



Roj: **STS 254/2018 - ECLI:ES:TS:2018:254**

Id Cendoj: **28079130032018100034**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **05/02/2018**

Nº de Recurso: **2808/2015**

Nº de Resolución: **163/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2759/2015,**
STS 254/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 163/2018

Fecha de sentencia: 05/02/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2808/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 30/01/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca

Transcrito por: PJM

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2808/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 163/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. Maria Isabel Perello Domenech

D. Angel Ramon Arozamena Laso

En Madrid, a 5 de febrero de 2018.

Esta Sala ha visto, constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 2808/2015, interpuesto por la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 1 de julio de 2015 en el recurso contencioso-administrativo número 118/2014. Es parte recurrida Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., representada por el procurador D. Cesáreo Hidalgo Senén y bajo la dirección letrada de D. Jaime Pérez-Bustamante, D. Juan Passás y D. Hugo Roldán.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado.

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 1 de julio de 2015, estimatoria del recurso promovido por Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. contra la resolución del Pleno de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 21 de enero de 2014 por la que se resolvía el expediente S/0373/11. En dicha resolución se declaraba acreditada la existencia de una infracción única y continuada prohibida por el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia consistente en impedir a los operadores alternativos competir en el segmento de los grandes clientes de servicios postales a la que calificaba como muy grave, declarando responsable de la misma a la sociedad demandante, a la que le imponía una sanción de 8.178.698 euros.

SEGUNDO .- Notificada dicha sentencia a las partes, la Administración demandada presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en diligencia de ordenación de la Secretaría de la Sala de instancia de fecha 30 de julio de 2015, que también acordaba emplazar a las partes para su comparecencia ante esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO .- Recibidas las actuaciones tras haberse efectuado los emplazamientos, se ha dado traslado de las mismas al Sr. Abogado del Estado para que manifestara si sostenía el recurso de casación, lo que ha llevado a efecto presentado el escrito por el que interpone el mismo, formulando un único motivo al amparo del apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; de los artículos 1, 2 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con el artículo 35 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del Servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal; del artículo 3 del Código Civil, así como de la jurisprudencia.

Finaliza el escrito suplicando que se dicte sentencia por la que se case y anule la recurrida, y en su lugar se dicte nueva sentencia por la que se desestime el recurso contencioso-administrativo interpuesto en la instancia, confirmando la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia recurrida.

El recurso de casación ha sido admitido por auto de la Sala de fecha 14 de enero de 2016.

CUARTO .- Personada Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., su representación procesal ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, en el que solicita que se dicte sentencia desestimando el mismo, con imposición de costas a la recurrente.

QUINTO .- Por providencia de fecha 19 de octubre de 2017 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 30 de enero de 2018, en que han tenido lugar dichos actos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Objeto y planteamiento del recurso.

La Administración del Estado impugna en el presente recurso de casación la sentencia de 1 de julio de 2015 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en materia de defensa de la competencia. La sentencia recurrida estimó el recurso contencioso administrativo entablado por la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., y anuló la resolución del Pleno de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 21 de enero de 2014, que le sancionaba por una conducta de abuso

de posición dominante consistente en impedir a los operadores alternativos competir en el segmento de los grandes clientes de servicios postales.

El recurso se articula mediante un único motivo acogido al apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia. Se alega la infracción de los siguientes preceptos legales: artículo 102 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea; artículos 1, 2 y 64 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 15/2007, de 3 de julio), en relación con el 35 de la Ley Postal (Ley 43/2010, de 30 de diciembre); y el artículo 3 del Código Civil. Se alega también la vulneración de la jurisprudencia.

SEGUNDO .- Sobre los fundamentos de la sentencia recurrida.

La Sala de instancia justifica la estimación del recurso en los siguientes fundamentos de derecho:

" **SEGUNDO**.- Son hechos acreditados en autos, que se deducen de la documental que consta en el expediente administrativo los que a continuación se exponen, resultando además admitidos por las partes:

El 12 de septiembre de 2.011 la Comisión Nacional de la Competencia recibió denuncia formulada por UNIPOST contra Correos por supuestas prácticas prohibidas contra la Ley 15/2007, consistente en ofrecer unos niveles de descuentos a grandes clientes muy por encima de los descuentos ofrecidos por UNIPOST y otros competidores por servicios similares lo que supondría un abuso de posición de dominio".

Tras previa información reservada S/0373/11, el Consejo en fecha 8 de marzo de 2.012, dictó acuerdo de cierre de vigilancia del acuerdo de terminación convencional de 15.9.2005. Y la DI apreció que "los precios mayoristas de acceso a la red de Correos ..serían mayores que sus precios minoristas aplicados a remitentes de envíos masivos de correos, lo que estaría teniendo efectos exclusionarios sobre estos competidores de cara a la captación de este tipo de grandes clientes"...

En fecha 9 de marzo del 2.012 se acuerda la incoación del expediente sancionador por conducta prohibida prevista en el art.2 de la LDC y en el art.102 del TFUE, otorgando la condición de interesado UNIPOST S.A. Después de practicarse diversos requerimientos de información se formula el pliego de concreción de hechos que fue notificado a Correos en fecha 18.12.2012, y a UNIPOST en fecha 28.12.2012, contestando Correos en fecha 16.1.2013, y UNIPOST en fecha 28.1.2013, cerrándose la fase de instrucción. Una vez que la DI formuló propuesta de resolución, presentaron alegaciones todas las partes personadas. En fecha 21 de enero de 2.014 se dicta la resolución impugnada en autos con el contenido anteriormente indicada.

Consta acreditado en autos que Correos, titular de la red postal pública, mantiene una cuota en el mercado postal nacional en torno al 90% en ingresos y del 84% en número de envíos, y UNIPOST del 8% y del 11% respectivamente. E igualmente que UNIPOST, principal operador postal privado, dispone de una red que le permite acceder al 90% de los envíos (documento nº2 de la demanda),y al 70% de la población, e incluso, en los últimos años ha venido aumentando la cuota de mercado. E igualmente según admite la resolución impugnada en su pág.39 " *UNIPOST bien pudo utilizar esa capacidad propia para llegar a la población objetivo sin recurrir a la Red administrada por CORREOS; en estas circunstancias, la negativa de CORREOS a venderle el uso de su red a un precio igual al ofrecido a los grandes clientes, en modo alguno le impedía de manera absoluta competir por esos clientes. No puede decirse por tanto que, CORREOS con su política de descuentos impidiera a su principal competidor, operador alternativo, competir por la partida de <los grandes clientes> en su totalidad*".

TERCERO.- Para seguir un orden lógico en la exposición que hace la recurrente, expondremos los motivos que se centra la actora en la demanda, y que son los siguientes:

- 1.- El Consejo no ha valorado que el acceso de los operadores postales a la red de Correos es ínfimo.
- 2.- No analiza el Consejo si el estrechamiento de márgenes ha excluido a los competidores de Correos.
- 3.- Correos no tiene libertad para fijar los precios mayoristas.
4. Imposibilidad de aumentar precios a grandes clientes conforme a prueba pericial.
- 5.-Principio de confianza legítima, y no concurrencia del elemento subjetivo de la culpabilidad, porque el modelo de descuentos aplicado por Correos es objetivo y ha sido admitido por la CNSP e incluso por la CNMC.
- 6.- Procede en todo caso, una cuantía inferior de la sanción, debiéndose tener en cuenta el número de envíos sobre el segmento de los grandes clientes.

CUARTO .- Para resolver el presente recurso contencioso-administrativo debemos sentar las siguientes premisas de obligada exposición para comprender el mercado postal en su doble dimensión mayorista, de acceso a la red pública postal, y minorista o de prestación del servicio a los usuarios.

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.

QUINTO.- 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).

SEXTO.- 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 paladínamente 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 cuando indica " UNIPOST bien pudo utilizar esa capacidad propia para llegar a la población objetivo sin recurrir a la Red administrada por CORREOS; en estas circunstancias, la negativa de CORREOS a venderle el uso de su red a un precio igual al ofrecido a los grandes clientes, en modo alguno le impedía de manera absoluta competir por

esos clientes. No puede decirse por tanto que, CORREOS con su política de descuentos impidiera a su principal competidor, operador alternativo, competir por la partida de <los grandes clientes> en su totalidad".

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.

En consecuencia, por todas las razones expuestas, procede la estimación del recurso contencioso-administrativo que formula la recurrente, anulándose la resolución impugnada en los términos expresados en el presente fundamento de derecho, sin necesidad de entrar en el examen de fondo de los demás motivos de impugnación formulados." (fundamentos jurídicos segundo a sexto)

TERCERO .- Sobre la concurrencia de abuso de posición dominante.

El Abogado del Estado argumenta en el motivo que sustenta el presente recurso de casación que la Sala de instancia, tras admitir la existencia de una compresión de márgenes comerciales por parte de Correos y Telégrafos, rechaza que haya existido abuso de posición dominante al no haber quedado acreditado que haya excluido totalmente del mercado afectado a todos y cada uno de sus competidores. Y considera que tal interpretación vaciaría de contenido la figura del estrechamiento de márgenes como forma de abuso de posición dominante, pues en muy pocos casos dicha modalidad da lugar a una exclusión absoluta del mercado de los competidores.

El Abogado del Estado defiende la validez del test del competidor con igual grado de eficiencia para dilucidar el carácter abusivo de un estrechamiento de márgenes, que consiste en determinar si un competidor con similar estructura de costes que el operador dominante puede ser rentable en el mercado o mercados descendentes. Recuerda también el criterio jurisprudencial de esta Sala en el sentido de que no es un requisito inexcusable para calificar una conducta como contraria a la competencia el propósito o los efectos anticompetitivos. Por último, el representante de la Administración se refiere a una decisión de la Comisión Europea (sobre Deutsche Telekom, 2003/707/CE) y a varias sentencias del Tribunal de Justicia para apoyar su tesis de que no es preciso demostrar los efectos anticompetitivos de una conducta para considerarla contraria a la competencia, así como que tampoco es necesario que se produzca una exclusión absoluta de los competidores. Bastaría, por el contrario, para considerar anticompetitiva una conducta de estrechamiento de márgenes, el que se trate de una política duradera y apta para colocar a los competidores en una situación de desventaja o exclusión competitiva en un determinado mercado o territorio, obligando a financiar las pérdidas con los ingresos provenientes de otro mercado o territorio.

El motivo debe ser desestimado. El Abogado del Estado combate la sentencia recurrida interpretando su *ratio decidendi* en un sentido que no se desprende de los términos y argumentos empleados por la Sala de instancia. En efecto, la sentencia en ningún momento requiere que se haya producido una exclusión absoluta de los competidores alternativos para poder considerar que una política de estrechamiento de márgenes constituya un abuso de posición dominante. Así, en el fundamento de derecho sexto la Sala de instancia admite que ha quedado acreditado que Correos y Telégrafos ha llevado a cabo una política de estrechamiento de márgenes, para luego afirmar, es verdad que con cierta ambigüedad, que "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", citando a continuación un párrafo de la resolución sancionadora de la Comisión.

Pero si bien el párrafo transcrito subraya que Unipost y los restantes operadores alternativos no han sido expulsados del mercado, no es ese el razonamiento fundamental que justifica la estimación de la demanda, sino el recogido a continuación con apoyatura en las sentencias del Tribunal de Justicia que cita: que la falta de esfuerzo competitivo por parte de Unipost, puesto de relieve por la propia Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, lleva a la conclusión de que no se ha acreditado "ni siquiera de forma presunta o potencial, que Unipost haya podido quedar excluido del segmento de mercado de los grandes clientes", por lo que no puede entenderse acreditada -afirma la Sala- la conducta de abuso de posición de dominio proscrita por el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia , al no concurrir uno de los elementos esenciales para apreciar su existencia.

Para mayor claridad conviene reproducir el texto completo de la resolución sancionadora citado por la Sentencia de instancia. En el hecho probado sexto de la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados

y la Competencia se concluye que Correos ha incurrido en abuso de posición dominante en los siguientes términos:

" **SEXTO.**- En consecuencia con todo lo anteriormente expuesto, este PLENO, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, asume como propia la conclusión de la extinta Dirección de Investigación y entiende que *"la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos S.A., (CORREOS) ha cometido una infracción muy grave de las previstas en el Artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, al impedir a los operadores alternativos competir con ella en y por el segmento de los <grandes clientes> de servicios postales, en el que realizó en el 2012 un volumen de negocios de Euros [...] según datos propios facilitados por dicha Sociedad Estatal a requerimiento de la Comisión Nacional del Sector Postal, hoy extinta"*.

En síntesis de lo anterior, la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos S.A., (CORREOS) aplica descuentos mucho mayores a sus *"grandes clientes"* definidos como *"aquellas entidades empresariales que contratan los servicios postales por valor superior a Euros 100.000 anuales"*, que los aplicados a los operadores alternativos *sensu strictu* que utilizan la red del servicio postal universal, a pesar de que le contraten prestaciones postales equiparables y en suficiente volumen para considerarse a sí mismos grandes clientes.

La diferencia de descuentos impide a los operadores alternativos competir con CORREOS por este segmento de grandes clientes. La razón estriba en que siendo la diferencia de descuentos aplicada a unos y otros (grandes clientes y operadores alternativos) tan elevada, éstos **nunca** pueden ofrecer sus servicios a aquéllos sin incurrir en pérdidas: **estrechamiento de márgenes**.

Y ello, con amparo y en cumplimiento de lo prevenido en el Artículo 61 de la tantas veces citada Ley 15/2007 ."

A continuación y en el hecho probado dedicado a la gradación de la sanción a imponer, tras haber mencionado los factores relevantes para dicha operación, añade:

" **SÉPTIMO.**- Tras la imputación, así como la calificación de la infracción de muy grave ex Artículo 62.4 procede cuantificar la sanción a imponer de conformidad con lo prevenido en el siguiente Artículo 65.1.c) *"con multas de hasta el 10€ del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa"*; con las matizaciones previstas en el siguiente párrafo 3.c).

Este PLENO, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia entiende procede hacer las siguientes consideraciones:

1ª el volumen de negocios debe ser entendido y concretado/acotado y referido *sensu strictu* al de la conducta investigada e instruida a efectos de dictar la Resolución Administrativa procedente.

2ª de ahí que cuando estemos en presencia de empresas multisectoriales el concepto de volumen total de negocios, por lógica interpretativa de la norma jurídica señalada, deba serlo exclusivamente en el sector investigado, quedando fuera del concepto de totalidad todos los demás sectores en los que se desarrolla su actividad empresarial.

Este criterio es compartido, ciertamente como no podía ser de otra manera, por la doctrina jurisprudencial.

3ª y, finalmente, una vez fijado el montante final de la sanción-multa a imponer, la misma debe ser matizada (1) por el principio de proporcionalidad; (2) por la observancia de circunstancias agravantes o atenuantes de la conducta; y (3) por cualesquiera otras causas legales concretadas en el citado Artículo 64.1 de la Ley 15/2007 .

Sentado lo anterior, este PLENO, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia acuerda imponer a la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos S.A., (CORREOS) una multa de Euros 8.178.698 en mérito a las siguientes consideraciones:

1ª la conducta de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A., (CORREOS) no ha perjudicado, con carácter inmediato, al consumidor final de los servicios postales instruidos/investigados.

Por el contrario, sí han devenido perjudicados los operadores alternativos al no poder competir por la consecución de ingresos derivados de la prestación del servicio postal a los <grandes clientes> (grado de competitividad en el segmento).

Llegados a este punto una **apostilla altamente relevante**. Pues si bien es cierto que CORREOS no debe utilizar su derecho a realizar descuentos llevándolos al límite en el que los operadores alternativos no pueden competir con ella en el segmento de los grandes clientes; no es menos cierto que, los operadores alternativos pueden y deben hacer el máximo uso de su propia capacidad instalada para competir en cuantos ámbitos del mercado postal estén interesados.

Cabe preguntarse ¿en qué medida puede un operador alternativo, apoyándose en su *propia capacidad de cobertura del mercado* competir en un determinado segmento del servicio postal?. Cuestión relevante, por

cuanto mayor sea la capacidad propia que posee un operador alternativo para llegar a su *población objetivo*, menor es su dependencia real de la red administrada por CORREOS. Esto es, *principio de razonabilidad de las conductas*.

2ª UNIPOST, principal competidor de CORREOS, en su escrito de denuncia establece literalmente que *"Así pues UNIPOST es el principal competidor directo de CORREOS en el mercado postal tradicional. En los últimos años ha incorporado operadores postales locales, generalmente en régimen de franquicia (en 2009 integraba 132 franquicias) y ha abierto nuevos centros operativos en todo el país. En 2008 gestionó 620 millones de envíos principalmente del sector empresarial. Ha alcanzado una tasa de cobertura del 70% de la población"*.

3ª UNIPOST bien pudo utilizar esa capacidad propia para llegar a la *población objetivo* sin recurrir a la Red administrada por CORREOS; en estas circunstancias, la negativa de CORREOS a *venderle* el uso de su red a un precio igual al ofrecido a los *grandes clientes*, en modo alguno le impedía de manera absoluta competir por esos clientes. No puede decirse por tanto que, CORREOS con su política de descuentos impidiera a su principal competidor, operador alternativo, competir por la partida de <los grandes clientes> en su totalidad.

Por ello, este PLENO estima que €uros [...] de los ingresos obtenidos por CORREOS en el segmento de los grandes clientes vienen afectos por la política de descuentos examinada en este Expediente Sancionador.

4ª finalmente, este PLENO también ha considerado las varias condenas impuestas a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A., por el antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia (a modo de ejemplo, **Expedientes 542/2002, 568/2003, 584/2004**) confirmados por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en sus **Sentencias de 11 de Noviembre de 2009 , 8 de Junio de 2010 y 16 de Junio de 2010 . "**

Pues bien, a partir del propio tenor de la resolución sancionadora, la Sala hace una valoración fáctica en el sentido de que no ha quedado acreditado no ya -como sostiene el Abogado del Estado- que hayan sido expulsados por completo del mercado relevante los operadores alternativos, sino que ni siquiera el principal de ellos haya podido quedar excluido de dicho mercado. Pues bien, tal apreciación de hechos, justificada por la Sala con apoyo en el tenor literal de la resolución sancionadora impugnada, no podría ser revisada en casación y conduce de manera inevitable a rechazar el recurso del Abogado del Estado.

En efecto, si la Sala de instancia ha valorado que no existe prueba suficiente de que el estrechamiento de márgenes -ese sí, plenamente acreditado- hay podido expulsar a los operadores alternativos y, en concreto, al principal de ellos, del mercado afectado, es claro que no es posible afirmar que haya existido abuso de posición de mercado. No porque no tales operadores no hayan sido efectivamente expulsados, sino porque no se ha considerado probada la posibilidad de que tal expulsión pudiera haberse producido. Así pues, es verdad que no es necesario que una conducta tenga ni propósito anticompetitivo deliberado ni consecuencias anticompetitivas efectivas pero si es preciso que tales efectos anticompetitivos sean al menos posibles. Y si no se ha probado que la conducta acreditada (en el caso de autos, el estrechamiento de márgenes a consecuencia de los descuentos aplicados por Correos), si bien susceptible en abstracto de tener efectos anticompetitivos, haya podido causar tales efectos en el concreto supuesto examinado, debido a la capacidad del principal operador alternativo y denunciante de contrarrestar el comportamiento de la empresa dominante, no es posible admitir que se haya acreditado una conducta contraria al artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y al artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .

CUARTO .- Conclusión y costas.

En atención a las consideraciones expuestas no ha lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de 1 de julio de 2015 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción , se imponen las costas causadas a la parte recurrente, hasta un máximo de 4.000 euros más el IVA correspondiente a dicha cantidad.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1. Declarar que no ha lugar y, por lo tanto, desestimar el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia de 1 de julio de 2015 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 118/2014 .
2. Confirmar la sentencia objeto del recurso.
3. Imponer las costas de la casación a la parte recurrente conforme a lo expresado en el fundamento de derecho cuarto.



Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.-Eduardo Calvo Rojas.-Maria Isabel Perello Domenech.-Angel Ramon Arozamena Laso.-Firmado.-

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.-Firmado.-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ