deniega el suministro es indicar claramente que ésta, y no otra, es la causa del mismo, y ello con el objeto de evitar que al cliente le llegue información confusa que no justifica la inadmisión de los envíos y que, en último término, puede conducir a su pérdida como cliente. Sin embargo, la documentación obrante en el expediente pone de relieve que ni UNIPOST ni su franquiciado GIC han esgrimido en sus relaciones con LOGIMAIL este argumento, sino otros bien distintos: a) En la carta de GIC a LOGIMAIL de 21 de febrero de 2005 tan sólo refiere que “...UNIPOST-MADRID, no nos acepta estos envíos...”; b) En el Acta notarial de 22 de febrero de 2005 se indica que: “(...) por el mismo señor que nos atiende, don A. A. se comunica a la requirente que puede retirar varias cajas de envíos anteriores, al haber sido rechazados por UNIPOST-MADRID, que les ha señalado que dichos envíos tienen que ser entregados directamente a ella y no a través de ninguna franquicia”; c) En la carta de GIC a TRAFITRANS de 17 de mayo de 2005 remitida al SDC por UNIPOST se señala que “los envíos que no pertenecen a las plazas en que GIC desarrolla su actividad, se los tenemos que devolver debido a que la central de UNIPOST MADRID, no los admite al entrar fuera de nuestra cobertura y pertenecer a un cliente de Madrid.”; d) Finalmente, en la carta del representante legal de UNIPOST en respuesta a un burofax del representante de LOGIMAIL para justificar los hechos acaecidos el 13 de mayo de 2005 se afirma “(...) por establecerlo así el artículo 18.1.b de la Ley 24/1998 (...), no podría admitirse el envío de las 14.000 cartas por tratarse de un envío interurbano de cartas postales, ante lo que sólo cabía su devolución”. Pero,

por si no estuviese clara la falta de consistencia de esta alegación, resulta que LOGIMAIL sí ha acreditado, con aportación de factura al expediente, que en alguna ocasión ha contratado con GIC servicios de acondicionamiento de envíos.

En definitiva, el Consejo considera que estas dos negativas de suministro denunciadas no están objetivamente justificadas, no responden a disputas o diferencias comerciales entre las partes denunciante y denunciadas, ni tampoco tienen amparo legal. Por tanto, procede analizar si tienen el origen concertado que le imputa el Servicio o, por el contrario como afirma UNIPOST, son conductas unilateralmente adoptadas por ella y, por tanto, ajenas al ámbito de aplicación del art. 1.1 LDC.

Cuarto.- Para el Servicio, las negativas de suministro de 21 de febrero de 2005 y de 13 de mayo de 2005, dado que se llevan a cabo a través del franquiciado de UNIPOST, responden a la decisión del franquiciador que acuerda con el franquiciado (GIC) la inadmisión en la Red UNIPOST de los envíos de LOGIMAIL.

El Servicio reconoce que no obra en el expediente documento alguno que recoja explícitamente dicho acuerdo, pero siguiendo lo señalado por el TDC en numerosas ocasiones (entre otras, en la Resolución *Trasmediterránea/Euroferrys/Buquebus* de 13 de junio de 2003, Expte. 543/02), afirma que en los procedimientos en materia de competencia es frecuente acudir a la prueba de presunciones para demostrar la existencia de una infracción, o de descartarla, cuando se trata de prácticas colusorias.

Así, en lo que se refiere al requisito relativo a la existencia de unos hechos base o indicios de infracción plenamente demostrados, el Servicio sostiene que *“...las negativas de suministro, en concreto las de 21 de febrero de 2005 y de 13 de mayo de 2005, llevadas a cabo directamente por GIC, franquiciado de UNIPOST, han sido admitidas por las partes y están acreditadas en el expediente. Es más, la inadmisión por parte de GIC de envíos de LOGIMAIL que requieren servicios postales relacionados con el uso de la Red UNIPOST, se mantiene hasta la fecha [del Informe-Propuesta], como refleja la disminución del volumen de envíos interurbanos tratados por LOGIMAIL y contratados a GIC, que han pasado de 59.189 en 2004 a cero actualmente”*. En segundo lugar, en lo referente a que la relación causal entre estos indicios y los hechos presumidos esté suficientemente razonada, el Servicio afirma que la inadmisión por parte de GIC de los envíos de LOGIMAIL que deben circular por la Red UNIPOST sólo se puede explicar por un acuerdo entre

UNIPOST y su franquiciado GIC para inadmitirlos. No cabe otra explicación cuando GIC sí admite los envíos de LOGIMAIL que distribuye directamente, asumiendo el riesgo de un posible impago en la prestación de dichos servicios. UNIPOST S.A. puede realizar estas conductas amparándose en la discrecionalidad que le concede el contrato de franquicia en orden a la admisión de envíos en su Red, porque si bien es cierto que ésta no se establece de forma explícita en los documentos que han sido facilitados al Servicio y que recogen los acuerdos de franquicia UNIPOST, se considera que dicha discrecionalidad podría tener cabida en las afirmaciones recogidas en el Reglamento operativo de la franquicia que declaran que: *“El franquiciador es el único titular de la red logística sustentadora de los distintos intercambios”*. Una conducta de UNIPOST que es admitida por su franquiciado, que se encuentra en una posición de debilidad frente a las decisiones del franquiciador. Éste decide y el franquiciado acata. Esta realidad se proyecta en las negativas de suministro imputadas y en las cartas remitidas por GIC a LOGIMAIL justificando la inadmisión de los envíos susceptibles de circular por la Red UNIPOST: *“dado que UNIPOST no nos acepta estos envíos, de los envíos de estos días hemos sacado para su reparto las poblaciones de la comunidad de MADRID”*; *“(…) les comunicamos que los envíos que no pertenecen a las plazas en que GIC desarrolla su actividad, se los tenemos que devolver debido a que la central de UNIPOST Madrid, no los admite al entrar fuera de nuestra cobertura y pertenecer a un cliente de Madrid.”*; y finalmente *“UNIPOST MADRID sigue manteniendo la misma postura, referente a que los envíos que proceden de LOGIMAIL solamente los podemos aceptar a nivel local.”*. Todo ello permite, a juicio del Servicio, que UNIPOST lleve a cabo una política de restricción de las ventas de servicios postales de sus franquiciados a determinados clientes más allá de lo explícitamente establecido en el acuerdo de franquicia. Por último, por lo que hace al requisito de la prueba de presunciones de que no existan otras justificaciones que expliquen los indicios de infracción, el Servicio considera que las alegaciones expresadas por UNIPOST son objetables, y no permiten explicar los hechos de negativa de suministro de GIC a LOGIMAIL, por lo que se demuestra que las mismas responden a un acuerdo entre el franquiciado y el franquiciador.

Frente a esta argumentación del Servicio sobre la existencia de acuerdo colusorio, compartida por la denunciante LOGIMAIL, UNIPOST alega que no es cierto que disponga de discrecionalidad para limitar el acceso a la red de intercambio de los envíos remitidos por sus franquiciados. Asimismo, considera que no se ajusta a derecho la extrapolación de un hecho puntual, que únicamente afecta a un franquiciado (GIC) y a un cliente (LOGIMAIL), al conjunto de la red de franquicia, para concluir que UNIPOST limita con carácter general las ventas de servicios postales de sus franquiciados. Esta

forma de proceder del Servicio se considera contraria a la doctrina del Tribunal (se cita la Resolución DIASA de 18/06/2002 en la que el TDC advierte sobre la distorsión que puede suponer extrapolar las declaraciones de unos pocos franquiciados al conjunto de la red de franquicia), pues el Servicio al establecer esa conclusión no está dando ningún valor probatorio (o menor respecto del que concede a las manifestaciones de GIC) a lo manifestado por los 11 franquiciados consultados por el Servicio en el sentido de que siempre han admitido cualquier tipo de envíos libremente y sin consultar a UNIPOST. Afirma, también, que la facultad de rechazar, en calidad de gestor del sistema de intercambio, aquellos envíos que de conformidad con el Manual de Operaciones no cumplen los requisitos de acondicionamiento y clasificación, constituye una conducta unilateral que no tiene nada de arbitraria y en modo alguno responde a la existencia de un acuerdo colusorio con GIC como afirma el Servicio. Niega UNIPOST que GIC se haya aquietado a las negativas de 21 de febrero y de 13 de mayo de 2005, por cuanto de sus propias declaraciones que constan en el expediente se desprende que no comparte la decisión de UNIPOST, sin que el Servicio haya probado lo contrario; la existencia de aquiescencia expresa o tácita (STJ Adalat de 6.01.2004). Y añade que al ser el franquiciado quien asume el riesgo de impago, difícilmente se puede presumir que exista aquiescencia por parte de GIC ante la decisión unilateral (conforme con las normas que rigen la relación de franquicia) de UNIPOST de no admitir los señalados envíos de LOGIMAL. Por tanto, al no existir concordancia de voluntades entre dos operadores independientes, concluye UNIPOST que los motivos que le llevaron a denegar el acceso de LOGIMAIL a la red de intercambio carecen de toda trascendencia en el ámbito del Derecho de defensa de la competencia.

Es doctrina constante de las autoridades de competencia comunitarias y española que la prohibición de colusión del art. 1.1 LDC (y del art. 81 TCE) exige la concordancia de voluntades entre, por lo menos, dos partes, careciendo de importancia la concreta forma en que se manifiesta, siempre que constituya la fiel expresión de tales voluntades (entre otras, STPI Adalat de 26.01.2000, apartado 69). Estas mismas autoridades tienen también reconocido que, en el ámbito de relaciones comerciales duraderas que establecen los fabricantes o proveedores con sus distribuidores, medidas aparentemente adoptadas o impuestas de manera unilateral por aquéllos se pueden considerar constitutivas de un acuerdo en el sentido 1.1 LDC (o del art. 81.1 TCE). A este respecto, el Consejo considera que la naturaleza jurídica de la relación comercial en la que tiene lugar la conducta restrictiva del fabricante o proveedor es relevante en punto a la prueba del necesario consentimiento o complacencia del distribuidor en relación con aquella conducta. Así parece resultar de la afirmación del Tribunal de Justicia en la

Sentencia Adalat citada, en el sentido de que las relaciones comerciales en el sector del comercio al por mayor de los productos farmacéuticos no son comparables a un sistema de distribución selectiva, pues aquéllas son neutras para el Derecho de la competencia, y un acuerdo neutro y una conducta unilateral restrictiva no suman un acuerdo restrictivo (apartado 143).

Siguiendo a esta jurisprudencia comunitaria (y del propio Tribunal: Resoluciones Repsol de 11.07.2001, Fujifilm de 17.07.2002, y Eko-Ama Mondariz de 2.11.2004) para que un comportamiento aparentemente impuesto de forma unilateral por el franquiciador en el marco de las relaciones contractuales que mantiene con sus franquiciados de lugar a un acuerdo entre empresas en el sentido del art. art. 1.1 LDC, es necesario que se demuestre la aquiescencia, expresa o tácita, de estos últimos a la decisión adoptada por aquél. La prueba del acuerdo colusorio varía en función de si estamos ante una conducta restrictiva que constituye una manifestación concreta (y previsible) del acuerdo que regula las relaciones comerciales establecidas entre las partes (STJ AEG de 25.10.1982 y Ford de 25.10.1983, apartados 38 y 21, respectivamente), o ante una nueva conducta del titular de una red de distribución restringida que se ajusta al Derecho de la competencia, y que precisamente por ser contraria a las normas de defensa de la competencia no podía ser prevista por los distribuidores al tiempo de integrarse en la red (STPI Volkswagen de 3.12.2003, apartado 43). Sólo en este segundo caso será preciso buscar y probar un acuerdo entre las partes a través de la aquiescencia (incluso pasiva) de los distribuidores a una nueva conducta restrictiva que es impuesta o deseada por el titular de la red de distribución.

El Consejo considera que el contenido de los distintos documentos (contrato de franquicia, manual de operaciones y reglamento operativo), que establecen el sistema de funcionamiento de la red UNIPOST, se ajusta a las previsiones del Reglamento CE 2790/1999 *relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas*, por lo que se debe entender que las restricciones a la competencia que contiene están amparadas por el mismo. Por tanto, debe quedar claro desde este momento que la disposición contractual (contenida en el contrato de franquicia y en el reglamento operativo) por la que se afirma que *“El franquiciador es el único titular de la red logística sustentadora de los distintos intercambios”*, de tal forma que: *“ningún franquiciado, aún en el caso de que fuera propietario de dos o más establecimientos en los que se ejerza la actividad franquiciadora, podrá realizar dicho transporte sin el expreso consentimiento del franquiciador”*, aun siendo de redacción imprecisa, no se puede considerar restrictiva *per se* interpretándola en el sentido de que autoriza a UNIPOST S.A. a restringir las

ventas de servicios postales al franquiciado que se analiza en este expediente, de forma contraria a lo establecido en el art. 4.b) del Reglamento CE 2790/1999.

Ahora bien, el Consejo coincide con el Servicio que aun no existiendo prueba directa de que las prácticas imputadas tengan su origen en la colusión de UNIPOST con sus franquiciados y, en particular, con GIC, sí existen elementos de prueba indirectos que permiten concluir con un elevado grado de certeza que éstos y, en particular, GIC, se han aquietado, aun sea de forma pasiva, a la conducta de UNIPOST, S.A. de negar el acceso de LOGIMAIL a la plataforma de distribución UNIPOST. Es cierto que los 11 franquiciados consultados por el Servicio han manifestado que siempre han admitido cualquier tipo de envío postal libremente y sin consultar a UNIPOST. Pero el valor probatorio de estas manifestaciones, realizadas desde una evidente posición de debilidad contractual, queda contrarrestado por las declaraciones realizadas por GIC (ya recogidas en el hecho acreditado 4º), en el sentido de que UNIPOST es quien indica que los envíos interurbanos entregados por LOGIMAIL deben ser entregados directamente a ella y no a través de ningún franquiciado, y que ante esta instrucción el franquiciado se aquieta, sin que conste protesta o incomodidad manifestada ante UNIPOST. Por el contrario él mismo es quien se dirige a LOGIMAIL para indicarle (ejecutar) la posición de UNIPOST, que no podría desplegar plenos efectos sin contar al menos con la pasiva aquiescencia del franquiciado.

UNIPOST también ha alegado que aunque se reconociera que las prácticas analizadas en este expediente son el resultado de un acuerdo puntual con GIC (que no se reconoce), lo que no se puede hacer es extrapolar un hecho concreto y puntual a toda la red UNIPOST para concluir (como hace el Servicio) que con carácter general UNIPOST restringe o limita las ventas de todos sus franquiciados. No obstante, del examen de la documentación aportada por LOGIMAIL a solicitud del Servicio (folios 732 a 733 y 760 a 785) se pone de manifiesto que la negativa a contratar con aquélla no afecta sólo a GIC y que sólo de forma ocasional y ocultando su identidad a través de terceras empresas ha podido contratar servicios de distribución interurbana con otros franquiciados de UNIPOST con los que con anterioridad a los hechos denunciados venía contratando.

Así, pues, y descartado en el fundamento de derecho anterior que exista otra explicación o justificación a la conducta de UNIPOST, no se puede sino concluir que ésta ha concertado con sus franquiciados (situados en una posición de debilidad contractual) la negativa a LOGIMAIL de suministro de servicios de distribución interurbana de envíos postales.

Quinto.- Establecido que la conducta imputada a UNIPOST tiene origen concertado en el sentido del art. 1 LDC, es preciso analizar si afecta a la competencia pues la prohibición de colusión sólo se activa si el acuerdo tiene por objeto o por efecto restringir la competencia.

A juicio del Servicio la restricción de las ventas por parte de UNIPOST a los clientes a los que pueden revender sus franquiciados, por ir más allá de las restricciones territoriales o por tipo de clientes admisibles en virtud de una mayor eficiencia económica, es una restricción especialmente grave que da lugar a una compartimentación del mercado por clientes limitando la competencia intramarca. Dada esta naturaleza restrictiva, se considera que no es preciso establecer los concretos efectos causados en el mercado, y que tampoco es de aplicación el art. 1.3 LDC que permite no perseguir los acuerdos restrictivos que por su escasa importancia no son capaces de afectar de manera significativa a la competencia, pues de conformidad con el apartado 11 de la Comunicación de la Comisión sobre acuerdos de menor importancia de 22.12.2001, no se consideran de menor importancia, con independencia de que se disfrute de una cuota de mercado baja, las restricciones especialmente graves, entre las que se incluye la restricción de los clientes a los que el comprador puede revender. Pero es que, además, el Servicio considera que al evaluar los posibles efectos sobre el mercado de la conducta imputada no se puede desconocer la posición competitiva de UNIPOST entre los operadores postales privados, pese a la fuerte posición en el mercado postal español del operador CORREOS y TELÉGRAFOS, ya que aquélla no se sustenta tanto en la cuota de mercado (7%) como en el hecho de que, entre los operadores postales privados españoles, UNIPOST es el de mayor importancia y cuenta con una amplia cobertura del territorio nacional.

UNIPOST alega que el Servicio ha hecho un análisis excesivamente formal de los hechos denunciados, con el objetivo de soslayar su efecto insignificante en el mercado relevante. Insiste en que los hechos imputados tienen su origen en una mera disputa contractual entre UNIPOST y LOGIMAIL, por lo que no se está ante una práctica que tenga por objeto restringir la competencia. Pero que de existir práctica restrictiva (lo que se niega), ésta se habría limitado al supuesto acuerdo entre UNIPOST y GIC, respecto de los envíos interurbanos (no los urbanos) de un solo cliente (LOGIMAIL), por lo que sería un acuerdo de menor importancia. A este respecto, afirma que la Comunicación de *minimis* de la Comisión, aun siendo un instrumento práctico de interpretación, no puede contradecir la jurisprudencia de los tribunales comunitarios (STJ Völk de 9.07.1969 que, a su juicio, permite concluir que la doctrina de *minimis* se puede aplicar incluso a los acuerdos verticales en los que el proveedor o fabricante limita las ventas

de los distribuidores a los clientes, en el modo en que según el Servicio lo habría hecho UNIPOST) y del propio TDC (Resoluciones Vileda/Tervi, Hardi Internacional y Hüls Española). Por último, refuta que se pueda utilizar el grado de cobertura de la población (como hace el Servicio) para medir el poder de mercado UNIPOST y, por tanto, el impacto de la conducta de UNIPOST en el mercado de referencia, pues los propios datos del mercado revelarían que no existe correlación entre el índice de cobertura de la población y el volumen de operaciones que UNIPOST realiza. Así, siendo cierto que es el segundo operador español de servicios postales (en el mercado relevante configurado como el mercado español de los llamados servicios postales tradicionales liberalizados incluidos o no en el Servicio Postal Universal, excluyendo el segmento de paquetería y mensajería) su cuota de mercado se sitúa entorno al 7%, muy lejos de CORREOS. Por tanto, los efectos restrictivos -de existir- de la práctica generalizada que imputa el Servicio, se limitarían a un 7% del mercado. A este respecto, significa también que los envíos de LOGIMAIL afectados por la conducta de UNIPOST apenas representan un 0,00306% de los más de 500 millones de envíos gestionados al año por UNIPOST, y un porcentaje todavía muy inferior al indicado respecto de los envíos gestionados por todos los operadores en el mercado español de servicios postales liberalizados.

A juicio del Consejo, la aplicabilidad del art. 1.3 LDC a las prácticas imputadas en este expediente debe partir de la consideración de que esta regla de *minimis* tiene naturaleza diversa a la establecida por la jurisprudencia comunitaria y en la Comunicación de *minimis* de la Comisión en relación con el art. 81.1 TCE. En el Derecho comunitario, la exigencia de que la conducta concertada afecte sensiblemente a la competencia es “requisito de tipicidad” de la prohibición, mientras que en Derecho español es (en la LDC de 1989) un simple “requisito de perseguibilidad” por las autoridades administrativas de competencia de conductas colusorias prohibidas por el art. 1.1 LDC. Por tanto, antes de valorar la aplicabilidad del art. 1.3 LDC es necesario concluir que las conductas imputadas a UNIPOST y a GIC, además de limitar arbitrariamente la libertad comercial del franquiciado, son aptas o tienen entidad suficiente para afectar a la competencia en el mercado.

El Consejo coincide con el Servicio en que las prácticas imputadas a UNIPOST constituyen una limitación arbitraria de la libertad comercial de los franquiciados, que formalmente podrían afectar a la competencia intramarca o intrafranquicia y devenir en un reparto del mercado por clientes, razón por la que no pueden gozar de la presunción de legalidad que otorga el Reglamento CE 2790/1999 a las restricciones verticales. Ahora bien, el Consejo considera necesario situar las conductas imputadas en su contexto jurídico y económico

para poder concluir que tienen aptitud para generar el efecto restrictivo prohibido por el art. 1.1 LDC.

En la Resolución Vileda/Tervi, siguiendo la doctrina de la aptitud restrictiva establecida por la Audiencia Nacional en las sentencias de 24.06.1998 y de 2.11.1998, en relación con un acuerdo de licencia exclusiva de know-how y marcas que incluía una cláusula de suministro en exclusiva, el TDC señaló que “la cuestión no debe consistir en declarar que existe una conducta prohibida, que no se persigue, sino en establecer si existe o no esa conducta prohibida”, y que a este fin era preciso analizar, junto con sus objetivos, cuál es el mercado relevante y el poder que en el mismo ostentan las empresas afectadas; en definitiva, es necesario examinar el contexto jurídico y económico en el que se enmarcan las conductas investigadas.

Siguiendo a la Comisión (Comunicación Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 TCE, punto 22), la evaluación de si un acuerdo tiene o no por objeto restringir la competencia se basa en factores como el contenido del acuerdo y la finalidad objetiva que persigue, para lo que puede ser necesario analizar los hechos que subyacen al acuerdo y las circunstancias específicas o modo en que se aplica. En el presente caso, las prácticas imputadas se han limitado a eliminar la libertad de los franquiciados para vender a un determinado y concreto cliente (LOGIMAIL) aquellos servicios postales (interurbanos) que necesitan del acceso a la plataforma de UNIPOST para su distribución, sin que se haya probado o existan en el expediente indicios de que esta conducta haya afectado a otros clientes de los franquiciados distintos al denunciante. Por ello se puede cuestionar tanto desde la perspectiva del objetivo de la conducta como desde la intención subjetiva de las partes que ésta tenga por objeto restringir la competencia en el sentido del art. 1.1 LDC y, en particular, que constituya como dice el Servicio una restricción especialmente grave que pueda dar lugar a una compartimentación del mercado por clientes limitando la competencia intramarca. En línea con las Directrices de la Comisión relativas a las restricciones verticales, el Consejo considera que la protección de la competencia intramarca o intrafranquicia adquiere importancia cuando la competencia intermarca es insuficiente para compensar los eventuales perjuicios que se pueden derivar de las restricciones a la competencia dentro de la marca o de la franquicia, en atención a la existencia de poder de mercado por parte del titular de la red de franquicia.

Descartado que la conducta tenga por objeto limitar la competencia en el mercado, es aún preciso analizar el mercado con el objeto de evaluar si tiene aptitud para generar efectos restrictivos probables, en forma de mayores

precios, de limitación de la producción, de la innovación o sobre la variedad y calidad de los productos o servicios en el mercado relevante del producto y geográfico. Tanto UNIPOST como el Servicio han considerado que el mercado español de los llamados servicios postales tradicionales liberalizados incluidos o no en el Servicio Postal Universal, excluyendo el segmento de paquetería y mensajería, era el mercado relevante en el que examinar los efectos de las prácticas imputadas. Sin embargo, el Consejo considera que el mercado del producto podría ser más estrecho por el lado del producto. Atendiendo a los precedentes comunitarios y nacionales sobre el mercado postal tradicional liberalizado (Decisiones de la Comisión The Post Office/TPG/SPPL de 13.03.2001 y Deutsche Post/DHL II de 21.10.2002, y expediente de concentración del Servicio Deutsche Post/antiguos accionistas/UNIPOST, N-04074), se puede considerar que los envíos personales de correspondencia y el correo comercial (cartas, publicidad directa, impresos, publicaciones, pequeños paquetes de clientes del sector empresarial –empresa a empresa y empresa a cliente-), no integran un mismo mercado, por cuanto los clientes empresariales y los particulares piden y reciben servicios distintos.

De la información remitida a solicitud del Consejo por la Subdirección General de Regulación de Servicios Postales del Ministerio de Fomento sobre el mercado español de servicios postales liberalizados en los años 2004 a 2006 (recogida en el Hecho probado 5º) resulta que UNIPOST tiene una presencia residual y prácticamente estancada en el mercado o submercado de envíos particulares, tanto en término de nº de envíos postales (0,13%, 0,24% y 0,30%) como de volumen de negocio (0,06% en los tres años). Por el contrario, en el mercado de servicios postales empresariales o corporativos tiene una presencia relevante, mayor y anualmente creciente en nº de envíos (17,58%, 19,65% y 21,71%) que si se mide en volumen de negocio (10,67%, 11,43% y 12,32%), pero con todo lejana de la posición de Correos y Telégrafos (CyT), que frente a UNIPOST pierde cuota en nº de envíos (79,38%, 77,44% y 75,61%) pero prácticamente se mantiene en volumen de negocio (85,86%, 85,23% y 84,51%). Estos datos permiten concluir, en primer término, que UNIPOST crece, pero muy lento, y que lo hace a costa tanto de CyT como del resto de operadores privados, pese a que sus precios serían inferiores a los de los competidores, pues se aprecia que la rentabilidad de CyT (y de los demás operadores privados) es superior a la de UNIPOST. En segundo lugar, se aprecia que la cuota de mercado de UNIPOST por volumen de negocio (que es el parámetro utilizado por la Comunicación de *minimis* y el Reglamento 2790/99 para establecer la cuota de mercado de un operador) sigue siendo inferior al umbral del 15% en cualquiera de los mercados de producto que se considere, y en todos ellos se sitúa a más de 70 puntos porcentuales de CyT.

En definitiva, dado que las prácticas imputadas han afectado a un único cliente (LOGIMAIL) es preciso concluir que difícilmente se puede afirmar que éstas tengan por objeto limitar la competencia intramarca o intrafranquicia en perjuicio de otros operadores económicos o de los consumidores. Y tampoco cabe afirmar que esas conductas sean aptas para afectar a la competencia intermarca, pues UNIPOST lejos de ostentar poder de mercado está expuesto a la competencia efectiva que ejerce el operador incumbente y dominante en todos aquellos mercados o submercados en los que UNIPOST está presente, constituyendo aquél para el denunciante y para cualquier otro intermediario postal una alternativa efectiva y viable a UNIPOST.

Por todo lo anterior y vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

HA RESUELTO

Único.- Declarar que en el presente expediente no se ha acreditado la realización de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1 LDC de la Ley de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección General de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.