



Roj: **SAN 5234/2021 - ECLI:ES:AN:2021:5234**

Id Cendoj: **28079230082021100589**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **04/11/2021**

Nº de Recurso: **462/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **EUGENIO FRIAS MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN OCTAVA**

**Núm. de Recurso:** 0000462 /2018

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 02793/2018

**Demandante:** SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A., S.M.E.

**Procurador:** SRA. GUTIÉRREZ ACEVES

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

**Codemandado:** ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE EMPRESAS DE REPARTO Y MANIPULACIÓN DE CORRESPONDENCIA (ASEMPRE), GUREAK MARKETING, S.L.U., UNO, ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL DE LOGÍSTICA Y TRANSPORTE, AKROPOST SERVICIOS POSTALES DEL PAIS VASCO S.A.

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.:** D. **EUGENIO FRIAS MARTINEZ**

### **SENTENCIA Nº :**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. **EUGENIO FRIAS MARTINEZ**

Madrid, a cuatro de noviembre de dos mil veintiuno.

La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha visto el recurso número **462/2018**, interpuesto por **SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A., S.M.E.** representada por la Procuradora **Sra. Gutiérrez Aceves** y defendida por Letrado, contra resolución de **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA** representada y defendida por el Abogado del Estado. Han sido partes codemandadas **ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE EMPRESAS DE REPARTO Y MANIPULACIÓN DE CORRESPONDENCIA (ASEMPRE), GUREAK MARKETING, S.L.U., UNO, ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL DE LOGÍSTICA Y TRANSPORTE**, representadas por la Procuradora **Sra. Corral Losada** y **AKROPOST SERVICIOS POSTALES DEL PAIS VASCO S.A.** representada por el Procurador **Sr. Ruigómez Muriendas**.

Es Ponente el Ilmo. Sr. D. **Eugenio Frías Martínez**.



## AN TECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Interpuesto el presente recurso y previos los oportunos trámites, se confirió traslado a la parte actora para formalizar la demanda, lo que verificó por escrito en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, solicita sentencia estimatoria del recurso.

**SEGUNDO.-** La Administración demandada, y las partes codemandada, una vez conferido el trámite para contestar la demanda, presentaron escritos en el que alegaron los hechos y fundamentos de derecho que estimaron pertinentes, solicitando una sentencia en la que se declare la conformidad a derecho de las resoluciones impugnadas.

**TERCERO.-** Tras la práctica de las pruebas que se consideraron pertinentes, con el resultado obrante en las actuaciones, se confirió traslado a las partes para la formulación de conclusiones. Presentados los oportunos escritos quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 3 de noviembre del presente año, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se interpone el recurso contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 25 de abril de 2018, por la que se aprueba el contrato tipo de acceso a la red postal en cumplimiento de lo previsto en el artículo 45 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, que resuelve;

"Aprobar el Contrato tipo de acceso a la red postal de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E. con las modificaciones señaladas en el apartado II de la presente Resolución.

El contrato tipo modificado se anexa a la presente Resolución. Correos publicará en su página web ([www.correos.es](http://www.correos.es)) el contrato tipo de acceso junto con sus diez anexos. Dicha publicación deberá producirse en un plazo máximo de diez días desde la notificación de la presente Resolución".

Se señala como antecedente que con fecha 15 de febrero de 2018, la CNMC dictó Resolución sobre el procedimiento relativo a la aprobación del contrato tipo de acceso a la red postal de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E. La parte dispositiva de la citada Resolución estableció lo siguiente:

"UNICO. - La Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E. deberá modificar su contrato tipo de acceso a la red postal, en el plazo de 15 días hábiles a partir del día siguiente a la notificación de la presente Resolución, en los términos siguientes:

- En relación a las consideraciones relativas a la transparencia del contrato tipo, según lo establecido en los apartados incluidos en la sección II.1.1.
- En relación a las consideraciones relativas a la no discriminación del contrato tipo, según lo establecido en los apartados incluidos en la sección II.1.2.
- En relación a otras consideraciones relativas a las condiciones técnicas de acceso, según lo establecido en los apartados incluidos en la sección II.1.3.
- En relación a los descuentos por volumen, según lo establecido en la sección II.2.1.1.
- En relación a los descuentos por envíos a zonas de alto coste, según lo establecido en la sección II.2.1.2.
- En relación a los descuentos por regularidad, según lo establecido en la sección II.2.1.3.
- En relación a los descuentos por grado de clasificación, según lo establecido en la sección II.2.1.4.

El contrato tipo modificado según lo establecido en la presente Resolución se remitirá a esta Comisión para su revisión. Si esta Comisión detectase incorrecciones en el texto con respecto a lo establecido, procederá a su modificación directa y posterior remisión a Correos para su publicación en su web ([www.correos.es](http://www.correos.es)). Dicha publicación deberá producirse en un plazo máximo de diez días." STP/DTSP/008/15".

Con fecha 16 de abril de 2018, Correos daba respuesta a lo establecido en la resolución de 15 de febrero de 2018, adjuntando propuesta modificada del contrato tipo de acceso a la red postal.

La resolución en el apartado II efectúa la revisión de la propuesta modificada del contrato tipo de acceso a la red postal, procediendo a efectuar ajustes y modificaciones en la propuesta de Correos.

**SEGUNDO.-** Correos en su demanda pone de manifiesto que se impugna la resolución de 25 de abril de 2018 por la que se aprueba el contrato tipo de acceso a la red postal, pero que el contrato remitido es el resultado de las obligaciones impuestas por la CNMC en la resolución de 15 de febrero de 2018, que tiene recurrido.



Resalta que tanto la resolución de 15 de febrero como la recurrida de 25 de abril son dictadas en el marco del mismo expediente administrativo de la CNMC, el expediente STP/DTSP/008/15.

En los antecedentes de la demanda se expone que Correos puso a disposición del resto de operadores postales un servicio de acceso a su red, cuyas condiciones de acceso fueron aprobadas por la Subsecretaría del Ministerio de Fomento mediante Resolución de 23 de abril de 2007. La CNMC forzó la modificación del contrato de acceso de 2007 desde la Resolución de 21 de enero de 2014. El 1 de julio de 2015 la Audiencia Nacional estimó el recurso de Correos y anuló la Resolución de la CNMC de 21 de enero de 2014. Si bien la voluntad de Correos era volver a las condiciones de acceso fijadas en abril de 2007, la CNMC insistía en que presentase un contrato tipo nuevo. La CNMC insistió siempre en que las condiciones ofertadas a los operadores tenían que ser las mismas que las ofertadas a grandes clientes. El contrato-tipo remitido por Correos el 23 de mayo de 2017 no fue aprobado por la CNMC. Por el contrario, mediante su Resolución de 15 de febrero de 2018, la CNMC procedió a modificar el contrato en profundidad. Pretende la CNMC, por la vía de la aprobación del contrato-tipo, volver a introducir las modificaciones forzadas por la Resolución de 21 de enero de 2014, anulada por los Tribunales.

Se mantiene en la demanda que:

-Las atribuciones de la CNMC en materia de acceso, y en concreto la potestad que la ley 43/2010 le otorga para aprobar un contrato tipo de acceso a propuesta de Correos resultan excepcionales en el entorno de la Unión Europea, no son exigidas por la Directiva 97/67/CE, no responden a un juicio de necesidad y proporcionalidad y, por lo expuesto, deben ser ejercidas con la máxima responsabilidad, evitando un excesivo intervencionismo distorsionador del mercado.

-Correos propuso descuentos en la tarifa de acceso, tal y como prevé el artículo 45.5 de la Ley 43/2010. Estos descuentos se construían de forma similar a los descuentos ofertados a grandes clientes, pero no alcanzaban las mismas cuantías, existiendo una diferencia del 3,5% en los descuentos por volumen. Las condiciones económicas del contrato de acceso propuesto por Correos para su aprobación por la CNMC reflejaban el contenido del acuerdo de acceso alcanzado mediante negociación comercial entre Correos y su principal competidor, Unipost. El contrato tipo de Correos respetaba escrupulosamente la normativa comunitaria y nacional en materia de no discriminación en los descuentos a grandes clientes y a operadores, en concreto el artículo 12 de la Directiva 97/67/CE, los artículos 45 y 46 de la Ley 43/2010, y su interpretación jurisprudencial. La Sentencia del TJUE, de 11 de enero de 2015, en el Asunto bpost ha aclarado que el principio de no discriminación no implica que los descuentos a grandes clientes y a operadores deban ser idénticos. La Sentencia de la Audiencia Nacional, de 1 de julio de 2015, había aclarado el mismo punto, al constatar que la diferenciación en los descuentos no implicaba por sí sola una práctica anticompetitiva de estrechamiento de márgenes.

-La CNMC utiliza la extraordinaria potestad que le otorga la legislación española para para modificar radicalmente la propuesta de Correos. La CNMC ignora que las condiciones económicas propuestas por Correos eran fruto del acuerdo comercial entre Correos y el principal competidor, Unipost, e ignorando la falta de necesidad de su intervención, ya que la industria había alcanzado un acuerdo en la materia, sustituye la voluntad de Correos y define sus propias condiciones de acceso.

-La CNMC no se limita a imponer una reducción de las tarifas de acceso, al imponer la extensión de los descuentos a grandes clientes al contrato tipo de acceso, sino que impone que se limiten todos los descuentos, tanto los de grandes clientes como los de operadores. La CNMC aplica un modelo de costes históricos completamente distribuidos, de la Orden FOM 2447/2004, para la fijación de las tarifas del servicio de acceso o de los descuentos a aplicar. Entiende no aplicable dicha Orden para servicio de acceso mayorista a la red de Correos al no estar incluido en el servicio universal.

**TERCERO.-** Hemos de comenzar señalando que la resolución impugnada en el presente recurso se dicta en el expediente STP/DTSP/008/15, siendo la aprobación del contrato tipo el resultado de la aplicación de las obligaciones impuestas a Correos por la resolución de 15 de febrero de 2018, como se reconoce en la propia resolución impugnada y en la demanda formulada por Correos.

La resolución de la CNMC de 15 de febrero de 2018 fue recurrida por Correos dando lugar al recurso de esta Sección 374/2018, habiéndose dictado sentencia estimatoria el 18 de diciembre de 2019. La demanda presentada en dicho recurso es sustancialmente idéntica a la demanda del presente recurso.

Si el contrato tipo aprobado por la resolución impugnada, se fundamenta en las condiciones impuestas en la resolución de 15 de febrero de 2018, y ésta ha sido anulada por la sentencia de esta Sala de 18 de diciembre de 2019, debemos estimar el presente recurso, siendo de aplicación los mismos razonamientos entonces empleados al ser sustancialmente idénticas las demandas, fundamentos que reproducimos:



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

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

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

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

También señala el TJUE:

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Con dichas premisas, la sentencia señala:

<<Se imputa a la actora una conducta de estrechamiento de márgenes constitutiva de un abuso de posición de dominio. Sobre esta conducta, la relativa al abuso de posición de dominio, para que quede acreditada su existencia, el TS ha venido exigiendo estos presupuestos ( STS 8.5.2003, recurso 4495/1998 ; 13.12.2004,



recurso 915/2002 , 4.4.2006, recurso 4699/2003 , 22.3.2006, recurso 5468/2003 , e igualmente SAN 26.9.2005, recurso 471/2003 y 111/2004 :

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

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

3.- *Una falta de justificación de dicha conducta.*

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

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

1.- *Los propios del abuso de dominio.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*En definitiva, la CNMC no ha justificado la habilitación competencial que le asiste para imponer las tarifas o las condiciones de distintos tipos de servicios postales, al amparo de una discriminación que esta Sala no aprecia. A estos efectos no es justificación suficiente la previsión del artículo 12.5 de la directiva 2008/6/CE y artículo 35 de la Ley 43/2010, pues se trata de evaluar si los envíos que se efectúan son "equivalentes" o "en condiciones similares", dificultad añadida a la proporcionalidad de la intervención y a la evidente transparencia en las condiciones de acceso.*

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

*Por otra parte, también se afirma por las codemandadas que los principios de transparencia y no discriminación han sido traspuestos por la legislación postal de la mayoría de los países, lo cual es cierto y coincide con el caso de España. También en España podemos interpretar, siguiendo dicha tesis, que la publicación de tarifas y*



condiciones otorga contenido a los referidos principios, lo cual no es la cuestión que se debate, pues el contrato tipo tiene como una de sus finalidades el conocimiento ex ante de las condiciones de acceso, tanto desde un punto de vista material como económico. Cuestión distinta es que el Regulador pueda establecer, por sí, dichas condiciones.

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

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

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

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

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

**CUARTO.-** De conformidad con el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa procede imponer las costas a la Administración demandada.

Vistos los preceptos citados y demás normas de procedente aplicación,

## FALLAMOS

**Que debemos ESTIMAR** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A., S.M.E.** contra la Resolución de la CNMC de 25 de abril de 2018 por la que se aprueba el contrato tipo de acceso a la red postal en cumplimiento de lo previsto en el artículo 45 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, que anulamos. Con imposición de costas a la Administración demandada.

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