



Roj: **SAN 5073/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:5073**

Id Cendoj: **28079230082019100692**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **18/12/2019**

Nº de Recurso: **374/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN OCTAVA**

**Núm. de Recurso:** 0000374 /2018

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 02295/2018

**Demandante:** Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. S.M.E.

**Procurador:** D<sup>a</sup>. MARÍA JESÚS GUTIÉRREZ ACEVES

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

**Codemandado:** GUREAK MARKETING, S.L.U.: UNO ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL DE LOGÍSTICA Y TRANSPORTE; Y ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE EMPRESAS DE REPARTO Y MANIPULADO DE CORRESPONDENCIA (ASEMPRE)

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.:** D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

### **SENTENCIA N°:**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. ERNESTO MANGAS GONZÁLEZ

D<sup>a</sup>. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D<sup>a</sup>. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a dieciocho de diciembre de dos mil diecinueve.

VISTO por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo nº **374/2018** promovido por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. **María Jesús Gutiérrez Aceves**, en nombre y representación de **Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. S.M.E.**, contra resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 15 de febrero de 2018, por la que se resuelve el procedimiento relativo a la aprobación del Contrato de Acceso a la Red Postal de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos.



Ha sido parte recurrida la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, representada por la Abogacía del Estado. Se han personado como Codemandados **Gureak Marketing, S.L.U.: UNO Organización Empresarial de Logística y Transporte; y Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia (ASEMPRE)**; representadas por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. María José Corral Losada.

## AN TECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Frente a la resolución indicada, el recurrente interpuso recurso contencioso administrativo y reclamado el expediente a la Administración y siguiendo los trámites legales, se emplazó a la parte recurrente para la formalización de la demanda, lo que verificó mediante escrito que obra en autos. Termina suplicando a la Sala se dicte sentencia dejando sin efecto el acto impugnado y en su lugar, se declare la nulidad de la resolución recurrida.

**SEGUNDO.-** Emplazado el Abogado del Estado para que contestara a la demanda, así lo hizo en escrito en el que, tras expresar los hechos y fundamentos de derecho que estimó convenientes, terminó solicitando que se dictara una sentencia desestimatoria del recurso, con imposición de costas a la parte recurrente. Plantea también la inadmisibilidad del recurso por aquietamiento de la parte con una previa decisión de la Administración demandada.

Las Codemandadas contestaron a la demanda, mediante escritos en los que, tras expresar los hechos y fundamentos de derecho que estimó convenientes, terminaron solicitando que se dictara una sentencia desestimatoria del recurso, con imposición de costas a la parte recurrente.

**TERCERO.-** Se practicó la prueba solicitada y admitida por la Sala, con el resultado que obra en las actuaciones. Las partes presentaron por su orden escrito de conclusiones y las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, la cual se fijó para el día 20 de noviembre de 2019. La deliberación comenzó el indicado día y se finalizó en sesión de 11 de diciembre de 2019, en que se votó y falló.

Ha sido Ponente el Magistrado **D. Fernando Luis Ruiz Piñeiro**, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Conforme señala la resolución de la CNMC objeto de impugnación, "el artículo 45 de la Ley 43/2010 establece que el operador designado para prestar el servicio postal universal deberá elaborar un contrato tipo de acceso a la red postal, que será aprobado previamente por la CNMC", señalando el indicado precepto:

*<<Se garantiza el acceso de los operadores postales a la red postal, respecto a los servicios a que se refiere la autorización administrativa singular de que sean titulares, de conformidad con los principios de transparencia, proporcionalidad y no discriminación. A estos efectos se entiende por transparencia, la publicidad previa de las condiciones de acceso; por proporcionalidad, la adecuación entre las disponibilidades del operador designado y las necesidades del interesado; y por no discriminación, el acceso sin diferenciación de ningún tipo entre los operadores y las filiales del operador designado o las entidades participadas por el mismo, siempre que se encuentren en condiciones análogas, en particular las derivadas de consideraciones políticas, religiosas, raciales, sexuales, culturales o ideológicas. [...]*

*5. En todo caso, tanto para los contratos individuales como para el contrato tipo, la Comisión comprobará que las tarifas fijadas en los mismos se ajustan a los principios de transparencia, no discriminación y cobertura del coste ocasionado al titular de la red, y verificará que estas tarifas no supongan incremento de las necesidades de financiación del servicio postal universal y de la carga financiera injusta compensable al operador prestador del servicio>>.*

También se recoge que la Directiva 2008/6/CE, establece en su artículo 11bis y 12, lo siguiente:

*<<Artículo 11bis. Siempre que ello resulte necesario para proteger el interés de los usuarios o favorecer una competencia real, y a la luz de las condiciones nacionales y de la legislación nacional, los Estados miembros garantizarán la existencia de condiciones de acceso transparentes y no discriminatorias a los elementos de la infraestructura postal o los servicios postales ofrecidos en el ámbito del servicio universal, como son el sistema de código postal, la base de datos de direcciones, los apartados de correos, los buzones de distribución, la información sobre cambios de dirección, el servicio de reexpedición o el servicio de devolución al remitente. Esta disposición no obsta para que los Estados miembros puedan adoptar medidas dirigidas a garantizar el acceso a la red postal pública en condiciones de transparencia, proporcionalidad y no discriminación.*

Artículo 12. Los Estados miembros velarán por que las tarifas de cada uno de los servicios que forman parte del servicio universal se establezcan en observancia de los siguientes principios: - [...]

- los precios se fijarán teniendo en cuenta los costes y de modo que ofrezcan incentivos para la prestación eficiente del servicio universal. Siempre que resulte necesario por razones de interés público, los Estados miembros podrán disponer que se aplique una tarifa única en todo el territorio nacional y/o a los servicios transfronterizos prestados según tarifa por unidad u otro tipo de envío postal,

- [...] las tarifas serán transparentes y no discriminatorias,

- cuando los proveedores de servicio universal apliquen tarifas especiales, por ejemplo a los servicios a las empresas, a los remitentes de envíos masivos o a los preparadores del correo de varios usuarios, deberán respetar los principios de transparencia y no discriminación por lo que se refiere a las tarifas y las condiciones asociadas. Las tarifas, junto con las condiciones asociadas a las mismas, se aplicarán igualmente entre las distintas terceras partes interesadas y entre estas y los proveedores de servicio universal que suministren servicios equivalentes. Tales tarifas también se propondrán a los usuarios, en especial a los particulares y pequeñas y medianas empresas, que efectúen envíos en condiciones similares>>.

Una vez que expone lo anterior, la resolución afirma que "se evaluarán, por un lado, la adecuación de las condiciones técnicas y operativas del contrato tipo a los principios de transparencia, proporcionalidad y no discriminación, y, por otro, el ajuste de las condiciones económicas a los principios de transparencia, no discriminación y cobertura del coste a Correos. La Ley 43/2010 también establece que se ha de evaluar el impacto en las necesidades de financiación del servicio postal universal y de la carga financiera injusta. No obstante, dado que a fecha de aprobación de la presente Resolución, está pendiente la aprobación del Plan de Prestación y la metodología de cálculo del coste neto del servicio universal postal (en adelante, CNSPU) no es posible valorar dicho impacto. A continuación, se procede a la revisión del contrato tipo de acceso a la red postal de Correos, esta revisión se realiza en dos grandes aspectos: condiciones técnicas y condiciones económicas".

**SEGUNDO.**- En el apartado II.1.1.1 de la resolución se hace referencia a "lugar de admisión". En este apartado se contiene la exigencia de que Correos introduzca en el Contrato Tipo (CT) los CAM (Centro de Admisión Masiva) disponibles en toda España. A este respecto, debemos indicar que introducir un listado exhaustivo de CAM en el CT obliga a posibles cambios frecuentes en el CT, derivados del aumento o disminución de los CAM, lo que parece carente de lógica en un Contrato Tipo.

Además, se exige que los centros no CAM que se ofrecen a determinados grandes clientes, se ofrezcan también a todos los operadores, lo que también parece excesivo, si tomamos en consideración que un centro no CAM puede ser suficiente para determinado cliente, pero no serlo para el uso por todos los que lo soliciten, sean clientes u operadores, pues el citado centro no CAM puede ser suficiente para un único usuario masivo en un punto geográfico concreto, pero no para el uso masivo por varios usuarios.

En el apartado II.1.1.2 de la resolución se hace referencia a "requisitos adicionales de presentación"; En el apartado II.1.1.3 de la resolución se hace referencia a "requisitos de clasificación y contenerización"; En el apartado II.1.1.4 de la resolución se hace referencia a "procedimiento de cálculo de los envíos a zonas de alto coste"; En el apartado II.1.2.1 de la resolución se hace referencia a "número de depósitos diarios en la red postal de Correos"; En el apartado II.1.2.2 de la resolución se hace referencia a "Aplicación de descuentos sobre el precio nominal versus precio neto"; En el apartado II.1.2.3 de la resolución se hace referencia a "descuentos aplicados en el Contrato Tipo", que contiene a su vez descuentos por volumen; descuentos y penalizaciones por la prevalencia de envíos en zonas de alto coste; descuentos por grado de clasificación; descuentos por regularidad; y medios y condiciones de pago; En el apartado II.1.3 de la resolución se hace referencia a "otras consideraciones", incluye naturaleza del Contrato Tipo; volumen mínimo para acceder al Contrato Tipo; y proceso de definición y regularización de descuentos; El apartado II.2 se refiere a la revisión de las condiciones económicas de acceso, el cual concluye con una evolución a un estándar de costes incrementales.

Para exponer algunos de los supuestos, podemos resaltar que respecto de los descuentos por volumen, se afirma en la resolución:

<<Los descuentos por volumen para los operadores alternativos son menores, a igualdad de envíos, que los ofertados a los grandes clientes de Correos.

Correos considera que los operadores alternativos, al consolidar volúmenes de distintos remitentes de envíos masivos y entregarlos en la red de Correos, pueden ofertar descuentos mayores a estos grandes clientes que el propio Correos a uno solo de los suyos, lo que puede constituir, según Correos, una discriminación para los clientes que contraten directamente con Correos e implicar un efecto de exclusión para este operador,



puesto que el precio que oferte Correos a sus clientes siempre estará por encima del que ofrezca el operador alternativo a los suyos.

Correos supone que estos efectos justifican una diferencia de un 3,5% en los descuentos aplicados a grandes clientes y a operadores alternativos, si bien no proporciona ninguna evidencia que soporte esta cifra.

En este sentido, cabe indicar que la relevancia de la actividad de acceso a la red postal es todavía, tras casi siete años de aplicación de la Ley 43/2010, muy poco significativa, teniendo un mayor peso en los ingresos y volúmenes de envíos de Correos los contratos de grandes clientes frente a los de los operadores postales alternativos que solicitan acceso a su red (...)

los efectos de una hipotética consolidación de volúmenes y el efecto exclusión que alega Correos para diferenciar en precios, a través de los descuentos por volumen, los servicios ofrecidos a los grandes clientes minoristas de los servicios a los operadores alternativos estarían ya de por sí muy acotados por la poca representatividad de la actividad de acceso frente a la actividad minorista de grandes clientes. Pero además, el efecto exclusión no se estaría produciendo en la actualidad, ya que los ingresos unitarios por la actividad de servicio a grandes clientes revelan unos descuentos mayores a grandes clientes que a operadores, es decir, que Correos puede competir ofreciendo precios más atractivos a sus grandes clientes para evitar que el operador consolide en la red de Correos volúmenes mayores procedentes de distintos clientes minoristas, ya que la actividad de acceso es muy residual.

Por este motivo, no existe una justificación objetiva para tratar de manera diferenciada los descuentos por volumen ofrecidos a los grandes clientes minoristas y a los operadores alternativos, por lo que se considera que se debe aplicar la misma base de descuentos por volumen a ambos>>.

También se examinan los descuentos y penalizaciones por la prevalencia de envíos en zonas de alto coste. Se afirma:

<<En los contratos firmados con los grandes clientes analizados no se especifica en ningún caso la aplicación de este sistema de descuento o penalización por los envíos de los grandes clientes a zonas de alto coste de distribución. Esto supondría una discriminación entre las condiciones aplicadas a dos tipos de clientes, los minoristas (grandes clientes) y los mayoristas (operadores de acceso) de envíos masivos, que no se justificaría objetivamente por una diferencia en las actividades llevadas a cabo en la red de Correos.

Teniendo en cuenta lo anterior, Correos deberá ajustar sus descuentos por envíos a zonas de alto coste del contrato tipo de acceso a los niveles máximos y a la senda que se establecen en la presente Resolución. Además, de acuerdo al principio de no discriminación, los niveles máximos de este tipo de descuentos y los valores concretos que, en su caso, Correos decida aplicar a sus grandes clientes deberán ser los mismos que los aplicados en el contrato tipo de acceso.

Por otra parte, y en el caso de que en los contratos con los grandes clientes no se contemple o, definiéndose el concepto, no se exprese concretamente la penalización aplicada por el porcentaje de envíos a zonas de alto coste, este concepto tampoco será de aplicación en el contrato tipo de acceso>>.

Respecto de los descuentos por grado de clasificación, se concluye: <<Correos deberá ajustar sus descuentos por grado de clasificación en el contrato tipo de acceso a los niveles máximos y a la senda que se establecen en la presente Resolución. Además, de acuerdo al principio de no discriminación, los niveles máximos de descuentos por grado de clasificación y los valores concretos que, en su caso, Correos decida aplicar a sus grandes clientes deberán ser los mismos que los aplicados en el contrato tipo de acceso>>.

En cuanto a los descuentos por regularidad, se concluye: <<Correos deberá ajustar sus descuentos por regularidad del contrato tipo de acceso a lo establecido en la presente Resolución. Además, de acuerdo al principio de no discriminación, el nivel máximo de descuentos por regularidad y el valor concreto que, en su caso, Correos decida aplicar a sus grandes clientes deberá ser el mismo que el aplicado en el contrato tipo de acceso>>.

**TERCERO.-** Tal y como señala la Abogacía el Estado, en el escrito de contestación a la demanda, los motivos de impugnación se centran en: 1.- Que las atribuciones de la CNMC en materia de acceso, y en concreto la potestad que la ley 43/2010 le otorga para aprobar un contrato tipo de acceso a propuesta de Correos resultan excepcionales en el entorno de la Unión Europea, no son exigidas por la Directiva 97/67/CE, no responden a un juicio de necesidad y proporcionalidad y por tanto debe evitarse un excesivo intervencionismo distorsionador del mercado; 2.- Que la sentencia del TJUE en el asunto bpost ha aclarado que el principio de no discriminación no implica que los descuentos a grandes clientes y a operadores deban ser idénticos; 3.- Que la CNMC impone injustificadamente tarifas mínimas de acceso para cubrir costes de prestación del servicio; 4.- Que la resolución impugnada no sólo establece la propuesta de contrato tipo de acceso de Correos, sino



que va más allá e impone que los precios del servicio de acceso establecidos por la CNMC contra la propuesta de Correos, se apliquen también a los servicios minoristas prestados a grandes clientes, excediéndose así, de sus competencias y obligando a Correos a incrementar sus precios en el mercado minorista; 5.- Que la CNMC carece de competencia para imponer los descuentos a los grandes clientes. La CNMC tiene potestad para realizar declaraciones sobre las propuestas de nuevos precios de Correos pero no para imponer a Correos modificaciones de los precios comunicados; y 6.- Por último, que la CNMC realiza una interpretación maximalista del principio de no discriminación, considerando que no se admite ninguna diferenciación en las condiciones de acceso ofertadas a operadores postales en el marco del contrato tipo de acceso y las ofertadas a usuarios (grandes clientes).

**CUARTO.**- La sentencia dictada por el TJUE el 27 de marzo de 2012, en la cuestión C-209/10, se refiere a Post Danmark y el presunto abuso de posición dominante en el mercado danés de la distribución de correo sin destinatario, al llevar a cabo una política selectiva de descuentos destinada a fidelizar a la clientela, por una parte, al no ofrecer a sus clientes las mismas tarifas y descuentos (práctica calificada de «discriminación de precios secundaria») y, por otra parte, al aplicar a los antiguos clientes de Forbruger-Kontakt tarifas distintas de las aplicadas a su propia clientela, sin poder justificar esas diferencias considerables en sus condiciones de precios y descuentos por razones de costes (práctica calificada de «discriminación de precios primaria»).

La conclusión que obtiene el TJUE se refleja en su declaración final: «El artículo 82 CE debe interpretarse en el sentido de que una política de precios reducidos aplicados a determinados antiguos clientes importantes de un competidor por una empresa que ocupa una posición dominante no puede considerarse constitutiva de una práctica de exclusión abusiva por el único motivo de que el precio aplicado por dicha empresa a uno de esos clientes se sitúa en un nivel inferior a los costes totales medios imputados a la actividad correspondiente, pero superior a los costes incrementales medios de ésta, según se evaluaron en el procedimiento que dio lugar al litigio principal. Para apreciar la existencia de efectos contrarios a la competencia en circunstancias como las de dicho litigio, es preciso examinar si esa política de precios, sin justificación objetiva, da lugar a la exclusión efectiva o probable de dicho competidor, en perjuicio de la competencia y, por ende, de los intereses de los consumidores».

Para llegar a dicha conclusión, el TJUE realiza distintas afirmaciones, tales como que "es jurisprudencia reiterada que la declaración de la existencia de dicha posición dominante no implica, en sí misma, ningún reproche a la empresa de que se trate" y "no todos los efectos de exclusión falsean necesariamente la competencia".

Por lo demás, "para determinar si la empresa que ocupa una posición dominante ha explotado de manera abusiva esa posición mediante la aplicación de sus prácticas tarifarias, es preciso valorar todas las circunstancias y examinar si dichas prácticas pretenden privar al comprador de la posibilidad de elegir sus fuentes de abastecimiento, o al menos limitar dicha posibilidad, impedir el acceso de los competidores al mercado, aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva, o reforzar su posición dominante mediante la distorsión de la competencia (sentencia Deutsche Telekom/Comisión)".

También señala el TJUE:

«para apreciar la licitud de una política de precios reducidos aplicada por una empresa que ocupa una posición dominante, el Tribunal de Justicia recurrió a criterios basados en una comparación de los precios y de determinados costes contraídos por la empresa dominante, así como en la estrategia de ésta (véanse las sentencias antes citadas AKZO/Comisión, apartado 74, y France Télécom/Comisión, apartado 108).

En lo que atañe a la existencia de una posible estrategia contraria a la competencia de Post Danmark, de los autos se desprende que la denuncia en la que tiene su origen el litigio principal se basaba en la posibilidad de que, mediante una política de precios reducidos aplicados a determinados clientes importantes para su competidor, Post Danmark hubiera podido eliminar a este último del mercado de que se trata. Pues bien, como resulta de la resolución de remisión, no pudo demostrarse la intención de Post Danmark de excluir a ese competidor.

Además, a diferencia de lo que alega el Gobierno danés, que en este procedimiento presenta observaciones en apoyo de las pretensiones formuladas por el Konkurrenceradet en el litigio principal, la circunstancia de que una práctica de una empresa que ocupa una posición dominante pueda calificarse, como sucede con la política de precios controvertida en el caso de autos, de «discriminación de precios» -es decir, la aplicación de precios diferentes a clientes diferentes o a categorías diferentes de clientes para productos o servicios con idénticos costes o, a la inversa, la aplicación de un precio único a clientes respecto de los que varían los costes de la oferta- no puede, por sí sola, indicar la presencia de una práctica de exclusión abusiva.



En el presente asunto, de los autos se desprende de que, para efectuar una comparación de precios y costes, las autoridades danesas de competencia recurrieron, no al concepto de «costes variables» al que se alude en la jurisprudencia derivada de la sentencia AKZO/Comisión, antes citada, sino a otro concepto, a saber, el que dichas autoridades designaron mediante la expresión «costes incrementales». A este respecto, de las observaciones escritas del Gobierno danés y de sus respuestas escritas a las preguntas del Tribunal de Justicia se deduce, en particular, que dichas autoridades definieron los «costes incrementales» como «los costes que deben desaparecer a corto o a medio plazo (de tres a cinco años), si Post Danmark dejase de ejercer la actividad de distribución de correo sin destinatario». Además, ese Gobierno señaló que los «costes totales medios» se definieron, por su parte, como «costes incrementales medios a los que se añade una parte, determinada por evaluación, de los costes comunes de Post Danmark derivados de las actividades ajenas a la obligación de servicio universal»>>.

**QUINTO.-** La sentencia dictada por el TJUE el 11 de febrero de 2015, en la cuestión prejudicial C-340/13, se refiere a una presunta infracción del principio de no discriminación en la aplicación de las tarifas contractuales que aplica Bpost (Bélgica) relativas al año 2010, planteándose el problema por el trato diferenciado entre remitentes de envíos masivos y preparadores de correo. Pues bien, señala el TJUE:

<<28 En estas circunstancias, ha de entenderse que las cuestiones prejudiciales, tomadas en su conjunto, pretenden que se dilucide, en esencia, si el principio de no discriminación de las tarifas postales previsto en el artículo 12 de la Directiva 97/67 debe interpretarse en el sentido de que se opone a un sistema de descuentos cuantitativos por remitente, como el controvertido en el litigio principal.

29 A este respecto, es preciso señalar que los descuentos cuantitativos son reducciones de las tarifas cuyo porcentaje se incrementa progresivamente en función del volumen de envíos postales generado durante un período de referencia (...)

32 Consta que, en la medida en que los descuentos cuantitativos se calculan en función del volumen de negocio generado individualmente por cada remitente, un remitente que encarga a bpost un volumen importante de envíos se beneficia de un descuento superior al que obtiene un preparador de correo que le entrega un volumen de envíos equivalente, resultante de la agrupación de envíos procedentes de varios remitentes.

33 Si bien es verdad que esta apreciación permite concluir que el descuento cuantitativo por remitente introduce una diferencia de trato entre los remitentes y los preparadores de correo, no es menos cierto que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia referida en el apartado 27 de la presente sentencia, esta diferencia de trato sólo puede constituir una discriminación prohibida por el artículo 12 de la Directiva 97/67 si, por un lado, los remitentes y los preparadores de correo se encuentran en una situación comparable en el mercado de la distribución postal y, por otro lado, ningún objetivo legítimo permite justificar dicha diferencia de trato(...)

48 De cuantas consideraciones anteceden resulta que los remitentes y los preparadores de correo no se hallan en una situación comparable respecto al objetivo perseguido por el sistema de descuentos cuantitativos por remitente, que consiste en estimular la demanda en el ámbito de los servicios postales, puesto que únicamente los remitentes pueden verse incitados, mediante ese sistema, a aumentar su volumen de envíos encomendados a bpost y, por tanto, el volumen de negocio de este operador. Por consiguiente, la diferencia de trato entre ambas categorías de clientes que se deriva de la aplicación del sistema de descuentos cuantitativos por remitente no constituye una discriminación prohibida por el artículo 12 de la Directiva 97/67.

49 En consecuencia, procede responder a la cuestión planteada que el principio de no discriminación de las tarifas previsto en el artículo 12 de la Directiva 97/67 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a un sistema de descuentos cuantitativos por remitente, como el controvertido en el asunto principal>>.

**SEXTO.-** Esta Sala ha dictado sentencia en el procedimiento 118/2014, de fecha 1 de julio de 2015, sobre infracción única y continuada del artículo 2 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia consistente en impedir a los operadores alternativos competir en el segmento de los grandes clientes de servicios postales, cuya conducta se calificaba como muy grave. En la referida sentencia se parte de las siguientes premisas:

1.- Correos es la titular de la red pública postal, y asume la prestación del servicio universal ( DA 1ª Ley 43/2010), entendido como aquél que se presta sin discriminación de forma ordinaria y permanente, a precio asequible y con una determinada calidad en los términos del art. 20 de la Ley postal 43/2010, de 30 de diciembre. El acceso a la red postal garantizado sólo al servicio universal (art.42 y 45 LP).

2.- Ese servicio ya no se presta en régimen de reserva una parte y otra en concurrencia, sino que todo él se presta en concurrencia tras la ley Postal 43/2010 (art.21).



3.- Correos tiene capacidad para ofrecer descuentos sobre los precios que aprueba la CNSP, de modo que por ello tiene margen de maniobra para fijar los precios (art.35 LP), y así se han ofrecido a los operadores postales privados por volumen de envíos, ahorro y regularidad, devengados de forma anual o mensual, y no supera el 16%, mientras que los ofrecidos a grandes clientes ha podido llegar hasta el 57%.

4.- Correos es titular de una posición de dominio, o en términos económicos, de superdominio, al superar en todo caso, el 80% del mercado postal, con independencia de las cuotas que tengan los operadores dominantes en otros países y de lo que haya podido crecer UNIPPOST en España en los últimos años.

Con dichas premisas, la sentencia señala:

<<Se imputa a la actora una conducta de estrechamiento de márgenes constitutiva de un abuso de posición de dominio. Sobre esta conducta, la relativa al abuso de posición de dominio, para que quede acreditada su existencia, el TS ha venido exigiendo estos presupuestos ( STS 8.5.2003, recurso 4495/1998; 13.12.2004, recurso 915/2002, 4.4.2006, recurso 4699/2003, 22.3.2006, recurso 5468/2003, e igualmente SAN 26.9.2005, recurso 471/2003 y 111/2004:

1.- La existencia de una posición de dominio que permita a una empresa poder actuar al margen de sus competidores, clientes y consumidores (STJUE de 13.2.1979, Hoffmann-La Roche/Comisión; 14.10.2010, Deutsche Telecom/Comisión C-280/08).

2.- Una conducta abusiva, que puede incluirse entre las que prevé el art. 2 de la LDC, y por tanto previsible, lo cual se entiende de forma objetiva, sin que dependa de la intencionalidad del actor ( STS 30.5.2006, recurso 7151/2003; 4.4.2006, recurso 4699/2003).

3.- Una falta de justificación de dicha conducta.

4.- Un efecto de impedir el acceso al mercado, o a un segmento del mercado de un competidor.

En el caso examinado, la conducta imputada consistente en un estrechamiento de márgenes (price squeeze) como la examinada en autos, en la que CORREOS otorga descuentos notoriamente inferiores a los operadores privados que acceden a su red postal respecto de los que ofrece a los grandes clientes en el mercado minorista, la doctrina del TJUE ha venido exigiendo varios presupuestos que para que una conducta de estrechamiento de márgenes sea contraria a la normativa de defensa de la competencia es preciso, según se deduce de la Comunicación de la Comisión sobre Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación al art. 82 del Tratado CE (DOUE 24.2.2009) -la cual se trata junto con la de denegación de suministro (apartado D)- y de la doctrina de las sentencias de 27.3.2012, asunto C-209/2010, Post Danmark; de 17.2.2011, asunto C-52/2009 Tella Sonera; 14.10.2010, Asunto Deutsche/Telecom AG/comisión T-271/03; 29.3.2012, Telefónica contra Comisión; confirmada en casación por sentencia de 10.7.2014, y de 29.3.2012, asunto Reino de España /Comisión)

1.- Los propios del abuso de dominio.

2.- La existencia de un consumo esencial en el mercado descendente (párrafo 81 de la Comunicación).

3.- La producción de un efecto salida del mercado descendente, tras una conducta duradera, siempre que la empresa rival sea tan eficiente como la empresa dominante (párrafo 80 y 81). Si bien se indica también en la Comunicación que sea probable que la denegación redunde en perjuicio de los consumidores".

Ese efecto de salida del mercado que supone un perjuicio para la competencia puede ser objeto de prueba presunta y no plena, pero debe acreditarse (asunto Tella Sonera 17.2.2011).

De todo lo expuesto se deduce, que si bien Correos dispone de margen de maniobra para aplicar sus descuentos, conforme al art. 35 de la LP 43/2010, y aun admitiendo la existencia de una conducta de estrechamiento de márgenes por aplicación de descuentos notoriamente diferentes, sin embargo, no puede obviarse que la CNMC reconoce paladinamente que los operadores privados, y en concreto UNIPPOST, no han sido expulsados del concreto mercado examinado, el relativo al minorista de los grandes clientes, y así lo dice..... Pues bien, tal reconocimiento de esos hechos no nos puede sino llevar a la aplicación de la doctrina de las tres mencionadas sentencias del TJUE, 27.3.2012, asunto C-209/2010, Post Danmark; de 17.2.2011, asunto C-52/2009 Tella Sonera; 14.10.2010, Asunto Deutsche/Telecom AG/comisión T-271/03, en el sentido de que no habiéndose acreditado, ni siquiera de forma presunta o potencial, que UNIPPOST haya podido quedar excluido del segmento de mercado de los grandes clientes, no podemos entender acreditada la conducta de abuso de posición de dominio proscrita por el art. 2 de la LDC al no concurrir uno de los elementos esenciales para apreciar su existencia>>.

La referida sentencia ha sido confirmada por el Tribunal, por sentencia de 5 de febrero de 2018, casación 2808/15.



**SÉPTIMO.-** Conviene precisar que, tal y como afirma la parte recurrente, en el año 2007 se introdujo en nuestro país el acceso a la red postal de los distintos operadores, lo que fue aprobado por resolución del Ministerio de Fomento de 23 de abril de 2007. Las condiciones de acceso que allí se fijaron resultaron, en definitiva, confirmadas por la Comisión Nacional del Sector Postal, mediante Circular 1/2011.

En esta situación, la actual CNMC, pretende introducir distintas condiciones en el Sector Postal, equiparando los operadores y los grandes clientes, mediante resolución de 21 de enero de 2014. Consecuencia de ello, fue la imposición de una sanción por impedir a los operadores alternativos competir en el segmento de los grandes clientes de servicios postales. La referida sanción fue anulada por la sentencia de esta Sala que ya hemos recogido anteriormente, y confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo que ya hemos citado.

Con la misma y sustancial finalidad de equiparación entre operadores y grandes clientes, surge la resolución de 15 de febrero de 2018, objeto del presente procedimiento, en relación con el Procedimiento Relativo a la Aprobación del Contrato Tipo de Acceso a la Red Postal.

Expuesto lo anterior, debemos volver a resaltar que el artículo 45 garantiza el acceso, de los distintos operadores, a la red postal, sujeto a los principios de transparencia, proporcionalidad y no discriminación. En relación con este último, se fija en la no diferenciación entre operadores y filiales del operador designado o las entidades participadas por el mismo. Como puede deducirse con claridad, la no discriminación no se sitúa en la igualdad matemática de precios a distintos destinatarios de los servicios que se prestan, sino entre operadores y -en este caso- Correos y no se hace referencia a grandes clientes.

Entiende la Sala que la referencia constante que se contiene en la resolución impugnada a la vulneración del principio de no discriminación es inadecuada, pues se realiza: 1.- partiendo de la base de que la discriminación requiere un término comparativo entre operadores y clientes, lo que no se contiene en la norma que se aplica (Ley 43/2010) ni puede imponerse desde la perspectiva europea, tal y como ya hemos resaltado; 2.- trasladando como obligación de Correos lo que constituye pacto privado con algunos grandes clientes, imponiendo la obligación de ofrecerlo, en los mismos y miméticos términos, a todos los operadores, lo que tampoco es amparable en la normativa estatal y europea; 3.- no introduciendo un razonamiento acabado y justificado de ruptura de la competencia en términos que pudieran considerarse prohibidos por el artículo 12 de la Directiva 2008/6/CE y teniendo en cuenta las sentencias TJUE que hemos citado.

La propia traslación del contrato a la CNMC, nos permite afirmar que cuando sea aprobado el contrato tipo, este ofrecerá parámetros contrastados de transparencia, proporcionalidad y no discriminación. Es más, los tres principios indicados estarán ínsitos en el contrato tipo, pues contendrá la previa publicidad de las condiciones de acceso, la disponibilidad publicitada del operador designado (Correos) y las necesidades del interesado, así como el acceso sin diferencias no justificadas para los distintos operadores.

Desde otro punto de vista, podemos señalar que existe acuerdo del año 2017 entre Correos y el entonces principal operador alternativo (Unipost), en que se zanján las discrepancias existentes y se fijan las condiciones de acceso a la red postal.

Por otra parte, la propia CNMC afirma, respecto de las condiciones económicas, que no se ha podido evaluar el impacto en las necesidades de financiación del servicio postal universal y de la carga financiera, al no existir Plan de Prestación y metodología de cálculo del Coste Neto del Servicio Postal Universal (CNSPU).

Por último, también resaltamos que la actuación previa del Regulador deviene excepcional dentro del ámbito de los Estados Miembros, pues sólo tres de ellos (Reino Unido, Holanda y España) lo estipulan, debiendo también señalar que Reino Unido ha eliminado esta posibilidad y que en Holanda existen decisiones judiciales anulando la intervención del Regulador (no existe controversia real contra esta afirmación de la actora). En todo caso, lo relevante es que la intervención previa del Regulador no es una exigencia que derive de la normativa europea, así como que dicha intervención no se prevé con el alcance que pretende la CNMC en la resolución objeto de recurso. Además y en todo caso, se podría sustentar la aplicabilidad de descuentos "similares" entre grandes clientes y operadores, pero no los mismos de forma exacta y generalizada para todos los supuestos.

Es claro que el acceso a la red postal ha de ser transparente y no discriminatorio, y debe garantizarse la proporcionalidad de las medidas que se adopten al respecto por los Estados miembros (artículo 11 bis de la Directiva). Afirman las codemandadas que "no está justificado que los descuentos a unos (Grandes Clientes) y otros (operadores) sean distintos, pero se omite que la cuestión es inversa, pues la CNMC debe justificar que lo exigible es aplicar la misma (exactamente la misma) tarifa a unos y otros. Esta precisión nos parece también muy relevante en el presente supuesto.

En definitiva, la CNMC no ha justificado la habilitación competencial que le asiste para imponer las tarifas o las condiciones de distintos tipos de servicios postales, al amparo de una discriminación que esta Sala no aprecia. A estos efectos no es justificación suficiente la previsión del artículo 12.5 de la directiva 2008/6/CE y



artículo 35 de la Ley 43/2010, pues se trata de evaluar si los envíos que se efectúan son "equivalentes" o "en condiciones similares", dificultad añadida a la proporcionalidad de la intervención y a la evidente transparencia en las condiciones de acceso.

También conviene precisar que la sentencia de esta Sala, que se cita por las codemandadas, de 13 de julio de 2015 (recurso 663/18, Sección 3ª), se refiere a un ámbito limitado a las notificaciones administrativas, no extrapolable con carácter general a otros ámbitos. Las operadoras alternativas pretenden que el marco regulatorio ha de satisfacer sus intereses, pero no es este el criterio que preside la regulación nacional y europea, tal y como ya hemos reflejado, pues el interés protegible es el público que debe presidir la actuación del Regulador.

Por otra parte, también se afirma por las codemandadas que los principios de transparencia y no discriminación han sido traspuestos por la legislación postal de la mayoría de los países, lo cual es cierto y coincide con el caso de España. También en España podemos interpretar, siguiendo dicha tesis, que la publicación de tarifas y condiciones otorga contenido a los referidos principios, lo cual no es la cuestión que se debate, pues el contrato tipo tiene como una de sus finalidades el conocimiento ex ante de las condiciones de acceso, tanto desde un punto de vista material como económico. Cuestión distinta es que el Regulador pueda establecer, por sí, dichas condiciones.

**OCTAVO.-** Llegados a este punto, conviene ir precisando las conclusiones que extraemos de todo lo anterior. Pues bien, la premisa básica se sustenta en el hecho de que la competencia de la CNMC para aprobar el contrato tipo no implica, de forma apriorística y sin matices, que dicho Regulador pueda establecer las condiciones y tarifas que estime más ajustadas según sus criterios. Así se deduce de los preceptos citados de la Ley 43/2010 y de los artículos también citados de la Directiva.

La posibilidad de intervención de la CNMC se ciñe a comprobar que se respetan los principios de transparencia, proporcionalidad y no discriminación, los cuales se respetan -a juicio de la Sala- en este caso. Para ello tomamos en consideración el contenido que a dichos principios ha otorgado esta misma Sala y el Tribunal Supremo, así como el Tribunal de Justicia de la Unión, en términos que ya hemos reflejado. El distinto tratamiento que se otorga en el CT a los grandes clientes y a los operadores alternativos, no implica discriminación, lo que supone que una parte sustancial de las decisiones contenidas en la resolución impugnada sean disconformes a derecho.

También puede examinarse por el Regulador la equivalencia o similitud de los servicios o de la demanda de los mismos, pero este criterio no entra en juego en el caso que nos ocupa, pues se pretende una traslación sin matices a todos los operadores. Una cosa será examinar si se respetan los principios y criterios señalados y otra, bien distinta, que el Regulador pueda imponer sus criterios ante su discrepancia con el contrato tipo presentado a su aprobación, en lugar de exponer los motivos de discrepancia instando a la presentación de otro contrato tipo.

En todo caso, considera la Sala que la intervención ex ante del Regulador sólo cabe, conforme a los términos normativos y jurisprudenciales de constante referencia, para la comprobación del respeto de los principios indicados, lo que debe hacerse con carácter restrictivo, a falta de expresa habilitación en sentido contrario.

La consecuencia de todo ello, será la estimación del recurso, pues la resolución impugnada debe ser anulada y dejada sin efecto, conforme se ha solicitado por la parte actora.

**NOVENO.-** En virtud de las previsiones del artículo 139 LRJCA, procede imponer las costas de la actora, a la Administración demandada.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

**PRIMERO.- Estimar** el recurso contencioso administrativo promovido por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. **María Jesús Gutiérrez Aceves**, en nombre y representación de **Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. S.M.E.**, contra resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 15 de febrero de 2018, por la que se resuelve el procedimiento relativo a la aprobación del Contrato de Acceso a la Red Postal de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, la cual anulamos por su disconformidad a Derecho.

**SEGUNDO.-** Imponer las costas a la Administración demandada.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ