

RESOLUCIÓN DE INCIDENTE DE EJECUCIÓN (Expt. 584/04, PRENSA/CORREOS)

Pleno

Excmos. Sres.:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Javier Huerta Troléz, Vocal
D. Fernando Torremocha García-Sáenz, Vocal
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal
D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vocal
D. Julio Costas Comesaña, Vocal
D^a. María Jesús González López, Vocal

En Madrid, a 27 de noviembre de 2006

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal o TDC), con la composición arriba expresada, ha dictado la siguiente Resolución en relación con el incidente de ejecución de la Resolución del TDC de 16 de junio de 2005, Expte. 584/05, a raíz del Informe *in vigilando* del Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, el Servicio o SDC) en relación con la ejecución del apartado segundo de la parte dispositiva de la Resolución del citado expediente en el que eran interesados la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. y la ASOCIACIÓN DE PRENSA PROFESIONAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 16 de junio de 2006, el Tribunal resolvió el Expediente 584/04, Prensa/Correos en el que acordó lo siguiente:

Primero. Declarar la comisión por la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. de una conducta abusiva de posición de dominio, prohibida por el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia. Esta conducta ha consistido en dar un trato discriminatorio a editores de prensa profesional, aplicándoles precios no equitativos en los servicios contratados en relación con aquellos precios aplicados a los editores miembros de AEDE en el mercado de servicios postales a envíos de publicaciones periódicas en el que la denunciada tiene posición de dominio.

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

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

Cuarto. *Imponer a la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. la publicación, en el plazo de dos meses, a su costa, de la parte dispositiva de la Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en la Sección de Economía de dos diarios de circulación nacional de entre los cinco de mayor tirada.*

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

2. Con fecha 17 de abril de 2006 entra en el Tribunal escrito de la Audiencia Nacional en el que se adjunta Auto de la propia Audiencia Nacional de fecha 1 de febrero de 2006 por el que, de acuerdo con su Fundamento Tercero, se señala que “la lectura del escrito solicitando la suspensión y específicamente las conclusiones expuestas pone de manifiesto que se solicita la suspensión de los números 2 y 3 de la parte dispositiva de la Resolución impugnada”. En el auto se suspende “la parte dispositiva tercera del Acuerdo del TDC de 16 de junio de 2005 que queda condicionada a la prestación de garantía en forma de aval bancario por importe de 900.000 euros”. El mismo auto dispone que “no ha lugar a suspender la ejecución del dispositivo segundo del mismo Acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia “.

3. Con fecha 18 de abril de 2006, el TDC remite al SDC fotocopia del Auto de la Audiencia Nacional y, a la vista del mismo, le pide que le comunique el grado de cumplimiento de lo que no ha quedado sometido a suspensión.

4. Con fecha 22 de junio de 2006, el TDC recibe escrito del SDC en el que comunica que la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. (en adelante, también Correos) ha publicado en dos periódicos de tirada nacional la resolución y que está haciendo las investigaciones pertinentes en lo relativo al apartado segundo de la Resolución.

5. Con fecha 24 de julio de 2006 se recibe en el Tribunal escrito del SDC relativo a la vigilancia del cumplimiento de la resolución. El SDC, después de una denuncia por incumplimiento de Resolución presentada por la Asociación

de Prensa Profesional (en adelante, también APP), señala que “algunos de los editores de prensa profesional miembros de la APP” han puesto de manifiesto que Correos “no ha procedido hasta la fecha a cumplir con dicha intimación de forma voluntaria, ofreciendo a cambio a los citados editores una nueva fórmula de contratación en cuyo clausulado, según dicen los denunciadores, se obvia la adaptación de las condiciones tarifarias al mandato del Tribunal”. Además, estos editores señalan que no se ha aplicado el sistema de incremento diferido de tarifas que venía aplicando Correos a la Asociación de Editores de Diarios (en adelante, también AEDE).

Por parte, el SDC señala que Correos ha asegurado que están aplicando “un nuevo modelo de contrato normalizado y homogéneo, que basa los descuentos en los costes evitados que se han deducido de la Contabilidad Analítica elaborada siguiendo las pautas de la Orden del Ministerio de Fomento 2447/2007, de 12 de julio. La presentación de este nuevo modelo de contrato comercial supone para Correos “la ejecución de facto” del mandato contenido en la Resolución de 16 de junio de 2005”. Con carácter confidencial, Correos ha remitido el nuevo modelo de contrato con editores de prensa periódica que propone a los mismos desde el primer trimestre de 2006. Además, se adjunta un cuadro en el que se pone de manifiesto que “de los 75 miembros de la misma –se refiere a APP-, sólo se han opuesto a la firma del nuevo contrato 4 de ellos, entre los cuales se encuentra la empresa Editur, Ediciones Turísticas, SA, de la que es Consejero Delegado el Presidente de la APP y firmante del escrito de denuncia por incumplimiento de la Resolución del Tribunal al que se ha hecho referencia en el punto anterior”. Este nuevo contrato ha sido suscrito por la totalidad de miembros de AEDE a excepción de uno de ellos, por razones de impago.

No obstante, el SDC también considera que los firmantes de la denuncia “no representaría a la APP, sino al 5,33% de la misma correspondiente a las mencionadas 4 empresas que han rechazado la firma del nuevo modelo contractual”. Señala el SDC que Editur, una de las empresas denunciadoras no ha firmado el nuevo contrato y, ante notario, ha exigido que las condiciones se ajusten a los criterios marcados por la Ley Postal relativos al principio de fijación de tarifas por costes evitados y volumen de entregas, y que ello se haga de forma “clara, transparente y homogénea”. Editur, en tanto no ocurra así, considera que se le deben aplicar “las condiciones mínimas en su momento pactadas por Correos y los miembros de la AEDE”.

Como conclusión, el SDC entiende que dado que se está en el último año del incremento diferido pactado entre Correos y AEDE, los clientes miembros de APP que aún no han firmado el nuevo contrato se encuentran “en práctica igualdad tarifaria con aquellos clientes a los que, de forma discriminatoria según se apreció en la Resolución de referencia, se les aplicó el 100% del

incremento de aquellas fechas. Por ello, “la referencia a “las condiciones mínimas en su momento pactadas” no tiene sentido, a juicio de este Servicio, en el momento actual”. Por otra parte, según el SDC, el nuevo contrato presentado por Correos se basa en criterios de costes evitados, es decir, “es homogéneo para todos los clientes de Correos y los parámetros en él consignados para la aplicación de los mencionados descuentos tienen un carácter que se podría calificar de aritmético, de forma que la discrecionalidad y consiguiente discriminación en la determinación de estos descuentos resulta a priori, improbable”. Subraya el Servicio, a modo de recordatorio que lo discriminatorio es que “a igualdad de condiciones, no se establece igualdad de trato”. Finaliza su informe de vigilancia concluyendo que “de la actuación seguida por Correos no puede deducirse un incumplimiento de lo dispuesto en la Resolución objeto de esta vigilancia, sino, por el contrario, un intento de dar una solución al problema planteado tanto en la misma como en otro expediente relacionado con la misma actora”.

Del cuadro que se adjunta como Anexo 1, se deduce que el 42,7% de los clientes asociados APP no han firmado el contrato con Correos. Si bien es cierto que entre las empresas que no han firmado el contrato y las que no tienen relación contractual, un total de 21, representan el 28% del total de los asociados y hay un 9,33% del total que lo están negociando actualmente.

6. Con fecha 28 de septiembre de 2006, se recibe en el Tribunal escrito de APP en el esta asociación pone de manifiesto que Correos “sigue sin obedecer el mandato imperativo de este Tribunal”. Señala que Correos en el clausulado del nuevo contrato omite “por completo” la adaptación de las condiciones tarifarias en los términos de la Resolución de 16 de junio de 2006”. Además, señala que “la propuesta de un nuevo marco contractual responde a una estrategia dilatoria con el único y exclusivo objetivo de burlar la condena del TDC”. Denuncia también “que la totalidad de cláusulas de dicho contrato están preestablecidas por el operador postal, sin posibilidad de discusión ni modificación a instancia de los clientes.”. Del mismo modo, APP dice haber comprobado que el contrato propuesto por Correos “no ha sido inscrito en el Registro de Condiciones Generales de Contratación”.

7. Con fecha 28 de septiembre de 2006, el Tribunal, mediante providencia, comunica a los interesados el incidente de ejecución de la Resolución 584/04, para que evacuen alegaciones al respecto.

8. Con fecha 16 de octubre de 2006, se recibe escrito en el Tribunal de D. J.M. S. R, en nombre y representación, como Secretario Federal del Sector Postal, de la Federación de Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores FSP/UGT, en el que expone que, en relación con la Resolución 584/04, “dicha Resolución, a fecha de hoy, sigue sin ser ejecutada”. Solicita

que el Tribunal “determine si, derivado de este incumplimiento por parte de la SE Correos y Telégrafos, y ante posibles actuaciones legales a poner en marcha por la empresa APP, puede recaer responsabilidad alguna (laboral, disciplinaria, administrativa, penal, etc.) en los trabajadores que desempeñando su actividad habitual en aquellos departamentos afectados por la problemática enunciada, continúan aplicando las directrices e instrucciones consideradas contrarias al libre ejercicio del derecho a la competencia por el Tribunal de Defensa de la Competencia”.

9. Con fecha 16 de octubre de 2006, el Tribunal recibe escrito de alegaciones de APP. En el mismo se señala que, en referencia al nuevo contrato propuesto por Correos, “la práctica totalidad de los diarios no lo han suscrito y no lo harán hasta el 1 de enero de 2007”. Por otra parte, consideran que el nuevo modelo difiere poco del anterior, en tanto que “la determinación ‘a priori’ del precio es imposible, puesto que se difiere a su fijación en ‘anexos al contrato’ y sin que ningún parámetro permita adivinar la cuantía de los descuentos y comprobar su aplicación equitativa. La puerta a la discriminación sigue, pues, estando abierta”. Señala APP que “el contexto en que se produce la adhesión de los editores es de cautividad y de total dependencia del único distribuidor postal con cobertura en toda la geografía española”.

Se aportan también varios contratos con carácter confidencial y una tabla comparativa de descuentos en la que APP subraya el supuesto carácter no homogéneo y arbitrario de la política de precios de Correos con sus editores miembros. Con todos estos documentos, el Tribunal forma pieza separada.

10. Con fecha 20 de octubre de 2006, se recibe en el Tribunal escrito de alegaciones de Correos. En el mismo se señala que se ha presentado un “contrato normalizado y homogéneo con el objeto de asegurar para todos ellos la aplicación de condiciones comerciales equivalentes y, por lo tanto, no discriminatorias”. Se apoya el informe del SDC para subrayar el criterio de costes evitados en la fijación de descuentos y en la afirmación del SDC de que este nuevo contrato supone la ejecución *de facto* del mandato contenido en la Resolución. Señala asimismo que tan sólo cuatro empresas asociadas a APP han mostrado “su disconformidad con el nuevo modelo contractual”. Finaliza señalando, al igual que hace el SDC, que “los miembros de AEDE que no han firmado el nuevo modelo de contrato y que se encontrarían en el último tramo del incremento diferido están en práctica igualdad tarifaria con los asociados de APP que no han suscrito el nuevo contrato de CORREOS”.

11. Con fecha 15 de noviembre de 2006, el Pleno del Tribunal deliberó y falló sobre el incidente de ejecución de la Resolución 584/04 del TDC de 16 de junio de 2005.

12. Son interesados:

- SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A.
- ASOCIACIÓN DE PRENSA PROFESIONAL

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La Resolución del Tribunal 584/04 sancionaba a Correos por abuso de posición de dominio al practicar una política de precios discriminatorios que resultaba en precios no equitativos entre editores que requerían de sus servicios postales de ámbito nacional al envío domiciliario de publicaciones periódicas. De acuerdo con el apartado segundo de la parte dispositiva de la citada Resolución se intimaba a Correos para que cesara en este tipo de práctica. De acuerdo con el artículo 31, letra b) de la Ley de Defensa de la Competencia vigente, es función del Servicio “vigilar la ejecución y cumplimiento de las resoluciones que se adopten en aplicación de esta Ley y, en su caso, declarar la prescripción de la acción para exigir el cumplimiento de las sanciones previstas en el artículo doce de esta Ley”. En el Informe de Vigilancia de la Resolución 584/04 del Tribunal, el Servicio concluye que

“de la actuación seguida por Correos no puede deducirse un incumplimiento de lo dispuesto en la Resolución objeto de esta vigilancia, sino, por el contrario, un intento de dar una solución al problema planteado tanto en la misma como en otro expediente relacionado con la misma actora (exp. 2458/03, ASEMPRE/CORREOS) que ha concluido con un Acuerdo de Terminación Convencional de fecha 15 de septiembre de 2005 cuyo contenido obliga a Correos a terminar con el problema de precios predatorios detectado y a implantar un modelo comercial que permita garantizar en todos los casos que los precios se sitúan por encima de los costes. El cumplimiento de este Acuerdo, sometido a la fiscalización de las autoridades de competencia, afecta como se ha dicho a la intimación contenida en la resolución del asunto, así como, se recordará, a la intimación contenida en la Resolución de 20 de junio de 2003 en el exp. 542/02, SURESA/CORREOS, sobre cuyo cumplimiento este servicio ya ha emitido el informe de vigilancia correspondiente con fecha 3 de marzo de 2006”.

SEGUNDO. Efectivamente, Correos ha presentado un nuevo contrato tipo a diferentes editores miembros de APP. De acuerdo con las alegaciones de Correos y con el Informe del SDC, en el nuevo contrato tipo se ha plasmado una política de descuentos basada en “costes evitados” acordes con la norma

de contabilización analítica que para su caso establece de acuerdo con el regulador sectorial. En este sentido existe un único tipo de contrato para el mercado relevante afectado en la Resolución 584/04, que Correos ha facilitado al Servicio y de cuyo contenido ha solicitado la confidencialidad. En todo caso, el Tribunal considera que de esto no se tiene que seguir que la existencia de un único contrato tipo impide la discriminación entre demandantes de servicios postales a envíos de publicaciones periódicas. Lo relevante a juicio del Tribunal es saber si la modificación supone la eliminación de aquellos elementos que, de acuerdo con los Fundamentos de Derecho de la resolución 584/04 del TDC, producían la discriminación, o por el contrario perviven en el nuevo contrato todos o algunos de los elementos que llevaron al propio Tribunal a calificar el comportamiento de Correos respecto de sus clientes APP como abusivo por discriminatorio en cuanto a los precios y a la política de precios aplicados.

TERCERO. El nuevo contrato tipo establece como criterio inicial la fijación de precios de acuerdo con la Ley Postal vigente, a partir de una lista de precios publicados. Para el cálculo del precio final efectivo a cada demandante del servicio se aplica una política de descuentos determinada a partir de las tarifas publicadas con carácter general. Más concretamente, en el contrato tipo presentado se lleva a anexos la política practicada de descuentos siguiendo el principio de costes evitados. Ahora bien, el Tribunal considera que los descuentos por costes evitados que se han considerado en concreto y los elementos que clasifican un tipo de descuento u otra para cada circunstancia, al introducirse y expresarse como principio de aplicación de descuentos, no pueden considerarse como criterios objetivos y no discriminatorios en la medida en que no queden perfectamente tasados y cuantificados en el contrato tipo –ya sean los aplicados por separado o aquellos sujetos a la aplicación conjunta de varios criterios de descuento-. En este sentido, el Tribunal entiende que los contratos firmados tienen que ser objeto de comprobación, con el fin de confirmar si efectivamente Correos ha aplicado objetivamente sus criterios de descuento y ha eliminado el trato discriminatorio hacia los editores APP. En todo caso, el Tribunal tiene que subrayar cierta falta de transparencia en esta práctica contractual de un operador de mercado al que le compete una especial responsabilidad en razón de su posición en el mercado, en la medida en que no estipula con carácter general los tipos aplicados de descuento para cada caso, no haciendo predecible para todos los posibles demandantes el precio final de sus envíos.

CUARTO. El Tribunal se ve en la necesidad de hacer algunas consideraciones respecto de la fase de vigilancia. Por una parte, el SDC afirma en su Informe que al estar en el último año en el que el incremento respecto a 2002 es del 100%, todos los editores –APP y AEDE- se

encontrarían en la misma situación. Pero el Servicio no ha informado acerca de si ha comprobado que a los editores de APP se les ha incrementado el precio después de la subida del 100% en 2002. Si hubiera ocurrido así, una situación y otra no serían equivalentes. Se abundaría en la discriminación existente. Además, de un porcentaje elevado de editores APP firmantes del nuevo contrato no se colige la desaparición de los elementos anticompetitivos del contrato, dada la situación de dependencia de los editores respecto de este servicio postal. Por otra parte, el SDC ha hecho una valoración general del nuevo contrato tipo, bien porque no ha accedido, o no ha comparado contratos concretos de unos y otros editores, o bien porque ha considerado que el contrato tipo analizado elimina cualquier posibilidad de discriminación, en la medida en que son “aritméticos”. Pero es precisamente la aritmética concreta aplicada y no solamente los criterios de descuento, la que determinará si el nuevo contrato tipo evita la discriminación de precios entre editores. En este caso, el contrato tipo enviado no contiene todos los elementos que lo harían “homogéneo” y “aritmético”. De hecho, el único descuento cuantificado con carácter general es el del volumen de envíos, mientras que los descuentos por costes evitados se remiten a anexos de cada contrato, por lo que cabe un considerable margen de discrecionalidad y, por lo tanto, la posibilidad de una política discriminatoria de precios, a la que no ha lugar dada la posición de Correos en el mercado nacional de envíos de publicaciones periódicas a domicilio.

QUINTO. En vista de todo lo anterior, el Tribunal considera necesario que, como elemento de vigilancia que permita el análisis del efectivo cumplimiento del punto segundo de la parte dispositiva de la Resolución 584/04, Correos acredite la cesación de su conducta sancionada, remitiendo al Servicio en el plazo de un mes una explicación de la aplicación concreta y general de los criterios de descuentos, así como aquellos nuevos contratos firmados por los editores de APP y de AEDE, de manera que se pueda comprobar, con el consiguiente análisis por parte del Servicio, que el nuevo contrato tipo de Correos y la nueva política de descuentos aplicada en los mismos se ajusta a criterios objetivos de aplicación general y con el grado suficiente de predictibilidad, transparencia y contrastabilidad.

SEXTO. Dado que el Tribunal ha considerado que no ha quedado suficientemente acreditada hasta el momento la cesación de la conducta que dio origen al expediente sancionador 584/04 y la propia Resolución del mismo, y dado que el artículo 11 de la Ley de Defensa de la Competencia establece que el Tribunal, independientemente de las multas sancionadoras, podrá imponer a las empresas sancionadas multas coercitivas de 60 a 3.000 euros al día, con el fin de obligarlas a la cesación de una acción que haya sido prohibida conforme a lo dispuesto en la Ley, el Tribunal, atendiendo al perjuicio que pudiera estar causando en los mercados afectados la dilación

en el cumplimiento de lo prescrito por el propio Tribunal, estima procedente en el presente caso la imposición de una multa coercitiva de 1.000 euros por cada día de retraso en acreditar ante el Servicio el cumplimiento impuesto por la Resolución 584/04, sin perjuicio de que el Servicio pueda incoar nuevo expediente en caso de que se mantuviera la conducta sancionada.

En su virtud, vistos los artículos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal de Defensa de la Competencia

HA RESUELTO

Primero. Intimar a la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. para que en el plazo de dos meses justifique ante el Servicio de Defensa de la Competencia el cumplimiento de la Resolución con datos que avalen el carácter general, equitativo, homogéneo y aritmético de los criterios de fijación de precios a los Editores de Prensa Profesional, APP, y a los editores de AEDE, así como intimar también a la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. a la entrega de los contratos firmados con los mismos, de acuerdo con el nuevo contrato tipo, con el fin de comprobar el efectivo cumplimiento del punto segundo de la parte dispositiva de la Resolución 584/04 que intimaba al cese de una política discriminatoria de precios entre unos editores y otros.

Segundo. Imponer a la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. una multa coercitiva de 1.000 euros por cada día de retraso en la justificación ante el Servicio de lo referido en el apartado anterior o, en su caso, en el cumplimiento efectivo del apartado segundo de la parte dispositiva de la Resolución del Expediente 584/04.

Tercero. Dar traslado de esta Resolución a la Audiencia Nacional en prueba de ejecución de su Auto de 1 de febrero de 2006.

Cuarto. Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia la vigilancia del cumplimiento de la obligación impuesta.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.