

Id. Cendoj: 28079130032010100216
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 08/06/2010
Nº de Recurso: 4216/2007
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. ARTÍCULO 6.1 DE LA LEY 16/1989, DE 17 DE JULIO, DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE. DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE DE SERVICIOS DE ENVÍOS POSTALES. CONTRATACIÓN EN EXCLUSIVA DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS POSTALES RESERVADOS Y LIBERALIZADOS CON GRANDES CLIENTES MEDIANTE LA CONCESIÓN DE BONIFICACIONES QUE IMPIDE LA ENTRADA DE EMPRESAS COMPETIDORAS. ARTÍCULO 10.2 LDC: CRITERIOS DE GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: DESIGNACIÓN DEL INSTRUCTOR DEL EXPEDIENTE TRAMITADO ANTE EL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. ARTÍCULO 18 DEL DECRETO 422/1970, DE 5 DE FEBRERO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO ORGÁNICO FUNCIONAL Y DE PROCEDIMIENTO DEL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. ARTÍCULO 24 CE: GARANTÍAS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. DEBER DE BUENA ADMINISTRACIÓN. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: STC 126/2005, DE 23 DE MAYO. RECURSO DE CASACIÓN: CAUSAS DE INADMISIBILIDAD. ARTÍCULO 93.2 e) LJCA. FALTA DE INTERÉS CASACIONAL.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Junio de dos mil diez.

VISTO el recurso de casación número 4216/2007, interpuesto por el Procurador Don Cesáreo Hidalgo Senén, en nombre y representación de la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A., con la asistencia de Letrado, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 20 de noviembre de 2006, dictada en el recurso contencioso-administrativo 441/2004, seguido contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 15 de septiembre de 2004, sobre sanción por la realización de conductas prohibidas. Han sido partes recurridas la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado y la ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE EMPRESAS DE REPARTO Y MANIPULADO DE CORRESPONDENCIA (ASEMPRE), representada por la Procuradora Doña María José Corral Losada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo número 441/2004, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 20 de noviembre de 2006, cuyo fallo dice literalmente:

« DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. contra resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 15 de septiembre de 2004, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

Sin expresa imposición de costas. ».

La desestimación del recurso contencioso-administrativo se fundamentó en base a los siguientes razonamientos jurídicos:

« [...] Comencemos por rechazar el motivo formal alegado. Contrariamente a lo que en la demanda se alega, el defecto que se achaca al expediente sancionador fue ya objeto de consideración expresa por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia en la resolución que se impugna; otra cosa es que el motivo fuese desestimado por carecer manifiestamente de fundamento tanto jurídico como fáctico. En efecto, no es ya sólo que la manifestación efectuada por la actora no pase de ser una simple conjetura, al carecer de la más mínima prueba de haberse cometido irregularidad alguna en la asignación del Instructor, sino que actuó en el expediente por haber sido designado al efecto con pleno conocimiento de todos los interesados, incluida la hoy actora quien, por lo demás, en ningún momento puso objeción alguna al respecto, siendo así que de haber entendido procedente, como ahora se dice, la recusación con algún fundamento legal, pudo y debió hacerlo una vez tuvo constancia de la causa en que hubiese podido fundarse, lo que evidentemente no hizo. Por ello resulta inadmisibles invocar una norma de un Reglamento que, amén de estar derogado, nada establecía siquiera acerca del procedimiento para la designación de instructor del procedimiento, trámite que aparece en el procedimiento estrictamente observado y puesto de manifiesto a las partes intervinientes y de ahí que no pueda prosperar la alegación actora que pretende ampararse en la causa de nulidad establecida en el artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992 y que exige que se hubiese prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o, como tiene reiteradamente declarado la jurisprudencia, la omisión del un trámite esencial que hubiese ocasionado indefensión al interesado, lo que evidentemente aquí no ha acontecido.

[...] El fondo de la controversia se centra, en suma, en determinar si existió o no la infracción administrativa de abuso de posición dominante que tipifica el artículo 6 LDC y, en correlación con ello, si resulta procedente la sanción impuesta a la recurrente por el Tribunal de Defensa de la Competencia.

El artículo 6º LDC, tras las modificaciones introducidas en su apartado 1 y las adiciones de las letras «f)» y «g)» al apartado 2, ambas por el artículo 4 de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre

(redacción, por ello, que hemos de tomar en consideración en esta sentencia, puesto que era la vigente desde 1 de enero de 2000), dispone:

«Artículo

6

. Abuso de posición dominante.

1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas:

a) De su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

b) De la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus empresas, clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares.

2. El abuso podrá consistir, en particular, en:

a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicio no equitativos.

b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.

c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.

d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

f) La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de 6 meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas por el proveedor o en caso de fuerza mayor.

g) Obtener o intentar obtener, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en las condiciones generales de venta que se tengan pactadas.

3. Se aplicará también la prohibición a los casos en que la posición de dominio en el mercado de una o de varias empresas haya sido establecida por disposición legal».

A tal fin, la Sala entiende que punto de partida ha de ser el criterio del Tribunal Supremo sobre la significación y alcance del artículo 6 LDC, precepto sobre el

que ya existe una consolidada doctrina del Alto Tribunal; en efecto, la sentencia de 13 de diciembre de 2004 de su Sala de lo Contencioso-Administrativo, reiterando la doctrina ya establecida en las sentencias de 8 de mayo y 9 de junio de 2003, hace las siguientes consideraciones:

«a) Como es obvio, lo prohibido no es la posición de dominio, sino la explotación abusiva de esa posición.

b) Se contiene en él una lista de comportamientos calificables como abusivos, pero tal lista no es exhaustiva, sino meramente ejemplificativa, que ilustra sobre el concepto de explotación abusiva pero no lo agota.

c) La explotación abusiva pasa, así, a ser la noción fundamental del precepto, el cual, sin embargo, no contiene, más allá de lo que aporta la citada lista, una definición de lo que debe entenderse por tal.

d) La explotación abusiva no es sólo una conducta prohibida, sino también una conducta "típica", que la Ley considera constitutiva de infracción administrativa, ligando a ella, por tanto, la posibilidad de la imposición de una sanción en sentido estricto (artículo 10 de la Ley 16/1989).

e) Por ello, al enjuiciar si una conducta es constitutiva de explotación abusiva, han de tenerse presentes los principios propios del derecho sancionador, en el sentido de exigencia de que tal calificación de la conducta pudiera ser predecible por su agente, de prohibición del uso de la analogía y de resolución a favor del imputado de las dudas razonables que no hayan podido ser despejadas.

f) Por fin, dada la similitud existente entre el artículo 82 (antiguo artículo 86) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y aquel artículo 6, que transcribe casi literalmente la norma de antiabuso comunitaria al Derecho de Defensa de la Competencia español, cabe tomar en consideración la doctrina comunitaria sobre el abuso de posición de dominio como instrumento auxiliar para la interpretación de nuestro Derecho interno».

En este punto, el estudio del artículo 6º LDC, al igual que el del artículo 82 del Tratado de la Unión Europea, así como de la jurisprudencia comunitaria -singularmente, la que resulta de las sentencias del TJCE de 21 de febrero de 1973 (Continental Can), 6 de marzo de 1974 (Comercial Solvens), 14 de febrero de 1978 (United Brands), 13 de febrero de 1979 (Hoffmann La Roche), 3 de julio de 1991 (Akzo) y 15 de diciembre de 1994 (DLG)-, permite afirmar que en aquéllos (y también en el de nuestro Derecho interno, pese a la existencia en éste de una singular normativa de defensa de los consumidores) se protege, tanto los intereses económicos -concurrentiales o extraconcurrentiales- de los clientes, proveedores y consumidores en general, como los intereses de los competidores. Velan por la salvaguarda de la competencia residual o potencial, y actúan, también, en defensa directa de consumidores, clientes y proveedores ante conductas que, aunque no afecten a la estructura competitiva,

producen resultados lesivos con amparo en la falta o en la insuficiencia de una competencia efectiva. Sobre esta base:

-Cabe diferenciar: a) los abusos que perjudican los intereses concurrenciales de los competidores que lo son -primera línea de competencia- de la propia empresa dominante, restringiendo sin justificación la competencia residual o potencial del mercado mismo sobre el que se proyecta la posición de dominio (es, pues, un abuso anticompetitivo, y, dentro de estos, de primer grado); b) los abusos que lesionan los intereses concurrenciales de los que contratan con la empresa dominante (clientes y proveedores), alterando o restringiendo la competencia interior de sus respectivos mercados -segunda línea de competencia- (es, también, un abuso anticompetitivo, que cabe denominar, como hace la doctrina, de segundo grado); y c) los abusos que lesionan los intereses económicos no concurrenciales de los proveedores y consumidores (son los denominados abusos explotativos).

-Ahora bien, no toda restricción en la estructura competitiva del mercado hecha desde una posición de dominio merecerá ser calificada como explotación abusiva; lo exige así la lógica de aquellos preceptos y del sistema económico en que se insertan, que ni prohíben la posición de dominio, ni pretenden obstaculizar, tampoco a las empresas dominantes, la consecución de una posible mayor eficiencia; serán abusivas, pues, las restricciones de la competencia hechas desde una posición de dominio que no sean razonables por carecer de una justificación capaz de ser aceptada como tal por el ordenamiento jurídico-económico. Del mismo modo, la lesión de los intereses económicos de clientes, proveedores y consumidores producida desde una posición de dominio requerirá, para ser calificada como explotación abusiva de dicha posición, un elemento de carencia de justificación, que cabrá ver allí donde el ejercicio por la empresa dominante de su especial libertad económica deje de acomodarse, sin razón reconocible como tal, al que llevaría a cabo en una situación de competencia efectiva.

-A lo dicho cabe añadir: a) que la conducta a calificar debe valorarse de forma objetiva, de suerte que su carácter abusivo deberá desprenderse de sus rasgos económicos, sin depender, por tanto, de cual sea su valoración moral o la intención de su autor, aunque esto no permita, sin embargo, prescindir del necesario elemento de la culpabilidad si a la conducta pretende anudarse un efecto sancionador en sentido estricto; y b) que sobre las empresas en posición de dominio pesa una especial responsabilidad y un deber de mayor diligencia que los que son predicables del empresario sujeto al control natural de una competencia suficiente, debido al especial perjuicio que pueden causar sus actividades a la competencia en general y al interés de sus competidores, suministradores, clientes y consumidores, en particular.

La explotación abusiva es, en fin, una modalidad singular del abuso de derecho; un tipo cualificado de éste, que con sustento en la privilegiada libertad económica de que goza la empresa dominante, sobrepasa los límites normales del ejercicio del derecho para obtener ventajas de las transacciones, carentes de justificación, que no habría podido obtener en caso de una competencia practicable y suficientemente eficaz, lesionando directamente los intereses de terceros o el interés general al que atiende el sistema de defensa de la competencia. Es, en suma, un ejercicio antisocial de la excepcional libertad económica que otorga una posición de dominio en el mercado. Criterios éstos expuestos por la ya citada sentencia de 8 de mayo de 2003 del Tribunal Supremo y a cuya luz debe examinarse la conducta imputada a la actora por la resolución sancionadora dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia a cuyo fin procede

examinar primeramente los elementos objetivos que configuran el tipo de la infracción imputada (a saber, mercado relevante, posición de dominio y abuso de la misma), en segundo lugar el tipo subjetivo (o voluntariedad de la conducta) para, en último término, valorar la pertinencia, o no, de la sanción impuesta (SAN de 26 de septiembre de 2005).

[...] A propósito del análisis sobre cuál sea el mercado relevante y si ostenta en él o no Correos y Telégrafos, SA posición de dominio, la Sala comparte plenamente la delimitación del mercado relevante efectuada por el TDC y el SDC que, tras detallados análisis y contemplando el mercado desde la perspectiva de la demanda y de la oferta, se concluye que hay dos mercados relevantes en el expediente: el de servicios postales de envíos pertenecientes al área reservada legalmente a Correos y el de servicios postales liberalizados o no reservados. En el primero se incluyen cartas y tarjetas postales interurbanas hasta 100 gramos y transfronterizo de entrada y salida hasta 100 gramos, así como el servicio de giro y recepciones de escritos que los ciudadanos dirijan a los órganos de las Administraciones Públicas; mientras que en el área no reservada se incluyen cartas y tarjetas postales urbanas hasta 2 kilos, interurbanas de más de 100 gramos y hasta 2 kilos, transfronterizo de entrada y salida de más de 100 gramos y hasta 2 kilos de peso, así como paquetes postales hasta 10 kilos y otros envíos de publicidad y servicios accesorios. Nos encontramos así ante un mercado de servicios (el Servicio Postal Universal) tal como viene diseñado en el marco normativo en materia postal tanto en el Derecho interno como en el entorno de la Unión Europea (Directiva Postal 97/67/2002 modificada por la Directiva 2002/39/CE, de 10 de junio de 2002, así como en la Ley Postal de 1998 y desarrollos posteriores en el ámbito de liberalización de los Servicios Postales). De ahí que haya de rechazarse la propuesta de la demandante de considerar sólo un mercado relevante y que éste sea únicamente el relativo a los grandes clientes por muy importantes y ciertas que sean las peculiaridades que presenta el sector tanto respecto de la oferta como de la demanda y desde luego de las grandes cifras que arroja el negocio que y del interés comercial que suscita dada su importancia cualitativa y cuantitativa.

La posición de dominio de Correos en el mercado de servicios postales reservados ha sido reiteradamente apreciada por el TDC y ratificada por la Sala. Así en la SAN de 26 de septiembre de 2005 en los siguientes términos:

«En efecto, que es en el ámbito de los servicios reservados al operador al que se encomienda la prestación del Servicio Postal Universal (en los términos del artículo 18 de la Ley 24/1998, de 13 de julio, de Regulación del Servicio Postal Universal y de la Liberalización de los Servicios Postales, en lo sucesivo simplemente Ley Postal) queda fuera de toda duda ya que "ministerio legis" se encomienda a la actora la condición de operador de tales servicios reservados. Por lo demás, no resulta ocioso recordar que la prohibición del artículo 6 LDC, al igual que la del artículo 82 del Tratado de la Unión Europea es aplicable, también, al abuso cometido en un mercado distinto (en este caso, sería el mercado postal liberalizado), pero conexo y vinculado, estrechamente, con el mercado dominado (que en este caso lo sería de los servicios reservados al operador al que se encomienda la prestación del Servicio Postal Universal) como tiene establecido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (por todas, la sentencia de 14 de noviembre de 1996

, asunto Tetra Pak/Comisión).

Como consecuencia de todo lo anterior, esta Sala entiende que la recurrente en el mercado definido como relevante (admisión, clasificación, franqueado, tratamiento y entrega en los lugares indicados a Correos y Telégrafos, SA para su posterior transporte y distribución por la misma de los envíos postales con destino local en el territorio español) y, en general, en todo el mercado postal en territorio español, la demandante ostenta una posición de dominio».

En definitiva, la Sala comparte la apreciación del TDC sobre los mercados relevantes en el expediente, habiéndose identificado correctamente tanto el espacio o ámbito comercial en el que se llevó a cabo la conducta de la demandante, la dimensión del producto o servicio, la dimensión territorial (todo el territorio nacional) así como la dimensión temporal (desde el año 1999).

Igualmente es indudable que los dos mercados relevantes señalados son mercados conexos, de modo que el abuso de la posición dominante es uno de los modos que puede ser utilizados para influir o para producir efectos abusivos en un mercado relacionado o vinculado. En este sentido la célebre sentencia del TJCE Commercial Solvents y más recientemente la STS de 30 de mayo de 2006

Por lo demás, ni siquiera sería preciso detenerse en cuál sea el mercado relevante como elemento objetivo de la conducta sancionada como abusiva ni tampoco existiría necesidad de detenerse en cuál sea el mercado de referencia para definir dicho mercado relevante ya que, fuera cual fuera éste dentro del ámbito del servicio postal, la actora ostenta, contrariamente a lo que sostiene en su escrito de demanda, posición de dominio. En cualquier caso, ha quedado plenamente acreditado, y así lo reconoce la actora, que la cuota de mercado de Correos es plena el área reservada y sobrepasa los 2/3 en el área liberalizada.

[...] Ahora bien, la posición de dominio no es sino el presupuesto para, a partir de ella, determinar el abuso de la posición de dominio que no sea razonable por carecer de una justificación capaz de ser aceptada como tal por el ordenamiento jurídico- económico.

Y hay datos objetivos y suficientes, tanto en el propio expediente administrativo como los tomados en consideración por la resolución administrativa impugnada, para constatar la existencia de abuso de la posición de dominio y que la misma carece de una justificación objetiva razonable.

La resolución impugnada ha hecho una aplicación correcta de los mercados conexos cuando en ella se concluye que Correos ha abusado de su posición de dominio en el mercado de servicios reservados legalmente a Correos al contratar con las Entidades una presunta exclusiva para la prestación conjunta de servicios postales, tanto del área reservada legalmente a Correos, como del área liberalizada pues, en efecto, correcto es entender que con esa conducta anticompetitiva realizada, sin ningún género de duda, en el mercado de servicios reservados por Correos produce efectos anticompetitivos en el área no reservada (el TDC se refiere al segundo mercado como el de envíos postales generales, consistentes en, como asimismo ha quedado acreditado, en dificultar efectivamente que otros competidores puedan consolidarse en el mercado postal recientemente liberalizado. Pero es que, además, el efecto inmediato de la práctica colusoria sancionada ha sido el incremento de tratamiento de objetos postales y de facturación por parte de Correos y, por lo tanto,

del incremento de cuota de mercado, directamente relacionado con la pérdida proporcional de dicha cuota de mercado de los operadores postales privados, incluso un evidente retroceso sufrido por los operadores postales privados desde el año 1999. A dicha conclusión llega el informe sobre el mercado postal, obrante en las actuaciones, realizado por una importante consultora por encargo por el Ministerio de Fomento que, en efecto, ratifica la pérdida de cuota de mercado en los productos liberalizados, lo que es paralelo al incremento de facturación y de beneficios que vino a experimentar Correos y de lo que ya también se hiciera eco el SDC al concretar el Pliego de Cargos. En definitiva Correos con su conducta pretendía la exclusividad en la prestación a grandes clientes postales de servicios no reservados legalmente dificultando de forma efectiva que otros competidores pudieran abrirse paso en el mercado postal a la sazón recientemente liberalizado.

Frente a ello no pueden prosperar los alegatos de la actora tendentes más bien a negar la exclusividad contractual con los grandes clientes que a desvirtuar la efectiva concesión de bonificaciones en las tarifas condicionando ello a la entrega del volumen total de envíos postales generados por los grandes clientes. Y es que no se trata aquí de negar la posibilidad a Correos de determinadas exigencias en relación con la totalidad de los envíos correspondientes al sector reservado sino del abuso de la posición de dominio que ostenta en el sector reservado al exigir la entrega de dicha totalidad de los envíos, obstaculizando así de manera palmaria la posibilidad de que otros operadores actúen en dicho mercado. Tampoco ninguna virtualidad puede tener la alegada diferenciación de los descuentos concedidos respecto al área reservada y al área liberalizada, algo lógico pues se trata de mercados distintos, pero totalmente ajeno al ilícito concurrencial objeto de la actual controversia, máxime cuando la vinculación de las bonificaciones en una cuantía sustancial a la contratación de la totalidad de los envíos postales, ha quedado también plenamente demostrada en virtud de las pruebas aportadas por la propia demandante. Finalmente, si bien es cierto que la concesión de importantes descuentos, en sí misma no puede ser considerada equivalente a una exclusiva, no lo es menos que ésta tiene lugar cuando dichos descuentos en ámbito reservado se han condicionado a la entrega de la totalidad de los envíos postales tanto reservados como liberalizados.

En relación a los descuentos concedidos por Correos (individualizados en cada uno de los anexos a los contratos para las diferentes categorías de envíos postales: locales, interurbanos e internacionales, etc.) según se desprende de reiterada jurisprudencia comunitaria resultan contrarios al artículo 82 CE, tal y como tuvo ocasión de señalar el Tribunal Europeo en su sentencia de 17 de diciembre de 2003 «asunto British Airways», haciéndose eco de una jurisprudencia comunitaria, en efecto consolidada, al señalar que era contrario a dicho precepto que «un descuento por fidelidad concedido a cambio del compromiso del cliente de abastecerse exclusivamente o casi exclusivamente en una empresa dominante». En efecto tal descuento tiende a impedir, mediante la concesión de ventajas financieras, que los clientes se abastezcan acudiendo a otros productores competidores. Esta jurisprudencia resulta plenamente aplicable al caso actualmente controvertido, no bastando a la actora negar el carácter «fidelizador» del descuento cuando éstos resultan claramente contrarios a la normativa de defensa de la competencia precisamente por impedir o dificultar gravemente, a través de su existencia misma, que los clientes se abastezcan de otros competidores obteniendo así Correos una muy importante ventaja competitiva que se sustenta en el área monopolizada (mantenimiento del servicio postal universal reservado) y que como fin no puede tener

otro que la eliminación de la competencia, siendo, además, éste el efecto conseguido con la reducción de la cuota de mercado de aquellas otras empresas postales.

[...] Entrando ya en el plano del tipo subjetivo alega la recurrente que el TDC no aporta suficiente justificación sobre la culpabilidad de Correos y Telégrafos, SA y discrepa de la intencionalidad que se le atribuye en el propósito de restringir la competencia.

La censura es injustificada porque, contrariamente a lo señalado por la actora, la resolución impugnada destaca la actitud deliberada que ha guiado el comportamiento ilícito de Correos, algo que se ve, añadimos nosotros, corroborado por la actitud además persistente en un comportamiento anticompetitivo por el que ha venido siendo sancionada la actora en reiteradas ocasiones (nos remitimos a nuestra SAN de 26 de septiembre de 2005, en el recurso número 471/2003).

Y, como en la sentencia que acabamos de citar declarábamos, la imposición de la sanción requiere, junto al elemento objetivo, la concurrencia del elemento subjetivo, sea dolo o culpa, intencionalidad o negligencia. Pero ninguna de las razones esgrimidas por la actora sirven tampoco ahora para desvirtuar la apreciación de culpabilidad en su conducta a que antes se ha hecho alusión y que, por lo expuesto, esta Sala considera que ha sido también correctamente apreciada por el Tribunal de Defensa de la Competencia.

[...] Y por lo que se refiere ya a la proporcionalidad de la sanción, también la Sala tiene reiteradamente señalado que el contenido del tipo infractor no puede servir de referente para la graduación de la sanción, pues la gravedad de la conducta ya viene reconocida por el legislador al tipificarla y atribuirle la correspondiente sanción en abstracto, que lo es para la conducta descrita; asimismo, tampoco puede ser considerado criterio de agravación el que previamente hayan sido impuestas sanciones mientras éstas no sean firmes (que en la actualidad lo son) pues, aunque suponen una apariencia de comportamiento infractor reiterado, la reiteración no puede apreciarse en tanto no sean firmes las sanciones. Por ello, ha de atenderse a otras consideraciones, al margen de la conducta tipificada, para la individualización de la sanción y, por lo que aquí hace, a los criterios de graduación recogidos bajo el apartado 2 del artículo 10 LDC , precepto que, en cuanto a las circunstancias de agravación consideradas en la resolución sancionadora, dispone:

«Artículo

10

. Multas Sancionadoras.

2. La cuantía de las sanciones se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta:

- a) La modalidad y alcance de la restricción de la competencia.
- b) La dimensión del mercado afectado.
- c) La cuota de mercado de la empresa correspondiente.

d) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los

consumidores y usuarios.

e) La duración de la restricción de la competencia.

f) La reiteración en la realización de las conductas prohibidas».

A este respecto, como decíamos en la citada SAN de 26 de septiembre de 2005, no cabe apreciar ninguna de las otras dos infracciones del principio de proporcionalidad que imputa también la actora en su demanda a la resolución impugnada. En efecto, no resulta irrelevante -sino, más bien al contrario, muy significativo- que el abuso sea realizado por el operador público que gestiona la red pública aunque afecte a un ámbito liberalizado del sector postal y ello porque, dada la significación relativa del sector reservado y del sector liberalizado, el operador exclusivo en el sector postal tiene una extraordinariamente superior capacidad de influencia de la que carecen los restantes operadores, lo que constituye un criterio de agravación de la conducta que, por lo demás, viene avalado por la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas cuando señala que el artículo 82 del Tratado es aplicable, también, al abuso cometido en un mercado distinto, pero conexo y vinculado estrechamente, con el mercado dominado, cual es el caso de la relación existente entre los servicios postales reservados y los liberalizados en nuestro Ordenamiento jurídico. Y, finalmente, el hecho de que la sanción que ante esta Sala se recurre fuera en su momento la tercera más importante impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia en toda su historia y la multa más elevada impuesta a una sola empresa constituye, por sí mismo, criterio alguno de graduación, menos aún determinante de la invocada vulneración del principio de proporcionalidad ya que, como tiene declarado el Tribunal Supremo (por todas, sentencia de 23 de marzo de 2005 de su Sala de lo Contencioso-Administrativo) «ha de tenerse en cuenta, además, como criterio rector para este tipo de valoraciones sobre la adecuación de las sanciones a la gravedad de los hechos, que la comisión de las infracciones anticoncurrenciales no debe resultar para el infractor más beneficiosa que el cumplimiento de las normas infringidas».

En el presente caso todas y cada una de las circunstancias más arriba reseñadas que fueron, tomadas en consideración para la graduación de la sanción han de ser consideradas correctas. Así, en cuanto a la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, la infracción cometida es del mayor rango posible, a tenor de lo ya razonado y sobre todo lo ha sido prevaliéndose la actora de la anterior situación de un monopolio legal y de la reserva de determinados servicios «ministerio legis» a su favor.

Así el Tribunal Supremo en situaciones similares (por todas STS de 6 de marzo de 2003) puso de relieve que el abuso de posición de dominio ha sido considerado como una de las infracciones más graves desde la perspectiva de la defensa de la competencia (Resolución del día 29 de julio de 1993, Cofradía de Pescadores de Mariño) de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas contenida, entre otras, en las Sentencias del días 14 de febrero de 1978, United Grands, de 13 de febrero de 1979, Bodson/Pompas Fúnebres de las Regiones Liberadas, etc.), razonándose así respecto de la actuación de otra antigua monopolista que abusó de su posición de dominio extendiéndolo a un mercado distinto pero conexo y cerrando también el mercado a los competidores.

Y lo mismo cabe afirmar en relación con los otros criterios de graduación de la sanción que han sido también correctamente ponderados en la resolución impugnada, tanto en relación con la dimensión del mercado afectado y teniendo en cuenta que la infracción, como antes también se dijo, abarca todo el territorio nacional y a su vez una parte importante del territorio comunitario. Así también respecto de la cuota y el efecto de la restricción sobre la competencia, máxime cuando se trata de un mercado, se insiste, recientemente liberalizado y de las contrastadas dificultades que están encontrando las empresas de nueva creación para asentarse en el mismo; sin olvidar la duración de la restricción de la competencia que, en efecto, resulta incontrovertida.

Finalmente, sin tomar en cuenta adecuadamente en su momento, la reiteración de conductas que, como hemos dicho, efectivamente ha tenido lugar, también la cuantificación de la sanción se ha ajustado al parámetro legal al haberse fijado a partir del volumen de ventas en ningún momento discutido por la propia recurrente.

[...] Y tampoco cabe acoger el motivo y la petición correlativa en relación con la alegada inconstitucionalidad del artículo 10 LDC, pues con no ser, como hemos dicho en otras ocasiones, ciertamente un precepto modélico en cuanto a su ajuste al artículo 25 del Constitución dado los amplios márgenes que en el mismo se contienen, lo cierto es que las dudas, a los efectos que ahora interesan, han sido disipadas por el Tribunal Supremo que en la sentencia de 6 de marzo de 2003, en la que a propósito de una alegación idéntica a la que ahora se formula declaró que «A partir de estas consideraciones, estimamos que los apartados primero y segundo del artículo 10 no son susceptibles del reproche de inconstitucionalidad que la parte recurrente pretende. Pues la inevitable utilización de elementos de valoración referenciados a factores económicos de diversa naturaleza (cuotas de mercado, dimensiones de éste, efectos sobre los consumidores y otros similares) no convierte en absolutamente indeterminados los criterios para fijar la "importancia" de la infracción en cada caso. Se trata de criterios preestablecidos legalmente, de modo que las exigencias de previa determinación normativa se cumplen en la medida en que las empresas afectadas puede, o deben, ser conscientes de que a mayor intensidad de la restricción de la competencia por ellas promovida mayor ha de ser el importe de la sanción pecuniaria, con los límites máximos que en todo caso fija el propio artículo 10, en términos absolutos o relativos. Como es lógico, todo ello exige una ulterior labor de motivación y fundamentación, por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia que dé razón suficiente de la cuantía de la multa en cada caso» .».

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. recurso de casación, que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado mediante providencia de fecha 19 de julio de 2007 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la representación procesal de la Entidad Mercantil SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. recurrente compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo y, con fecha 5 de octubre de 2007, presentó escrito de interposición del recurso de

casación en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que teniendo por presentado este escrito y por realizadas las manifestaciones en el mismo contenidas, se sirva admitirlo teniendo a esta parte por personada y por interpuesto recurso de casación contra la Sentencia de 15 de septiembre de 2004 (sic) dictada por la Sala Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso nº 568/03 (sic), acuerde su admisión y, previos los trámites oportunos, lo estime, declare haber lugar al recurso y anule la sentencia recurrida por los siguientes motivos: (i) por infracción del artículo 18 del Reglamento del Servicio de Defensa de la Competencia establecido por el Decreto 422/70 y del artículo 24 de la Constitución Española, subsidiariamente (ii) por infracción del artículo 6 LDC y 82 TCE; y (iii) subsidiariamente, por infracción del principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción, dictando otra en su lugar por la que anule parcialmente la sentencia impugnada dictando otra en su lugar por la que reduzca sustancialmente el importe de la citada sanción, y cuando menos a 8.149.500 euros, todo ello por los motivos expuestos en el cuerpo de este escrito.

Por Primer Otrosí solicita la celebración de vista pública. ».

CUARTO.- La Sala, por providencia de fecha 3 de diciembre de 2007, admitió el recurso de casación.

QUINTO.- Por providencia de la Sala de fecha 10 de enero de 2008 se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a las partes comparecidas como recurridas (la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO y la ASOCIACIÓN PROFESIONALES DE EMPRESAS DE REPARTO Y MANIPULADO DE CORRESPONDENCIA [ASEMPRE]) a fin de que, en el plazo de treinta días, pudieran oponerse al recurso, lo que efectuaron con el siguiente resultado:

1º.- El Abogado del Estado, en escrito presentado el día 29 de enero de 2008, expuso los razonamientos que creyó oportunos y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Que, teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo, tener por formalizado a nombre del Estado escrito de oposición al presente recurso ordinario de casación interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Sexta), de 20 de noviembre de 2006, dictada en los autos 441/2004; seguir el procedimiento por sus trámites y en su día dictar resolución por la que se confirme la Sentencia impugnada, en cuanto declara conforme a Derecho la Resolución del TDC de 15 de septiembre de 2004 impugnada en autos; todo ello con expresa imposición de las costas causadas a la parte recurrente. ».

2º.- La Procuradora Doña María José Corral Losada, en representación de la ASOCIACIÓN PROFESIONALES DE EMPRESAS DE REPARTO Y MANIPULADO DE CORRESPONDENCIA (ASEMPRE), en escrito presentado el día 29 de febrero de 2008, expuso, asimismo, los razonamientos que creyó oportunos y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Que tenga por presentado este escrito en tiempo y forma y lo admita; tenga por formulada oposición por parte de ASEMPRE al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. y, de conformidad con las alegaciones que contiene, en su día dicte Sentencia inadmitiendo a trámite el recurso y en su caso desestimando el recurso y confirmando la Sentencia recurrida, con expresa imposición de las costas causadas a la recurrente por su temeridad y mala fe.

Por Otrosí interesa la celebración de vista. ».

SEXTO.- Por providencia de fecha 7 de abril de 2010, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 1 de junio de 2010, fecha en que tuvo lugar el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto del recurso de casación.

El presente recurso de casación que enjuiciamos se interpone por la representación procesal de la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 20 de noviembre de 2006, que desestimó el recurso contencioso-administrativo formulado contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 15 de septiembre de 2004, que resuelve el expediente 568/03, imponiendo a la referida entidad una sanción de multa de quince millones de euros, como responsable de una conducta prohibida por el artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y el artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea, consistente en contratar con varios grandes clientes, mediante el otorgamiento de descuentos, la exclusiva para la prestación conjunta de servicios postales tanto del área reservada legalmente a Correos como del área liberalizada.

Concretamente, la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 15 de septiembre de 2004, confirmada por la Sala de instancia, en su parte dispositiva, acordó:

« Primero.- Declarar la comisión por la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos S.A. (CORREOS) de una conducta abusiva de posición de dominio prohibida por el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) y el artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE). Esta conducta ha consistido en contratar con varios grandes clientes de servicios postales, mediante el otorgamiento de importantes descuentos, la exclusiva para la prestación conjunta de servicios postales tanto del área reservada legalmente a CORREOS como del área liberalizada. Esta conducta, ha sido practicada por CORREOS desde una posición de dominio en el mercado reservado para dificultar que puedan asentarse nuevas empresas competidoras en el mercado liberalizado conexo.

Segundo.- Intimar a CORREOS para que cese en esa conducta y en lo sucesivo se abstenga de conductas semejantes.

Tercero.- Imponer a CORREOS la publicación, en el plazo de dos meses, a su costa, de la parte dispositiva de la Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en la Sección de Economía de dos diarios de circulación nacional de entre los cinco de mayor tirada.

Cuarto.- Imponer a CORREOS una multa sancionadora de quince millones de euros.

Quinto.- Imponer a CORREOS una multa coercitiva de seiscientos euros por cada día de retraso en el cumplimiento de cada una de sus obligaciones de publicar la parte dispositiva de esta Resolución . » .

SEGUNDO.- Sobre el planteamiento del recurso de casación.

El recurso de casación se articula en la exposición de tres motivos de casación, fundados al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa:

En el primer motivo de casación se imputa a la sentencia recurrida la infracción del artículo 18 del Reglamento del Servicio de Defensa de la Competencia , aprobado por Decreto 422/1970, y del artículo 24 de la Constitución española, en cuanto que no acoge la vulneración del procedimiento legalmente establecido, en relación con la designación del instructor del expediente tramitado en el Servicio de Defensa de la Competencia, al no respetarse el sistema de atribución por turnos, lo que supone, según se aduce, «una violación del principio de designación del juez predeterminado por la Ley y del derecho a un proceso con todas las garantías».

El segundo motivo de casación por infracción del artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , del artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de la jurisprudencia aplicable, denuncia que la Sala de instancia ha incurrido en error de derecho en la determinación del mercado relevante, al no considerar la existencia de un mercado diferenciado de grandes clientes de envíos postales, y, asimismo, al sostener que la conducta examinada constituye un abuso de posición dominante, cuando se había justificado que los descuentos otorgados obedecen a una competencia legítima en el mercado y no a una supuesta relación contractual de exclusividad.

En la formulación del tercer motivo de casación, que se fundamenta en la infracción del artículo 10.2 de la Ley de Defensa de la Competencia , y de la jurisprudencia que lo desarrolla, se reprocha a la Sala de instancia que no tome en consideración el principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción, que determina que la cuantificación de la multa impuesta deba reducirse, atendiendo a la «dimensión del mercado afectado», puesto que la conducta sólo había afectado al ámbito postal liberalizado y no al ámbito legalmente reservado a Correos, en el que por definición no existe competencia.

TERCERO.- Sobre la oposición a la admisibilidad del recurso de casación.

La pretensión de inadmisibilidad del recurso de casación, suscitada por la representación procesal de la SOCIEDAD PROFESIONAL DE EMPRESAS DE REPARTO Y MANIPULADO DE CORRESPONDENCIA (ASEMPRE) al amparo del artículo 483.2, apartados 2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, basada en que el escrito de formulación del recurso de casación no cumple los requisitos establecidos al reproducir los fundamentos expuestos en la instancia, y carecer de interés casacional, no puede prosperar, puesto que consideramos que en el escrito de interposición se realiza una crítica rigurosa de la sentencia recurrida, con el objeto de que se corrija la interpretación efectuada por la Sala de instancia de los artículos 6 y 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que permite formular una doctrina uniforme sobre la aplicación de estas disposiciones legales que trasciende del caso concreto, de modo que apreciamos que la defensa letrada de la sociedad recurrente no ha eludido el cumplimiento de los presupuestos procesales para que sea viable el acceso a la casación.

En este sentido, no resulta ocioso recordar la doctrina de esta Sala jurisdiccional, expuesta en la sentencia de 24 de noviembre de 2003 (RC 5886/1999), en relación con el objeto y la naturaleza del recurso de casación, en la que dijimos:

« A) El objeto del recurso de casación no es el examen de nuevo, sin limitación alguna, como si de una segunda instancia se tratara, de la totalidad de los aspectos fácticos y jurídicos de la cuestión o cuestiones planteadas en la instancia. Lo es, dada su naturaleza de recurso extraordinario, con fundamento en motivos legalmente tasados y con la finalidad básica de protección de la norma y creación de pautas interpretativas uniformes, el más limitado de enjuiciar, en la medida y sólo en la medida en que se denuncien a través de los motivos de casación que la Ley autoriza, las hipotéticas infracciones jurídicas en que haya podido incurrir el órgano judicial a quo, bien sea in iudicando, es decir, al aplicar el ordenamiento jurídico o la jurisprudencia al resolver aquellas cuestiones, bien sea in procedendo, esto es, quebrantando normas procesales que hubieran debido ser observadas.

B) Que, por lógica derivación, las cuestiones que no hayan sido abordadas por la Sala de instancia requieren, como paso previo para que puedan serlo por el Tribunal de casación, la denuncia con éxito de que la sentencia recurrida incurrió en vicio de incongruencia omisiva, utilizando para ello el motivo de casación oportuno, esto es, el referido al quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de las sentencias, pues claro es que resulta imposible, ni siquiera como hipótesis, que aquella sentencia haya podido incurrir en infracciones in iudicando respecto de cuestiones que ni siquiera consideró y sobre las que, por tanto, no se pronunció. Y

C) Que, también por lógica derivación de lo ya dicho, la descripción hecha por la Sala de instancia del supuesto de hecho que enjuicia, producto de sus conclusiones al valorar y apreciar los elementos de prueba puestos a su disposición, debe ser respetada por el Tribunal de casación -incluso en la hipótesis de que no la comparta-, en tanto esa descripción no se combata adecuadamente, esto es, utilizando el motivo de casación pertinente e invocando como infringidas las normas o principios jurídicos que hubieran debido ser respetados al realizar aquella función de valorar y apreciar los elementos de prueba . » .

CUARTO.- Sobre el primer motivo de casación: la alegación de infracción del artículo 18 del Decreto 422/1970, de 5 de febrero

, por el que se aprueba el Reglamento orgánico funcional y de procedimiento del Servicio de Defensa de la Competencia.

El primer motivo de casación, que descansa en la infracción del artículo 18 del Decreto 422/1970, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento orgánico funcional y de procedimiento del Servicio de Defensa de la Competencia, por no haber reconocido la Sala de instancia que la instrucción del Servicio de Defensa de la Competencia incurre en un «gravísimo vicio procedimental», al ignorarse en el nombramiento del instructor del expediente la garantía de designación por turno establecida en la referida disposición reglamentaria, no puede ser acogido, puesto que su formulación carece de fundamento, en razón de la valoración de las circunstancias concurrentes, que permiten considerar que no se ha producido indefensión material a las Entidad postal responsable, con base a los siguientes razonamientos jurídicos:

En primer término, rechazamos que se haya producido en la tramitación del procedimiento ante el Servicio de Defensa de la Competencia la aducida vulneración del «derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la Ley», que garantiza el artículo 24.2 de la Constitución, porque, conforme a una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 22/1990, de 15 de julio y 76/1990, de 26 de abril), y de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, no cabe extender esta garantía del proceso judicial al ámbito del procedimiento administrativo sancionador, pues la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del Poder Judicial no es, por esencia, predicable, en la misma medida, de un órgano administrativo.

También cabe descartar que la Sala de instancia haya quebrantado «el derecho a un proceso con todas las garantías», puesto que, las garantías constitucionales consagradas en el artículo 24.2 CE, según se declara en la sentencia constitucional 126/2005, de 23 de mayo, «son de aplicación, en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza, a los procedimientos administrativos sancionadores», entre las que cabe incluir específicamente «el derecho a la defensa, que proscribiera cualquier indefensión; el derecho a conocer los cargos que se formulan contra el sometido a procedimiento sancionador; y el derecho a utilizar los medios de prueba adecuados para la defensa».

En este sentido, debe significarse que, según es doctrina de esta Sala jurisdiccional expuesta en las sentencias de 21 de febrero de 2006 (RC 3754/2003), y de 27 de febrero de 2007 (RC 7130/2005), los procedimientos administrativos sancionadores no están sujetos a todas las garantías, más estrictas que se requieren en los procesos penales, debiendo, en todo caso, respetarse en los procedimientos tramitados ante el Tribunal de Defensa de la Competencia el derecho a no ser sancionado sin ser oído, el derecho a ejercer el derecho de defensa formulando alegaciones en todas las fases del procedimiento y el derecho a ser informado de la acusación, que impone que la persona imputada conozca los hechos y que exista correlación entre estos hechos y la resolución sancionadora.

Asimismo, estimamos que no se ha producido vulneración de las garantías del procedimiento administrativo sancionador, de carácter legal, establecidas en los artículos 134 y 135 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las

Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el artículo 13 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, y, singularmente, en el artículo 18 del Decreto 422/1970, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento orgánico funcional y de procedimiento del Servicio de Defensa de la Competencia, puesto que, como razona acertadamente la Sala de instancia, cabe desestimar la alegación de que el Servicio de Defensa de la Competencia haya incurrido en la causa de nulidad de pleno Derecho contemplada en el artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por «prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido», en relación con el contenido de la providencia del Director General de Defensa de la Competencia de 16 de septiembre de 2002, que procedió a designar al Instructor del expediente, cuando de ningún modo se ha demostrado que la actuación de la Inspectora designada M^a Isabel López Sanz contraviniera «el deber de buena Administración» o incumpliera el deber jurídico de abstención, que obliga a las autoridades y personal al servicio de la Administración, cuando concorra alguna de las causas a que alude el artículo 28 LRJAP-PAC, que pudiera afectar a la objetividad exigible para intervenir en dicho procedimiento.

QUINTO.- Sobre el segundo motivo de casación: la alegación de infracción del artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea.

El segundo motivo de casación debe ser desestimado, puesto que consideramos que la Sala de instancia ha realizado una adecuada, razonable y convincente interpretación del artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea, acorde con la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo y con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al apreciar que la conducta imputada a la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A., es constitutiva de abuso de posición de dominio, en una parte sustancial del mercado común europeo, en cuanto que, acreditada la posición de dominio del referido operador en los mercados nacionales de servicios postales reservados legalmente y no reservados, la estrategia comercial desarrollada de contratar con determinadas entidades financieras la prestación en exclusiva del servicio postal, que interesa a la totalidad de los envíos postales generados tanto en el área reservada como en el área liberalizada, vinculada a la concesión de bonificaciones o descuentos que no guardan relación con la reducción de costes, consolida su poder en un mercado conexo, e impide o dificulta que las empresas puedan entrar en el mercado postal recientemente liberalizado y que los operadores existentes puedan desarrollar su actividad de forma eficiente.

En efecto, debe rechazarse que la Sala de instancia haya incurrido en error jurídico en la definición del mercado relevante o de referencia, pues, dada la estructura del mercado de servicios postales afectado, resulta adecuado considerar la existencia de dos mercados relevantes conexos, como establece el Tribunal de Defensa de la Competencia, el mercado de envíos postales reservado legalmente a Correos y el mercado liberalizado de distribución de envíos postales generales, y, por ello, resulta improcedente la pretensión de segmentación del mercado de envíos postales, en

referencia a la prestación del servicio postal de grandes clientes, que propugna la entidad recurrente.

En este sentido, consideramos que la Sala de instancia ha examinado, adecuadamente, en el fundamento jurídico 6 que hemos transcrito, la cuestión relativa a la delimitación del mercado relevante, atendiendo a la regulación establecida en la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, y en la Directiva 97/67 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio, modificada por la Directiva 2002/39 / CE, de 10 de junio de 2002, que permite sostener la existencia, en este supuesto, de dos mercados vinculados relevantes, correspondientes al mercado de servicios postales integrados a envíos postales reservados al operador encargado de prestar el servicio postal universal y el mercado de servicios postales integrados, incluidos entre los liberalizados, y entre los que forman parte del servicio postal universal no reservado, que se prestan en régimen de libre competencia.

La censura que se formula a la fundamentación de la sentencia recurrida, por declarar que la aplicación de descuentos en el ámbito reservado obliga a los clientes a entregar la totalidad de los envíos al ámbito liberalizado, por no tener en cuenta la «total independencia» de los mercados relevantes considerados, y «la ausencia de una exclusiva contractual», resulta infundada para descalificar que la conducta imputada a Correos y Telégrafos sea constitutiva de la infracción del artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en cuanto que no se ha desvirtuado que dicha conducta de fidelización de clientes mediante escalas de descuentos no proporcionales en contraprestación a pactos de exclusiva se incardine en la prohibición de abuso de posición de dominio.

El pronunciamiento de la Sala de instancia se basa en la acreditación de que Correos ha entablado una relación contractual con determinadas empresas financieras -Caixa de Cataluña, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, Unicaja, Caja Segovia, Logipostal y Banco de Sabadell- para la prestación del servicio de envíos postales, que condiciona la obtención de sustanciales bonificaciones o descuentos a la entrega de la totalidad o casi totalidad de los envíos prestados, correspondientes al sector reservado y al sector no reservado, lo que permite constatar la concurrencia del presupuesto del ilícito, consistente en el abuso de posición de dominio, puesto que produce el efecto de incrementar la cuota de mercado de Correos en el área liberalizada y la consiguiente pérdida de cuota de mercado de los operadores postales competidores, de modo que esta práctica empresarial restringe la entrada en el mercado liberalizado de envíos postales de nuevos competidores y dificulta que los operadores existentes puedan consolidar sus posiciones en el mercado postal liberalizado en condiciones de competitividad.

SEXTO.- Sobre el tercer motivo de casación: la alegación de infracción del artículo 10.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia

El tercer motivo de casación, que se sustenta en el argumento de que la sentencia recurrida ha infringido el artículo 10.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, al no tomar en

consideración para la graduación de la sanción de multa, que los efectos anticompetitivos derivados del supuesto abuso de posición de dominio sólo se habían producido en el área liberalizada, debe ser acogido, en cuanto que estimamos que la Sala de instancia ha conculcado el principio de proporcionalidad, que exige que la sanción impuesta sea adecuada y esté en consonancia con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción.

En efecto, consideramos que, aunque en lo que concierne a la aplicación del criterio de graduación establecido en el artículo 10.2 a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, -la modalidad y alcance de la restricción de la competencia-, compartimos el razonamiento de la Sala de instancia sobre la extrema gravedad de la conducta imputada, al prevalecerse Correos de la anterior situación de monopolio legal y de la reserva de determinados servicios postales, extendiendo su posición de monopolio a un mercado conexo con el efecto de cerrar el mercado de envíos postales del área liberalizada a potenciales competidores, sin embargo, estimamos que debió tener en cuenta para fijar la cuantía de la multa, tanto el volumen de ventas de la Compañía correspondiente al ejercicio económico inmediatamente anterior a la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, a que alude el artículo 10.1 del referido Cuerpo legal, que engloba la totalidad de ingresos procedentes del área reservada y del área liberalizada, como al volumen de ingresos brutos anuales, obtenidos en el área no reservada, pues es en este sector donde se han producido potencial y materialmente los efectos anticompetitivos.

En este sentido, reconociendo, conforme a la reiterada y consolidada doctrina jurisprudencial de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que el Tribunal de Defensa de la Competencia ostenta un margen de apreciación en la determinación de la cuantía de las sanciones, atendiendo a los criterios específicos de graduación de la sanción, establecidos en el artículo 10.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, con el fin de lograr que las empresas ajusten estrictamente su comportamiento al Derecho de la Competencia, y debe respetar, en todo caso, el principio de proporcionalidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de modo que la sanción sea acorde con la naturaleza propia de la infracción, considerando las repercusiones concretas en el mercado y la dimensión geográfica del mercado, la duración de la conducta, la intencionalidad en la comisión del hecho infractor y la reincidencia en la comisión de infracciones, así como la capacidad económica del sujeto responsable de la infracción para infringir daños a los competidores y los perjuicios causados a los consumidores.

Por ello, atendiendo a estos parámetros, que se desprenden del artículo 10.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y del artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y teniendo en cuenta las circunstancias expuestas de que los efectos lesivos del Derecho de la Competencia se circunscriben al área liberalizada de envíos postales, procede determinar el importe de la sanción pecuniaria en la cuantía de 8.149.500 €, en razón prevalente a los ingresos de explotación obtenidos por Correos y Telégrafos, S.A. en el área no reservada.

En consecuencia con lo razonado, al estimarse el tercer motivo de casación formulado,

procede declarar haber lugar al recurso interpuesto por la representación procesal de la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 20 de noviembre de 2006 , dictada en el recurso contencioso-administrativo 441/2004, que casamos.

Y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95.2 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, procede estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo formulado por la representación procesal de la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 15 de septiembre de 2004, que se confirma en todos sus extremos, aceptando los razonamientos jurídicos de la Sala de instancia, salvo en lo que respecta a la determinación de la sanción que se fija en la cuantía de OCHO MILLONES CIENTO CUARENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS EUROS (8.149.500 euros).

SÉPTIMO.- Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en primera instancia, ni las originadas en el presente recurso de casación.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución.

FALLAMOS

Primero.- Declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 20 de noviembre de 2006 , dictada en el recurso contencioso-administrativo 441/2004, que casamos.

Segundo.- Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo formulado por la representación procesal de la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 15 de septiembre de 2004, que se confirma en todos sus extremos, salvo en lo que respecta a la determinación de la sanción que se fija en la cuantía de OCHO MILLONES CIENTO CUARENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS EUROS (8.149.500 euros).

Tercero.- No efectuar expresa imposición de las costas procesales ocasionadas en primera instancia ni de las originadas en el presente recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Pedro Jose Yague Gil.- Manuel Campos Sanchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricados.
PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat,

estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.-
Alfonso Llamas Soubrier.- Firmado.