



Roj: **STS 2120/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2120**

Id Cendoj: **28079130032018100237**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **06/06/2018**

Nº de Recurso: **1652/2016**

Nº de Resolución: **946/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 685/2016,**
STS 2120/2018,
ATS 8777/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 946/2018

Fecha de sentencia: 06/06/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1652/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 29/05/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: dvs

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1652/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 946/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente



D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. Maria Isabel Perello Domenech

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 6 de junio de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 1652/2016 interpuesto por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y asistida por la Abogacía del Estado, contra la sentencia de la Sección 6^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de febrero de 2016 dictada en el recurso contencioso- administrativo nº 543/2011 . Se ha personado como parte recurrida la SOCIEDAD ESTATAL DE CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A., representada por el Procurador D. Cesáreo Hidalgo Senén.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección 6^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 19 de febrero de 2016 (recurso contencioso- administrativo nº 543/20117) de marzo de 2014 (recurso contencioso-administrativo nº 670/2011) en cuya parte dispositiva se establece:

<< FALLAMOS.- Que estimando el recurso contencioso-administrativo núm. 543/11 promovido por el Procurador D. Cesáreo Hidalgo Senén actuando en nombre y representación de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A, contra la resolución de 23 de agosto de 2011, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de 4.800.000 euros de multa por la comisión de una infracción muy grave, debemos anular y anulamos dicha resolución por ser contraria a Derecho. Con expresa imposición de costas a las partes demandadas.

SEGUNDO.- La resolución sancionadora impugnada en el proceso -y anulada en la sentencia- tiene la siguiente parte dispositiva:

<<PRIMERO. Declarar que el incumplimiento del Acuerdo de Terminación Convencional de fecha 15 de septiembre de 2005 constituye una infracción muy grave tipificada en el apartado 4.c) del artículo 62 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , de la que se considera responsable a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A..

SEGUNDO.- Imponer a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., una sanción de cuatro millones ochocientos mil euros, de acuerdo con lo previsto en el apartado 1.c) del artículo 63 de la LDC .

TERCERO.- Instar a la Dirección de Investigación para que vigile el cumplimiento de esta Resolución>>.

Según expone el fundamento jurídico primero de la sentencia, son antecedentes relevantes para la resolución del litigio los siguientes:

<< (...) 1 -. Con fecha 15 de septiembre de 2005 se firmó por la Directora General de Defensa de la Competencia, en su calidad de Directora del Servicio de Defensa de la Competencia, y por los Presidentes de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. y de la Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia (ASEMPRE) el Acuerdo de Terminación Convencional del Expediente 2458/03. Dicho expediente se inició por denuncia de ASEMPRE contra CORREOS por la supuesta celebración de contratos con grandes clientes en los que se contrataban de forma conjunta servicios postales prestados en competencia junto con servicios postales reservados por Ley a CORREOS, y en los que se aplicaban grandes descuentos (precios predatorios) apoyados en una política de subvenciones cruzadas.

2 -. El Acuerdo de Terminación Convencional (ATC) firmado establecía las condiciones de prestación de servicios postales por parte de CORREOS a grandes clientes, con el objeto de asegurar que los precios de CORREOS, una vez aplicados los descuentos correspondientes, cubriesen los costes reales de prestación del servicio. Para conseguir dicho objetivo CORREOS adquiría en el ATC una serie de compromisos que habrían de estar en vigor mientras no se produjeran cambios relevantes en el mercado o en la normativa. Cualquiera de las partes podría solicitar la revisión del mismo si se produjeran esos cambios en las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción, atribuyéndose al entonces Servicio de Defensa de la Competencia y con carácter exclusivo la valoración de los cambios.



3 -. En cumplimiento de los anteriores compromisos CORREOS facilitaría además periódicamente a la autoridad de competencia, primero al Servicio de Defensa de la Competencia y, posteriormente, a la Dirección de Investigación, información sobre sus contratos y su contabilidad de costes.

4 -. En el año 2010 la Dirección de Investigación, basándose en determinados análisis de precios y descuentos, y previa solicitud de informes a la Administración y de realizar un seguimiento detallado de ambos extremos, informó de que Correos estaría incumpliendo el Acuerdo de Terminación Convencional en 33 de los 204 contratos que tenía suscritos con Grandes Clientes en 2009, es decir, se estarían incumpliendo los descuentos máximos en el 16,2% de los contratos.

5 -. Habiéndose dado traslado a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. y a la Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia (ASEMPRE) del referido informe, CORREOS presentó dos escritos que tuvieron entrada en la CNC los días 25 de octubre y 11 de noviembre de 2010 respectivamente. En el primero, CORREOS presentaba alegaciones, y en el segundo, solicitaba la extinción del Acuerdo de Terminación Convencional o, de manera subsidiaria, su modificación.

6 -. Con fecha 3 de diciembre de 2010 la Dirección de Investigación elevó al Consejo el Informe de Vigilancia en el que exponía lo siguiente:

"Por lo expuesto, habida cuenta de que las alegaciones aportadas por CORREOS no desvirtúan la inicial conclusión de esta Dirección de Investigación, se concluye que CORREOS está incumpliendo el ATC de 15 de septiembre de 2005 . Concretamente, después de analizar las justificaciones de CORREOS, el ATC se estaría incumpliendo en 33 de los 204 contratos de CORREOS con Grandes Clientes en 2009.

Adicionalmente, esta Dirección de Investigación estima que CORREOS no ha aportado argumentos suficientes que justifiquen la extinción del ATC de 15 de septiembre de 2005 .

En todo caso, esta Dirección de Investigación estima que sí puede ser necesaria una modificación de dicho ATC, alterando la metodología de cálculo de los niveles de descuentos máximos de cada servicio de CORREOS, y estableciendo mecanismos de transparencia en la contabilidad analítica de CORREOS que permitan validar la misma y replicar los cálculos presentados CORREOS".

7 -. El día 14 de febrero de 2011 la Comisión Nacional de la Competencia dictó acuerdo por el cual solicitaba a la Dirección de Investigación que procediera a la incoación de expediente sancionador para determinar si existía responsabilidad por parte de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. por incumplimiento del Acuerdo de Terminación Convencional de 15 de septiembre de 2005. Dicha incoación se decidió por la DI con fecha 25 de febrero siguiente en razón a la presunta comisión de la conducta sancionada como infracción muy grave en el artículo 62.4.c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio .

8 -. Tras los trámites que refleja el expediente administrativo, la Comisión Nacional de la Competencia dictó resolución con fecha 23 de agosto de 2011 en la cual consideraba acreditado el incumplimiento del mencionado Acuerdo de Terminación Convencional, declaraba que tal incumplimiento constituía una infracción muy grave e imponía a CORREOS una multa de 4.800.000 euros. Dicha resolución fue recurrida ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, tramitándose el recurso bajo el núm. 543/2011 , que es el que ahora se enjuicia.

9 -. El día 8 de marzo de 2012 la CNC, en el expediente VATC/2458/03, ASEMPRE/CORREOS, resolvió "Dar por concluida la Vigilancia del cumplimiento de la Resolución de 15 de septiembre de 2005, recaída en el expediente sancionador VATC/2458/03 y declarar extinguidos los compromisos de la misma desde el 17 de febrero de 2010".

10 -. Por sentencia también de esta Sala de la Audiencia Nacional de 15 de octubre de 2012 se desestimó el recurso contencioso-administrativo seguido bajo el núm. 95/2011 a instancia de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. contra el referido acuerdo de la CNC de 14 de febrero de 2011. Y por otra de 25 de abril de 2013 se confirmó el acuerdo de la CNC mediante el cual se daba por concluida la vigilancia del cumplimiento de la resolución de 15 de septiembre de 2005, es decir, el ATC, y se declaraban extinguidos los compromisos fijados en el mismo con efectos de 17 de febrero de 2010>>.

En el fundamento segundo de la sentencia la Sala de instancia señala que los argumentos de impugnación esgrimidos por la demandante son: (i) que falta el elemento esencial de la culpabilidad; (ii) que la Ley aplicable en este supuesto no es, como entendió la autoridad de Competencia, la Ley 15/2007, de 3 de julio, sino la norma anterior a la que ésta vino a sustituir, es decir, la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, por lo que la conducta objeto de sanción, el incumplimiento del Acuerdo de Terminación Convencional, no podría ser sancionada al no encontrarse tipificada en la Ley de 17 de julio de 1989; (iii) y, en fin, que la multa impuesta vulnera el principio de proporcionalidad y que la sanción debería calcularse teniendo en cuenta tan solo la



facturación correspondiente a los servicios liberalizados porque es en ellos donde únicamente se produce el efecto anticompetitivo, y no tomar en consideración la facturación correspondiente al sector reservado, atendiendo así al criterio reflejado en la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2010, asunto Asempre/ Correos .

La Sala de instancia aborda en primer lugar la cuestión relativa a la determinación de la norma aplicable y, en relación con ella, la incardinación de la conducta en el tipo de infracción aplicado. En torno a estas cuestiones la sentencia recurrida (F.J. 3º) expone, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

<< (...) TERCERO.- De entre los distintos motivos de impugnación que se esgrimen en la demanda, razones de sistemática procesal exigen pronunciarse en primer lugar sobre la pretendida aplicación de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en lugar de la Ley 15/2007, de 3 de julio, argumento que enlaza con la incorrecta tipificación de la conducta.

A juicio de la Sociedad Estatal recurrente debe atenderse, para determinar cuál de ambas normas resulta aplicable, al momento del inicio del procedimiento de vigilancia del ATC incoado tras su firma y en todo caso antes de la entrada en vigor de la Ley 15/2007. Por ello, supone que la conducta objeto de sanción, el incumplimiento del Acuerdo de Terminación Convencional, no podría ser sancionada al no encontrarse tipificada en la Ley de 17 de julio de 1989.

Para desestimar este motivo baste recordar que el expediente sancionador que concluyó con la resolución de 23 de agosto de 2011, aquí recurrida, fue incoado a petición del Consejo de la CNC por acuerdo de la Dirección de Investigación de fecha 25 de febrero de 2011, como se expone en el relato de antecedentes, y por lo tanto bajo la vigencia de la Ley 15/2007 (que entró en vigor el 1 de septiembre de 2007, conforme a lo previsto en su Disposición Final Tercera).

Téngase en cuenta, además, que de acuerdo con su Disposición Transitoria Primera, apartado 1, "Los procedimientos sancionadores en materia de conductas prohibidas incoados antes de la entrada en vigor de esta Ley se tramitarán y resolverán con arreglo a las disposiciones vigentes en el momento de su inicio", luego los incoados después han de tramitarse y resolverse con arreglo a las disposiciones contenidas en la misma Ley 15/2007.

Por último, y con carácter general, dispone el artículo 128 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , que "Serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan la infracción", hechos que en el caso que nos ocupa tuvieron lugar en los años 2008 y 2009 y por tanto también bajo la vigencia de la Ley 15/2007.

Entendemos que para la determinación de la norma aplicable es por tanto irrelevante que el procedimiento de vigilancia del ATC se iniciase cuando se encontraba vigente la Ley 16/1989 pues era aquel un expediente distinto, sin que su cualidad de precedente (fue en el seno del mismo donde se detectó el incumplimiento que determinó la remisión del oportuno informe de vigilancia y la posterior incoación del posterior procedimiento sancionador) altere la consideración fundamental de que los hechos sancionados se produjeron, insistimos, bajo la vigencia de la Ley 15/2007, y que fue también cuando esta norma era ya de aplicación cuando se incoó el expediente sancionador que concluyó con la resolución de 30 de agosto de 2011, objeto de este proceso.

Directamente relacionado con ello, ha de analizarse también el posible defecto de tipificación al rechazar Correos la aplicación del artículo 62.4.c).

Al hilo de esta alegación se dio trámite de audiencia a las partes a fin de que se pronunciasen sobre la tipificación de la conducta sancionada y, en particular, sobre la procedencia de subsumirla bajo la infracción muy grave prevista en el artículo 62.4.c) de la Ley 15/2007 . Se hacía, además, mención especial a la referencia que dicho precepto contiene al incumplimiento de "...lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso adoptado en aplicación de la presente Ley, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones". Y ello, se decía, teniendo cuenta las consideraciones, también reflejadas en la demanda, sobre la vigencia, al suscribirse el ATC cuya contravención se sanciona, de la anterior Ley de Defensa de la Competencia, Ley 16/1989, de 17 de julio.

Pues bien, es lo cierto que la resolución de 23 de agosto de 2011, ahora recurrida, calificó en efecto la conducta de Correos como "una infracción muy grave tipificada en el apartado 4.c) artículo 62 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la Competencia ...", y es a ésta decisión a la que debe ceñirse el análisis de tipicidad.

De acuerdo con el tenor literal del precepto, el acuerdo cuyo incumplimiento tipifica debe haber sido adoptado "en aplicación de la presente Ley", lo que hace devenir atípica la conducta consistente en el incumplimiento de un acuerdo que no haya sido adoptado en aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio. Como sin duda, y



necesariamente, sucede en el caso de que el acuerdo de que se trate se hubiera suscrito antes de la entrada en vigor de la Ley 15/2007, de 3 de julio.

Y tal es lo que aquí ocurre si se advierte que el Acuerdo de Terminación Convencional que, conforme a la resolución recurrida, incumplió Correos y Telégrafos, con la consecuencia de la sanción que la misma le impuso, fue adoptado con fecha 15 de septiembre de 2005. Siendo así que la Ley 15/2007 entró en vigor el 1 de septiembre de 2007, de acuerdo con lo establecido en su Disposición Final Tercera .

Conclusión obligada de cuanto antecede es que la conducta atribuida a la entidad recurrente ha sido incorrectamente tipificada, y la consecuencia necesaria de ello ha de ser la nulidad de la sanción por vulneración del principio de tipicidad que recoge el artículo 25.1 de la Constitución y al que, de manera explícita, se refiere el artículo 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , al disponer en su apartado 1 que "Solo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley", y añadir en a apartado 2 que "Únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por una Ley".

Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2015 ,...

[...].

Y en la de 22 marzo 2013 declara que...

[...]

En el caso que nos ocupa, la conducta sancionada no se ajusta a la descrita en el tipo infractor pues, insistimos, no se ha incumplido un acuerdo adoptado durante la vigencia de la Ley 15/2007, sino antes de que dicha norma hubiera entrado en vigor, por lo que la resolución sancionadora amplía la conducta típica más allá de la prevista en la Ley.

Frente a ello no cabe oponer, como pretende el Abogado del Estado en su escrito de alegaciones, que la expresión "en aplicación de la presente Ley" sea "una simple cláusula de estilo, utilizada de forma habitual en la Ley 15/2007, que no puede entenderse referida en exclusiva a la propia Ley 15/2007 sino que incluye también la ley 16/1989, norma antecesora de la actualmente vigente".

La norma precisa que el incumplimiento ha de referirse a acuerdos adoptados en aplicación de la misma, y la sanción aquí impuesta no solo supone una interpretación extensiva del precepto, sino una abierta vulneración de su tenor literal que ignora absolutamente aquella limitación.

Tampoco las alegaciones de ASEMPRE presentadas con ocasión del traslado conferido por la providencia de 23 de noviembre de 2015 desvirtúan tan evidente conclusión. Es más, ni siquiera se pronuncian sobre el ajuste de la conducta al tipo descrito en el artículo 62.4.c) de la Ley 15/2007 insistiendo sólo en que es ésta, y no la Ley 16/1989, la que resulta aplicable.

Procede entonces, y sin necesidad de otras consideraciones, la estimación del recurso y la declaración de nulidad de la resolución impugnada por incurrir en el supuesto previsto en el artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992 >>.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, la representación procesal de la Administración del Estado preparó recurso de casación y luego formalizó la interposición de su recurso mediante escrito presentado el 30 de junio de 2016 en el que formula un único motivo de casación, al amparo del artículo 88.1.d/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , en el que alega la infracción de los artículos 62.4.c) de Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , 3.1 del Código Civil , 25 de la Constitución y 128 y 129 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre .

Aduce la Administración recurrente que el artículo 62.4.c/ debe ser interpretado con arreglo a los criterios del artículo 3.1 del Código Civil y no en la forma literal en que lo hace la sentencia en cuanto a la interpretación de las Leyes. Así, cuando la tipificación del artículo 62.4.c) de Ley 15/2007 se refiere al incumplimiento o contravención de "...lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso adoptado o en aplicación de la presente Ley..." debe entenderse que este último inciso - o *en aplicación de la presente Ley* - se refiere tanto a la propia Ley 15/2007 como a su antecedente, la Ley de Defensa de la Competencia de 1989, pues va contra la lógica del precepto legal aplicado por la sentencia, y quiebra la lógica y la teleología de los Acuerdos de Terminación Convencional (ATC), que por la sucesión normativa dichos acuerdos de terminación pasen a ser meras obligaciones naturales cuya transgresión no puede ser corregida, lo que desde luego no es la finalidad perseguida por la norma.



Termina el escrito solicitando que se case y anule la sentencia recurrida y, en su lugar, se dite otra que desestime el recurso contencioso-administrativo y declare que la resolución administrativa impugnada es ajustada a derecho.

CUARTO.- Mediante providencia de la Sección Primera de esta Sala de 16 de septiembre de 2016 se acordó la admisión del recurso de casación, así como la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera, conforme a las reglas de reparto de asuntos.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, por diligencia de ordenación de 27 de septiembre de 2016 se dio traslado del escrito de interposición a la parte recurrida para que formalizase su oposición, lo que llevó a cabo la representación procesal de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. mediante escrito presentado el 11 de noviembre de 2016 en el que, tras exponer las razones en las que sustenta su oposición al motivo de casación formulado, termina solicitando que se dicte sentencia con los siguientes pronunciamientos:

1/ Se desestime el recurso de casación confirmando la sentencia recurrida.

2/ Subsidiariamente, si se entendiese que no concurre el defecto de tipificación de la conducta y que hubo incumplimiento del ATC susceptible de sanción, que se mantenga la declaración de nulidad de la resolución sancionadora impugnada por no haber sido acreditada la culpabilidad de Correos en dicho incumplimiento.

3/ Como pretensión subsidiaria de segundo grado, que se aplique una reducción proporcional de la multa, teniendo en cuenta el criterio establecido en la resolución impugnada, es decir, "15% de la facturación de los años 2008 y 2009 a Grandes Clientes con descuentos superiores a los permitidos por el ATC", pero "...considerándose exclusivamente la facturación de dichos clientes en el área entonces liberalizada (47.685.992 €) y excluyéndose, por lo tanto, los ingresos percibidos en el sector reservado o no liberalizado, atendiendo al criterio establecido por la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2010, debiendo reducirse, por lo tanto, la sanción a un máximo de 715.28988 €".

SEXTO.- Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose finalmente al efecto el día 29 de mayo de 2018, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación nº 1652/2016 lo interpone la Administración del Estado contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de febrero de 2016 (recurso nº 543/2011) en la que, estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A, se anula la resolución de 23 de agosto de 2011 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en la que se impuso a dicha sociedad estatal sanción de 4.800.000 euros de multa por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 62.4.c) de Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

En el antecedente segundo han quedado reseñados los antecedentes del caso así como las razones que expone la sentencia de instancia para fundamentar la estimación del recurso contencioso-administrativo y consiguiente anulación de la resolución sancionadora impugnada. Procede entonces que pasemos a examinar el motivo de casación que ha formulado la Administración del Estado, cuyo contenido hemos resumido en el antecedente tercero.

SEGUNDO.- En el motivo de casación se alega la infracción de los artículos 62.4.c) de Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, 3.1 del Código Civil, 25 de la Constitución y 128 y 129 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre.

La sentencia recurrida (F.J. 3º) hace una correcta reseña de la doctrina constitucional y la jurisprudencia de esta Sala que delimitan el principio de tipicidad en materia sancionadora; y, centrándose luego en el tipo de infracción muy grave aplicado en este caso, que es el definido en el artículo 62.4.c) de Ley 15/2007, la Sala de instancia termina concluyendo: << (...) *La norma precisa que el incumplimiento ha de referirse a acuerdos adoptados en aplicación de la misma [se refiere a la Ley 15/2007], y la sanción aquí impuesta no solo supone una interpretación extensiva del precepto, sino una abierta vulneración de su tenor literal que ignora absolutamente aquella limitación* >>.

No podemos compartir esa conclusión pues no nos parece aceptable una interpretación literal o literalista del precepto que desnaturalice o traicione la finalidad de la norma. Y tal resultado se produce con la interpretación que sostiene la sentencia recurrida, pues no cabe entender que con la referencia a resoluciones o compromisos adoptados "en aplicación de la presente Ley" haya querido excluir los adoptados durante la vigencia de la anterior Ley de Defensa de la Competencia pues ello supone que el precepto legal de la Ley 15/2007 habría



querido privar de fuerza vinculante o negar la exigibilidad de las resoluciones o acuerdos adoptados bajo la vigencia de la anterior Ley 16/1989.

Por ello, consideramos que tiene razón la Administración recurrente en casación cuando señala que el artículo 62.4.c/ debe ser interpretado con arreglo a los criterios del artículo 3.1 del Código Civil y no en la forma literal en que lo hace la sentencia.

Como señala el representante procesal de la Administración, cuando el artículo 62.4.c) de Ley 15/2007 tipifica como infracción muy grave el incumplimiento o contravención de "...lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso adoptado o en aplicación de la presente Ley" debe entenderse que este último inciso - o en *aplicación de la presente Ley* - se refiere tanto a la propia Ley 15/2007 como a su antecedente, la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, pues va contra la lógica del precepto, y contra la finalidad propia de los Acuerdos de Terminación Convencional (ATC), que por la sucesión normativa los acuerdos de terminación adoptados bajo la vigencia de la Ley anterior pasen a ser meras obligaciones naturales cuya transgresión no puede ser corregida.

En consecuencia, el motivo de casación debe ser acogido.

TERCERO.- Una vez establecido que la sentencia debe ser casada, por las razones que acabamos de exponer, procede que entremos a resolver lo que corresponda dentro de los términos en que apareciera planteado el debate (artículo 95.2.d/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción). Y, llegados a este punto, desde ahora queda anticipado que el recurso contencioso-administrativo debe ser desestimado.

Por lo pronto, las mismas razones que nos han llevado a acoger el motivo de casación formulado por la Abogacía del Estado llevan a afirmar que la conducta consistente en el incumplimiento del Acuerdo de Terminación Convencional de fecha 15 de septiembre de 2005 es incardinable en el tipo de la infracción muy grave definido en el artículo 62.4.c/ de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia . Por lo demás, debe notarse que en la demanda no se cuestiona el encaje de la conducta en el tipo de la infracción, pues fue la Sala de instancia quien, de oficio, sometió la cuestión a la consideración de las partes mediante providencia de 23 de noviembre de 2015.

Lo que se cuestiona en la demanda es la aplicabilidad de la Ley 15/2007, por entender la parte actora que resulta de aplicación al caso la anterior Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia, al ser ésta la norma que estaba en vigor cuando se adoptó el Acuerdo de Terminación Convencional que se reputa incumplido. Sin embargo, en este punto compartimos y hacemos nuestras las razones que se exponen en el F.J. 3º de la sentencia de instancia en el sentido de que para determinar la norma aplicable lo relevante no es la norma que estaba vigente cuando se adoptó el Acuerdo de Terminación Convencional sino la Ley vigente cuando tuvo lugar la conducta infractora. Pero no consideramos necesario abundar en este punto, pues la entidad recurrente parece haber asumido las razones dadas por la Sala de instancia, al no haberlas combatido en casación.

CUARTO.- No pueden ser acogidas las alegaciones que se formulan en la demanda sobre la falta de culpabilidad de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., por estar basada su conducta en una interpretación razonable del Acuerdo de Terminación Convencional, en particular en lo que se refiere a considerar incluidos dentro de los costes reales de prestación del servicio a los denominados "costes de subactividad" aunque el Acuerdo de Terminación Convencional no haga referencia a estos últimos.

Este alegato de falta de culpabilidad ya fue formulado en vía administrativa y fue desestimado por las razones que se contienen el F.J. 3º de la resolución sancionadora, que no han sido desvirtuadas por la entidad demandante. En particular, frente a la alegación de que la conducta llevada a cabo por Correos se basaba en una interpretación razonable del Acuerdo de Terminación Convencional, resulta acertada la respuesta de la Comisión Nacional de la Competencia cuando señala, en lo que ahora interesa, que " (...) esta alegación no resulta admisible ya que, por un lado, la aplicación de la subactividad en el cálculo de los descuentos máximos permitidos por Correos a sus Grandes Clientes no se encontraba contemplada en el ATC, por lo que difícilmente se puede invocar como razonable una interpretación de una resolución que no se basa en su contenido, y, por otro, porque una actuación diligente de Correos en relación con la aplicación de dichos descuentos habría exigido que antes de desarrollar una actuación que excediese de los términos acordados en el ATC, y distinta de sus propias estimaciones, hubiese suscitado un incidente de ejecución ante la Comisión para determinar su actuación era correcta".

En fin, la afirmación de la demandante de haber actuado con el convencimiento de que su conducta tenía encaje en el Acuerdo de Terminación Convencional resulta en realidad desmentida en la propia demanda. Así, al comienzo del F.J. 3º de la demanda la representación de la parte actora afirma lo siguiente: "Correos ha solicitado formalmente en múltiples ocasiones durante los últimos años que, en caso de no admitirse la



exclusión de los costes de subactividad en el cómputo de los costes reales de prestación, debiera procederse a la extinción del ATC o, subsidiariamente, a su revisión en aplicación del dispositivo sexto del ATC. Tanto la extinción como la revisión del ATC tendrían como consecuencia inmediata la inexistencia de infracción o de responsabilidad alguna por parte de nuestra representada por un presunto incumplimiento del ATC".

No cabe aceptar, por tanto, que la demandante haya actuado en todo momento plenamente persuadida de que su conducta era conforme al Acuerdo de Terminación Convencional pues, como acabamos de ver, en la propia demanda se admite que en varias ocasiones Correos solicitó formalmente que, en caso de no aceptarse su interpretación, debería procederse a la extinción o, subsidiariamente, a la revisión del citado Acuerdo.

QUINTO.- Por último, la demandante alega la vulneración del principio de proporcionalidad en la cuantificación de la sanción.

Debemos comenzar señalando que, para fundamentar el importe de la multa impuesta (4.800.000 euros), la resolución administrativa impugnada ofrece las siguientes razones:

<< (...) TERCERO (sic, debería ser CUARTO).- Sobre el importe de la sanción.

Resuelta la existencia de una infracción muy grave de la LDC por incumplimiento del artículo 62.4 c) de la LDC, el Consejo de la CNC puede imponer sobre la base del artículo 63.1 de la citada ley una multa de hasta el 10% del volumen de negocios de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

El Consejo, teniendo en cuenta, conforme al artículo 64 de la LDC, la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la duración de la infracción, y la inexistencia de atenuantes o agravantes, considera proporcionado fijar el importe de la sanción en un 1,5% de la facturación de los años 2008 y 2009 a Grandes clientes con descuentos superiores a los permitidos por el ATC, lo que ascendería a 4.800.000 euros>>.

Pues bien, entendemos que la cuantificación así razonada se ajusta plenamente a lo dispuesto en los citados artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, debiendo recordarse, como hace la propia resolución, que el artículo 63.1.c/ deja previstas para las infracciones muy graves la sanción de " multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa".

Así las cosas, carece de consistencia la invocación que hace la parte actora (F.J. 5º de la demanda) de los criterios para la fijación de la multa establecidos en la sentencia de esta Sala de 8 de junio de 2010 (recurso de casación 4216/2007), pues en dicha sentencia se interpreta y aplica un precepto legal, el artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que no es aplicable en el caso que aquí nos ocupa.

SEXTO.- Recapitulando. De lo expuesto en los apartados anteriores se deriva que procede declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Administración del Estado; y que, una vez casada la sentencia de instancia, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. debe ser desestimado.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139, apartados 1 y 2, de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, no ha lugar a la imposición de las costas de este recurso de casación ni de las del proceso de instancia.

Vistos los preceptos citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción,

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1.- Ha lugar al recurso de casación interpuesto en representación de la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de febrero de 2016 (recurso contencioso-administrativo nº 543/2011), que ahora queda casada y sin efecto.

2.- Desestimamos del recurso contencioso-administrativo interpuesto en representación de la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A, contra la resolución de 23 de agosto de 2011 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en la que se impuso a dicha sociedad estatal una sanción de 4.800.000 euros de multa por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 62.4.c) de Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

3.- No hacemos imposición de costas en el proceso de instancia, debiendo correr cada parte con las suyas en el recurso de casación.



Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas

Diego Cordoba Castroverde Maria Isabel Perello Domenech

Angel Ramon Arozamena Laso Fernando Roman Garcia

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ