

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Expte. VS/0341/11, CORREOS

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep María Guinart Solà

D^a Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

Vicesecretario del Consejo

D. Miguel Sánchez Blanco

En Madrid, a 4 de julio de 2019

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución, cuyo objeto es la ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de junio de 2015 (recurso 275/2013), confirmada mediante sentencia desestimatoria del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2018 (recurso 3166/2015), por la que se estima parcialmente el recurso interpuesto por la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELEGRAFOS, S.A. (CORREOS) en relación con la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 22 de abril de 2013 (expediente S/0341/11, CORREOS).

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por resolución de 22 de abril de 2013, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC), en el expediente S/0341/11, CORREOS, acordó:

“PRIMERO.- Declarar acreditada la existencia de una infracción del artículo 2.2.c) de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de la que es autor la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS S.A. consistente en haber abusado de su posición de dominio en el mercado de servicios mayoristas de acceso a la red postal pública y en el mercado de servicios minoristas de notificaciones administrativas, mediante su negativa a continuar suministrando servicios mayoristas de acceso a la red postal pública de notificaciones administrativas, en las condiciones establecidas por el artículo 59 de la Ley 30/1992.

SEGUNDO. *Declarar responsable de dicha infracción a la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS S.A.*

TERCERO. - *Imponer a la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS S.A. una sanción de 3.319.607 euros por la comisión de la infracción declarada en el Resuelve Primero.*

CUARTO. - *Ordenar a la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS S.A. que cese en la infracción declarada en el Resuelve Primero en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución.*

QUINTO. - *Imponer a la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS S.A. la obligación de formular una oferta económica de acceso a la red postal pública por parte de los operadores postales para los servicios postales que comprenden los envíos de notificaciones administrativas en el plazo de dos meses desde la notificación de esta Resolución”.*

2. Con fecha 22 de abril de 2013, le fue notificada a CORREOS la citada resolución (folio 86) contra la que interpuso recurso contencioso administrativo ordinario (recurso 275/2013). Asimismo, CORREOS solicitó la suspensión de la obligación del pago de la multa incluida en la resolución de 22 de abril de 2013, que fue concedida mediante auto de 7 de octubre de 2013.
3. Mediante sentencia de 13 de julio de 2015 (recurso 275/2013), la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó en parte el recurso interpuesto por CORREOS contra la resolución de 22 de abril de 2013, ordenando a la CNMC realizar un nuevo cálculo de la multa en atención a los criterios legales de graduación debidamente motivados, con aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007. Contra dicha sentencia, CORREOS interpuso recurso de casación (3166/2015). Mediante sentencia de 24 de abril de 2018, el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación. Esta Comisión recibió el 24 de julio de 2018 testimonio de la sentencia.
4. Con fecha 4 de febrero de 2013, la Dirección de investigación de la CNC acordó entre otras, requerir a CORREOS información acerca de su volumen de negocios total antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados en el año 2012.
5. Con fecha 1 de marzo de 2013, CORREOS presentó escrito de contestación a la anterior solicitud señalando que el importe neto de la cifra de negocios consolidada de CORREOS y sus filiales en el ejercicio 2012 ascendió a 1.875.433.000 euros (folio 1544 del expte. S/0341/11).
6. La Sala de Competencia deliberó y falló esta resolución en su sesión del día 4 de julio de 2019.

II. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO. Habilitación competencial

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a la CNMC compete *“aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”*. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de *“resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio”* y según el artículo 14.1.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, *“la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”*.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. Sobre la ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional

Según establece el artículo 104 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Administración que hubiera realizado la actividad objeto del recurso deberá llevar a puro y debido efecto las sentencias firmes, practicando lo que exige el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo.

Tal y como se ha recogido en los antecedentes, la resolución de la CNC de 22 de abril de 2013 impuso a CORREOS una multa de 3.319.607 euros por abuso de posición de dominio. Contra ella CORREOS interpuso recurso contencioso administrativo (recurso 275/2013).

El recurso interpuesto fue estimado parcialmente por la Audiencia Nacional en su sentencia de 22 de junio de 2017 (firme por sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2018, en la que se desestima el recurso de casación interpuesto por CORREOS), anulando la multa impuesta en la resolución de 22 de abril de 2013 y ordenando a la CNMC a cuantificar de nuevo la sanción pecuniaria conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, en los términos fijados por la doctrina iniciada con la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015.

Además, la sentencia de la Audiencia Nacional dispone:

“Y en cuanto a la invocación de que el precio de los envíos tenido en cuenta para imponer la sanción no puede ser superior que el que le ha supuesto a Correos cuando los realiza por su propia cuenta (3,77 euros) este motivo deberá ser valorado en la resolución que se dicte en ejecución de sentencia, que habrá de dictarse teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo de 29.1.2015 antes mencionada, pues se halla incluido en el examen que se haga conforme a los parámetros escogidos por dichos artículos 63 y 64 de la LDC”.

TERCERO. Sobre la determinación de la sanción

3.1. Hechos probados y determinación de la sanción en la resolución de 22 de abril de 2013

Para la ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional y la determinación de la nueva multa correspondiente a CORREOS es necesario partir de los hechos acreditados que se imputan a esta entidad en la resolución de 22 de abril de 2013 y que han sido confirmados por los Tribunales.

En este contexto, y sin perjuicio de hacer íntegra remisión a los hechos probados y fundamentación jurídica de la Resolución original (confirmada por la sentencia que ahora se ejecuta), cabe señalar que, de acuerdo con su Resuelve Primero, CORREOS ha incurrido en una infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistentes en interrumpir el suministro de servicios mayoristas de acceso a la red postal pública de notificaciones administrativas presentadas por operadores postales privados, mediante su negativa injustificada a suministrar servicios mayoristas de acceso a la red postal pública de dichas notificaciones gestionadas por sus competidores, en las condiciones establecidas por el artículo 59.2 de la Ley 30/1992.

En tal sentido, afirma la Resolución, en su Fundamento Jurídico Quinto:

“[...] el Consejo concluye con la Dirección de Investigación que, dada la cuota de mercado de CORREOS en el ámbito de los servicios postales tradicionales, y gracias a los privilegios de los que dispone CORREOS, que ha disfrutado tradicionalmente de un monopolio legal en buena parte del mercado y que tiene en la actualidad la condición de operador designado del SPU, resulta evidente que CORREOS dispone de una posición de dominio, tanto en el mercado mayorista de acceso a la red postal pública, donde tiene una cuota del 100%, como en el mercado minorista de prestación de servicios postales de notificaciones administrativas.”

En cuanto a la explotación de dicha posición de dominio, la Resolución definió la misma como *“la negativa a seguir prestando un servicio mayorista esencial para que otros operadores competidores aguas abajo puedan desarrollar su actividad en el mercado minorista de notificaciones administrativas (que el legislador acababa de liberalizar con esa finalidad), especialmente para las notificaciones de las administraciones contratantes que exigen presunción de veracidad y fehaciencia, y todo ello con independencia de la consideración que la Ley 43/2010 dé a dichos servicios o envíos postales. [...] El Consejo observa que los artículos 40 a 44 del RD 1829/1999 [...] sigue imponiendo a CORREOS las conductas (relativas a la admisión y a la entrega) que niega respecto de las notificaciones administrativas depositadas por los operadores postales competidores en su red postal.”*

En este sentido, el Consejo especificó que *“los competidores de CORREOS dejan de ser una alternativa competitiva viable para un número significativo de AAPP, lo que afecta de forma evidente a las condiciones comerciales que les ofrece CORREOS, que serían más ventajosas si tuviese que competir efectivamente con los operadores alternativos. Asimismo, dado el importante peso que tiene la demanda de las AAPP en*

los servicios postales tradicionales, la exclusión de los operadores privados del acceso a la red postal para notificaciones administrativas, y la posible pérdida de contratos firmados con dichas AAPP para otros servicios postales que con frecuencia se contratan de forma conjunta, puede llevar a que dichos operadores no alcancen la masa crítica suficiente para aprovechar las economías de escala y de alcance que se producen en este sector, lo que podría contribuir a reducir la presión competitiva también en el ámbito más amplio de servicios postales tradicionales.”

La sentencia que ahora se ejecuta obliga a reconsiderar el proceso de determinación de la sanción.

La Resolución de 22 de abril de 2013 sancionó a CORREOS y determinó la multa sobre la base de los criterios siguientes (vid. especialmente el Fundamento de Derecho Séptimo):

- Importe básico de la sanción (IBS): el Consejo tomó como base de cálculo de la multa el volumen de negocio obtenido por CORREOS durante los años 2011 y 2012 a resultas de los contratos adjudicados a ese operador mediante concurso o licitación abierta a la competencia en los que la Administración contratante exige la presunción de veracidad y fehaciencia. A esa base de cálculo se le aplicó un tipo porcentaje del 3%.
- Atenuantes o agravantes: agravante del 15% por la comisión repetida de infracciones tipificadas en la Ley de Defensa de la Competencia¹, en virtud de lo estipulado en su artículo 64.2 a) y párrafos 16 a 18 de la Comunicación de multas.
- Límite del 10%: no se aplicaba, ya que la sanción propuesta era inferior.

La tabla siguiente resume los datos fundamentales de la determinación de la multa en la Resolución original:

Entidad infractora	Mercado afectado ponderado por antigüedad de la infracción	Porcentaje aplicado (%)	Importe básico de la sanción (€)	Agravante (%)	Límite del 10% del volumen de negocios total	Multa Impuesta (€)
CORREOS	96.220.505	3%	2.886.615	15%	187.563.300	3.319.607

¹ El extinto Tribunal de Defensa de la Competencia había sancionado a CORREOS en tres ocasiones (Exptes. 568/03, 542/02 y 584/04) por abuso de posición dominante en mercados postales recientemente liberalizados. Estas resoluciones sancionadoras han sido confirmadas por el Tribunal Supremo con anterioridad a la fecha de comisión de esta infracción (STS de 8 de junio de 2010, STS de 11 de noviembre de 2009, y STS de 16 de junio de 2010).

3.2. Criterios expuestos por el Tribunal Supremo

De acuerdo con los razonamientos jurídicos de la sentencia de la Audiencia Nacional que aquí se ejecuta, la determinación de la sanción deberá adecuarse a la doctrina iniciada por la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015. Respecto de dicha doctrina, cabe destacar, con carácter general, los siguientes aspectos:

- Los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben individualizarse. Tales límites *“constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje”*. *Se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones.”*
- En cuanto a la base sobre la que calcular el porcentaje de multa, que en este caso podría llegar hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, el artículo 63.1 de la LDC se refiere al *“volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa”*, concepto con el que el legislador, como señala el Tribunal Supremo, *“lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al “todo” de aquel volumen”*.

Sobre la base de estas premisas ha de concluirse que la nueva determinación de la sanción deberá concretarse en un arco que discurre del cero al 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio anterior al de dictarse resolución. Dentro de dicho arco sancionador, la multa deberá determinarse conforme a los criterios de graduación previstos en el artículo 64 de la Ley 15/2007.

3.3. Criterios para la determinación de la sanción basados en los hechos acreditados

La infracción de la que es responsable CORREOS, en virtud de la Resolución de 22 de abril de 2013 es una infracción muy grave del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistentes en interrumpir el suministro de servicios mayoristas de acceso a la red postal pública de notificaciones administrativas presentadas por operadores postales privados mediante su negativa injustificada a suministrar dichos servicios, en las condiciones establecidas por el artículo 59.2 de la ya derogada Ley 30/1992.

Tal como afirma la Resolución en su Fundamento Jurídico Sexto:

“Determinada la existencia de una conducta prohibida por los artículos 102 del TFUE y 2 de la LDC, ésta debe ser calificada conforme a lo dispuesto por el artículo

62.4.b) de la LDC, que establece que serán infracciones muy graves las conductas de abuso de posición de dominio cuando el mismo sea cometido por una empresa que opere en un mercado recientemente liberalizado, tenga una cuota de mercado próxima al monopolio o disfrute de derechos especiales o exclusivos, condiciones todas ellas que el Consejo considera se cumplen en este expediente como también señala la Dirección de Investigación (párr. 236 y 238 de la Propuesta de Resolución)."

El volumen de negocios total de CORREOS y sus filiales para el año 2012, de acuerdo con la información facilitada por ella misma a fecha 1 de marzo de 2013 (folio 1544, expte. S/0341/11) es de 1.875.433.000 euros.

El mercado afectado a los efectos del presente expediente es una parte del mercado minorista de prestación de servicios postales de notificaciones administrativas. En concreto, Correos aportó las cifras de negocio del mercado afectado por la infracción, particularmente el volumen de negocio obtenido por CORREOS durante los años 2011 y 2012 a resultas de los contratos adjudicados a ese operador mediante concurso o licitación abierta a la competencia en los que la Administración contratante exige la presunción de veracidad y fehaciencia (folio 1545). El importe total ascendió a 110.771.951 euros, que indica la efectiva dimensión de la infracción (art. 64.1.a).

En cuanto a la cuota de mercado (art. 64.1.b), en el mercado minorista CORREOS dispone de una cuota superior al 90%, tanto en el mercado del servicio postal tradicional como en el segmento de las notificaciones administrativas. Además, CORREOS goza en exclusiva de la presunción de veracidad y fehaciencia en la entrega de las notificaciones administrativas por su condición de operador designado para el SPU. En el ámbito mayorista, CORREOS es el único operador con una red postal que cubre todo el territorio nacional con una capilaridad y periodicidad de entrega, incluso en zonas rurales, que no es replicada por la red de ningún otro operador postal.

Por tanto, CORREOS dispondría del monopolio en la provisión de servicios de acceso a la red postal que gestiona, para las notificaciones administrativas cuya entrega al destinatario tiene que ser efectuada por el operador que tiene atribuida la presunción de veracidad y fehaciencia. En este sentido, se habría verificado que la mayoría de las AAPP exigen dicha presunción.

En cuanto al alcance de la infracción (art. 64.1.c), la sentencia que se está ejecutando confirma que se trata de una conducta que infringe el artículo 102 del TFUE.

En cuanto a la duración (art. 64.1.d), la infracción ha tenido lugar durante 2011 y 2012.

En cuanto a los efectos sobre usuarios y otros competidores (art. 64.1.e), la negativa injustificada a suministrar servicios mayoristas de acceso a la red postal pública de notificaciones administrativas gestionadas por sus competidores interrumpe el acceso por los competidores a un *input* esencial, y permite a CORREOS reservarse o excluir a los competidores de una parte significativa del sector postal tradicional, como es el caso de este tipo de notificaciones. Esto afectaría en mayor medida a los servicios de notificaciones administrativas demandados por AAPP que requieren la presunción de veracidad y fehaciencia en la entrega, aunque también a las notificaciones

administrativas que no requieren dicho requisito pero que se destinan a zonas no cubiertas por operadores privados.

Además, procede considerar una circunstancia agravante por reincidencia, de acuerdo con lo confirmado por la sentencia que se está ejecutando (art. 64.2.a).

El conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad de la infracción, alcance de la conducta, características del mercado, duración y efectos de la conducta, concurrencia de una agravante– permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta infractora.

Sobre tales premisas, el tipo sancionador que corresponde aplicar a CORREOS de acuerdo con la gravedad y circunstancias de la conducta es de un 5,8% de su volumen de negocios total correspondiente al ejercicio 2012.

El Tribunal Supremo insiste en la necesaria proporcionalidad que debe guiar el ejercicio de la potestad sancionadora, y para ello es preciso concretar *“la concreta distorsión de la competencia que se haya producido en cada caso, esto es, a la consumada en el seno de un determinado sector o mercado donde opera la entidad sancionada, que puede, o puede no, simultáneamente operar en otros mercados”*.

Ahora bien, aunque el tipo sancionador anterior sea proporcionado a la gravedad y características de la infracción cometida, la aplicación de ese porcentaje al volumen de negocios total de la empresa podría conducir a una sanción en euros que no respetara la proporcionalidad con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva. Para realizar esta última comprobación es necesario realizar una estimación, bajo supuestos muy prudentes, del beneficio ilícito potencial que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta, y aplicarle un factor incremental de disuasión².

En el caso de esta resolución, el valor de referencia estimado para CORREOS es de 3.840.000 euros, significativamente inferior a la sanción en euros que se deriva del tipo sancionador total que le correspondería recibir (5,8%). Por tanto, es necesario ajustar la sanción propuesta para asegurar su proporcionalidad con la efectiva dimensión de la infracción, y procede reducir el importe de la sanción de CORREOS hasta ese valor de referencia de 3.840.000 euros.

Como se ha indicado anteriormente, la Audiencia Nacional estableció, en cuanto a la invocación de la recurrente –en aras de la proporcionalidad de la sanción– de que el precio de los envíos tenido en cuenta para imponer la sanción no podría ser superior que el que le habría supuesto a Correos cuando los realizaba por su propia cuenta, que este motivo debería ser valorado en esta resolución de ejecución de sentencia, junto con el resto de los criterios para la fijación de sanciones recogidos en la LDC.

² Estos supuestos se refieren a diversos parámetros económicos, entre otros el margen de beneficio de las empresas en condiciones de competencia, la subida de los precios derivada de la infracción y la elasticidad-precio de la demanda en el mercado relevante. Los supuestos que se han asumido se basan en datos de las propias empresas infractoras o en los ratios de empresas no financieras publicados por el Banco de España (base RSE).

Sin embargo, como se ha explicado en los párrafos anteriores, el nuevo método de determinación de sanciones, ajustado a la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde enero de 2015, realiza de manera explícita una última comprobación de proporcionalidad de la sanción en euros que se deriva del tipo sancionador fijado. Este ajuste de proporcionalidad utiliza como punto de referencia fundamental la efectiva dimensión de la infracción, tal y como se desprende de la información aportada por Correos, que no se ha obtenido a partir de un desglose de cantidades y precios, sino que es el volumen de facturación de contratos con las AAPP adjudicados por procedimiento abierto con bases que exigían entrega de las notificaciones. Por tanto, no resulta necesario hacer consideraciones adicionales sobre precios y cantidades para asegurar la proporcionalidad de la sanción, ya que disponemos de la efectiva dimensión de la infracción de acuerdo con la información facilitada por Correos.

La multa resultante tras el ajuste de proporcionalidad realizado anteriormente, de 3.840.000 euros, es superior a la que le fue impuesta en la Resolución original (3.319.607 euros), por lo que procede la aplicación del principio de prohibición de *reformatio in peius* e imponer a la infractora la misma sanción original.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC

HA RESUELTO

ÚNICO. - Imponer, en ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de julio de 2013 (recurso 275/2013) y en sustitución de la impuesta en la resolución de 22 de abril de 2013 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (expte. S/0341/11, CORREOS), una multa por importe de 3.319.607 euros.

Comuníquese esta resolución a la Audiencia Nacional y a la Dirección de Competencia, y notifíquese a las partes interesadas haciéndoles saber que la misma ha sido dictada en ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 104 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y que contra ella pueden promover incidente de ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 109 de la citada Ley 29/1998, de 13 de julio, sin perjuicio de la posibilidad de interponer recurso contencioso administrativo ordinario, en el plazo de dos meses desde el día siguiente al de notificación de la resolución, de acuerdo con lo resuelto por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.