Roj: **SAN 4174/2023** - **ECLI:ES:AN:2023:4174**

Id Cendoj: **28079230082023100420**
Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **8**
Fecha: **10/05/2023**
Nº de Recurso: **891/2020**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **Procedimiento ordinario**
Ponente: **FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

A U D I E N C I A N A C I O N A L

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: **0000891 /2020**

Tipo de Recurso: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Núm. Registro General: **06225/2020**

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

Procurador: **Dª. Mª JESÚS GUTIÉRREZ ACEVES**

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

Abogado Del Estado

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

S E N T E N C I A Nº :

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

Dª. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

Dª. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

Madrid, a diez de mayo de dos mil veintitrés.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso nº **891/2020**, seguido a instancia de la **Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A., S.M.E**, representada por la procuradora de los tribunales **Dª. Mª Jesús Gutiérrez Aceves**, contra resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), de 3 de abril de 2020, sobre Revisión y Verificación del Modelo de Contabilidad Analítica de la actora.

Ha sido parte demandada la **Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia**, representada por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Para el correcto enjuiciamiento de la cuestión planteada es necesario el conocimiento de los siguientes hechos, según resulta de la resolución de la CNMC impugnada:

1. En cumplimiento del artículo 26.6 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre del Servicio Postal Universal de los Derechos de los Usuarios y del Mercado Postal, el 24 de julio de 2017 la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, presentó ante el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, los resultados de su contabilidad analítica objeto de revisión y verificación en el presente expediente.

2. El 5 de noviembre de 2018 se firmó el contrato administrativo del servicio de "Revisión y verificación del modelo de contabilidad analítica de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., correspondiente a los ejercicios 2015, 2016 y 2017" (EXP. 180108) entre la CNMC y Axon Partners Group Consulting, S.L.

3. El 3 de julio de 2019, se inició el procedimiento de verificación de los resultados de la CA prestados por Correos correspondientes a los ejercicios 2015, 2016 y 2017.

4. Se remitió a Correos el informe de Axon, correspondiente a los trabajos relacionados con la revisión de la CA de los ejercicios 2015, 2016 y 2017, encargado por la CNMC y, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.2 de la LPAC, se le concedió un plazo de quince días para efectuar las alegaciones que estimara oportunas.

5. El 29 de julio de 2019 tuvo entrada en el Registro de la CNMC el escrito de alegaciones de Correos al informe del auditor junto con una versión no confidencial de las mismas. Adicionalmente, con fecha 25 de septiembre de 2019, Correos aportó una versión no confidencial del informe de auditoría que le fue notificado.

6. El 11 de diciembre de 2019 se acordó por la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC el archivo de las actuaciones iniciadas en dicho procedimiento, al haberse puesto de manifiesto la complejidad de la materia y la dificultad para adoptar una resolución común a todas ellas sin que se viera afectada la claridad, la concreción de las modificaciones y mejoras a introducir en el sistema de contabilidad de costes por cada uno de los ejercicios.

7. El 21 de febrero de 2020, en virtud del artículo 40 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se notificó telemáticamente a Correos el acuerdo de la misma fecha del Director de Transportes y del Sector Postal de la CNMC por el que, de conformidad con el artículo 58 de la LPAC, se inicia el procedimiento de verificación de los resultados de la CA presentados por Correos correspondientes al ejercicio 2016.

8. Se le remitió asimismo el informe de Axon Partners Group Consulting, S.L.U., correspondiente a los trabajos relacionados con la revisión de la CA de Correos referida a los ejercicios 2015, 2016 y 2017, encargado por la CNMC.

9. Se concedió un plazo de 15 días para que Correos realizara las alegaciones que estimara oportunas, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.2 de la LPAC, sin que Correos formulase alegaciones adicionales en esa fase.

10. Mediante resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de 3 de abril de 2020, se acordó lo siguiente:

Primero. Declarar que la aplicación del sistema de contabilidad de costes utilizado por Correos y Telégrafos, S.A. para el ejercicio 2016 es, en general, conforme a los principios contables generales establecidos en la Orden FOM, excepción hecha de los cálculos del SCC relativos al servicio de "Notificaciones Administrativas" para los que ha sido identificada una incidencia con impacto material en resultado en el apartado IV.3.

Segundo. Requerir a Correos y Telégrafos, S.A. para que introduzca en su sistema de contabilidad de costes las modificaciones a que se refiere el apartado V de la presente Resolución en los plazos y condiciones indicados en cada una de las conclusiones del citado apartado. Los resultados reformulados deberán presentarse a la CNMC, que procederá a la verificación de su conformidad. No obstante, en aplicación de la Disposición adicional 3ª del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, los plazos para la presentación de los resultados reformulados quedan suspendidos y no se reanudarán hasta la pérdida de vigencia del Real Decreto o sus prórrogas.

SEGUNDO.- Po r la representación de la actora, se interpuso recurso Contencioso-administrativo contra la resolución precedente, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho.

La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida.

TERCERO.- Practicada la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

CUARTO.- Señalado el día 26 de abril de 2023 para la deliberación, votación y fallo ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

QUINTO.- Ap arecen observadas las formalidades de tramitación, que son las del procedimiento ordinario.

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La cuestión que se plantea en el presente proceso es la relativa a determinar el ajuste legal de la citada resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los mercados y de la Competencia (CNMC) de 3 de abril de 2020. Deliberamos de forma conjunta el presente recurso y el que se sigue, bajo el número 896/20, contra igual resolución de la CNMC, de 28 de abril de 2020, respecto de la contabilidad de costes para el ejercicio 2017.

Pues bien, la primera cuestión que debe analizarse es la relativa a la delimitación de las facultades de verificación de la CNMC.

El artículo 26.6 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, establece que "la Comisión Nacional del Sector Postal (hoy la CNMC), velará por la correcta aplicación de lo dispuesto en la normativa sobre contabilidad analítica y separación de cuentas de los operadores postales y verificará anualmente, por sí misma o a través de una entidad independiente del proveedor del servicio postal universal, las cuentas analíticas del operador designado".

Por su parte, el artículo 8.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia atribuye a la misma la competencia para "Verificar la contabilidad analítica del operador designado y el coste neto del servicio postal universal y determinar la cuantía de la carga financiera injusta de la prestación de dicho servicio de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del Título III de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, así como en su normativa de desarrollo".

Finalmente, la Orden FOM/2447/2004 se pronuncia en el mismo sentido.

De este cuadro normativo se desprende sin dificultad que la CNMC ostenta plena competencia para verificar la contabilidad analítica de los operadores designados, competencia que implica necesariamente, tanto la facultad de delimitar los productos que integran el servicio postal universal (SPU), como la posibilidad de requerir al operador designado para que ajuste sus productos analíticos en el sentido señalado. En caso contrario, dicha competencia quedaría vacía de contenido y sería puramente nominal.

Eso es exactamente lo que la CNMC ha hecho en el presente caso, sin invadir competencias de otros órganos como el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas que son los competentes para desarrollar los principios, criterios y el sistema de imputación de costes que debe observar la contabilidad analítica de Correos, actuación que la CNMC no ha desarrollado en este caso.

Sin perjuicio de lo anterior, también goza la CNMC de competencia para emitir informes sobre el Plan de Prestación que debería contener el procedimiento para la evaluación del coste neto del SPU, su forma de financiación y los criterios para determinar la contribución del Estado al mismo, cuestión que es ajena al presente procedimiento.

En consecuencia, este primer motivo debe ser desestimado.

SEGUNDO.- De forma subsidiaria la recurrente plantea que el sistema de imputación de costes aplicado por Correos está plenamente justificado y es coherente con la normativa contable de aplicación, por lo que impugna la resolución recurrida. No podemos compartir este planteamiento por las razones que se exponen a continuación, esencialmente coincidentes con lo alegado por la abogacía del Estado:

1. No resulta objeto de debate la afirmación de que la carta certificada se integra en el servicio postal universal (SPU), pues así lo dispone el artículo 21.1 de la Ley 43/2010 Postal y que la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima fue la entidad designada por la Ley 43/2010 para la prestación del servicio postal universal (Disposición Adicional Primera Ley 43/210).

2. Tampoco es objeto de debate que las cartas que contienen notificaciones administrativas y judiciales, no están expresamente incluidas en el citado artículo 21.1 de la Ley 43/2010 Postal, sin que tampoco exista una

mención específica al respecto en el Anexo 1 de la Orden FOM 2447/2004 y ello con independencia de que su gestión pueda tratarse como una obligación de servicio público.

3. El tema debatido radica en valorar la singularidad que incorporan las notificaciones administrativas y judiciales respecto de la simple carta certificada y qué la diferencia de la misma, dotándola de naturaleza autónoma.

En este sentido debe precisarse que, a las características de la carta certificada añade, de manera obligatoria, un servicio de aviso de recibo y de gestión de entrega caracterizado por un doble intento de notificación en horario distinto con la consignación de la identidad del receptor.

4. A mayor abundamiento, el artículo 22.4 de la Ley 43/2010 dispone que "La actuación del operador designado gozará de la presunción de veracidad y fehaciencia en la distribución, entrega y recepción o rehúse o imposibilidad de entrega de notificaciones de órganos administrativos y judiciales, tanto las realizadas por medios físicos, como telemáticos", atribuyendo a este tipo de comunicaciones una característica exclusiva que se anuda a la prestación de un servicio adicional respecto de la carta certificada.

5. Las notificaciones administrativas y judiciales son, por lo tanto, un producto singular por razón de las circunstancias de su prestación, siendo objeto de licitación o contratación por parte del Sector Público en régimen de libre competencia y conforme al precio acordado en el procedimiento de contratación, extremo de particular relevancia y que la recurrente no ha abordado de manera frontal en su exposición (artículo 37 Ley 43/2010).

6. Por otra parte, no puede acogerse la tesis que propone Correos de la artificial desagregación de la notificación administrativa y judicial en subproductos, pues ello pugna con el esencial principio de separación contable del artículo 26 de la Ley 43/2010 y 4.1 de la Orden FOM 2447/2004. De acuerdo con dicha normativa prevalece el criterio de imputación directa de los costes de los servicios o productos que pueden singularizarse y esa es la nota que concurre en las notificaciones administrativas y judiciales.

7. Resulta irrelevante a estos efectos que la abogacía del Estado hubiera emitido en el contexto de una reclamación de interconexión un informe en el sentido aparentemente propuesto por la recurrente, pues el mismo debe limitarse al contexto en el que se formuló, carece de efectos normativos y menos aún vinculantes para este Tribunal.

8. El hecho de que la CNMC en el curso de los procedimientos de las verificaciones de los ejercicios de la contabilidad analítica desde 2013 en adelante, haya admitido a la recurrente que realice una imputación contable de las notificaciones administrativas consistente en la suma de los productos analíticos "aviso de recibo" y "doble intento de entrega" a la carta certificada, en modo alguno supone una contradicción, como pretende Correos.

9. Ello es así, porque la CNMC admitió esa práctica ante la demanda de la recurrente justificada por las dificultades técnicas que le suponía proceder de otra forma, advirtiendo la CNMC que, a pesar de esa desagregación, admitida por motivos puramente funcionales, las cartas certificadas que incluyen notificaciones administrativas y judiciales, constituyen un producto específico y singular fuera del SPU.

10. De llevarse a término la propuesta de Correos, dicha entidad recibiría una doble compensación por la prestación de un mismo servicio, pues, por una parte, obtendría ingresos como consecuencia de la licitación pública del servicio conforme con el artículo 34 de la Ley 43/2010 y, por otra parte, también recibiría la correspondiente compensación por la imputación contable según la cual quedaría sujeta al cumplimiento de obligaciones de servicio público.

11. Sobre las Sentencias de 30 de septiembre de 2015, de la Sección 8ª de esta Sala y la de 10 de mayo de 2018, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que la confirma.

La recurrente considera que se ha hecho una interpretación errónea de dichas sentencias en la medida en que lo que aquí se discute, no es si el servicio de notificaciones administrativas forma parte del SPU, sino si las distintas prestaciones (o subproductos) que lo componen forman o no parte de dicho ámbito, esto es, del SPU.

En primer ligar debe precisarse que dichas sentencias se dictan en relación al uso de la red de Correos por parte de los otros operadores, es decir, en un ámbito totalmente distinto al que motiva estas actuaciones, referidas a la elaboración de la contabilidad analítica.

En todo caso, la STS citada es muy clara cuando señala en su FJ 4 que las notificaciones administrativas no son equiparables a las cartas certificadas ordinarias, por lo que no resulta posible incorporar los subproductos adicionales a los que se refiere la recurrente al servicio universal.

Debe desestimarse pues este motivo de recurso.

TERCERO.- Co mo último motivo de recurso, la recurrente estima que la resolución impugnada es contraria a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y a la Decisión de la Comisión Europea de 14 de mayo de 2020, Ayuda estatal SA.50872 (2020/NN). España Compensación a Correos por la OSU, 2011-2020.

I. En relación con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europa de 16 de octubre 2019, Winterhoff, C-4/18 y C-5/18 .

1. La cuestión se centra, en primer lugar, en la interpretación de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europa de 16 de octubre 2019, Winterhoff, C-4/18 y C-5/18.

2. Antes de entrar en su examen debe precisarse que la Directiva 2008/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de febrero de 2008, por la que se modifica la Directiva 97/67/CE en relación con la plena realización del mercado interior de servicios postales comunitarios, establece lo siguiente:

En su artículo 3.3 "Los Estados miembros adoptarán medidas para asegurar que el servicio universal quede garantizado al menos cinco días laborales por semana, excepto en circunstancias o condiciones geográficas excepcionales, y para que incluya, como mínimo: una recogida y una entrega al domicilio de cada persona física o jurídica o, como excepción, en condiciones que quedarán a juicio de la autoridad nacional de reglamentación, una entrega en instalaciones apropiadas.

En su artículo 4 indica que "Los Estados miembros se asegurarán de que esté garantizada la prestación del servicio universal y notificarán a la Comisión las medidas que hayan tomado para cumplir con dicha obligación".

3. Ante tan parca regulación, es evidente que la Directiva concede un amplio margen de regulación a los Estados miembros con el único límite que respeten los principios antes mencionados.

4. La STJUE de 16 de octubre 2019, Winterhoff, C-4/18 y C-5/18 se circunscribe de manera explícita a la regulación existente en Alemania y se pronuncia sobre la compatibilidad de la misma con los preceptos de la Directiva citados.

5. En consecuencia, para extrapolar la doctrina de esta sentencia al presente caso, deberá realizarse un análisis previo de las regulaciones en ambos países y solo en el caso de que ambas sean coincidentes procederá la plena extrapolación pretendida.

6. Es importante destacar que, a diferencia de lo que ocurre con la legislación española, en el caso alemán no se optó por designar un operador específico para realizar determinadas prestaciones de servicio público, pues todos operan en igualdad de condiciones y en régimen de libre competencia.

7. Tal y como se indica en la referida sentencia y recuerda la abogacía del Estado, la Ley Postal Alemana de 22 de diciembre de 1997 en su artículo 33.1 establece que:

"El licenciatario que preste servicios de distribución de correspondencia estará obligado a notificar formalmente documentos, con independencia de su peso, de acuerdo con las normas de los códigos de procedimiento y las leyes que regulen las notificaciones administrativas. *En el marco de esta obligación, el licenciatario estará provisto de poder público* (empresario delegado).», precisando el artículo 34 de dicha Ley, titulado «Remuneración por notificación formal», que "El licenciatario obligado tendrá derecho a percibir una remuneración"

8. Por otra parte precisa la sentencia, apartados 56 y ss, que las sociedades recurrentes estaban efectivamente sujetas a normas que no eran el resultado de negociaciones individuales, sino de obligaciones específicas de la normativa alemana, subrayando que estaban obligadas a notificar formalmente los actos con independencia de su peso, de conformidad con las normas de procedimiento y las leyes que rigen la notificación administrativa. Además, la remuneración de dicho licenciatario obedece a los requisitos establecidos en esa normativa y debe ser autorizada por la autoridad nacional competente.

9. Resulta determinante en este caso destacar que, en la regulación española, "la presunción de veracidad y fehaciencia" de la notificación la ostenta únicamente Correos y que ello le supone una ventaja competitiva en todos los concursos públicos (artículo 22.4 Ley 43/2010). Además, también es particularmente relevante subrayar que los servicios postales que se prestan al margen de la inclusión en la categoría de servicio postal universal como obligaciones de servicio público, se licitan y retribuyen en régimen de libre competencia (artículo 37.1 Ley 43/2010).

10. Ciertamente en nuestro auto de medidas cautelares de 30 de octubre de 2020 dimos especial relevancia a esta sentencia del Tribunal de Justicia, pues, efectivamente, la misma, en principio, puede validar las pretensiones de la recurrente.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Sin embargo, un examen en profundidad de la referida sentencia, propio de esta fase procesal en la que se dicta sentencia sobre el fondo del asunto, nos lleva a la conclusión, por las razones antes expuestas, de que la doctrina de la misma no es extrapolable en su integridad al caso enjuiciado dada la especial regulación interna española, que es distinta de la alemana objeto de análisis por el Tribunal de Justicia.

II. En relación con la Decisión de la Comisión Europea de 14 de mayo de 2020 , Ayuda estatal SA.50872 (2020/ NN). España Compensación a Correos por la OSU, 2011-2020.

1. En la misma línea que la sentencia del TJUE antes referida, la Comisión (apartado 100 de su Decisión), se limita a afirmar que clasificar las notificaciones administrativas y judiciales como parte de la OSU (SPU) no constituye un error manifiesto, especialmente si se tiene en cuenta el reconocido poder de apreciación de los Estados miembros en el ámbito de los SIEG.

2. De lo anterior solo se desprende que si un Estado, como lo hizo Alemania, opta por establecer un sistema pleno de libre competencia sin operador designado, ninguna traba debe ponerse a la inclusión de las notificaciones administrativas y judiciales realizadas por cualquier operador postal en la categoría de obligaciones de servicio público retribuidas por el Estado. Sin embargo, como ya hemos dicho, ese no es el caso de España.

3. Resulta pues esencial advertir que, en ningún momento la CE impone un concreto sistema de imputación contable de las notificaciones administrativas, por lo que la regulación interna de cada Estado será la que determine la manera de realizar las imputaciones contables.

En atención a lo expuesto, el presente recurso debe ser desestimado.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la recurrente, parte vencida en este proceso, con un límite máximo por todos los conceptos de 3000 euros.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

F A L L A M O S

Desestimamos el recurso interpuesto y en consecuencia confirmamos el acto impugnado. Se imponen las costas a la parte recurrente con un límite máximo por todos los conceptos de 3000 euros.

Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

"La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **no**tificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta."

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ