



Roj: **SAN 4181/2021 - ECLI:ES:AN:2021:4181**

Id Cendoj: **28079230082021100488**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **17/09/2021**

Nº de Recurso: **352/2018**

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:** 0000352/2018

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 01882/2018

**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

**Abogado Del Estado**

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

### **SENTENCIA Nº :**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

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

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

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

D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

Madrid, a diecisiete de septiembre de dos mil veintiuno.

La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha visto el recurso número **352/2018**, 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 DE LA COMPETENCIA** representada y defendida por el Abogado del Estado.

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

### **AN TECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** In terpuesto 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.-** El Abogado del Estado, una vez conferido el trámite para contestar la demanda, presentó escrito en el que alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó 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 15 de septiembre del presente año, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se interpone el recurso contra la resolución de 1 de febrero de 2018 de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se revisan los precios de los servicios postales prestados bajo régimen de obligaciones de servicio público para el año 2018.

La resolución resuelve:

"PRIMERO. Que los precios de los servicios postales prestados bajo régimen de obligaciones de servicio público propuestos para el año 2018 que pagan los clientes particulares, cumplen con los principios de asequibilidad, transparencia, no discriminación y orientación a los costes reales de prestación del servicio.

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

TERCERO. Que el cumplimiento del principio de transparencia y no discriminación en relación con los precios de los servicios postales prestados bajo régimen de obligaciones de servicio público que pagan los usuarios con derecho a descuentos exige de la adopción de medidas en los términos descritos en la presente Resolución".

**SEGUNDO.-** Se Alega en la demanda como motivos de impugnación:

- Como cuestión previa la recurrente hace constar que "la controversia suscitada guarda semejanzas con el recurso nº. 476/2015, seguido ante esa Sección y Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional formulado por mi representada contra la resolución de 18 de junio de 2015, de la CNMC, relativa a la comprobación de los precios de los servicios postales prestados en régimen de obligaciones de servicio público aprobados para el año 2015. El proceso concluyó con sentencia de 19 de junio de 2017, por la que se acordó desestimar el recurso promovido por esta representación. Actualmente, dicha sentencia se encuentra en sede casacional, pendiente de votación y fallo por el Tribunal Supremo".

- La resolución recurrida ha sido dictada extemporáneamente, sobre el plazo máximo de tres meses del art. 34.2 de la 43/2010, del Servicio Postal Universal, de los Derechos de los Usuarios y del Mercado Postal (Ley Postal). Entiende que el procedimiento ha sido iniciado a instancia del interesado, y la resolución tardía implica la estimación por silencio de la solicitud ( art. 24.1 Ley 39/2015). La Resolución impugnada se encuentra viciada por la causa de nulidad prevista en el artículo 47.1.e) LPACAP, esto es, por haber prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, al haber sido dictada en contra del sentido del acto presunto, lo cual tiene a todos los efectos la consideración de acto finalizador del procedimiento. Por consiguiente, ese Tribunal debiera apreciar y declarar la nulidad de la Resolución impugnada. Subsidiariamente, incluso si se estimara que el procedimiento ha sido iniciado por el órgano regulador, la Resolución impugnada se habría producido una vez caducado el procedimiento de verificación de precios.

- Indebida aplicación del procedimiento de comprobación y los principios del art. 34 de la Ley Postal a los descuentos del art. 35 practicados por la actora. Los "precios" y "descuentos" son conceptos diferentes que no pueden confundirse. Los precios son determinados a priori y resultan aplicables por igual a todos los usuarios de los servicios sujetos a régimen de obligaciones de servicio público; los descuentos se devengan de forma progresiva a lo largo de todo el ejercicio.

- Subsidiariamente se mantiene que ha quedado acreditado que el modelo de descuentos aplicado por CORREOS se encuentra perfectamente orientado a costes y no conlleva un incremento de las necesidades de financiación del Servicio Postal Universal y de la carga financiera injusta compensable.



**TERCERO.**- He mos de señalar que el Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de diciembre de 2018, ha resuelto el recurso de casación formulado contra la sentencia de esta Sala de 19 de junio de 2017, al que se hacía referencia en la demanda, que resolvía las cuestiones aquí planteadas, confirmando la misma.

El Alto Tribunal respecto del plazo de tramitación del expediente, señala:

"Planteada en tales términos la primera cuestión controvertida, cabe recordar que con carácter general hemos declarado -como recuerda la reciente STS de 6 de noviembre de 2018-que la sentencia dictada por el Pleno de esta Sala Tercera en el recurso de casación núm. 302/2004, de fecha 28 de febrero de 2007 , consideró equivocada la tesis según la cual "cualquier petición del administrado da lugar o debe dar lugar, a "un procedimiento iniciado a solicitud del interesado", de modo que si no se contesta por la Administración en el plazo máximo establecido para resolver, debe considerarse estimada por silencio, en aplicación del artículo 43.2 de la Ley 30/1992 (LPAC )."

Partiendo de esta base, hay que tener en cuenta que la técnica del silencio positivo despliega su funcionalidad en procedimientos iniciados a instancia de parte que se desenvuelven conforme a una dinámica sucesiva de solicitud y su correlativa resolución. De modo que cabe acudir a la figura del silencio positivo cuando una petición o solicitud del interesado deba dar lugar a una resolución administrativa que se pronuncie sobre la pretensión deducida. En estos casos, el silencio juega una vez vencido el plazo establecido, esto es, cuando la resolución no se ha dictado. Entonces opera la técnica del silencio, de modo que el transcurso del plazo sin haberse dictado la preceptiva resolución equivale a la resolución misma.

En el supuesto que aquí enjuicamos, el del artículo 34 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal , no puede considerarse en puridad un procedimiento de esta naturaleza, pues no se da una solicitud propiamente dicha, en la medida que la comunicación que debe realizar la operadora prestadora del servicio universal a la Comisión Nacional de los Mercados no debe dar lugar necesariamente a una resolución expresa de autorización, pues no existe un "deber de resolver" expresión a la que se refiere la regulación común del silencio administrativo. Dada la regulación que incorpora el contenido del artículo 34 de la Ley del Servicio Postal Universal, su sentido y finalidad, no se trata de una solicitud que deba dar lugar a una ulterior autorización o pronunciamiento de la Administración, y más bien, puede encontrar semejanza con la figura de la "comunicación previa" que se contempla en el artículo 69.2 de la Ley 39/2015.

En el diseño del aludido precepto de la Ley Postal, corresponde al prestador del servicio "comunicar" al regulador los nuevos precios, declarando que se ajustan a los requisitos que establece el párrafo primero del citado artículo 34 .

Esta comunicación -que así se denomina en la Ley- no tiene necesariamente que ser autorizada mediante resolución expresa del regulador, que no ha de pronunciarse necesariamente sobre la misma, pues se configura como una obligación que la Ley impone al prestador del servicio con la correlativa facultad de la Comisión de comprobar la adecuación de los precios a los principios que se contemplan en la propia ley. Esto es, una vez comunicados los precios, lo que el regulador sí puede hacer es proceder a su examen y comprobación y en su caso realizar las declaraciones correspondientes, como sucede en el caso de autos. Pero si la CNMC no utiliza esta facultad, la comunicación sobre los precios realizada por el prestador del servicio con la antelación prevista en la Ley -de tres meses- desplegará sus efectos y los precios resultarán aplicables al sector concernido.

Siendo este el diseño previsto en el artículo 34 de la Ley, no tiene cabida el instituto del silencio positivo debido a la ausencia de resolución expresa en plazo de la Administración, porque esa resolución no tiene por qué dictarse necesariamente, por tratarse de una facultad atribuida al regulador, de la que pueda hacer uso o no.

Así, si el operador comunica los nuevos precios al menos tres meses antes de la fecha prevista para su despliegue y aplicación y el regulador no objeta nada en esos tres meses, el efecto no es la obtención de una autorización como si se tratara de un acto administrativo obtenido por silencio que sólo podría revisarse por el procedimiento de revisión de oficio de los actos administrativos favorables, sino la posibilidad de que desde ese momento -transcurridos los tres meses, sin que haya pronunciamiento de la CNMC- esos nuevos precios puedan ser aplicados a la prestación del servicio desde la fecha indicada.

Pero eso no justifica -precisamente porque no ha habido silencio positivo- que una vez transcurridos los tres meses de referencia, el organismo regulador no pueda revisar los precios de los servicios comunicados y si considera que los precios -ya aplicables- no se ajustan a su marco regulatorio, podrá pedirse las comprobaciones pertinentes, sin que ello implique dejar sin efecto un acto administrativo favorable que en puridad no existe.

El diseño legal se hace para que el regulador proceda a efectuar esa comprobación de los precios comunicados ex ante, es decir, con anterioridad a que los nuevos precios aprobados por el Consejo de Administración sean



de aplicación, aunque es cierto que no existe ningún obstáculo legal para que el regulador pueda ejercer sus facultades de comprobación en un ulterior momento. No solo porque la Ley no lo prohíbe sino también porque la lógica que subyace en las comunicaciones previas es que las comprobaciones puedan hacerse en un momento posterior, al encontrarnos ante una relación jurídica de Derecho Público de carácter operativo.

Ahora bien, la controversia se ciñe a la aplicación o no del silencio ex artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJPAC, de modo que queda fuera de nuestro conocimiento la determinación de las consecuencias de la comprobación tardía de los precios y su incidencia en el período transcurrido desde esa fecha de entrada en aplicación de los nuevos precios hasta que la resolución de la CNMC que concluye la comprobación, si bien, cabe considerar que en principio por razones de seguridad jurídica, esencial en este ámbito de los mercados regulados, la resolución tardía del regulador despliega sus efectos prospectivos, es decir, únicamente "pro futuro".

Por lo expuesto, cabe declarar que la CNMC en la función de comprobación de precios ex artículo 43 LRJPAC no está sujeta al plazo de tres meses establecido por el artículo 34.2 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal, ni es de aplicación la figura del silencio administrativo del artículo 42.3 LRJPAC para resolver sobre la comunicación de los precios que incumbe al prestador del servicio y por tanto el plazo de tres meses del aludido artículo 34 no determina la generación de una autorización obtenida por silencio ni equivale a una desestimación o denegación presunta por silencio negativo."

**CUARTO.-** Respecto de la segunda cuestión planteada, la citada sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 2018, sostiene que la CNMC puede intervenir no solo respecto de la verificación de los precios sino también respecto de los descuentos, señalando:

"Parte la sociedad recurrente de la distinción entre precios y descuentos y su diferente regulación en los artículos 34 y 35 de la Ley Postal, y censura la sentencia de instancia en cuanto afirma que "como quiera que el artículo 35 de la Ley Postal atribuye al órgano regulador competencia para verificar los descuentos, nada obsta a que lo haga al socaire de una comunicación de modificación de tarifas, pues el precepto nada limita al regulador al respecto" (FJ. 4º).

Considera que el mero reconocimiento de una competencia genérica atribuida a la CNMC para supervisar el mercado no justifica su actuación al margen de los procedimientos legalmente tasados y critica la utilización del procedimiento y principios del artículo 34 de la Ley Postal para verificar unos descuentos que tienen lugar a lo largo de todo el ejercicio a los que se refiere el artículo 35 de la citada Ley Postal. Subraya que ambos preceptos -los artículos 34 y 35- regulan el procedimiento de comprobación desde distintas perspectivas, según se trate de precios o descuentos y que teniendo en cuenta la propia naturaleza de los descuentos y que entre los principios aplicables se encuentra el de no incremento de la carga financiera injusta, es razonable pensar que la verificación no se puede efectuar hasta el final del ejercicio, cuando puede conocerse su importe y si incrementan el importe de la carga financiera injusta a que se refiere el artículo 28 de la Ley Postal, de modo que la inclusión del control de descuentos en un procedimiento previsto solo para la comprobación de precios supone una distorsión de la finalidad del acto al exceder del ámbito del artículo 34.2 de la Ley Postal.

Concluye que no cabe aceptar que el artículo 34 sea trasladable a los descuentos y que el procedimiento del artículo 34 de la Ley Postal ha de limitarse a la verificación previa del cumplimiento de los principios contemplados.

El planteamiento no puede ser acogido. El artículo 8 de la Ley 3/2013, de 4 de Junio, atribuye a la CNMC la función de supervisión del funcionamiento del mercado postal, a través de diferentes mecanismos como la comprobación de la adecuación de los precios de los servicios postales bajo el régimen de obligaciones de servicio público a los principios contemplados en el artículo 34 de la Ley Postal. Este precepto dispone:

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

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

En el supuesto de que de la comprobación de los precios se desprenda que no se ajustan a dichos principios, la Comisión Nacional del Sector Postal dará un plazo de 15 días al operador para que alegue lo que estime conveniente y dictará la correspondiente resolución declarando lo que proceda, a efectos de su consideración



en el cálculo de la carga a que se refiere el artículo 28. Los precios serán publicados en los sitios web de la Comisión y del operador designado.

La resolución de la CNMC de 18 de junio de 2015 tiene por objeto la comprobación de los precios de los servicios postales prestados bajo el régimen de obligaciones de servicio universal para el año 2015, singularmente, analiza la CNMV si los precios comunicados por parte de la sociedad estatal de correos y telégrafos son asequibles, transparentes y no discriminatorios y si se han fijado teniendo en cuenta los costes reales del servicio. Concluye la CNMC de forma motivada que los precios de determinados servicios postales prestados bajo el régimen de obligaciones de servicio público que pagan los usuarios con derecho a descuentos no cumplen con el principio de adecuación a los costes de prestación de prestación del servicio.

Compartimos el criterio de la Sentencia de instancia que a su vez confirma el de la CNMC, que interpreta que la función de comprobación de precios del artículo 34 de la Ley Postal, la CNMC no ha de ceñirse al análisis de los precios de los servicios postales comunicados por el Consejo de Administración, con exclusión de los precios aplicados con descuentos. Dicho precepto contempla la verificación de "los precios de los servicios postales prestados bajo el régimen de obligaciones del servicio público" y su adecuación a los principios allí indicados (los precios deberán ser asequibles, transparentes y no discriminatorios y fijarse teniendo en cuenta los costes reales del servicio) y su redacción no permite concluir que no puedan considerarse los precios de los servicios postales prestados a los usuarios que tienen derecho a descuentos.

Como bien razona la Sala de la Audiencia Nacional, el artículo 34 de la Ley Postal se refiere expresamente a los precios de los servicios postales bajo régimen de obligaciones de servicio público, sin contemplar ningún tipo de excepción y sin referirse a los precios nominales, lo que implica que puedan ser objeto de examen los precios de todos los servicios que se prestan en dicho régimen, que abarca aquellos de los usuarios de servicios con derecho a descuentos. Por su parte, el apartado 2º se refiere a la obligación de comunicar los nuevos precios y la modificación de los vigentes de los servicios prestados, de modo que permite a la CNMC constatar los precios de todos y cada uno de los servicios que conforman el servicio universal.

La resolución de la CNMC objeto de análisis se limita a escrutar la observancia de los principios previstos en el artículo 34 de la Ley del Sector Postal, analizando la totalidad de los precios, ordinarios o especiales. Así se examinan de forma separada los principios de asequibilidad (1), de transparencia y no discriminación (2) y de adecuación de costes (3), incluyendo un análisis global para cada servicio de la oferta comercial de correos y otro por segmentos de clientes para cada servicio de la oferta comercial, con estudios sobre los diferentes productos. Finalmente se extraen unas conclusiones razonadas y motivadas que sustentan la declaración sobre los precios.

No se observa que la resolución de la CNMC que presenta una fundamentación detallada y pormenorizada en la comprobación de los principios del artículo 34 de la Ley 43/2010, del Servicio Postal, infrinja o exceda de lo dispuesto en dicho precepto al considerar en su análisis los precios de los servicios y productos con los descuentos que disfrutaban ciertos usuarios del servicio, ni resulta acreditado ni justificado que la comprobación así realizada infrinja el artículo 35, que se refiere a "descuentos y precios especiales a los usuarios", sujetos a los principios de transparencia y no discriminación.

La resolución de la CNMC se dicta en el ámbito del artículo 34 LSPU a los efectos de su posterior consideración en el cálculo de la carga a la que se refiere el artículo 28 de la reseñada ley y se ciñe a verificar los precios de los productos y servicios, con arreglo a los principios establecidos en el propio artículo 34 de la ley. No resulta contrario a la Ley Postal que el análisis de los precios incluyan los que se aplican a los usuarios con derecho a descuentos, un segmento importante de clientes que tienen su incidencia en la determinación del coste neto del servicio postal universal.

Cabe declarar que la intervención de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en virtud de la comunicación efectuada por el operador con arreglo al artículo 34.2 de la ley 43/2010, puede comprender no sólo la verificación de precios nominales de los servicios, sino también los precios con descuentos".

**QUINTO.-** Tampoco puede prosperar el motivo subsidiario de que el modelo de descuentos aplicado por CORREOS se encuentra perfectamente orientado a costes.

La resolución impugnada acude para el cálculo de los costes al modelo costes históricos totalmente distribuidos, mientras que la recurrente acude a un modelo distinto en el que tiene en cuenta a la hora establecer el descuento el coste directo, y la incidencia que el volumen de envíos tiene sobre dichos costes directos, pero sin tener en cuenta los costes comunes, sosteniendo que los descuentos cubren dichos costes directos, siendo las mayores pérdidas consecuencia de la pérdida de volúmenes, y los altos costes fijos que tiene Correos.

El artículo 2 de la Orden FOM 2447/2004 señala: "Artículo 2. Fines de la contabilidad analítica.



El operador al que se encomiende la prestación del servicio postal universal llevará una contabilidad analítica que cumpla con los siguientes fines: a) Conocer el coste real de los servicios para el adecuado establecimiento de los precios de los servicios incluidos en el ámbito universal."

Asimismo, en el Anexo 1 de la misma Orden FOM 2447/2004 se indica: "1. Definición de la naturaleza del sistema de costes a desarrollar por el operador al que se encomiende la prestación del Servicio Postal Universal El sistema de costes que habrá de desarrollar el operador al que se encomiende la prestación del servicio postal universal (en lo sucesivo, el operador), será el de «costes históricos totalmente distribuidos», sistema basado en la asignación de la totalidad de los costes incluidos en la contabilidad financiera externa para la producción de los distintos bienes o servicios."

La normativa vigente establece para la contabilidad analítica del operador designado un modelo de CHTD. Por tanto, queda claro que el sistema de costes a emplear debe ser el de CHTD, que se basa en la asignación de la totalidad de costes incluidos en la contabilidad financiera, como hace la CNMC. No es posible utilizar una metodología distinta, como pretende CORREOS eliminando los costes comunes y teniendo en cuenta solo costes directos por ella calculados.

**SEXTO.-** De conformidad con el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa procede imponer las costas a la parte recurrente.

Vistos los preceptos citados y demás normas de procedente aplicación,

## FALLAMOS

**Que debemos DESESTIMAR** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A., S.M.E.** contra la Resolución citada en el Fundamento de Derecho Primero. Con imposición de costas a la parte recurrente.

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.