

Id. Cendoj: 28079130032010100214
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 16/06/2010
Nº de Recurso: 4714/2007
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: EDUARDO ESPIN TEMPLADO
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

DEFENSA DE LA COMPETENCIA: ABUSO POSICIÓN DE DOMINIO POR TRATO DISCRIMINATORIO DE CORREOS A EDITORES DE PRENSA CON PRECIOS NO EQUITATIVOS (art. 6 LDC). Expte. 584/04 TDC (2437/02 SDC).Asociaciones de editores AEDE y APP.

SENTENCIA

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

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 4.714/2.007, interpuesto por la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A., representada por el Procurador D. Cesáreo Hidalgo Senén, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 30 de mayo de 2.007 en el recurso contencioso-administrativo número 415/2.005, sobre abuso de posición de dominio (expediente sancionador 584/2004 del Tribunal de Defensa de la Competencia).

Son partes recurridas la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado, y la ASOCIACIÓN DE PRENSA PROFESIONAL, representada por la Procuradora D^a Amparo Ivana Rouanet Mota.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 30 de mayo de 2.007 , desestimatoria del recurso promovido por la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. contra la resolución del pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 16 de junio de 2.005, recaída en el expediente sancionador nº 584/2004 (2437/02 del Servicio de Defensa de la Competencia). La parte dispositiva de dicha resolución dice lo siguiente:

" Primero . Declarar la comisión por la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y

TELÉGRAFOS, S.A. de una conducta abusiva de posición de dominio, prohibida por el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia

Esta conducta ha consistido en dar un trato discriminatorio a editores de prensa profesional, aplicándoles precios no equitativos en los servicios contratados en relación con aquellos precios aplicados a los editores miembros de AEDE en el mercado de servicios postales a envíos de publicaciones periódicas en el que la denunciada tiene posición de dominio.

Segundo . Intimar a la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. para que en lo sucesivo se abstenga de realizar este tipo de prácticas.

Tercero . Imponer a la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS una multa sancionadora de NOVECIENTOS MIL EUROS por la infracción cometida.

Cuarto . Imponer a la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. 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.

Quinto . Imponer a la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. una multa coercitiva de SEISCIENTOS EUROS (600 euros) por cada día de retraso en el cumplimiento de cada una de las obligaciones de publicar la parte dispositiva de esta Resolución."

SEGUNDO .- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 31 de julio de 2.007 , al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO .- Emplazadas las partes, la representación procesal de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. ha comparecido en forma en fecha 29 de octubre de 2.007, mediante escrito interponiendo recurso de casación al amparo del apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que articula en los siguientes motivos:

- 1º, por infracción del artículo 18 del Reglamento del Servicio de Defensa de la Competencia , aprobado por Decreto 422/1970, de 5 de febrero, y del artículo 24 de la Constitución;

- 2º, por infracción del artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , y de la jurisprudencia, y

- 3º, por infracción de los artículos 10.1 y 10.2 de la mencionada Ley de Defensa de la Competencia , así como de la jurisprudencia.

Termina su escrito suplicando que se dicte sentencia por la que se anule la recurrida por los motivos recogidos en su escrito de interposición, dictando otra en su lugar por la que se anule parcialmente la sentencia impugnada y dicte otra en su lugar por la

que se reduzca sustancialmente el importe de la sanción, cuanto menos a 45.075 euros. Mediante otrosí solicita que se acuerde la celebración de vista pública.

El recurso de casación ha sido admitido por providencia de la Sala de fecha 5 de mayo de 2.008 .

CUARTO .- Personado el Abogado del Estado, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia por la que se desestime el mismo, confirmando la recurrida en cuanto declara conforme a Derecho la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia impugnada en autos, todo ello con expresa imposición de las costas causadas a la parte recurrente.

Asimismo se ha opuesto al recurso de casación la también comparecida Asociación de Prensa Profesional, cuya representación procesal suplica en su escrito que se dicte sentencia por la que se desestime el recurso, confirmando la sentencia recurrida en lo que a esa Asociación, al declarar ser conforme a derecho la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia impugnada de contrario, todo ello con expresa imposición de las costas causadas a la parte recurrente. A través de otrosí manifiesta que considera innecesaria la celebración de vista pública.

QUINTO .- No estimándose necesaria la celebración de vista pública, por providencia de fecha 5 de abril de 2.010 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 1 de junio de 2.010, en que han tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Objeto y planteamiento del recurso de casación.

La sociedad estatal Correos y Telégrafos, S.A., recurre en casación contra la Sentencia dictada el 30 de mayo de 2.007 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso contencioso administrativo entablado contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 16 de junio de 2.005, que sancionó a la recurrente con multa de 900.000 euros por abuso de posición dominante. La conducta sancionada consistía en haber dado trato discriminatorio a determinados editores de prensa profesional en cuanto a los precios de los servicios postales de envíos de publicaciones periódicas respecto a los aplicados a los editores miembros de la Asociación de Editores de Diarios Españoles (en lo sucesivo, AEDE).

El recuso se funda en tres motivos, todos ellos acogidos al apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción . En el primer motivo se denuncia la infracción de los artículos 18 del Reglamento del Servicio de Defensa de la Competencia (Decreto 422/1979, de 5 de febrero) y 24 de la Constitución, por no haberse respetado el turno reglamentario en la designación de instructor del procedimiento sancionador. El segundo motivo se basa en la supuesta infracción del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989, de 17 de julio) y de la jurisprudencia que lo desarrolla, entendiendo la parte que no había existido abuso de posición de dominio. Finalmente, en el tercer motivo se aduce la infracción del artículo 10 de la referida Ley de Defensa de la Competencia

por vulneración de los principios de culpabilidad y de proporcionalidad en la gradación de la sanción.

SEGUNDO .- Sobre las circunstancias de hecho.

La Sentencia recurrida asume los hechos probados declarados en la resolución sancionadora del Tribunal de Defensa de la Competencia de 16 de junio de 2.005, que son los siguientes:

" SEGUNDO-. Se declaran probados y se dan por expresamente reproducidos los hechos declarados probados por la resolución impugnada.

" 1. La SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. (CORREOS) es una sociedad estatal adscrita al Ministerio de Fomento. La Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, de Acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado, convirtió a la Entidad Pública Empresarial Correos y Telégrafos en una Sociedad Anónima Estatal con capital público 100% y participación exclusiva del Estado. CORREOS es un proveedor de servicios postales, telegráficos y financieros que llega diariamente a 17 millones de direcciones y a dos millones de empresas del país, con 10.158 puntos de atención al público, entre oficinas, sucursales y carterías rurales, que le permiten estar presente en todo el territorio nacional

2. CORREOS es el operador responsable del Servicio Postal Universal en España. En 2001 admitió 5.167 millones de envíos postales, 19 millones de giros y 10,8 millones de mensajes telegráficos.

3. Según consta en el folio 1712 del expediente del SDC, se ha dado publicidad a los resultados de CORREOS en 2003 y la facturación de la compañía se incrementó en un 5,4% respecto al año anterior, alcanzó los 1.749 millones de euros y un beneficio bruto de 186 millones de euros.

4. La ASOCIACIÓN DE PRENSA PROFESIONAL (APP) es una asociación de editores de publicaciones periódicas de contenido técnico y científico dirigidas a profesionales de distintos sectores de la actividad económica, con un total de 64 miembros. Es una entidad sin ánimo de lucro constituida para la defensa de los intereses corporativos de sus miembros cuyos estatutos aparecen incorporados en este expediente.

5. CENTRAL DE COMPRAS DE PRENSA, S.L. (CCP) es una central de compras constituida el 2 de enero de 2003 cuyos socios titulares del capital social son editores miembros de la APP, y cuya finalidad es la de agrupar y canalizar las necesidades de compra y obtención de servicios de sus asociados, así como la realización de trabajos editoriales por cuenta propia y/o ajena, como consta en su acta de constitución incorporada a este expediente.

6. La regulación de los envíos postales y los servicios que los componen son objeto de la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales (modificada por el Título II de la Ley 53/02, de 30 de diciembre, de medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social), que transpone y desarrolla la Directiva Comunitaria 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 del Parlamento europeo y del Consejo, de 10 de junio de 2002).

7. El desarrollo de la Ley 24/1998 ha quedado plasmado en varios reglamentos. Entre ellos, el Reglamento 1829/1999. En este Reglamento se define el envío postal como "el envío con destinatario, preparado en la forma definitiva en que deba ser transportado por el operador del servicio postal universal. En todo caso, son envíos postales, las cartas, tarjetas postales, paquetes postales, los envíos de publicidad directa, libros, catálogos, y publicaciones periódicas". En el reglamento citado se entiende que cualquiera de las operaciones que componen un envío postal (recogida, admisión, clasificación, tratamiento, curso, distribución y entrega) son susceptibles de constituir por sí mismas un servicio postal.

8. Los Servicios Postales, según la Ley 24/1998, se dividen en Servicios Universales y Servicios No Universales. Los primeros tienen la consideración de servicios públicos y a su vez se dividen en Servicio Postal Universal Reservado y Servicio Postal Universal No Reservado. El Servicio Postal Universal Reservado es un monopolio legal del que actualmente disfruta CORREOS. Los otros dos tipos de Servicios Postales están abiertos a la competencia.

9. El envío de publicaciones periódicas puede tener la consideración de Servicio Postal Universal No Reservado o de Servicio No Universal en función del tratamiento que el propio editor quiera dar a su envío y también de que sea calificado como publicación periódica por CORREOS a partir de un conjunto de requisitos objetivos y publicitados. La Subdirección General de Regulación de los Servicios Postales del Ministerio de Fomento (el Regulador postal) señaló al SDC que "el servicio postal de envíos de periódicos y publicaciones periódicas es un servicio postal universal en la medida en que se le dé un tratamiento de carta o de paquete postal abonando las tarifas correspondientes a esos productos. En tanto en cuanto no se le dé tratamiento de carta o paquete postal, los envíos de publicaciones periódicas no forman parte del servicio postal universal, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 expresado [se refiere a la Ley 24/98], debiendo en ese caso, abonar los precios que, para estos productos, establezca singularmente el operador correspondiente". Es decir, si se considera como una carta o una tarjeta postal de más de 100 gramos y hasta 2 Kgramos, entonces podría entrar como parte de los servicios postales universales no reservados.

10. Los envíos postales de publicaciones periódicas como tales, y no como cartas o tarjetas postales, tienen un tratamiento diferencial por parte de CORREOS. Una vez que reconoce como publicación periódica el objeto a enviar, le aplica una tarifa inferior y puede seguir un sistema de pago diferido denominado 'franqueo concertado' por el que el cliente paga contra factura presentada por CORREOS por los servicios efectivamente prestados durante un determinado periodo.

11. Los operadores del mercado postal para los servicios no incluidos en el ámbito del servicio postal universal necesitan obtener una "autorización general" del Regulador. Según el propio Regulador existen más de 2.000 operadores autorizados a

prestar servicios postales en todos o algunos de los siguientes servicios: mensajería, paquetes postales ordinarios (de más de 10Kg y hasta 20 Kg), publicidad directa, libros, publicaciones periódicas, catálogos. No obstante, el Regulador no dispone de datos concretos de estos operadores en lo referido al tráfico mercantil de esos servicios.

12. En 2002 las tarifas para envíos postales de publicaciones periódicas por parte de CORREOS se incrementaron en un 100%, alegando para ello "necesidad y obligación de cubrir costes con sus precios relativos a publicaciones periódicas".

13. Como respuesta a la subida de tarifas aludida, APP intentó negociar con CORREOS reducciones en la nueva tarifa para sus socios. CORREOS se negó a negociar con APP y solamente reconoció como interlocutor a los editores de publicaciones periódicas considerados individualmente.

14. Editores miembros de APP, en situación de correo concertado, decidieron pagar a CORREOS lo facturado en 2002 con arreglo a la tarifa de 2001 y un incremento del IPC o un incremento del 20%, según los casos. CORREOS consideró que la diferencia era impago y, después de un periodo de reclamaciones del mismo, se negó a mantener con estos editores la condición de correo concertado, exigiéndoles el pago anticipado para hacer efectivo el envío de sus publicaciones periódicas.

15. Varios editores de APP cedieron recursos a la recién creada CCP en 2003 para que esta central de compras se encargase de la gestión conjunta de los envíos de publicaciones periódicas que debía gestionar CORREOS. Como queda de manifiesto en los folios 96 a 99 del Expediente del Tribunal, en septiembre de 2003, algunos de estos editores envían cartas a CCP comunicándole su decisión de hacer frente a la deuda con CORREOS y demandando a CCP la devolución de los fondos que desde enero de 2003 le habían ido ingresando para la gestión de sus envíos periódicos. De igual modo, ponen de manifiesto en estos escritos el hecho de verse en la necesidad de liquidar las deudas con CORREOS producidas por el impago de CCP a la que habían cedido los fondos para los envíos, así como la necesidad de seguir manteniendo a CORREOS como proveedor de esos servicios postales.

16. En mayo de 2002 la Asociación de Editores de Prensa Periódica (AEDE) llevó a cabo un acuerdo verbal con CORREOS. Este acuerdo ha sido confirmado por CORREOS en su pliego de conclusiones ante este Tribunal. Los puntos principales son los siguientes (de acuerdo con los folios 150 a 153 del Expediente del SDC):

- "Se acepta diferir a 5 años el incremento inicialmente aprobado por CORREOS sin actualizaciones del IPC en el último año (2%)"

- "Se acepta la clasificación propuesta por la AEDE (A,B,C) en función de los volúmenes de facturación del año 2001"

- "Se acepta que los incrementos de los 2 primeros años sean moderados acentuándose a partir del tercero"

- "Se respetan las condiciones acordadas inicialmente para aquellas empresas que fueran más ventajosas"

- "Se consideran Grupos editoriales por lo que todas las cabeceras de un mismo grupo editorial se beneficiarán por igual de las mismas condiciones"

17. En el Expediente del SDC se desarrolla el estudio de toda la política de descuentos realizada por CORREOS con los distintos editores y grupos editoriales, lo que permite comparar el tratamiento dado a cada uno de ellos". " (fundamento jurídico segundo)

La resolución sancionadora declaraba la realización de una conducta de abuso de posición de dominio en los términos reproducidos en el punto primero de la parte dispositiva de la resolución del pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, reproducidos en los antecedentes de hecho de esta resolución.

TERCERO .- Sobre el primer motivo de casación, relativo a la designación de instructor del procedimiento sancionador.

Sostiene la entidad recurrente que no se ha respetado el turno de designación de instructor que prevé el artículo 18 del Reglamento del Servicio de Defensa de la Competencia , lo que equivaldría a prescindir de un trámite esencial de procedimiento con la consiguiente nulidad radical del mismo. Se habría vulnerado asimismo el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24 de la Constitución, en concreto el derecho al nombramiento del juez predeterminado por la ley , ya que la instrucción de un expediente ha de ser realizada de manera imparcial.

La Sala de instancia rechazaba la queja en los siguientes términos:

" CUARTO-. El primer motivo de impugnación de la actora se sustenta en que la Resolución impugnada es nula al haberse prescindido del procedimiento de designación del Instructor según dispone el artículo 18 del Reglamento del SDC aprobado por Decreto 422 /70 según el cual a los efectos de incoar el expediente en la correspondiente providencia se mencionará el Jefe de Sección de Instrucción que por turno corresponda actuar como instructor.

El exámen del expediente administrativo pone de manifiesto que, al folio 904 obra el acuerdo de incoación en el cual se nombran las personas del Instructor y la secretaria del expediente sancionador, no resultando del texto que se prescindiera del procedimiento de designación previsto en el Decreto 422/70 ; es más la representación de la empresa actora, solicitó ampliación del plazo para tomar conocimiento del expediente, aportar documentos y proponer pruebas, (folio 910) que le fue concedida (folio 919) el 8 de octubre de 2003, sin realizar alegación alguna al efecto.

En los folios 1274 a 1298 obra escrito de la parte hoy actora de 26 de abril de 2004, poniendo de manifiesto diversas cuestiones con fundamento en las cuales se solicita el sobreseimiento del expediente, entre las que no se alega la falta de "turno" en la designación del instructor.

Es en el escrito presentado el 29 de octubre de 2004 ante el TDC que se propone prueba para acreditar "la existencia de un vicio procedimental grave por parte de la instrucción". La prueba fue inadmitida por resolución del TDC de 13-XII-2004 al considerar que no era relevante para la resolución del expediente.

Esta Sala considera en primer lugar que no basta para entender vulnerado el turno de

instrucción la coincidencia con otros expedientes tramitados en los años 2000 y 2002 en la persona de la instructora. En segundo lugar, es preciso recordar que no se aprecia indefensión ni nulidad radical de las actuaciones por no constar el alegado "turno".

El Tribunal Constitucional ha venido de antiguo distinguiendo entre la indefensión material y la formal, a las que respectivamente se anudan distintas consecuencias. Para que se produzca la indefensión material resulta necesaria pero no suficiente la mera transgresión de los requisitos configurados como garantía procedimental, es decir, no basta la existencia de un defecto procesal si no conlleva la privación o limitación, menoscabo o negación del derecho a la defensa (SSTC 316/1994, de 28 de noviembre, 137/1996, de 16 de septiembre, y 13/2000, de 17 de enero, entre otras).

En este caso se alega la infracción del derecho fundamental al juez predeterminado por la ley: el Tribunal Constitucional se ha pronunciado reiteradamente tratando de precisar el significado y sentido de este derecho fundamental. Ya en la STC (Pleno) 93/1988, de 24 de mayo, recogiendo doctrina anterior, se indicaba que «el derecho reconocido en el art. 24.2 CE es al Juez ordinario «predeterminado por la ley», precisando el significado y alcance de esa remisión a "la ley".

En la sentencia 37/2003 el T.C. precisa, con cita de sentencias anteriores, que el derecho constitucional al Juez ordinario predeterminado por la Ley reconocido en el art. 24.2 CE exige que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional (SSTC 23/1986, de 14 de febrero; 148/1987, de 29 de septiembre; 138/1991, de 20 de junio; 307/1993, de 25 de octubre; 193/1996, de 26 de noviembre), sin que, en principio, las normas de reparto de los asuntos entre diversos órganos judiciales de la misma jurisdicción y ámbito de competencia, afecte al Juez legal o predeterminado por la Ley, pues todos ellos gozan de la misma condición legal de Juez ordinario (ATC 652/1986, de 23 de julio).

En consecuencia, aún sí se hubiese acreditado que el nombramiento del Instructor no respetó el turno", no podría llegarse a la tesis anulatória pretendida por dos razones: 1º no constituye una infracción del derecho constitucional al Juez predeterminado por la Ley; 2º constituiría una mera indefensión procesal no constitutiva de causa de nulidad de pleno derecho.

Debe por tanto desestimarse este motivo de recurso." (fundamento jurídico cuarto)

No puede prosperar el motivo. Tiene razón la Sala en que no puede predicarse la doctrina constitucional relativa al juez predeterminado por la ley respecto a la designación de un instructor en un procedimiento administrativo sancionador, ya que no existe en este caso tal predeterminación legal, sino una mera previsión reglamentaria a la designación "que por turno corresponda" que ni siquiera puede entenderse como hace la recurrente en el sentido de que deba existir necesariamente un turno automático y rotatorio, dado de que se trata de una mera cuestión organizativa interna de un servicio administrativo instructor -no de un órgano

enjuiciador- que puede significar un turno de asignaciones en el que operen otros criterios cualitativos o de carga de trabajo, como en otros casos ha alegado el Servicio de Defensa de la Competencia.

En efecto, esta alegación había sido ya formulada con anterioridad por la misma recurrente en el recurso de casación 1.246/2.006, resuelto por Sentencia de esta Sala de 11 de noviembre de 2.009 . Aunque en aquella ocasión la Sentencia impugnada no había dado respuesta expresa a la queja y la entidad recurrente se quejaba de incongruencia omisiva, ya advertíamos, en consideraciones que debemos ahora reiterar, que:

"En el caso de autos, efectivamente tiene razón la entidad actora en que la Sala de instancia no ha respondido de forma expresa a su alegación sobre la supuesta infracción procesal sobre el nombramiento de instructor que denuncia. Sin embargo, a la vista de la respuesta que ofreció el Servicio de Defensa de la Competencia a la misma en la diligencia de prueba que se practicó al respecto y que la propia parte recoge en el motivo, debe entenderse que la alegación está tácitamente rechazada por la Sala de instancia al pasar directamente a examinar la cuestión de fondo. En efecto, se trata de una presunta infracción de procedimiento -la designación de instructor sin seguir el turno que supuestamente correspondía- que en ningún caso supondría la omisión total y absoluta del procedimiento, sobre la que no se alega en ningún caso que haya ocasionado indefensión y, en fin, de la que no se adivina qué consecuencias pudiera haber tenido en la resolución sancionadora ni, en general, qué perjuicio de cualquier tipo pudiera haber ocasionado a la entidad expedientada. En consecuencia, dada la irrelevancia de la queja y a la vista de la diligencia de prueba practicada ha de entenderse, en contra de lo que sostiene la parte, que la Sala aceptó la explicación dada por el Servicio de Defensa de la Competencia al respecto, en el sentido de que no existía ya tal turno para la designación de instructor. Lo que no obsta, huelga decirlo, que ante la petición formulada en conclusiones por la parte sobre nulidad de la resolución sancionadora por la causa citada, hubiese sido preferible una respuesta expresa por parte de la Sala juzgadora." (fundamento de derecho segundo in fine)

Las mismas consideraciones son aplicables al supuesto de autos, en el que se invoca la infracción del turno de designación de instructor como un garantía formal, pero no se aduce una lesión o perjuicio material por la falta de seguimiento de dicho turno ni se alega cualquier circunstancia de inidoneidad del instructor efectivamente nombrado.

CUARTO .- Sobre el motivo segundo, relativo a la existencia de una conducta abusiva de la posición de dominio.

La alegación relativa a la inexistencia de una conducta abusiva de la posición de dominio formulada en el recurso contencioso- administrativo es respondida por la Sentencia recurrida en los fundamentos siguientes:

" QUINTO-. El segundo motivo de impugnación se sustenta en la incorrecta definición del mercado relevante: según resulta de la resolución impugnada en el fundamento jurídico séptimo "este Tribunal considera al igual que el SDC que el mercado relevante no puede ser otro que el mercado nacional de servicios postales a publicaciones periódicas, con inclusión expresa de aquellos servicios que implican la entrega domiciliaria".

A juicio de la recurrente debió tenerse en cuenta "el mercado nacional de distribución

de

publicaciones periódicas" o en su defecto, "el mercado nacional de envíos postales de publicaciones periódicas".

Esta Sala comparte la apreciación de la Administración: el mercado "relevante" debe definirse teniendo en cuenta todos los factores "relevantes". El punto de partida, el marco más amplio, es el sector de la distribución de publicaciones periódicas; ahora bien, este marco debe acotarse porque no se trata en este litigio de una distribución por cualquier medio, sino de la distribución por los servicios postales.

Continuando con la determinación de los factores relevantes, es un hecho acreditado y no discutido por las partes que para desarrollar el servicio postal debe tenerse una autorización administrativa, que en el momento de llevarse a cabo la conducta denunciada tenían unos operadores concretos.

No es sin embargo el mercado afectado el de distribución postal de cualquier envío de publicaciones, sino el del envío de las publicaciones periódicas a quienes están suscritos a las mismas. El suscriptor que toma la decisión de abonar un precio normalmente anual o semestral para asegurarse la recepción de una determinada publicación tiene indudablemente en cuenta como factor que condiciona su decisión el que dicha publicación le sea entregada en su domicilio, asegurándose así tres circunstancias: la primera, que recibirá todos y cada uno de los números o entregas de dicha publicación; la segunda, que la recibirá en su domicilio sin necesidad de desplazarse a un lugar de venta de publicaciones; la tercera, que se asegura la recepción de la publicación incluso en caso de ausencia de su lugar de residencia, o de falta de previsión en la adquisición de la publicación.

Considera por tanto esta Sala que si es determinante para la acotación del mercado relevante el que la empresa que se encargue de la entrega a domicilio disponga de los medios necesarios para garantizar que sea cual sea el domicilio del suscriptor podrá entregar el envío, y que esta entrega no suponga un aumento del precio que haga inviable la suscripción bien porque resulte disuasorio para el suscriptor (si se le repercute el aumento de precio respecto del ejemplar adquirido en un lugar de distribución distinto de su domicilio) o para el editor (si no le repercute al suscriptor y el coste de la entrega en el domicilio hace desaparecer el beneficio empresarial). El mercado relevante ha sido correctamente definido por el TDC al tener en cuenta específicamente la entrega domiciliaria y la posibilidad de realizarla en todo el territorio nacional.

El poder de mercado de la recurrente según alegan sus escritos en esta instancia se centra para la Administración en la doble circunstancia de que solo Correos tiene una cobertura geográfica que abarca a todo el territorio nacional y que la gestión de la red postal pública le facilita una independencia de comportamiento decisiva. La actora reconoce que es el único operador con una cobertura total del territorio nacional, pero estima que "lo realmente importante para un editor es de qué alternativas reales dispone para hacer llegar sus publicaciones periódicas a todos sus suscriptores".

En el expediente se ha acreditado que tal sustituibilidad no existía en las fechas relevantes:

1º porque el mercado relevante se caracteriza por la atomización de los lugares de la geografía nacional en los que ha de realizarse la distribución de publicaciones

especializadas (especialmente relevante es que se entreguen las mismas a domicilio cuando el suscriptor reside en lugares pequeños, o de difícil acceso, que se caracterizan por la total ausencia de otros canales de distribución de publicaciones especializadas como son librerías, kioscos, etc)

2º por las propias características físicas de los envíos que tienen un peso superior al de los envíos postales habituales

3º porque la inversión en la creación de una red o infraestructura de distribución a cargo de los nuevos operadores postales es disuasoria y el operador postal del servicio postal universal dispone ya de una red que abarca todo el territorio del Estado.

Se ha acreditado igualmente la posibilidad de independencia de comportamiento en el estado en que se encontraba el proceso de liberalización de los servicios postales en las fechas relevantes: la gestión de la red pública y el ejercicio de los servicios reservados sitúan a la recurrente en situación de tal independencia. Como razona la resolución impugnada, el hecho de disponer en todo momento de toda la red postal pública significa que la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A. se aprovecha de las externalidades de red, siendo relevante el hecho de que por tener servicios reservados en régimen de monopolio una parte importante de los costes de mantenimiento de la red quedan sufragados fuera del mercado en libre competencia.

SEXTO-. La actuación de la recurrente constituye un abuso de su posición de dominio en el mercado relevante: la actora alega que "no puede responsabilizarse a Correos de la imposibilidad de llegar a un acuerdo con los asociados de APP debido a los términos inaceptables para Correos que estos pretendían imponerle".

La resolución impugnada señala que Correos "aplicó una política de precios no equitativa a los editores de APP frente a los editores de AEDE o a unos editores frente a otros" lo que es contestado por la recurrente alegando que Correos no podía aplicar a los miembros de APP los mismos precios que a los de AEDE porque aquellos tenían una facturación muy inferior a estos, y que la aplicación de tales precios a todos los editores hubiera supuesto prestar el servicio de envíos postales a precios por debajo de coste. Es decir, que a su juicio, ha existido discriminación, pero esta está justificada.

La discriminación no está justificada: como razona la resolución impugnada, si estaba justificada una subida de precios del 100% para todos, no cabe justificación para una bajada (por la vía de reconocerles importantes descuentos) cinco meses después para unos pocos. El Acuerdo del TDC lo concreta con claridad: "es el carácter discriminatorio que imprimió a sus relaciones comerciales con los editores después del Acuerdo verbal de mayo de 2002 con AEDE, lo que a juicio de este Tribunal vulnera la LDC y más concretamente su artículo 6" y a continuación razona por qué los descuentos son discriminatorios, porque el sistema no resulta objetivo aplicándose porcentajes de descuento inferiores a aquellos editores que pagan el precio oficial de manera que algunos van a pagar un precio que es incluso inferior al que existía antes de la subida del 100%.

La Sala da por reproducidos los razonamientos contenidos en el fundamento duodécimo de la resolución impugnada. La recurrente no ha acreditado que aplicara condiciones similares a supuestos equivalentes, y si bien es cierto que el sistema de protección de la libre competencia no pretende la protección de unas empresas frente a otras, como alega en su escrito de demanda, si lo es que se pretende la defensa de

un interés público y finalmente asegurar los derechos de los clientes que pretenden recibir las publicaciones en sus domicilios sin abonar un sobreprecio impuesto por el distribuidor postal por la pertenencia del editor a una determinada Asociación de Editores." (fundamentos jurídicos quinto y sexto)

Frente a la posición de la Sala de instancia, sostiene la parte por el contrario que carece de posición de dominio en el mercado nacional de distribución de publicaciones periódicas, ni tan siquiera definiéndolo de la manera más reducida posible como el "mercado de prestación de servicios de envíos postales de publicaciones periódicas al domicilio del suscriptor". La supuesta posición de dominio se basaría en la cobertura geográfica nacional de Correos y en que la gestión de la red postal pública le facilita una independencia de comportamiento decisiva. Sin embargo, afirma la entidad recurrente, lo decisivo es de qué alternativas reales dispone un editor para hacer llegar sus publicaciones periódicas a todos sus suscriptores, y entiende que podrían haber recurrido a otro operador de correos o logístico para la distribución en los centros urbanos y combinar varios de ellos para alcanzar el total del territorio nacional, así como también los operadores competidores de correos podrían limitar su red a los principales núcleos urbanos y acceder para el resto de destinos a la red postal pública a un precio de acceso regulado. Por otra parte, considera Correos que las ventajas por disponer en todo momento de la red postal pública no supone las ventajas que le atribuye la Audiencia Nacional.

Aun suponiendo que Correos ostentase una posición de dominio, niega asimismo la entidad recurrente que haya abusado de la misma. Afirma que lo que ocurrió fue que la APP adoptó un postura intransigente negándose a negociar un acuerdo distinto al que Correos había cerrado con AEDE y procediendo a aplicar este acuerdo de forma unilateral, a pesar de que sus miembros presentaban en su mayoría un volumen de envíos y un incremento de precios sensiblemente inferiores. Sostiene que la imposibilidad de llegar a un acuerdo con la Asociación de Prensa Profesional (en adelante, APP) por la posición de total confrontación de dicha agrupación de editores no puede ser calificada como abuso de posición de dominio por parte de Correos. Afirma que no podía aplicar automáticamente a los editores de APP el escalón inferior pactado con AEDE puesto que la mayoría de los editores de APP presentaban una facturación con Correos muy inferior a los editores asociados a AEDE correspondientes a dicho escalón inferior.

El motivo no puede prosperar. En primer lugar, es preciso confirmar el criterio mantenido por el Tribunal de Defensa de la Competencia y la Sala de instancia respecto al mercado relevante y respecto de la posición de dominio que ejerce en el mismo la entidad recurrente Correos y Telégrafos. En segundo lugar porque, pese a sus alegaciones, Correos no logra acreditar que el trato deparado a los editores integrados en APP no fuese discriminatorio respecto al pactado con AEDE, con independencia de la falta de acuerdo entre ambas partes en las negociaciones o contactos mantenidos entre ellas.

En cuanto al mercado relevante, no puede sino ratificarse el criterio mantenido tanto por el Tribunal de Defensa de la Competencia como por la Sala de instancia de que se trata de la distribución mediante servicios postales de publicaciones periódicas en el ámbito nacional, incluyendo la distribución a los domicilios de los suscriptores. En efecto, no es posible admitir la tesis de Correos respecto a que el mercado relevante sería el de la distribución postal de publicaciones periódicas por cualquier medio, esto es, tanto por medio de operadores postales como por medio de distribuidores de otra naturaleza, que denomina logísticos. Y no es posible, como pone de relieve el Tribunal

de Defensa de la Competencia, porque lo que está en cuestión en el presente asunto es precisamente si Correos, en cuanto que operador postal dominante, ha aplicado precios discriminatorios en el sector postal afectado. Esto es, lo que se enjuicia es precisamente el funcionamiento de dicho mercado de distribución postal de publicaciones periódicas, con independencia de si existe otro más amplio para el desarrollo de la actividad de distribución nacional de publicaciones periódicas, del que por lo demás, Correos no acredita que exista con una razonable equivalencia o sustituibilidad de costes respecto al postal. Por análoga razón, el mercado relevante ha de circunscribirse, como también sostiene el Tribunal de Defensa de la Competencia, a los operadores postales efectivamente existentes, sin que deba considerarse relevante la circunstancia de que cualquier sujeto pueda convertirse en uno de ellos para el sector liberalizado mediando la correspondiente autorización, esto es, sin perjuicio de la accesibilidad para desarrollar dichos servicios para cualquier sujeto, sean los competidores logísticos u otros, incluso los propios editores.

Pues bien, definido el mercado relevante como el la distribución mediante servicios postales de publicaciones periódicas en el ámbito nacional y con reparto al domicilio de los subscriptores, no cabe duda de que Correos ostenta una clara posición de dominio, tanto en lo que respecta a cuota de mercado como en cuanto a que es el único operador capaz de proceder por sí mismo a una distribución en todo el territorio nacional.

Queda por examinar si la conducta de Correos debe calificarse como abuso de dicha posición de dominio. La defensa de Correos se centra en dos aspectos; por un lado, sostiene que los editores afectados adoptaron una posición adversa a toda transacción y que se negaron a negociar, aplicando unilateralmente el convenio alcanzado con AEDE pese a encontrarse en posiciones distintas en cuanto al servicio demandado y el coste o repercusión de la subida decidida por Correos. Por otra parte, y en estrecha relación con su definición del mercado relevante a la que ya hemos hecho referencia, afirma que los editores tenían posibilidades alternativas para alcanzar la distribución nacional de sus publicaciones periódicas, recurriendo a distribuidores logísticos o a otros operadores postales en las grandes ciudades y a Correos solamente en aquellos sitios en los que es el único operador postal.

No es posible, sin embargo, admitir la posición de Correos. La posible existencia de alternativas para obtener la distribución de las publicaciones periódicas, incluyendo la distribución a domicilios de los subscriptores, no altera la obligación que recae sobre un operador dominante de correos, único que alcanza a todo el territorio nacional, de comportarse de forma no discriminatoria respecto a peticionarios de los mismos servicios. En primer lugar porque dichas alternativas son, como reconoce la propia entidad recurrente, sólo parciales, ya que en un porcentaje importante de destinos habrían necesariamente de recurrir a Correos. Y en segundo lugar, resulta evidente que no puede considerarse realmente equivalente una alternativa consistente en recurrir a una combinación de operadores o, incluso a la distribución en ciertos destinos por el propio editor. Podría admitirse la tesis de Correos si hubiera otros operadores postales que alcanzasen un nivel de distribución relativamente parangonable al menos con el de Correos. Pero a este respecto resulta manifiesto que la posición de Correos es sustancialmente más ventajosa a la de los restantes operadores postales, como lo evidencian las propias cifras mencionadas por la entidad en el recurso de casación en relación con los editores miembros de APP: un 28.3% de los envíos tenían por destino poblaciones donde Correos sería el único operador total y en cuanto al volumen de envíos, el 12,4% de sus publicaciones sólo podría ser distribuido a través de Correos. Así, mientras que Correos menciona tales cifras

considerando que evidencian la inexistencia de dependencia respecto a sus servicios o de un monopolio de oferta, tales datos acreditan por el contrario, al igual que las cifras relativas a la cuota de mercado de Correos en los servicios liberalizados, la abrumadora posición dominante que ocupa en el mercado de los servicios postales en general y, de la distribución de publicaciones periódicas incluyendo la entrega a subscriptores en particular.

Por otra parte, en cuanto a la imputación de la negativa a negociar parte de APP, lo que se deriva del expediente y de los hechos declarados probados es más bien la incapacidad por ambas partes de llegar a un acuerdo. Pero ello no impide que sobre el operador dominante recaiga la obligación de prestar servicios análogos en condiciones equivalentes, lo que en ningún momento ha acreditado haber hecho. Insiste en su recurso que la posición de los editores de APP no era equivalente en cantidad y distribución de envíos a los de los escalones inferiores del acuerdo con AEDE, pero en ningún momento afirma ni acredita que ofreciera a los editores de APP un trato equivalente en términos relativos al de tales escalones, esto es, con una gradación semejante a la acordada con AEDE entre sus diversas categorías.

Así pues, al no acreditar haber aplicado a los editores de APP un trato equivalente en términos relativos a la demanda de servicios de distribución de publicaciones periódicas en cuanto el incremento gradual de precios respecto al otorgado a otros editores, no se desvirtúa la impugnación de trato desigual desde una posición de dominio en el mercado relevante, imputación basada en hechos probados consistentes en el acuerdo al que Correos llegó con AEDE y en la referida falta de acuerdo o aplicación de criterios análogos a los miembros de la APP.

QUINTO .- Sobre el motivo tercero, relativo a los principios de culpabilidad y proporcionalidad.

En este último motivo se alegan dos infracciones distintas, la de los principios de culpabilidad y proporcionalidad, que examinamos separadamente. En relación con la alegación de falta de culpabilidad esgrimida en la demanda contencioso administrativa, la Sentencia impugnada responde en los siguientes términos:

" SEPTIMO-. La recurrente sostiene que no debe ser sancionada porque su conducta se caracteriza por la ausencia de culpabilidad.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia (por todas la sentencia 76/1990) "toda resolución sancionadora, sea penal o administrativa, requiere a la par certeza de los hechos imputados, obtenida mediante pruebas de cargo, y certeza del juicio de culpabilidad sobre esos mismos hechos, de manera que el art. 24.2 de la Constitución rechaza tanto la responsabilidad presunta y objetiva como la inversión de la carga de la prueba en relación con el supuesto fáctico de la sanción" y en relación con la presunción de inocencia "ésta, como ha quedado dicho, alcanza no solo a la culpabilidad, entendida como nexo psicológico entre el autor y la conducta reprochada, sino también, y muy especialmente, a la realidad de los hechos imputados".

El elemento culpa se encuentra, por tanto, en el ámbito funcional de la presunción de inocencia, y esta puede destruirse entre otras pruebas con la llamada indirecta o indiciaria, entendida como aquella que muestra la certeza de unos hechos que no son en sí mismos (en el punto que se está examinando) los determinantes de la

culpabilidad, pero de los que cabe inferir lógicamente la misma. Como ha recordado el Tribunal Supremo en muchas ocasiones, dicha prueba indiciaria sólo será apta para destruir aquella presunción constitucional: a) cuando los indicios -los hechos indiciarios- estén efectivamente probados; y b) cuando el órgano sancionador haga explícito el razonamiento en virtud del cual, partiendo de tales indicios, obtiene la conclusión de la realidad del hecho infractor y de la culpabilidad.

En el supuesto enjuiciado ha quedado debidamente acreditado que la recurrente llevó a cabo determinadas actuaciones discriminatorias constitutivas del abuso del que se la declara responsable, y tal actuación se realizó con intencionalidad o al menos con negligencia en relación con la consecución de tal efecto discriminatorio, como se recoge con claridad en la exposición de hechos probados, pues mientras se negó a negociar con la denunciante reducciones de la nueva tarifa para sus socios, realizó un acuerdo con AEDE por el que:

- " Se acepta diferir a 5 años el incremento inicialmente aprobado por CORREOS sin actualizaciones del IPC en el último año (2%)"

- "Se acepta la clasificación propuesta por la AEDE (A,B,C) en función de los volúmenes de facturación del año 2001"

- "Se acepta que los incrementos de los 2 primeros años sean moderados acentuándose a partir del tercero"

- "Se respetan las condiciones acordadas inicialmente para aquellas empresas que fueran más ventajosas"

- "Se consideran Grupos editoriales por lo que todas las cabeceras de un mismo grupo editorial se beneficiarán por igual de las mismas condiciones "

Ha quedado en consecuencia debidamente acreditado el elemento subjetivo de la conducta infractora." (fundamento jurídico séptimo)

En el motivo de casación la entidad recurrente insiste en que no ha habido en su conducta ningún ánimo culposo, puesto que en todo momento ha mantenido una postura de diálogo abierto para llegar a un acuerdo. No es posible aceptar semejante argumento, puesto que desde su posición dominante y ante la dificultad para llegar a un entendimiento con los editores de APP a Correos le hubiese bastado con aplicar al menos provisionalmente unos precios análogos a los acordados con AEDE, aun teniendo en cuenta en ellos las diferencias en envíos y costes respectivos, como ya se ha indicado. Al comportarse de forma ajena a su especial responsabilidad como operador postal dominante no puede esgrimir ausencia de culpabilidad por el hecho de que ambas partes no lograsen llegar a un acuerdo.

En lo que respecta al principio de proporcionalidad, la Sala de instancia respondía de la siguiente manera:

" OCTAVO-. En cuanto a la proporcionalidad de la sanción impuesta, en primer lugar la parte impugna que el TDC haya tenido en cuenta como elementos agravantes la consideración de la existencia de resoluciones sancionadoras del dicho TDC declarando algún abuso de posición de dominio, porque no son firmes al encontrarse pendientes de resolución judicial los recursos interpuestos contra las mismas. Cita en apoyo de sus tesis una sentencia de esta Sala y Sección de 22-IX-03

dictada en el recurso 483/00 .

El Tribunal Supremo en la sentencia dictada el día veintitrés de Marzo de dos mil cinco , resolviendo el recurso de casación número 4777/2002 interpuesto contra la sentencia dictada con fecha 8 de mayo de 2002 por la esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 193/1999 , sobre sanción del Tribunal de Defensa de la Competencia casó dicha sentencia precisamente en la parte en que se sostenían las tesis que propugna la recurrente.

En aquel recurso el TDC sostuvo lo siguiente:

" En lo referente a la reiteración de las conductas, no es la primera vez que T., amparándose en su posición de dominio, ha abusado de la misma. En particular, este Tribunal la ha declarado responsable de infracciones contrarias a la legislación de la competencia en la Resolución de la Sección Primera de 26 de marzo de 1981 (Expte. 167/80), confirmada por el Pleno del 1 de julio de 1981, en la que se declaró la existencia de una práctica abusiva de posición de dominio en el mercado nacional.... y en la Resolución de 1 de febrero de 1995 (Expte. 350/94, Teléfonos en Aeropuertos) en la que se declara la existencia de una práctica de abuso de posición de dominio consistente en la negativa y retraso injustificados de suministro ..., y se impone a T. una multa de 124 millones de pesetas. Esta Resolución ha sido confirmada por Sentencia de 24 de septiembre de 1997 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional . "

La sentencia del Alto Tribunal cita igualmente el razonamiento en que esta Sala fundamento de la anulación parcial de la resolución impugnada:

" Hemos de señalar que la reiteración viene referida a conductas prohibidas por la Ley 16/1989 -pueden ser las comprendidas en el artículo 1, 6 o 7 -, y que se trata de "reiteración" no de reincidencia y por ello no es procedente la aplicación de la doctrina sobre la reincidencia. Ahora bien, el requisito de la firmeza de las resoluciones administrativas no aparece recogido en el artículo 10 , pero resulta del propio término de "reiteración" utilizado, pues para otorgar relevancia jurídica a tal reiteración es necesario que la misma exista en cuanto las conductas en las que encuentra su base han de haber quedado establecidas ya de forma definitiva, esto es, por resolución firme, y en este caso, la conducta objeto del expediente de 1994 no es firme, y la anterior - expediente de 1980-, es muy anterior en el tiempo como para apreciar la reiteración, al no guardar un margen temporal tal, con la conducta sancionada, del que derivar la conexión que justifica la reiteración. "

El propio Tribunal Supremo recuerda que en realidad había tres antecedentes infractores y no dos, si bien " No es posible ahora, sin embargo, estimar el tercero como elemento adicional para apreciar la reiteración de la conducta pues no figuró como tal en la resolución administrativa ".

La sentencia de la Audiencia Nacional fue casada por el Tribunal Supremo en este concreto aspecto, con esta fundamentación:

" Y es que la tesis de la sentencia en relación con la aplicación de la circunstancia agravante no sólo a la resolución administrativa precedente de 1981

-cuya crítica acabamos de exponer- sino a la de 1995 no se compadece con la doctrina jurisprudencial que esta Sala ha fijado finalmente sobre el concepto de "firmeza" de los actos administrativos sancionadores, superando vacilaciones anteriores. Doctrina que, para dotar de certeza y seguridad jurídica al ordenamiento y por mor de la función unificadora en la aplicación de las normas, que corresponde a esta Sala del Tribunal Supremo, debemos seguir manteniendo.

La aplicación analógica de lo dispuesto respecto de esta agravante en el artículo 10.15 del Código Penal vigente en el momento de la comisión de los hechos, y en el artículo 22.8 del vigente en la actualidad, lleva a considerar como presupuesto para la aplicación de la reincidencia el carácter ejecutorio de la condena anterior, cosa que presupone, en el ámbito penal, la existencia de una sentencia firme, mas no en el administrativo. En éste, por efecto del principio de autotutela administrativa, basta que el acto sancionador haya adquirido firmeza en vía administrativa para que sea ejecutivo, aun cuando pueda hallarse pendiente un recurso contencioso-administrativo en el que no se haya acordado una medida cautelar de suspensión de los efectos del acto sancionador (artículo 138.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común).

Por otra parte, la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común emplea la expresión «firme» refiriéndose preferentemente, cuando de una resolución administrativa se trata, a la imposibilidad de interponer contra ella recursos administrativos ordinarios y, por ende, contemplando sólo la firmeza en vía administrativa y no la firmeza en vía jurisdiccional (v. gr., artículos 102.4, 108, 115.1 III y 118.1) y sólo en algún caso resulta dudoso este sentido de la expresión (v. gr., art. 132.3).

En el mismo sentido, la exigencia de firmeza jurisdiccional de la sanción o sanciones anteriormente impuestas, dado el tiempo que puede tardar en resolverse el recurso contencioso-administrativo, convertiría, en contra de la finalidad de la Ley, en virtualmente inaplicables los preceptos en que se prevé dicha agravante referida a la comisión de sanciones en periodos breves - como lo es, a estos efectos, el plazo de un año fijado en el citado artículo 131.3.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, pues durante su transcurso resulta difícil que haya podido terminarse el expediente sancionador, agotarse la vía administrativa y tramitarse el recurso contencioso-administrativo en su totalidad, incluidos los recursos de apelación o de casación, en su caso- o cuando se exige la reiteración de más de una de ellas, como ocurre cabalmente en el caso resuelto.

Por ello parece preferible la interpretación de que, para que pueda aplicarse la circunstancia de reincidencia para una calificación más grave de la conducta sancionable o para la agravación de la sanción prevista en la norma sancionadora, sólo será necesaria la firmeza en vía jurisdiccional del acto sancionador previo cuando explícitamente sea exigida por la norma, pero no cuando se exija genéricamente la firmeza de la resolución administrativa, como ocurre en el supuesto del artículo 131.3.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, y en el que corresponde al caso enjuiciado en este proceso. En estos supuestos bastará,

por ende, la firmeza en vía administrativa de la resolución sancionatoria, determinante de la ejecutividad del acto decisorio.

Séptimo.- Si este es el criterio aplicable en la interpretación de un precepto como el artículo 131.3.c) de la Ley 30/1992, que exige de modo expreso la previa "firmeza" de las resoluciones sancionadoras como requisito necesario para que se aprecie la reincidencia, con tanto más motivo ha de servir para la interpretación de otro precepto del mismo rango legal (el tan citado artículo 10.2 .f) de la Ley 16/1989) que se limita a calificar como elemento agravante de la conducta infractora la mera "reiteración en las conductas prohibidas" sin mayores precisiones.

La Sala de instancia no interpreta, pues, de modo adecuado este último artículo cuando, tras reconocer que "el requisito de la firmeza de las resoluciones administrativas no aparece recogido en el artículo 10", y afirmar que "para otorgar relevancia jurídica a tal reiteración es necesario que la misma exista en cuanto las conductas en las que encuentra su base han de haber quedado establecidas ya de forma definitiva, esto es, por resolución firme", niega esta cualidad a una decisión dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia que había puesto fin a la vía administrativa sólo por el hecho de que "la conducta objeto del expediente de 1994 no es firme" (frase que debe entender en el sentido de que la resolución por la que se sanciona la conducta no es firme), esto es, porque se encontraba impugnada jurisdiccionalmente.

Las dos primeras premisas son acertadas pues, en efecto, sólo los hechos que hayan sido sancionados -lógicamente, con anterioridad a la comisión de la nueva infracción- en un procedimiento administrativo resuelto de manera definitiva y ya inobjetable en la propia vía administrativa, pueden servir para apreciar la reiteración como agravante. Pero no lo es la conclusión a la que llega el tribunal de instancia pues basta, a estos efectos, la "firmeza" de aquellas resoluciones en la propia vía administrativa.

La sentencia, pues, ha de ser casada en este punto acogiendo el motivo aducido por el Abogado del Estado. "

En aplicación de la doctrina expuesta resulta evidente, a juicio de esta Sala, que la ponderación realizada al respecto por el TDC debe mantenerse, máxime si, como es el caso, esta Sala en sentencia de 7 de noviembre de 2006 dictada en el recurso 441/2004 confirmó la sanción impuesta a la hoy actora por el TDC el día 15 de septiembre de 2004 por abuso de posición de dominio, y en la sentencia de 25 de septiembre de 2005 confirmó el Acuerdo del TDC de 20 de junio de 2003 declarando igualmente a la recurrente responsable de una conducta de abuso de posición de dominio (si bien en este caso se acordó reducir el importe de la sanción a la cuantía de 2.700.054 euros).

Igualmente se alega que no puede tenerse en cuenta como cuota de mercado la que Correos tiene en otros mercados de servicios postales, motivo que debe desestimarse con fundamento en las consideraciones recogidas anteriormente en relación a la utilización de su posición como titular del servicio postal universal reservado.

Por último debe recordarse que como ha señalado el Tribunal Supremo " 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. ".

La resolución impugnada recoge de forma sintética cuales han sido los criterios, todos ellos contemplados en el art. 10 L.D.C., que han servido de fundamento para el cálculo de la sanción. Se ha cumplido así el requisito de la motivación y se ha respetado el criterio de proporcionalidad.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del recurso y la confirmación del acto administrativo impugnado." (fundamento jurídico octavo)

Alega Correos en la segunda parte del motivo que el Tribunal de Defensa de la Competencia y la Sala de instancia al confirmar su criterio han valorado de forma errónea varios criterios determinantes de la cuantía de la multa. En concreto, considera que carece de sentido tener en cuenta la cuota de mercado de Correos en otros mercados de servicios postales para entender especialmente reproachable la conducta supuestamente abusiva, ya que Correos no ha aprovechado su poder de mercado en esos otros mercados para imponerse en el de envíos de publicaciones periódicas. En segundo lugar, afirma Correos que el Tribunal de Defensa de la Competencia se habría confundido gravemente al valorar la proporción que representa el mercado de envíos de publicaciones periódicas respecto al resto de mercados de servicios postales, ya que el primero representa sólo el 5% de la totalidad de los envíos realizados por Correos. Así, al haberse tomado la facturación global de Correos en el sector postal en vez del volumen de negocios en el mercado de las publicaciones periódicas, debiera reducirse la multa impuesta en un 95% hasta una cantidad de 45.075 euros.

Tampoco puede prosperar este alegato. En cuanto al primero de dichos argumentos, porque lo que se sanciona es el comportamiento abusivo en el referido mercado de distribución de las publicaciones periódicas, sin que quede claro que quiere decir la entidad recurrente con que no se ha aprovechado de su poder de mercado en otros servicios postales para imponerse en dicho mercado relevante a tenor del examen ya realizado de su conducta abusiva. Y en relación con el segundo argumento, por la razón expresada al respecto por el Tribunal de Defensa de la Competencia, acogida también en el fundamento reproducido de la Sentencia impugnada y es que el abuso de posición dominante sancionado presupone la utilización de su titularidad en el servicio postal universal, base de su capacidad para la distribución de envíos en todo el territorio nacional, que constituye el elemento clave de su posición dominante en el mercado definido como relevante. A lo que cabe añadir que esta posición dominante en el mercado relevante se apoya asimismo en su amplia hegemonía también en los servicios liberalizados.

SEXTO .- Conclusiones y costas.

El rechazo de los tres motivos en que se apoya el recurso de casación supone la desestimación de éste. En aplicación de lo establecido en el artículo 129.2 de la Ley de la Jurisdicción , se imponen las costas a la parte recurrente.

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

Que NO HA LUGAR y por lo tanto DESESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. contra la sentencia de 30 de mayo de 2.007 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 415/2.005 . Se imponen las costas de la casación a la parte recurrente.

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.-Firmado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.-Alfonso Llamas Soubrier.-Firmado.-