

Id. Cendoj: 28079230062010100168
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 30/04/2010
Nº de Recurso: 200/2008
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: LUCIA ACIN AGUADO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Defensa de la Competencia. Resolución en relación con la vigilancia de la ejecución de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 16 de junio de 2005 en el expediente 584/04 Prensa/Correos. Se declara conforme a derecho.

SENTENCIA

Madrid, a treinta de abril de dos mil diez.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-

administrativo número 200/08 que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha interpuesto la

Procuradora de los Tribunales D^a Amparo Ivana Rouanet Mota en nombre y representación de la ASOCIACION DE PRENSA

PROFESIONAL contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 25 de marzo de 2008 en relación con la

vigilancia de la ejecución de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 16 de junio de 2005 en el expediente

584/04 Prensa/Correos. Ha sido parte demandada la Administración del Estado representada por el Abogado del Estado. La

cuantía del recurso es indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 16 de junio de 2006, el Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante TDC) dictó resolución en el expediente en el expediente 584/04 Prensa/Correos en el que acordaba (además de la publicación de la resolución y la

imposición de una sanción de 900.000 euros y multa de 600 euros por retraso en el cumplimiento)

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 EDE 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 para que en lo sucesivo se abstenga de realizar este tipo de prácticas".

El Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante SDC) realizó un informe de vigilancia del cumplimiento de la resolución 584/04 que fue remitido al TDC con fecha de 24 de julio de 2006.

Tras analizar el informe de Vigilancia del SDC, el TDC dictó una primera resolución en el incidente de ejecución nº 584/04 de 27 de noviembre de 2006 considerando 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 dos meses "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".

El 9 de julio de 2007 el SDC remitió al TDC un informe de vigilancia sobre las resoluciones del TDC de 16 de junio de 2005 y 27 de noviembre de 2006

El 25 de marzo de 2008 el Consejo de la CNC dictó resolución en la que acuerda "declarar que ha quedado justificado el debido cumplimiento del apartado 2º de la parte dispositiva de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 16 de junio de 2005 y que no ha quedado acreditada la existencia de una práctica discriminatoria en la aplicación del nuevo contrato de Correos y su modelo de descuentos los editores de publicaciones periódicas , basados en los costes evitados que se han deducido de la Contabilidad analítica elaborada por Correos siguiendo las pautas de la orden del Ministerio de Fomento 2447/2004 de 12 de julio".

Disconforme con esta resolución la Asociación de Prensa Profesional (APP) interpone recurso contencioso-administrativo.

SEGUNDO: El 30 de mayo de 2008 la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución indicada en el encabezamiento de esta sentencia y turnado a la sección sexta, fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo, para, una vez recibido, emplazar a la parte actora a fin de que formalizara la demanda, lo que así hizo en escrito presentado el 29 de octubre de 2008 en el que solicitó "dicte sentencia por la que estimando el presente recurso contencioso- administrativo interpuesto:

A) Declare no ser conforme a derecho la resolución de incidente de ejecución de 25 de marzo de 2005 dictada por el Consejo de la Comisión de Defensa de la Competencia en el expediente 584/04 Prensa / Correos objeto de impugnación en el presente recurso, revocándola y dejándola sin efecto alguno.

B) Declare que no se ha quedado acreditado por la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos SA el cumplimiento del punto segundo de la parte dispositiva de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 16 de junio de 2005 del expediente 584/05 Prensa/ Correos.

C) Declare que ha de estarse a lo resuelto en la resolución de incidente de ejecución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 27 de noviembre de 2006 en el expediente 584/04 Prensa /Correos.

D) Condene a la parte demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y por ello, a cumplir todo aquello que sea consecuencia de tales pronunciamientos.

Emplazado el Abogado del Estado para que contestara la demanda presentó escrito el 16 de febrero de 2009 solicitó la desestimación del recurso interpuesto y confirmatoria de la resolución impugnada. Asimismo contestó a la demanda el 25 de marzo de 2009 el codemandado Sociedad Estatal Correos y Telégrafos SA.

Acordado el recibimiento a prueba y practicadas las declaradas pertinentes, una vez presentadas conclusiones se declararon el 1 de marzo de 2010 las actuaciones conclusas, quedando pendientes de señalamiento para votación y fallo. El día 13 de abril de se señaló para votación y fallo.

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente la Ilma. Sra. D^a LUCIA ACIN AGUADO, Magistrada de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El acto recurrido es la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 25 de marzo de 2008 en relación con la vigilancia de la ejecución de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 16 de junio de 2005 en el expediente 584/04 Prensa/Correos que acuerda en la parte dispositiva "declarar que ha quedado justificado el debido cumplimiento del apartado 2º de la parte dispositiva de la resolución del Tribunal de Defensa de a Competencia de 16 de junio de 2005 y que no ha quedado acreditada la existencia de una práctica discriminatoria en la aplicación del nuevo contrato de Correos y su modelo de descuentos los editores de publicaciones periódicas , basados en los costes evitados que se han deducido de la Contabilidad analítica elaborada por Correos siguiendo las pautas de la orden del Ministerio de Fomento 2447/2004 de 12 de julio".

SEGUNDO: Considera el recurrente que se ha vulnerado el artículo 24 de la Constitución al haber causado una evidente indefensión pues el SDC limitó el derecho de defensa de manera desproporcionada dado que lo relevante es conocer si los clientes -con un determinado número de envíos de publicaciones periódicas al año, similar composición de destinos y equiparables costes evitados reciben el mismo tratamiento- con independencia de cual sea su nombre o denominación social. De ello deriva que el SDC debió haber restringido la confidencialidad exclusivamente a la identidad de los clientes que firmaron los contratos con Correos, único dato

comercialmente relevante y sensible para el operador postal público.

El recurrente no discute la aplicabilidad del principio de protección de la información confidencial y de los secretos comerciales, sino su alcance que entiende en este caso desproporcionado y entiende que debía haber quedado limitado a la declaración de confidencialidad a la identidad de los clientes, lo que no se comparte remitiéndonos a los razonamientos que se contienen en la versión no confidencial del análisis económico del informe E-konomica sobre el "análisis de los descuentos aplicados por Correos a las empresas asociadas a la APP" elaborado por LECG en cuyo apartado 5 se analiza los efectos sobre la eficiencia económica y efectos sobre la posibilidad de colusión si se conociera el modelo de descuentos completo aplicado por Correos. Se señala en dicho informe que en el contrato se refleja la oferta comercial realizada por Correos con cierto detalle pero no figura el modelo de descuentos completo puesto que, de ser así sería muy fácil para un competidor descifrar la estructura de costes de Correos lo que constituye información confidencial. Ciertamente el recurrente no es un competidor, pero si Correos reflejara completamente su política de descuentos en un contrato tipo esta información podía llegar a sus competidores (ya que los clientes la pueden proporcionar a otros competidores en búsqueda de otras ofertas y ello podrían redundar incluso en un efecto negativo sobre la competencia puesto que un competidor mas eficiente que Correos (con menores costes) le bastaría con ofrecer un precio ligeramente menor y no su mejor precio para atraer a clientes de la competencia.

TERCERO: Entiende el recurrente que se ha vulnerado el principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 9.3 de la Constitución y del artículo 54.1 LRJAP PAC. Así señala que la resolución impugnada ya no exige como hacía la resolución de 27 de noviembre de 2006 que el contrato tipo -como tal- contenga todos los elementos que lo harían homogéneo y aritmético. Se cambia de criterio y se señala que ya no es necesario que se den los apuntados presupuestos, y consecuentemente que aparte del descuento por volumen, que ya era dado a conocer en el contrato tipo, los descuentos por costes evitados y por clasificación no es necesario que se tengan que cuantificar y dar a conocer en el propio contrato. La CNC variando la posición inicial ya no se centra en los presupuestos que a de reunir el contrato tipo.-como tal- para ser valido sino en si determinados criterios, en principio, son o no cumplidos por los nuevos contratos ya firmados y analizados-individualmente considerados. Con esa postura se deja la puerta abierta a que una vez se declare que tales nuevos contratos firmados no son discriminatorios se proceda a formalizar otros que, ya fuera de la fiscalización del SDC sí lo puedan ser pues el contrato tipo sigue siendo "opaco" por lo que tan sólo se podrá determinar si Correos vuelve a incurrir en discriminación mediante una nueva denuncia ante las autoridades de la competencia para que, tras declarar la confidencialidad de los mismos vuelvan a ser fiscalizados por el SDC.

Tal como señala el Informe de 29 de junio de 2007 del Director General de Defensa de la Competencia, con el fin de fijar de modo objetivo los descuentos y de evitar las prácticas discriminatorias declaradas entre la APP y la AEDE se comenzó a implantar un modelo general de descuentos sustentado en costes evitados que se han deducido de la Contabilidad analítica elaborada siguiendo las pautas de la orden el Ministerio de Fomento 2447/2004 de 12 de julio en el segundo semestre de 2005 sobre la base de la contabilidad analítica del año 2004, contabilidad analítica que permite determinar el coste unitario de prestación para cada uno de los servicios que integran la cadena postal. El modelo de descuentos en base a costes evitados tiene como objetivo el establecimiento de descuentos máximos para cada cliente, en función de las

características de su correo, clasificación, destinos, lugar de admisión, regularidad y uso de la red. Se trata de un modelo comercial homogéneo para todos los clientes de Correos.

Lo que se acordó en la resolución de incidente de ejecución de 27 de noviembre de 2006 es intimar a Correos a la entrega de los contratos firmados con los editores de Prensa Profesional, APP y a los editores de AEDE de acuerdo con el nuevo contrato tipo, con el fin de comprobar el efectivo cese de una política discriminatoria de precios entre unos editores y otros, al no considerar suficiente para acreditar el cese de esa práctica el aportar el modelo de contrato tipo y así se indica en la resolución del TDC de 27 de noviembre de 2006 que "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" y ello porque el contrato tipo enviado no contiene todos los elementos que lo harían "homogéneo y aritmético" ya que los descuentos por costes evitados no constan en el contrato tipo sino que se remite a los anexos de cada contrato. La resolución de 27 de noviembre de 2006 en su parte dispositiva no ordena a Correos que realice un contrato tipo que contenga una estipulación con carácter general y aritmético de todos (incluido margen comercial) los tipos de descuentos para cada caso, haciendo predecible para todos los posibles clientes el precio final de sus envíos sino que lo que ordena es que dado que el contrato tipo no contiene todos los elementos que permitan determinar el precio final de los envíos se proceda a examinar los concretos contratos firmados con esos editores a partir de ese contrato tipo al objeto de examinar si ha cesado la política de discriminación de precios. Ciertamente la CNC reprocha en dicha resolución a Correos "cierta falta de transparencia en esta práctica contractual..... en la medida 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" pero el hecho es que en la parte dispositiva de la resolución no ordena modificar el nuevo contrato tipo, sino que ordena se aporten los contratos firmados ya que como razona en la resolución " 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".

CUARTO: Considera el recurrente que todos los parámetros hechos públicos de los contratos fiscalizados por el SDC indican que Correos sigue formalizando contratos discriminatorios entre editores de prensa y desglosa esa afirmación en varios apartados.

a) Señala que el margen comercial varía para cada uno de los clientes estudiados, por lo que sigue tratándose de forma diferente a clientes en igualdad de condiciones. Hay que puntualizar que este recurso se ciñe exclusivamente a examinar si ha habido por parte de Correos un cese de una política discriminatoria de precios entre los editores de la Asociación de Prensa Profesional, APP y a los editores miembros de la Asociación de Editores de Prensa Periódica AEDE. Respecto al margen comercial el Director General de la Competencia en su informe de 29 de junio de 2007 señala que "Las diferencias entre los descuentos resultantes de la aplicación de los parámetros de costes evitados y los descuentos finalmente firmados constituyen el margen comercial de Correos, que, éste sí varía para cada uno de los clientes estudiados moviéndose en una horquilla amplia que oscila entre (...). Dentro de estos porcentajes que podemos considerar más generalizados no se aprecia discriminación entre los clientes de la APP y de la AEDE, resultando que las fluctuaciones existentes no favorecen ni perjudican en especial a los miembros de una u otra Asociación." Asimismo pone de manifiesto casos

que se aplica un margen comercial que excede de ese (.....) y otros en que el margen comercial es negativo (precios por debajo del coste) señalando que esa situación se produce en relación con clientes de la APP o de la AEDE.". No se aprecia por tanto un trato discriminatorio en cuanto al margen comercial aplicado por Correos a unos y otros editores de APP y AEDE.

b) Señala que el SDC no ha tenido acceso -probablemente porque no lo ha solicitado- a la contabilidad analítica de Correos, por lo que sin haberla examinado ni haberla contrastado con los descuentos efectivamente aplicados por Correos a los editores no se puede concluir sobre la maniobrabilidad comercial ni si hay margen o no. El informe del Director General de la Competencia de 29 de junio de 2007 detalla como ha llegado a la conclusión de que "las diferencias entre los descuentos resultantes de la aplicación de los parámetros de costes evitados y los descuentos finalmente firmados constituyen el margen comercial de Correos" y señala que Correos ha elaborado unas fichas individuales y detalladas de cada uno de los 19 clientes que se eligieron por el SDC como muestra representativa y que los datos aportados en las fichas elaboradas por Correos "se extraen de las fichas técnicas de uso del departamento comercial y financiero de Correos que contienen información detallada sobre las características de volumen, condiciones de regularidad, admisión y clasificación de cada cliente" y pudo por otra parte contrastar esa información con las copias de los contratos suscritos por tales clientes y con el modelo de descuentos de correos fundamentado en la contabilidad analítica. Por otra parte correos en el escrito de contestación a la demanda señala que la contabilidad analítica es conocida por el SDC por haberla examinado en el procedimiento de vigilancia del Acuerdo de Terminación Convencional del Expediente nº 2458/2003 Asempre/Correos.

c) Señala el recurrente que es imposible determinar a priori el precio final efectivo de los servicios contratados para la distribución postal de publicaciones periódicas a domicilio. Efectivamente ello es así, pero el cese en el trato discriminatorio entre unos y otros editores no obliga a Correos a que realice un contrato tipo que contenga una estipulación con carácter general y aritmético de todos los tipos de descuentos para cada caso, haciendo predecible para todos los posibles clientes el precio final de sus envíos sino que lo que exige es que en los concretos contratos firmados con base a ese contrato tipo (que no contiene todos los elementos que permitan determinar el precio final de los envíos) no se produzcan discriminaciones de precios entre los clientes de la APP o de la AEDE.

d) En cuanto a la afirmación de que conocer la estructura de costes de Correos y su política de descuentos y cuantificación concreta no puede perjudicar a dicha sociedad, simplemente porque no hay competidor relevante nos remitimos a lo expuesto a lo razonado en cuanto a la justificación de la confidencialidad de determinada información.

e) Señala que las conclusiones del SDC tomadas en cuenta por la resolución impugnada se basan en un muestreo sobre el 26% del universo de contratos, que no tiene nada de representativo. El hecho de que la muestra sea del 26% de los contratos no significa que no sea representativa por cuanto tal como se recoge en el informe del Director General de 29 de junio de 2007 esos 19 clientes fueron elegidos por el SDC (10 de AEDE y 9 de la APP) como muestra representativa "toda vez que por un lado permiten verificar las diferencias en la aplicación de los criterios de descuentos explicitados a clientes con distintas características y, por otro, permiten la comparación de los criterios de descuentos aplicados a clientes con condiciones similares"

QUINTO: Hace referencia a la falta de exigencia por la CNC del pago de la multa coercitiva de 1000 euros impuesta por ella misma a Correos en la resolución de 27 de noviembre de 2006 "por cada día de retraso en acreditar ante el Servicio el cumplimiento impuesto por la resolución 584/04". Señala que transcurrieron 38 días desde que se dicta la referida resolución hasta que Correos aporta una primera documentación incompleta, y más de medio año hasta que acaba por completarla (8 de junio de 2007) sin que la CNC fundamente por qué no sanciona a Correos. El Tribunal de Defensa de la Competencia señala en el fundamento de derecho tercero de la resolución recurrida que no ha lugar a imponer ninguna multa coercitiva por cuanto Correos remitió el 4 de enero de 2007 lo que en su consideración se le pedía en el dispositivo primero de la resolución de 26 de noviembre de 2006 si bien toda esta documentación fue completada en momentos posteriores con otra que se le fue requiriendo por parte del servicio. Por tanto se considera adecuado que no se impusiera la multa ya que la resolución de 27 de noviembre de 2006 otorgaba a Correos un plazo de 2 meses para remitir esa documentación, presentándola 38 días después, sin perjuicio de la contestación a solicitudes de información posteriores que fueron realizadas por el SDC.

SEXTO: No se aprecian razones que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional , justifiquen la condena al pago de las costas a ninguna de las partes.

Vistos los preceptos legales citados, y los demás de pertinente aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAR

el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la ASOCIACION DE PRENSA PROFESIONAL contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 25 de marzo de 2008 en relación con la vigilancia de la ejecución de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 16 de junio de 2005 en el expediente 584/04 Prensa/Correos que se declara conforme a derecho en los extremos examinados. No se hace condena en costas.

Así por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.