



Roj: **SAN 2775/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:2775**

Id Cendoj: **28079230082017100283**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **19/06/2017**

Nº de Recurso: **476/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **JOSE ALBERTO FERNANDEZ RODERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2775/2017,**
ATS 11447/2017,
STS 4530/2018

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000476 / 2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05815/2015

Demandante: SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELEGRAFOS

Procurador: DOÑA NURIA MARÍA SERRADA LLORD

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

SENTENCIA N.º:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D.ª. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

D.ª. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a diecinueve de junio de dos mil diecisiete.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **476/2015**, que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido el Procurador **DOÑA NURIA MARÍA SERRADA LLORD**, en nombre y representación de **SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS**, frente a la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado, contra resolución de la **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC)** de fecha 18 de junio de 2015, (que después se describirá



en el primer Fundamento de Derecho), siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. **D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA**.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso-administrativo, mediante escrito presentado el 28 de septiembre de 2015, contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión por Decreto de fecha 7 de octubre de 2015, y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 20 de enero de 2016, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando la estimación del recurso, con la consiguiente anulación de los actos recurridos.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 22 de septiembre de 2016, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba por auto de 20 de octubre de 2016, se propuso por la parte actora la que a su derecho convino, con el resultado que obra en autos.

QUINTO.- Dado traslado a las partes por su orden para conclusiones, las evacuaron, reiterándose en sus respectivos pedimentos.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 14 de junio de 2017, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en las presentes actuaciones resolución de la CNMC de 18 de junio de 2015, cuyo resuelve es el que sigue:

PRIMERO. Que los precios de los servicios postales prestados bajo régimen de obligaciones de servicio público propuestos para el año 2015 que pagan los usuarios residenciales, cumplen con los principios de asequibilidad, transparencia y no discriminación.

SEGUNDO. Que los precios de determinados servicios postales prestados bajo régimen de obligaciones de servicio público que pagan los usuarios con derecho a descuentos no cumplen con el principio de adecuación a los costes de prestación de servicio.

TERCERO. Que los precios de determinados servicios postales prestados bajo régimen de obligaciones de servicio público que pagan los usuarios con derecho a descuentos, no cumplen con el principio de adecuación a los costes de prestación del servicio.

CUARTO. Que el cumplimiento del principio de transparencia en relación con los precios de los servicios postales prestados bajo régimen de obligaciones de servicio público que pagan los usuarios con derecho a descuento, exigen de la adopción de medidas, en los términos descritos en la presente Resolución."

Los motivos del recurso formulado por SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS se centran, en síntesis, en que ha operado el silencio positivo, en que existe una indebida aplicación del procedimiento de comprobación del artículo 34.2 de la Ley Postal a los precios efectivos de los clientes con derecho a descuento y en que se cumplieron los requisitos de orientación a costes y transparencia de los precios o tarifas de los servicios postales en régimen de obligación de servicio público.

SEGUNDO.- La primera cuestión a dilucidar es si concurre la causa de inadmisión invocada por el Abogado del Estado, ex artículo 69 c) de la Ley Jurisdiccional .

Para ello - y también, lógicamente, en relación con lo que ulteriormente se considerará en relación con el fondo- resulta conveniente reproducir los artículos 34 y 28 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal:

Artículo 34.Precios.

1. Los precios de los servicios postales prestados bajo régimen de obligaciones de servicio público deberán ser asequibles, transparentes y no discriminatorios y fijarse teniendo en cuenta los costes reales del servicio, de modo que ofrezcan incentivos para la prestación eficiente del mismo.



2. El operador designado deberá comunicar a la Comisión Nacional del Sector Postal tanto el establecimiento de nuevos precios como la modificación de los precios ya vigentes de los servicios prestados con obligaciones de servicio público con, al menos, tres meses de antelación a la fecha prevista para su aplicación. La comunicación irá acompañada de una memoria justificativa del cumplimiento de los principios indicados en el presente artículo.

En el supuesto de que de la comprobación de los precios se desprenda que no se ajustan a dichos principios, la Comisión Nacional del Sector Postal dará un plazo de 15 días al operador para que alegue lo que estime conveniente y dictará la correspondiente resolución declarando lo que proceda, a efectos de su consideración en el cálculo de la carga a que se refiere el artículo 28. Los precios serán publicados en los sitios web de la Comisión y del operador designado.

3. Estarán exentos del pago del precio los siguientes servicios prestados por el operador designado para la prestación del servicio postal universal:

a) Los envíos de cecogramas.

b) Los envíos a los que la Unión Postal Universal confiera tal derecho, con el alcance establecido en los instrumentos internacionales que hayan sido ratificados por España.

4. Para los servicios sometidos a obligaciones de servicio público dentro del servicio postal universal, la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, a propuesta del Ministerio de Fomento y previo informe de la Comisión Nacional del Sector Postal, podrá establecer precios máximos y mínimos, con el fin de garantizar el cumplimiento de los principios indicados en el apartado 1 del presente artículo. Igualmente, para el citado ámbito, podrá determinarse la aplicación de precios uniformes en todo el territorio nacional.

Artículo 28. Financiación de las obligaciones de servicio público del servicio postal universal impuestas al operador designado.

La Comisión Nacional del Sector Postal determinará, previo informe preceptivo del Ministerio de Economía y Hacienda, la cuantía de la carga financiera injusta que comportan las obligaciones de servicio público del servicio postal universal para el operador designado.

A tal efecto, se entenderá por carga financiera injusta el resultado de minorar el coste neto en el importe en el que se cuantifiquen los ajustes derivados del incumplimiento de las condiciones de eficiencia establecidas en el Plan de prestación a que se refiere el artículo 22 de la presente ley. La cuantía de la carga financiera injusta se compensará con cargo al Fondo de financiación creado en el artículo siguiente."

El óbice procesal no puede prosperar. Si bien cabe reconocer una relación secuencial entre los preceptos antes transcritos, llano es que el primero, precisamente del que deriva la decisión revisada, goza de una sustantividad que facilita el camino a su posible impugnabilidad en vía jurisdiccional. Y es que no nos encontramos ante un acto puramente declarativo -aunque el tenor de los tres primeros apartados de su resuelve así pudiera sugerirlo-, pues se predeterminan unos efectos que resultarán trascendentes en el cálculo ulterior de la carga financiera injusta, conclusión que se extrae con nitidez de la dicción del apartado cuarto del resuelve, en cuanto exige una concreta adopción de medidas. Y, además, aunque la Sala no desconoce la jurisprudencia en cuya virtud el error de la Administración al indicar que la resolución era susceptible de recurso contencioso-administrativo no puede en modo alguno conllevar la transformación de un acto no susceptible de recurso jurisdiccional en otro susceptible de tal recurso procesal o viceversa (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1986 y de 18 de febrero de 1997), pues los actos "son lo que son, independientemente de los términos que en ellos se utilicen" (Sentencia de 28 de enero de 1997), lo cierto es que el regulador ofreció a la parte, en un pie de recurso, la posibilidad de acudir a esta sede.

TERCERO.- Al ega la demandante hubiese operado un silencio positivo, basándose en la previsión del artículo 34.2 de la Ley 43/2010 , habida cuenta que la resolución administrativa se dictó rebasando el plazo de tres meses que el precepto contempla. Tal interpretación ha de rechazarse, pues no sólo la decisión administrativa responde a una obligación "ex lege" del operador (comunicar a la CNMC el establecimiento de nuevos precios o la modificación de los ya vigentes, en el ámbito de los servicios prestados con obligaciones de servicio público), resulta que el plazo se prevé en relación con la aplicación de los precios ("con, al menos, tres meses de antelación a la fecha prevista para su aplicación"), esto es, el regulador no está obligado a dictar una resolución en ese plazo de tres meses, y tampoco es dable se incumpliera lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, pues consta, como bien detalla el demandado, que, tras un trámite de alegaciones, la CNMC resuelve en plazo, una vez culminada una fase preliminar de investigación y análisis de datos. En todo caso, como ya se anticipó, el expediente no se inició a instancias del interesado, sino como consecuencia de un deber contemplado legalmente.



CUARTO.- Sobre el fondo del litigio ha de resaltarse que en el detallado y prolijo texto del acto administrativo se contienen y razonan los criterios que respaldan la decisión adoptada, concretamente en su Fundamento Jurídico Segundo, con especial ponderación de las alegaciones de la ahora recurrente, comprobación del cumplimiento de los principios previstos en el artículo 34 de la Ley 43/2010 y concreto análisis de productos nacionales (carta ordinaria nacional, carta certificada nacional, y paquete azul, con los diferentes segmentos de cada categoría) y productos internacionales (carta ordinaria internacional y paquete postal internacional, también con los diferentes segmentos), así como con unas conclusiones sobre el principio de orientación a costes.

Se cuestionan por la recurrente varios extremos, respecto de los que, en conjunto, y con sustancial aceptación de los argumentos desgranados por el demandado, cabe aparejar la correlativa respuesta en Derecho:

a) La CNMC, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 35.3 de la Ley Postal ("verificación que los precios especiales y los descuentos no supongan incremento de las necesidades de financiación del Servicio Postal Universal y de la carga financiera injusta compensable al operador designado"), puede controlar los descuentos a clientes que realizan envíos masivos al socaire de una comunicación de modificación de tarifas, pues el precepto nada limita al regulador al respecto.

b) El principio de orientación a costes se ciñe a los precios y, en consecuencia, los de las tarifas se han de acomodar a él. Por tanto, una subvención cruzada de unos servicios con otros puede vulnerarlo.

c) Respaldan al regulador los artículos 34.1 y 35.3 en relación con todo lo relativo a la fijación de precios finales, después de descuentos, en servicios del servicio postal universal prestados a remitentes de envíos masivos. Nada empece a que se les exija una determinación subordinada a los costes reales del servicio.

y **d)** Como bien se enfatiza en la contestación a la demanda, no puede exigirse que los precios cubran todos los costes, si eso desembocara en precios no asequibles, ni el principio de asequibilidad puede llevar a que los precios resulten tan bajos que los usuarios no paguen una cantidad razonable (asequible) que contribuya a sufragar los costes del servicio prestado.

QUINTO.- Por la recurrente se aporta pericial de la entidad "Compass Lexecon", que fue ratificada a presencia judicial el 1 de diciembre de 2016.

Al respecto, conviene recordar que el acervo probatorio ha de ser valorado por el Tribunal según las reglas de la sana crítica, tal como legisla el artículo 348 de la norma rituarial civil, evitando, claro está, la que pudiera ser "absurda, ilógica o contradictoria" (Sentencias del Tribunal Supremo, por todas, de 28 de noviembre de 1992 , 13 de julio de 1995 , 13 de noviembre de 2001 y 25 de julio de 2002). Y también es cierto que el Tribunal Supremo (por todas, Sentencias de 5 de junio y 15 de julio de 1991) ha advertido que el resultado de la prueba pericial no vincula a los Tribunales, pues actúan con plenitud de jurisdicción, aceptándola o rechazándola según las razones que expongan, toda vez que la valoración de la prueba ha de hacerse considerando en su conjunto todos los resultados producidos por los diferentes medios probatorios, sin olvidar que cualquiera que sea el valor preferente que a alguna de las practicadas deba atribuirse, este criterio no puede nunca llegar al extremo de que baste su individual contemplación como provistas de fuerza vinculante para el órgano decisorio, por estar este dotado de facultades de apreciación.

Pues bien, la Sala considera a pesar de la coherencia con que el informante de parte expuso sus conclusiones, que los estudios y consideraciones que fueron basamento de la decisión administrativa no han podido quedar desvirtuados, dados los términos lógicos y razonables sobre los que descansan. Así, a título de ejemplo, en el informe económico evacuado por la Subdirección de Análisis Económico de la CNMC, se expresa, ente otros extremos:

el cálculo del LRAIC realizado por Compass Lexecon se caracteriza por (i) ser metodológicamente erróneo, al concebir un LRAIC que no incorpora todos los tipos de costes que resultan relevantes en su cálculo y (ii) no proporcionar ninguno de los datos sobre costes, ingresos y precios utilizados en su cálculo, lo que invalida cualquier tipo de análisis de contraste y verificación de los resultados.

Po r los motivos anteriores, el cálculo del LRAIC realizado por Compass Lexecon no constituye evidencia económica sólida y robusta que pueda resultar de utilidad para extraer conclusiones en materia de política de competencia y regulación en relación con la prestación de servicios a grandes clientes por parte de Correos. En concreto, no sirve para justificar la afirmación de que "la política de precios de Correos para grandes clientes y operadores postales cumple el test establecido por las autoridades de competencia para descartar la existencia de precios predatorios".

la metodología seguida por Correos y Compass Lexecon adolece de varios aspectos problemáticos que invalidan la estrategia empírica empleada e Impiden extraer conclusiones acertadas y útiles (...). En suma, sin



evidencia empírica sólida y robusta sobre cómo responderían los volúmenes y los costes ante un cambio en los precios de Correos, y basándose únicamente en meros supuestos, sin ningún apoyo empírico, ni Correos ni Compass Lexecon pueden afirmar que el impacto de una subida de precios de Correos hasta cubrir los costes totales medios empeoraría los resultados de Correos y aumentaría el coste neto del SPU. Esta conclusión no se fundamenta en un análisis empírico adecuado y por lo tanto no puede tenerse en cuenta."

La subvención que ayuda a Correos a mantenerse operativo en los mercados de servicios a grandes clientes, donde un nivel de competencia intensa es posible y deseable, carece de justificación económica. Lo eficiente es defender el proceso competitivo eliminando normativas e intervenciones públicas que carecen de justificación en los principios de regulación económica eficiente.

Lo que los Informes de Compass Lexecon recomiendan es que la solución eficiente pasa por continuar subvencionando a Correos en los servicios que presta a los grandes clientes porque de lo contrario la subvención a Correos tendría que ser superior a la actual. Independientemente del hecho de que los Informes de Compass Lexecon no prueban que tal efecto sería el que tendría lugar, si el servicio a grandes clientes puede prestarse en régimen de competencia no existe justificación para subvencionar su prestación y garantizar - mediante subvención pública - la viabilidad de Correos.

La opción alineada con el interés general y el funcionamiento eficiente y competitivo de estos mercados es precisamente revisar este sistema de subvención y facilitar una competencia en los méritos y no distorsionada por la subvención que está recibiendo Correos. La subvención permanente a Correos para cubrir sus pérdidas en segmentos del mercado potencialmente competitivos y rentables restringe y elimina la competencia de forma injustificada, y por ello resulta incompatible con un funcionamiento eficiente del mercado y la maximización del bienestar social".

En suma, el regulador ha resuelto con respaldo en un análisis económico al que no puede restarse rigor o congruencia, y ha desgranado unas consideraciones en absoluto ayunas de razonabilidad, sin que exista, en materia tan técnica sometida a su conocimiento, atisbo alguno de arbitrariedad, sin que, en fin, las valoraciones de parte, aún reconociéndoles un desarrollo ecuánime, puedan enervar el criterio administrativo, que, por otra parte, en su caso desembocará en ulterior resolución sobre carga financiera injusta con las resultas que procedan. El recurso jurisdiccional ha de ser desestimado.

SEXTO.- Se imponen las costas a la parte actora, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139.1º de la Ley Jurisdiccional .

FALLAMOS

En nombre de S.M. EL REY, y en atención a lo expuesto, la Sala ha decidido:

PRIMERO.- ADMITIR Y DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo formulado por **SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS**, contra resolución de la **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC)** de fecha 18 de junio de 2015 y previamente contra desestimación presunta, a que las presentes actuaciones se contraen.

SEGUNDO .- Se imponen las costas a la parte actora.

La presente Sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.