

**Id. Cendoj:** 28079230062005100320  
**Órgano:** Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso  
**Sede:** Madrid  
**Sección:** 6  
**Nº de Resolución:**  
**Fecha de Resolución:** 26/09/2005  
**Nº de Recurso:** 471/2003  
**Jurisdicción:** Contencioso  
**Ponente:** MARIA ASUNCION SALVO TAMBO  
**Procedimiento:** CONTENCIOSO  
**Tipo de Resolución:** Sentencia

**Resumen:**

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE BONIFICACIONES Y REDUCCIONES TARIFARIAS APLICADAS EN EL SECTOR POSTAL A LAS EMPRESAS CONSOLIDADORAS. ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO. ART. 6 LCD

---

SENTENCIA

Madrid, a veintiseis de septiembre de dos mil cinco.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo

Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número 471/2003, se tramita a

instancia de SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A., representada por el

Procurador D. Cesáreo Hidalgo Senén, contra resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia

de fecha 20 de junio de 2003, sobre conducta prohibida por el art. 6 de la Ley 16/89 ; y en el que la

Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

1. La parte indicada interpuso, en fecha 18 de julio de 2003, este recurso respecto del acto administrativo antes aludido, admitido a trámite, y reclamado el expediente se le dió traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo: "que teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo, tener formalizada

la demanda contra la Resolución del TDC de 20 de junio de 2003 recaída en el Expediente 542/02 Suresa-Correos y por devuelto el expediente administrativo correspondiente y, en su día dicte sentencia por la que: - constate que las conductas imputadas a mi representada no constituyen una infracción al artículo 6 de la LDC, anulando por ello la Resolución recurrida; - subsidiariamente, anule o reduzca de forma significativa la sanción impuesta a mi representada por las razones expuestas en el cuerpo de este escrito".

2. De la demanda se dió traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó "tenga por contestada la demanda y previos los trámites legales se dicte sentencia por la que se desestime la pretensión del presente recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada, por ser conforme a Derecho".

3. Mediante providencia de 19 de diciembre de 2003 se tuvo por personada y parte a la Procuradora Sra. Corral Losada en nombre y representación de MAILHOUSE en calidad de codemandada y conferido el oportuno traslado de la demanda contestó mediante escrito presentado en fecha 29 de noviembre de 2004 con un relato fáctico y una argumentación jurídica que le sirvió para concretar su oposición al recurso en el suplico de dicha contestación, en el cual solicitó "tenga por presentado este escrito con los documentos acompañados y lo admita; tenga por devuelto el expediente administrativo; tenga por presentado el escrito de contestación a la demanda por la codemandada MAILHOUSE, S.L en el recurso 471/2003 y, de conformidad, previos los trámites pertinentes, dicte Sentencia por la que, desestimando íntegramente el recurso, declare la conformidad a Derecho del acto administrativo impugnado, con expresa imposición de costas a la demandante".

4. Y la otra codemandada asimismo contestó a la demanda mediante escrito presentado el 8 de octubre de 2004 en que, tras exponer los hechos y fundamentos jurídicos que entendió pertinentes, solicitó a la Sala que "tenga por presentado este escrito con los documentos acompañados y lo admita; tenga por devuelto el expediente administrativo; tenga por presentado el escrito de contestación a la demanda por la codemandada SURESA CIT, S.A. en el recurso 417/2003, y de conformidad, previos los trámites pertinentes, dicte Sentencia por la que, desestimando íntegramente el recurso, declare la conformidad a Derecho del acto administrativo impugnado, con expresa imposición de costas a la demandante".

5. Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto, de fecha 26 de noviembre de 2004, acordando el recibimiento a prueba, concediendo para su proposición un plazo común de quince días, habiéndose practicado al propuesta y admitida con el resultando obrante en autos.

Siendo el siguiente trámite el de Conclusiones, por providencia de fecha 17 de junio de 2005 se señaló para votación y fallo el día 13 de septiembre de 2005, en que efectivamente se deliberó y votó.

6. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las forma legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> María Asunción Salvo Tambo, Presidente de la Sección.

## **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

1. Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 20 de junio de 2003 cuyo contenido es el 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 consistente en la exigencia de la entrega como mínimo del 10% de envíos locales para que las empresas colaboradoras puedan acceder al abono de las subvenciones y descuentos legales.

Segundo.- Imponer a CORREOS una multa sancionadora de cinco millones cuatrocientos mil ciento nueve euros.

Tercero.- Intimar a CORREOS para que, en lo sucesivo, se abstenga de la referida conducta.

Cuarto.- Imponer a CORREOS la publicación, en el plazo de dos meses, a su costa, de la parte dispositiva de esta Resolución, en el Boletín Oficial del Estado y en la Sección de Economía de dos diarios de información general y circulación nacional de entre los cinco de mayor tirada.

Quinto.- Imponer a CORREOS una multa coercitiva de 600 euros por cada día de retraso en el cumplimiento de la obligación de publicar la parte dispositiva de esta Resolución."

La referida resolución impugnada fue dictada a propuesta del Servicio de Defensa de la Competencia y puso fin al expediente (nº 543/02) iniciado a consecuencia de una denuncia contra la referida Sociedad Anónima Estatal que, el 14 de junio de 2000, se formuló por la entidad SURESA CIT, S.A., titular de una autorización administrativa general otorgada para la prestación de servicios no incluidos en el ámbito del Servicio Postal Universal y de una autorización singular solicitada para la prestación de servicios incluidos en dicho ámbito pero no reservados a CORREOS. El motivo de la denuncia se concretó en que CORREOS, sin amparo jurídico y contraviniendo las normas de competencia, procedió a modificar el régimen de las bonificaciones o reducciones tarifarias que se aplicaban en el sector postal hasta el día 31 de diciembre de 1999, mediante el documento denominado "Modelo de Empresas Consolidadoras".

Asimismo, el 31 de julio de 2000, la empresa MAILHOUSE, S.L., cuya actividad consistía en consolidar los envíos postales que gestionan sus asociados para presentarlos conjuntamente ante CORREOS y recibir así las bonificaciones y descuentos, presentó ante el citado Servicio una queja contra los acuerdos adoptados por CORREOS en relación con el documento mencionado en el párrafo anterior.

Tramitadas ambas denuncias se incoó el referido expediente por "supuesta conducta prohibida por la LDC" y, previa la acumulación de ambas ante la conexión existente entre las mismas, fueron resueltas, en el sentido más arriba indicado, por el Tribunal de Defensa de la Competencia mediante la resolución que constituye el objeto de la presente impugnación.

2. En dicha resolución impugnada se declaran como HECHOS PROBADOS

entre otros no controvertidos por las partes, los siguientes:

1º) SURESA CIT, S.A. es una sociedad domiciliada en Barcelona y dedicada a la prestación de servicios postales consistentes en la recogida, clasificación, transporte y distribución de los servicios postales (correspondencia y publicidad directas) liberalizados y de aquellos otros que no están reservados al operador al que se encomienda el Servicio Postal Universal en territorio español. Para lo cual dispone de una autorización administrativa general para la prestación de servicios postales (bajo la modalidad distinta de carta, tarjeta o paquete postal) de publicidad directa, libros, publicaciones periódicas y catálogos, b) una autorización administrativa general para la prestación de servicios postales a cartas, documentos bajo sobre y paquetes que cumplan alguna de las siguientes características: compromiso de entrega en fecha determinada; entrega o recogida a domicilio; cambio de destino o de destinatario a lo largo del trayecto, confirmación al remitente de la recepción por parte del destinatario; seguimiento y localización de los envíos y otras facilidades adaptadas a las necesidades del cliente; paquetes postales ordinarios de más de 10 kg y hasta 20 kg de peso y, finalmente, c) una autorización administrativa singular, para la recogida, admisión, clasificación, distribución, tratamiento, curso, transporte y entrega, a (exceptuando los que forman parte del Servicio Postal Universal reservado) cartas y tarjetas postales de hasta 2 kg, en sus modalidades de ámbito urbano e interurbano o internacional, paquetes postales de hasta 10 kg en el ámbito urbano, interurbano e internacional.

2º) MAILHOUSE, S.L. es una sociedad limitada cuyos socios son en su mayoría operadores postales que prestan servicios postales liberalizados. Tiene solicitadas varias autorizaciones generales y singulares para la prestación de servicios postales y su actividad se centraba en consolidar los envíos postales que gestionan sus asociados para presentarlos conjuntamente ante CORREOS y recibir, así, las bonificaciones y/o descuentos correspondientes. En el desarrollo de su actividad había operado como Agencia colaboradora de CORREOS, franqueando envíos postales para la Entidad Pública, constituidos por cartas interurbanas y publicidad directa.

3º) La denunciada (y ahora recurrente) es una sociedad anónima estatal con capital público 100% y participación exclusiva del Estado. Como proveedor de los servicios postales, telegráficos y financieros, llega diariamente a 17 millones de direcciones y a 2 millones de empresas del país. Para lo cual dispone de 10.515 puntos de atención al público, entre oficinas, sucursales y carterías rurales, que el permiten estar presente en todo el territorio nacional y, en su calidad de operador responsable del Servicio Postal Universal en España, en 1999 supero los 5.000 millones de envíos postales y 21 millones de giros y más de 9 millones de mensajes telegráficos.

4º) Una vez recibido, el 12 de enero de 2000, por SURESA de la Dirección Comercial de CORREOS, el documento denominado "Modelo de Empresas Consolidadoras", mediante carta de 10 de abril de 2000 aquélla manifestó la improcedencia de lo establecido en el citado documento y solicitó que le fueran aplicadas las bonificaciones trimestrales correspondientes al año 2000 según el modelo aplicado en años anteriores.

5º) El 17 de abril de 2000 la hoy recurrente respondió por escrito a SURESA explicando en qué consistía el nuevo Modelo de Empresas Consolidadoras y remitiendo las tablas que sustituirían a las utilizadas en el año anterior. La tabla relativa a las cartas seguía siendo una tabla de doble entrada pero en las ordenadas en lugar de referirse a un porcentaje del total de envíos nacionales locales, a capitales de provincia y a administraciones, obraba una columna con composición de tres porcentajes, cada rango o intervalo estaba formado por tres subintervalos, de

manera de que la entrada en la tabla se componía de tres rangos: el tanto por ciento de destino local, el tanto por ciento a capitales de provincias y a administraciones postales y el tanto por ciento con destino internacional, utilizándose en dicha nueva tabla el mismo sistema para la determinación de bonificaciones para el publicorreo.

6º) En diciembre de 1999 MAILHOUSE había recibido dicho "Modelo" y el 13 de abril de 2000 la dirección comercial de CORREOS remitió a dicha empresa las nuevas tablas aplicables.

7º) Diversas empresas que venían realizando en grandes volúmenes de envíos tareas similares a las descritas y realizadas por aquellas otras dos empresas recibieron también el nuevo "Modelo" que establecía la obligatoriedad de cumplir con las normas de admisión masiva, clasificación y presentación y como único medio de franqueo las máquinas de carga telefónica, por cuyos servicios las Empresas consolidadoras recibirían una retribución por parte de CORREOS según la aplicación de determinados "rappels".

8º) Estos "rappels" establecen niveles de descuento, en primer lugar, según la composición de destinos de los envíos tratados por cada empresa consolidadora y, en segundo término, en función del importe total franqueado por la misma. La composición de destino es una exigencia previa a cumplir para optar a un descuento o bonificación. Si en los envíos postales de una empresa consolidadora entregados a CORREOS no hay un 10% de envíos con destino local, ésta no recibe ninguna bonificación o descuento sobre el total de envíos postales admitidos, clasificados, franqueados y entregados a CORREOS.

También en la resolución administrativa impugnada se deja constancia de algunos datos derivados de análisis sectoriales y estratégicos sobre servicios postales (obrantes en el expediente) a cuyo tenor "se estima que el mercado postal liberalizado alcanzó en 2000 unos 90.000 millones de pesetas, alrededor del 44%. Dentro de dicho mercado la cuota de la hoy actora se situaba en el 81% con una cifra de unos 73.000 millones de pesetas, correspondiendo el 15% restante a operadores privados".

También se dejó constancia de que la hoy actora había reforzado durante el período 1998-2000 su posición de dominio en el mercado postal, hasta alcanzar en 2000 una cuota de 91,6% del valor total, con una cifra de negocio de unos 187.000 millones de pesetas y un 89,2% de los servicios postales, esto es, unos 5.095 millones de envíos.

Y, finalmente, dichos informes arrojaban, por una parte, la reducción de la cuota del valor del mercado que venía afectando a los operadores privados competidores del operador público, que habían visto su peso relativo en el conjunto del mercado disminuido en el período considerado y, de otra parte, la también evolución decreciente, desde 1998, tanto de las autorizaciones administrativas generales como singulares.

Sobre la anterior base fáctica el Tribunal de Defensa de la Competencia, tras considerar que los mercados relevantes en el presente caso son los "mercados de recogida, de clasificación, de transporte y distribución de los envíos", de una parte, y la "posición dominante" de CORREOS a quien, según la propia resolución, "incumbe una especial responsabilidad en el mantenimiento en el mercado de unas condiciones no distorsionadas de competencia", de otra, llega a la conclusión de que la exigencia recogida en el modelo de empresa consolidadora, "de una composición mínima del

10% del correo con destino local, constituye una restricción a la competencia en los mercados de recogida, de clasificación, de transporte y distribución de los envíos postales con destino local en el territorio español".

En definitiva, considera el Tribunal de Defensa de la Competencia acreditada la realidad de los tres elementos que configuran la explotación abusiva del abuso de posición dominante, prohibida tanto en el artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea como en el artículo 6 de la LDC, considerando que ha existido posición de dominio, comportamiento abusivo y la afectación al mercado; lo que habilita, finalmente, para la imposición de las sanciones impuestas cuya graduación viene determinada, según la propia resolución impugnada, por la actitud deliberada que ha guiado el comportamiento de la sancionada cuya conducta merece la calificación de muy grave, "porque afecta a un ámbito liberalizado del sector postal y se imputa al operador público que gestiona la red pública, teniendo en cuenta, finalmente, la dimensión del mercado afectado y la duración de la restricción de la competencia".

3. La conducta imputada a la Sociedad Estatal CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A., ahora recurrente, sobre la que no existe controversia entre las partes, es que en enero de 2000 remitió el denominado "Modelo de Empresas Consolidadoras" a diversas empresas, antiguas agencias colaboradoras y a otras que realizaban en grandes volúmenes de envío tareas de admisión, clasificación, franqueo, tratamiento y entrega en los lugares indicados, para su posterior transporte y distribución por la recurrente en el que, como novedad frente al sistema anterior, la composición de destino era una exigencia previa a cumplir para optar a un descuento o bonificación; en efecto, si en los envíos postales de una empresa consolidadora entregados a CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. no hay un 10% de envíos con destino local, ésta no recibe ninguna bonificación o descuento sobre el total de envíos postales admitidos, clasificados, franqueados y entregados a la ahora recurrente.

El Tribunal de Defensa de la Competencia considera que tal modo de proceder constituye un abuso de posición dominante de CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A., conducta prohibida con arreglo al artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) porque, según dice su resolución, utiliza su posición dominante para obtener cuota de mercado en servicios de correo local liberalizado y que funciona en régimen de competencia desde 1960, de forma que carece de sentido condicionar las bonificaciones contempladas para tarifas de servicios que se prestan en exclusiva a servicios prestados en régimen a precios de mercado y menos aún cuando dichas bonificaciones tienen su razón en el ahorro de costes que imponen los trabajos en contraprestación lo que, continúa diciendo, constituye una restricción a la competencia en los mercados de recogida, de clasificación, de transporte y distribución de los envíos postales con destino local en el territorio español; sin que sea admisible la alegación de CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. de existencia de una justificación objetiva de carácter económico puesto que la situación del mercado expuesta en el informe emitido por DBK, Análisis Sectorial y Energético sobre los Servicios Postales en noviembre de 2001 estima que el mercado postal liberalizado alcanzó en 2000 unos 90.000 millones de pesetas y que CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. reforzó durante el período 1999-2000 su posición de dominio en el mercado postal hasta alcanzar en 2000 una cuota de 91,6% del valor total, con una cifra de negocios de unos 187.000 millones de pesetas y el 98,2% de los envíos postales, esto es, unos 5.095 millones de envíos, lo que evidencia que los competidores de CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. están en clara regresión, evidenciando la gravedad de la exigencia de un mínimo del 10% de envíos locales

para obtener bonificaciones por la consolidación de envíos en el Servicio Postal Universal en cuyo ámbito resulta discriminatoria esta exigencia y también excluyente en el mercado de servicios postales locales.

Frente a ello, los motivos impugnatorios contenidos en la demanda pueden resumirse como sigue:

- Inadecuada definición de los mercados relevantes.

Sostiene la actora que la definición del mercado relevante en la resolución impugnada se encuentra insuficientemente fundada ya que no ha afrontado la tarea de delimitar convenientemente los mercados en los que la actora dispondría de una posición de dominio. De otro lado, entiende que las referencias al mercado relevante en la resolución impugnada denotan graven incongruencias ya que existe una falta de coherencia entre los mercados inicialmente definidos (mercados de recogida, de clasificación, de transporte y de distribución de los envíos) y los mercados a que se refiere posteriormente a la hora de analizar la existencia de una posición de dominio y el análisis del abuso (alude al sector en general y también a cuota de mercado en servicios de correo local liberalizado).

- CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. no tiene posición de dominio en el mercado afectado.

Comienza la actora por imputar insuficiente fundamentación a la resolución impugnada en cuanto a su posición de dominio porque considera que, afirmar sin más que ostenta una posición de dominio en el sector constituye un evidente juicio de valor carente de toda fundamentación jurídica y económica y que además resulta incoherente con lo acordado por el propio Tribunal de Defensa de la Competencia en resoluciones anteriores. Además, en relación con la posesión de una consolidada red de distribución de correspondencia entiende que la resolución impugnada no analiza de qué manera incide este criterio en la posición de dominio que supuestamente tendría la actora en cada uno de los mercados definidos como relevantes. En tercer término, alega que carece de poder financiero derivado de su posición en el ámbito reservado. Y, finalmente, sostiene que carece de autonomía para fijar los precios de los servicios postales dentro del Servicio Postal Universal, con lo que le falta la independencia de comportamiento suficiente para influir notablemente sobre las condiciones en que se desarrolla la competencia en el mercado, característica de toda posición de dominio y que alega, no se ha acreditado en ningún momento en la resolución impugnada.

- La conducta de CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. no constituye un abuso de posición de dominio.

Con este alegato la recurrente atribuye, en primer lugar, al Tribunal de Defensa de la Competencia una apreciación incorrecta del nuevo Modelo de Empresa Consolidadora ya que, al igual que en el anterior, la composición de los destinos era un criterio a tener en cuenta para la aplicación de los descuentos y nada impedía, ni impide, que se pudiesen aplicar descuentos y/o bonificaciones tanto a las tasas como a los precios teniendo en cuenta dicho destino final. En segundo término, sostiene que la reestructuración de las relaciones que mantenía con las empresas colaboradoras no constituye una práctica anticompetitiva ya que, al igual que la autoridad británica de defensa de la competencia ("Office of Fair Trading") en el asunto de British Airways, la pérdida de ingresos de los colaboradores podría verse compensada cobrando por éstos a los clientes el valor añadido de sus servicios ya que si hubiera querido

realmente restringir la competencia y asegurarse la entrega del correo local por parte de sus competidores en este mercado, como le imputa la resolución impugnada, hubiera recogido la exigencia del requisito del 10% únicamente para las empresas consolidadoras que reparten correo local, ya que las que no lo hacen se lo entregarían en cualquier caso. En tercer término entiende que debe reconocérsele, incluso desde una eventual posición de dominio, la posibilidad de responder a un cambio de las posiciones competitivas en el mercado tal como reconoció en varias ocasiones la doctrina y la práctica comunitaria, incluida la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (sentencia en el asunto United Brands) de 14 de febrero de 1978).

Pero, sobre todo, entiende la recurrente que el nuevo sistema de bonificaciones aplicado a las empresas consolidadoras se encuentra objetivamente justificado, teniendo en cuenta que la conducta de un operador en posición de dominio solamente puede estimarse abusiva si no tiene tal justificación objetiva ya que la responsabilidad que incumbe a toda empresa con una eventual posición de dominio no es incompatible con la posibilidad de que la misma lleve a cabo en el mercado conductas tendentes a defender sus intereses legítimos, siempre que tales conductas se encuentren objetivamente justificadas. Basa tal alegato de justificación objetiva en lo siguiente: 1) que el marco regulatorio postal hace necesario el tratamiento conjunto de servicios postales distintos a efectos de la concesión de descuentos, como evidencia que la puesta en práctica del sistema de precios de la Ley Postal ha determinado precios uniformes para servicios postales distintos (cartas interurbanas y cartas urbanas, valoración que se omite por la resolución impugnada) de modo que al reconocerse como parámetro relevante para la fijación de descuentos el criterio de la composición de destinos de la correspondencia entregada la Ley Postal está admitiendo que CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. trate conjuntamente envíos con diversos destinos a efectos de la concesión de descuentos; 2) que el sistema de descuentos aplicado por la demandante a las empresas consolidadoras tiene como objeto retribuir por el efectivo ahorro de coste ya que no cabe duda que el criterio de composición de destinos de la correspondencia entregada es el criterio que condiciona en mayor medida la estructura de costes de CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A., por lo que la exigencia de una proporción mínima de envíos locales para acceder al sistema de descuentos no hace sino reconocer la preeminencia del criterio de composición de destinos para la obtención de ahorros de costes ya que con la nueva condición de acceso simplemente establece un umbral por debajo del cual no obtiene suficientes ahorros de costes en su negocio para sostener la concesión de bonificaciones a las empresas consolidadoras, lo que justifica la introducción de esta novedad porque las tareas llevadas a cabo por las empresas consolidadoras no proporcionaban suficientes ahorros de costos ni generaban suficiente negocio para mantener el esquema de bonificaciones tradicional aplicado por CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A., lo que le llevó a modificar el sistema de descuentos ofrecido a las empresas consolidadoras; 3) que el sistema de descuentos aplicado a las empresas consolidadoras es necesario para garantizar la adecuada prestación del Servicio Postal Universal ya que CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. como operador en el mercado debe poder recurrir a otras medidas para garantizar la continuidad en la prestación de los servicios públicos que se le encomiendan, citando en su apoyo lo sostenido en este extremo por la sentencia de 19 de mayo de 1993 en el asunto Corbeau el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, entendiendo por ello que la medida adoptada constituye una conducta compatible con las normas de competencia por cuanto se encuentra justificada en la necesidad de garantizar un equilibrio de costes que permita la prestación del Servicio Postal Universal; 5) que el informe de DBK citado por el Tribunal de Defensa de la Competencia para considerar acreditada la afectación al mercado no cumple tal finalidad ya que hace referencia a las repercusiones de la conducta en los ingresos de las denunciadas, no a los efectos

de la misma en el mercado, no existe ni explica cuál es la relación de causa-efecto entre la conducta de la actora y la pérdida de clientes, se refiere a unas fechas anteriores a la introducción del nuevo Modelo de Empresa Consolidadora y no tiene ninguna influencia en cuanto a la elección de un operador postal por parte de los clientes ya que las labores que realizan las empresas puramente consolidadoras están encaminadas a la entrega de la correspondencia a CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. y en todo caso los clientes de aquéllas las contratan para realizar las labores previas, de las que no se ven privadas ni excluidas; y en cuanto a las empresas colaboradoras que prestan además servicio de correo local liberalizado pueden optar por no entregarlo además de que en muchas ocasiones los clientes desconocen en definitiva quien realiza la entrega.

- Improcedencia de la multa impuesta a CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. por ausencia de culpabilidad.

Entiende que el Tribunal de Defensa de la Competencia no aporta ninguna justificación sobre la "actitud deliberada" que imputa a la actora ni de los elementos del expediente que apoyan tal conclusión. Por otro lado, señala que la resolución omite que la actora, para acceder a su sistema de descuentos, exige a las empresas consolidadoras una proporción mínima no sólo de envíos locales sino también de envíos con destinos a capitales de provincia y Administraciones. Y en último término que si hubiera querido realmente restringir la competencia el requisito del 10% de los envíos locales únicamente lo hubiera impuesto a las empresas consolidadoras que reparten correo local, no a todas.

- Con carácter subsidiario de los anteriores motivos impugnatorios, sostiene que la sanción impuesta a CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. resulta a todas luces desproporcionada.

Funda tal pretensión subsidiaria en lo siguiente: en primer lugar, que el Tribunal de Defensa de la Competencia funda indebidamente el criterio de agravación en la modalidad y alcance de la restricción "porque afecta a un ámbito liberalizado del sector postal y se imputa al operador público que gestiona la red pública" ya que el que la actora sea el operador que gestiona la red pública a efectos de graduar una sanción que afecta a otro mercado completamente liberalizado, como es el local, no tiene relación, aparte de que los servicios postales de ámbito local se prestan en España en régimen de competencia desde hace muchos años; en segundo lugar, que también yerra la resolución impugnada en cuanto a la dimensión del mercado afectado al sostener que afectó a "todo el mercado postal liberalizado valorado en 90.000 millones de pesetas", ya que, de ser práctica restrictiva, hubiera afectado exclusivamente a los servicios de correo local y no a todos los servicios de mercado postal que han sido liberalizados (publicaciones periódicas, paquetería, mensajería y exprés) y que sólo debe considerarse la facturación de la actora por los productos afectados por la exigencia del 10%, por lo que tan sólo por este motivo la multa debiera quedar reducida en un 50%; en último término, sostiene que la multa es desproporcionada porque es la tercera más importante impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia en toda su historia y la más elevada impuesta a una sola empresa, además de decir que los propios sindicatos de la recurrente han criticado duramente tal resolución.

4. La controversia se centra, en suma, en determinar si existió, o no, la infracción administrativa de abuso de posición dominante que tipifica el artículo 6 LDC y, en correlación con ello, si resulta procedente la sanción impuesta por el Tribunal de

Defensa de la Competencia.

El artículo 6º LDC, tras las modificaciones introducidas en su apartado 1 y las adiciones de las letras "f)" y "g)" al apartado 2, ambas por el artículo 4 de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre (redacción, por ello, que hemos de tomar en consideración en esta sentencia, puesto que era la vigente desde 1 de enero de 2000, año en el que se realizó por la recurrente la conducta imputada), dispone:

"Artículo 6. Abuso de posición dominante.

1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas:

a) De su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

b) De la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus empresas, clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares.

2. El abuso podrá consistir, en particular, en:

a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicio no equitativos.

b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.

c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.

d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

f) La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de 6 meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas por el proveedor o en caso de fuerza mayor.

g) Obtener o intentar obtener, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en las condiciones generales de venta que se tengan pactadas.

3. Se aplicará también la prohibición a los casos en que la posición de dominio en el mercado de una o de varias empresas haya sido establecida por disposición legal."

A tal fin, la Sala entiende que punto de partida ha de ser el criterio del Tribunal Supremo sobre la significación y alcance del artículo 6 LDC, precepto sobre el que ya existe una consolidada doctrina del Alto Tribunal; en efecto, la sentencia de 13 de diciembre de 2004 de su Sala de lo Contencioso-Administrativo, reiterando la doctrina ya establecida en las sentencias de 8 de mayo y 9 de junio de 2003, hace las siguientes consideraciones:

"a) Como es obvio, lo prohibido no es la posición de dominio, sino la explotación abusiva de esa posición.

b) Se contiene en él una lista de comportamientos calificables como abusivos, pero tal lista no es exhaustiva, sino meramente ejemplificativa, que ilustra sobre el concepto de explotación abusiva pero no lo agota.

c) La explotación abusiva pasa, así, a ser la noción fundamental del precepto, el cual, sin embargo, no contiene, más allá de lo que aporta la citada lista, una definición de lo que debe entenderse por tal.

d) La explotación abusiva no es sólo una conducta prohibida, sino también una conducta «típica», que la Ley considera constitutiva de infracción administrativa, ligando a ella, por tanto, la posibilidad de la imposición de una sanción en sentido estricto (artículo 10 de la Ley 16/1989).

e) Por ello, al enjuiciar si una conducta es constitutiva de explotación abusiva, han de tenerse presentes los principios propios del derecho sancionador, en el sentido de exigencia de que tal calificación de la conducta pudiera ser predecible por su agente, de prohibición del uso de la analogía y de resolución a favor del imputado de las dudas razonables que no hayan podido ser despejadas.

f) Por fin, dada la similitud existente entre el artículo 82 (antiguo artículo 86) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y aquel artículo 6, que transcribe casi literalmente la norma de antiabuso comunitaria al Derecho de Defensa de la Competencia español, cabe tomar en consideración la doctrina comunitaria sobre el abuso de posición de dominio como instrumento auxiliar para la interpretación de nuestro Derecho interno."

En este punto, el estudio del artículo 6º LDC, al igual que el del artículo 82 del Tratado de la Unión Europea, así como de la jurisprudencia comunitaria - singularmente, la que resulta de las sentencias del TJCE de 21 de febrero de 1973 (Continental Can), 6 de marzo de 1974 (Comercial Solvens), 14 de febrero de 1978 (United Brands), 13 de febrero de 1979 (Hoffmann La Roche), 3 de julio de 1991 (AKZO) y 15 de diciembre de 1994 (DLG)-, permite afirmar que en aquéllos (y también en el de nuestro Derecho interno, pese a la existencia en éste de una singular normativa de defensa de los consumidores) se protege, tanto los intereses económicos -concurrenciales o extraconcurrenciales- de los clientes, proveedores y consumidores en general, como los intereses de los competidores. Velan por la salvaguarda de la competencia residual o potencial, y actúan, también, en defensa directa de consumidores, clientes y proveedores ante conductas que, aunque no afecten a la estructura competitiva, producen resultados lesivos con amparo en la falta o en la insuficiencia de una competencia efectiva. Sobre esta base:

- Cabe así diferenciar: a) los abusos que perjudican los intereses concurrenciales de los

competidores que lo son -primera línea de competencia- de la propia empresa dominante, restringiendo sin justificación la competencia residual o potencial del mercado mismo sobre el que se proyecta la posición de dominio (es, pues, un abuso anticompetitivo, y, dentro de estos, de primer grado); b) los abusos que lesionan los intereses concurrenciales de los que contratan con la empresa dominante (clientes y proveedores), alterando o restringiendo la competencia interior de sus respectivos mercados -segunda línea de competencia- (es, también, un abuso anticompetitivo, que cabe denominar, como hace la doctrina, de segundo grado); y c) los abusos que lesionan los intereses económicos no concurrenciales de los proveedores y consumidores (son los denominados abusos explotativos).

- Ahora bien, no toda restricción en la estructura competitiva del mercado hecha desde una posición de dominio merecerá ser calificada como explotación abusiva; lo exige así la lógica de aquellos preceptos y del sistema económico en que se insertan, que ni prohíben la posición de dominio, ni pretenden obstaculizar, tampoco a las empresas dominantes, la consecución de una posible mayor eficiencia; serán abusivas, pues, las restricciones de la competencia hechas desde una posición de dominio que no sean razonables por carecer de una justificación capaz de ser aceptada como tal por el ordenamiento jurídico-económico. Del mismo modo, la lesión de los intereses económicos de clientes, proveedores y consumidores producida desde una posición de dominio requerirá, para ser calificada como explotación abusiva de dicha posición, un elemento de carencia de justificación, que cabrá ver allí donde el ejercicio por la empresa dominante de su especial libertad económica deje de acomodarse, sin razón reconocible como tal, al que llevaría a cabo en una situación de competencia efectiva.

- A lo dicho cabe añadir: a) que la conducta a calificar debe valorarse de forma objetiva, de suerte que su carácter abusivo deberá desprenderse de sus rasgos económicos, sin depender, por tanto, de cual sea su valoración moral o la intención de su autor, aunque esto no permita, sin embargo, prescindir del necesario elemento de la culpabilidad si a la conducta pretende anudarse un efecto sancionador en sentido estricto; y b) que sobre las empresas en posición de dominio pesa una especial responsabilidad y un deber de mayor diligencia que los que son predicables del empresario sujeto al control natural de una competencia suficiente, debido al especial perjuicio que pueden causar sus actividades a la competencia en general y al interés de sus competidores, suministradores, clientes y consumidores, en particular.

La explotación abusiva es, en fin, una modalidad singular del abuso de derecho; un tipo cualificado de éste, que con sustento en la privilegiada libertad económica de que goza la empresa dominante, sobrepasa los límites normales del ejercicio del derecho para obtener ventajas de las transacciones, carentes de justificación, que no habría podido obtener en caso de una competencia practicable y suficientemente eficaz, lesionando directamente los intereses de terceros o el interés general al que atiende el sistema de defensa de la competencia. Es, en suma, un ejercicio antisocial de la excepcional libertad económica que otorga una posición de dominio en el mercado. Criterios éstos expuestos por la ya citada sentencia de 8 de mayo de 2003 del Tribunal Supremo y a cuya luz debe examinarse la conducta imputada a la actora por la resolución sancionadora dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia a cuyo fin procede examinar primeramente los elementos objetivos que configuran el tipo de la infracción imputada (a saber, mercado relevante, posición de dominio y abuso de la misma), en segundo lugar el tipo subjetivo (o voluntariedad de la conducta) para, en último término, valorar la pertinencia, o no, de la sanción impuesta.

5. A propósito del análisis sobre cuál sea el mercado relevante y si ostenta en él, o no, CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. posición de dominio, la Sala comparte con la actora que, en efecto, la resolución impugnada adolece de cierta imprecisión en la concreción de qué deba entenderse en este caso por mercado relevante y, en íntima conexión con ello, cuál es la posición en él, dominante o no, de la demandante. No obstante lo anterior, la resolución impugnada -y así viene a reconocerlo implícitamente en su demanda la actora- entiende que es mercado relevante a los efectos que aquí interesan el constituido por los mercados de recogida y admisión, de clasificación, de franqueo, tratamiento y entrega en los lugares indicados (para su posterior transporte y distribución por CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A.) de los envíos postales con destino local en el territorio español y así lo entiende también la Sala, de modo que es en este contexto en el que debe examinarse si la actora tiene o no posición de dominio.

Por lo demás, ni siquiera sería preciso detenerse en cuál sea el mercado relevante como elemento objetivo de la conducta sancionada como abusiva ni tampoco existiría necesidad de detenerse en cuál sea el mercado de referencia para definir dicho mercado relevante ya que, fuera cual fuera éste dentro del ámbito postal, la actora ostenta, contrariamente a lo que sostiene en su escrito de demanda, posición de dominio.

En efecto, que es en el ámbito de los servicios reservados al operador al que se encomienda la prestación del Servicio Postal Universal (en los términos del artículo 18 de la Ley 24/1998, de 13 de julio, de Regulación del Servicio Postal Universal y de la Liberalización de los Servicios Postales, en lo sucesivo simplemente Ley Postal) queda fuera de toda duda ya que "ministerio legis" se encomienda a la actora la condición de operador de tales servicios reservados que, en cualquier caso, son ajenos a la controversia que aquí se dirime. Por lo demás, no resulta ocioso recordar que la prohibición del artículo 6 LDC, al igual que la del artículo 82 del Tratado de la Unión Europea es aplicable, también, al abuso cometido en un mercado distinto (en este caso, sería el mercado postal liberalizado), pero con nexo y vinculado, estrechamente, con el mercado dominado (que en este caso lo sería de los servicios reservados al operador al que se encomienda la prestación del Servicio Postal Universal) como tiene establecido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (por todas, la sentencia de 14 de noviembre de 1996, asunto Tetra Pak/Comisión).

Y ya en el ámbito del mercado liberalizado de los servicios postales locales (que es donde realmente se suscita la controversia), esta Sala no puede compartir el argumento de la recurrente relativo a que el Tribunal de Defensa de la Competencia le atribuye la condición de posición de dominio en un juicio de valor carente de toda fundamentación. En efecto, sin necesidad de entrar a valorar si los criterios que utiliza la actora determinan, o no, la existencia de una posición de dominio (red de distribución de correspondencia consolidada, poder financiero derivado de su posición en el ámbito reservado y autonomía o no para fijar los precios de los servicios postales) es lo cierto que la resolución sancionadora, recogiendo el informe emitido por DBK, Análisis Sectorial y Energético, afirma que de manera conjunta los competidores de CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. alcanzaron una cuota del 10% del valor de mercado en el año 1998 y del 8,4% en el año 2000, datos de hecho no cuestionados en ningún momento por la actora. En este sentido no hay obstáculo alguno para partir de la afirmación que hizo el Tribunal de Defensa de la Competencia ni tampoco hay necesidad de detenerse de si en ese mercado la recurrente ocupaba una posición de dominio, puesto que, al no contradecir los porcentajes antedichos, lo

admite implícitamente y resulta suficientemente acreditado en cuanto que su cuota en el período considerado, en todo caso fue superior al 50% de aquél mercado. Y no debemos olvidar que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia de 3 de julio de 1991 (caso Akzo/Comisión), recogiendo la doctrina establecida por el mismo Tribunal en la sentencia de 13 de febrero de 1979 (Hoffmann-La Roche) estableció en el 50% la cuota de mercado que por sí misma es suficientemente indicativa de la existencia de esa posición.

Como consecuencia de todo lo anterior, esta Sala entiende que la recurrente en el mercado definido como relevante (admisión, clasificación, franqueado, tratamiento y entrega en los lugares indicados a CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. para su posterior transporte y distribución por la misma de los envíos postales con destino local en el territorio español) y, en general, en todo el mercado postal en territorio español, la demandante ostenta una posición de dominio.

6. Ahora bien, la posición de dominio no es sino el presupuesto para, a partir de ella, determinar el abuso de la posición de dominio que no sea razonable por carecer de una justificación capaz de ser aceptada como tal por el ordenamiento jurídico-económico.

Y hay datos objetivos y suficientes, tanto en el propio expediente administrativo como los tomados en consideración por la resolución administrativa impugnada, para constatar la existencia de abuso de la posición de dominio y que la misma carece de una justificación objetiva razonable.

En efecto, es cierto, como sostiene la actora que las bonificaciones de las tarifas por la prestación del Servicio Postal Universal y los descuentos y las bonificaciones que se efectúen en relación con los precios de los servicios postales no reservados (que regulaban el artículo 30.3 y el párrafo último del artículo 31, ambos de la Ley Postal , en su redacción originaria vigente en el momento de realizarse los hechos y hoy, tras la modificación operada por el artículo 106.5 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre , por el artículo 31ter de la propia Ley Postal ) tienen un carácter potestativo, en la medida en que la actora no viene legalmente obligada a tales descuentos. Pero junto a ello es igualmente cierto lo siguiente: en primer lugar, que la exigencia del mínimo del 10% de destinos locales para acceder a bonificaciones o descuentos no se circunscribía al mercado de servicios postales locales liberalizados sino que se extendía también al mercado de servicios reservados al operador al que se encomienda la prestación del Servicio Postal Universal; en segundo lugar, que tal exigencia constituye una restricción en la competencia de los mercados de recogida y admisión, clasificación, franqueado, tratamiento y entrega a CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. de los envíos postales con destino local en el territorio español ya que a los operadores sólo les quedaba una doble alternativa, a saber, o bien renunciar a su propio mercado, entregándoselo a CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. para poder acceder a las bonificaciones y descuentos o, por el contrario, renunciar a dichas bonificaciones y descuentos; en tercer término que, justamente, tal mercado local era el paradigma escueto del mercado liberalizado, como se desprende "a sensu contrario" de la delimitación del Servicio Postal Universal que se contiene en el artículo 15 de la Ley Postal ; en cuarto lugar que objetivamente se constató una reducción en el año 2000 del porcentaje de mercado que correspondía a los operadores privados competidores del operador público en el mercado liberalizado el cual alcanzó en 2000 una cuota del 91,6% del valor total y el 89,2% de los envíos postales mientras que sus competidores, titulares de una cuota del 10% del valor de mercado en 1998, la vieron reducida en el año 2000 al 8,4%,

con pérdida de clientes y consecuente reducción de envíos, amén de la significativa reducción de solicitudes de autorizaciones singulares que, siendo 353 en el año 2000, en los seis primeros meses del ejercicio 2001 se cifraron en 25, autorizaciones singulares solicitadas al amparo del artículo 11 y siguientes de la Ley Postal

Frente a ello no pueden prosperar los alegatos de la actora: no se discute que el nuevo Modelo de Empresa Consolidadora contemple descuentos en atención a destinos, lo que se evidencia es que para poder acceder a todo tipo de descuentos (tanto en el mercado liberalizado como en el reservado) resulta requisito imprescindible para los operadores privados renunciar a un porcentaje del mercado liberalizado y en esto consiste justamente la novedad introducida por este nuevo Modelo de Empresa Consolidadora que el Tribunal de Defensa de la Competencia aprecia correctamente; tampoco cabe alegar que la reestructuración de las relaciones con las empresas colaboradoras no constituye una práctica anticompetitiva porque dichos operadores podrían verse compensados cobrando a clientes por el valor añadido de sus servicios ya que lo que ocasiona precisamente tal práctica es la restricción del número de clientes en el mercado liberalizado por excelencia, cual era el mercado de los servicios postales locales sin que, por lo demás, el hecho de que el requisito del 10% para acceder al descuento no se circunscriba a las que reparten correo local sino que se extienda a todas (siendo así que para los que lo entregan en todo caso no supondría propiamente restricción) no empece a que, efectivamente la restricción tenga lugar justamente en ese prototípico sector liberalizado, cual es el mercado local de las empresas que operan en aquél; finalmente, no se discute que la actora desde su posición de dominio pueda responder a un cambio de las condiciones competitivas en el mercado, lo que acontece es que dicha respuesta debe darse en cualquier caso sin incidir en las conductas que tipifica el artículo 6 LDC

Mención separada merecen las alegaciones de la actora en el intento de poner de manifiesto que existe en tal conducta una justificación objetiva. Esta Sala no cuestiona que la responsabilidad que incumbe a toda empresa con una posición de dominio no es incompatible con la posibilidad de que lleve a cabo en el mercado conductas tendentes a defender sus intereses legítimos pero, como bien dice la actora, siempre que tales conductas se encuentren objetivamente justificadas, como hemos tenido ocasión de analizar con detenimiento en el anterior Fundamento Jurídico 4.

Ahora bien, sentado lo anterior, ninguna de las razones esgrimidas por la demandante permiten apreciar que en el caso de autos concorra una justificación objetiva que pudiera dar cobertura a la conducta imputada:

- No puede entenderse que el marco regulatorio postal haga necesario el tratamiento conjunto de servicios postales distintos a efectos de la concesión de descuento fundándose en la existencia de precios uniformes para servicios postales distintos (cartas urbanas y cartas interurbanas) no sólo ya porque tal precio uniforme no ha sido siempre así, sino porque tampoco se deriva necesariamente que a precios iguales deban aplicárseles descuentos iguales pero, sobre todo y fundamentalmente, porque carece de sentido condicionar las bonificaciones contempladas para tarifas que se prestan en exclusiva a servicios prestados en régimen de precios de mercado.

- Tampoco que la finalidad sea retribuir el efectivo ahorro de costes puede considerarse circunstancia objetiva porque del mismo modo la retribución del ahorro de costes podría circunscribirse, única y exclusivamente, a los servicios prestados en

competencia que es, además, donde opera el mercado, todo ello sin que se discuta que el criterio de composición de destinos de la correspondencia entregada sea lo que condicione la estructura de costes de la actora.

- Que fijar el umbral del 10% de envíos locales como requisito ineludible de acceso para los descuentos aplicados por la demandante sea necesario para garantizar la adecuada prestación del Servicio Postal Universal no deja de ser sino un alegato carente de la más mínima prueba, ya que inmediatamente surge la pregunta de por qué tiene que ser ese umbral del 10% y no otra escala de descuentos que, sirviendo asimismo para garantizar la prestación del Servicio Postal Universal, no restrinjan la competencia en el mercado liberalizado de servicios locales postales.

- Finalmente, a pesar de su parquedad, sí que existe prueba de la afectación del mercado por la conducta anticompetitiva de CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. ya que, contrariamente a lo que sostiene la demandante, el informe recogido en la resolución sancionadora no sólo hace referencia a la repercusión en los ingresos de las codemandadas, sino también en el mercado (al señalar que disminuye su cuota de mercado), no se refiere a fechas anteriores sino, justamente lo contrario, compara fechas anteriores con el ejercicio 2000 que es el primer año en que tuvo lugar el nuevo sistema de descuentos, siendo por ello idónea la comparación y, en último extremo, si como expresa la resolución impugnada y reconoce la recurrente, la diferencia con el sistema previo era únicamente la del requisito mínimo del 10% de envíos locales para acceder al sistema de descuentos y se produce una disminución de la cuota de mercado de los operadores privados, parece evidente que existe una relación de causalidad entre la medida adoptada y el efecto de reducción de mercado producido.

Todo lo anterior lleva a la Sala a entender, en definitiva, que CORROS Y TELÉGRAFOS, S.A., desde su posición de dominio en el mercado relevante antes definido incurrió en abuso prohibido por el artículo 6º LDC imponiendo una medida restrictiva de la competencia del mercado liberalizado de envíos postales locales, sin que existiera justificación objetiva para tal comportamiento.

7. Entrando ya en el plano del tipo subjetivo alega la recurrente que el Tribunal de Defensa de la Competencia no aporta justificación alguna sobre la culpabilidad de CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. señalando a su vez una serie de elementos que, a su juicio, evidencian esa falta de culpabilidad.

La censura es injustificada porque, si bien es cierto que al referirse a la culpabilidad el fundamento jurídico 13 de la resolución sancionadora ahora impugnada se limita a sostener "...que la actitud deliberada que ha guiado el comportamiento ilícito de CORREOS que se examina en este expediente no ofrece duda alguna", también lo es que en el análisis que la propia resolución sancionadora hace de cada uno de los tres elementos que conforman el tipo objetivo (mercado relevante, posición de dominio y abuso de la misma, singularmente esta última) va examinando la actitud deliberada y voluntaria de la hoy actora en la realización de esa conducta en la medida en que tenía un conocimiento exacto de la finalidad por aquella pretendida como, por lo demás, implícitamente reconoce la misma en su escrito de demanda al expresar las razones que le llevaron a imponer la restricción del 10% para poder acceder a las bonificaciones y descuentos.

Como efectivamente ha sido declarado reiteradamente por esta Sala, la imposición de la sanción requiere, junto al elemento objetivo, la concurrencia del elemento subjetivo, sea dolo o culpa, intencionalidad o negligencia. Pero ninguna de las

razones esgrimidas por la actora sirven para desvirtuar la apreciación de culpabilidad en su conducta a que antes se ha hecho alusión y que, por lo expuesto, esta Sala considera que ha sido correctamente apreciada por el Tribunal de Defensa de la Competencia. Ni que el requisito mínimo del 10% sea aplicable no sólo a los envíos locales sino también a envíos con destino a capitales de provincia y Administraciones y, de otro lado, que bastaría con que tal requisito mínimo se hubiera exigido a aquellas empresas consolidadoras que reparten correo local, en lugar de a todas, para conseguir el objetivo previsto, no enervan -a lo sumo, enmascaran- la fundamental conclusión de una actitud voluntaria y deliberada de la actora en incluir un requisito de destino mínimo del 10% a envíos locales (aunque, por un lado, fuera también aplicable además a otro tipo de envíos y, por otro lado, fijar un ámbito más limitado de destinatarios también hubiera restringido la competencia), medida directamente articulada con la finalidad de incidir en los operadores en el mercado liberalizado de servicios postales de envío local, al objeto de situar a los mismos en la tesitura de elegir entre renunciar a su propio mercado, para poder acceder a las bonificaciones, o, por el contrario, renunciar a dichas bonificaciones y descuentos.

Por lo tanto, concurre la culpabilidad que como elemento subjetivo del tipo de las infracciones administrativas es requisito imprescindible para el ejercicio de la potestad sancionadora en nuestro Derecho administrativo sancionador; y de ahí que tampoco pueda prosperar el correlativo motivo de recurso.

8. Distinta y mejor suerte ha de merecer la pretensión subsidiaria de la demandante de reducción de la sanción por infracción del principio de proporcionalidad que, implícito en el artículo 25 de la Constitución, se contempla expresamente en el artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Comencemos por recordar que esta Sala tiene reiteradamente señalado que el contenido del tipo infractor no puede servir de referente para la graduación de la sanción, pues la gravedad de la conducta ya viene reconocida por el legislador al tipificarla y atribuirle la correspondiente sanción en abstracto, que lo es para la conducta descrita; asimismo, tampoco puede ser considerado criterio de agravación el que previamente hayan sido impuestas sanciones mientras éstas no sean firmes pues, aunque suponen una apariencia de comportamiento infractor reiterado, la reiteración no queda establecida en tanto no sean firmes las sanciones. Por ello, ha de atenderse a otras consideraciones, al margen de la conducta tipificada, para la individualización de la sanción y, por lo que aquí hace, a los criterios de graduación recogidos bajo el apartado 2 del artículo 10 LDC, precepto que, en cuanto a las circunstancias de agravación consideradas en la resolución sancionadora, dispone:

"Artículo 10. Multas Sancionadoras.

2. La cuantía de las sanciones se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta:

- a) La modalidad y alcance de la restricción de la competencia.
- b) La dimensión del mercado afectado.
- c) La cuota de mercado de la empresa correspondiente.

d) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios.

e) La duración de la restricción de la competencia.

f) La reiteración en la realización de las conductas prohibidas."

La actora cuestiona la aplicación de los criterios de graduación recogidos bajo las letras a) y c) del artículo 10.2 LDC ; además considera que la sanción infringe el principio de proporcionalidad por ser una de las multas más altas impuestas por el Tribunal de Defensa de la Competencia en toda su historia y por señalarlo así los sindicatos de la empresa.

Respecto de la circunstancia de graduación de la sanción recogida en el artículo 10.2 b) LDC resulta acertada la alegación actora. En efecto, la coherencia con el mercado relevante en el que se produce el abuso de la posición de dominio exige considerar no todo el mercado liberalizado (que comprende además las publicaciones periódicas, paquetería, mensajería y exprés) sino exclusivamente los servicios de correo local porque a ellos es a los que, con arreglo al propio razonamiento de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, afecta la conducta prohibida por el artículo 6º LDC . En este sentido, la prueba documental practicada (escrito del Subdirector de Gestión Económica de CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A., no contradicho por las demandadas) evidencia que la dimensión del mercado relevante a considerar es la mitad de aquél que tuvo en cuenta la resolución sancionadora para graduar la sanción por lo que, coherentemente con ello, procede reducir la sanción a la mitad en aras del principio de proporcionalidad antedicho.

Por contra, no cabe apreciar ninguna de las otras dos infracciones del principio de proporcionalidad que imputa también la actora en su demanda a la resolución impugnada. En efecto, no resulta irrelevante -sino, más bien al contrario, muy significativo- que el abuso sea realizado por el operador público que gestiona la red pública aunque afecte a un ámbito liberalizado del sector postal y ello porque, dada la significación relativa del sector reservado y del sector liberalizado, el operador exclusivo en el sector postal tiene una extraordinariamente superior capacidad de influencia de la que carecen los restantes operadores, lo que constituye un criterio de agravación de la conducta que, por lo demás, viene avalado por la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas cuando señala que el artículo 82 del Tratado es aplicable, también, al abuso cometido en un mercado distinto, pero conexo y vinculado estrechamente, con el mercado dominado, cual es el caso de la relación existente entre los servicios postales reservados y los liberalizados en nuestro Ordenamiento jurídico. La valoración de los sindicatos (alegación de la que, por lo demás, tampoco aporta prueba alguna la recurrente) en modo alguno es criterio para determinar la adecuada o inadecuada proporcionalidad de la sanción impuesta y, finalmente, el hecho de que la sanción que ante esta Sala se recurre fuera en su momento la tercera más importante impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia en toda su historia y la multa más elevada impuesta a una sola empresa constituye, por sí mismo, criterio alguno de graduación, menos aún determinante de la invocada vulneración del principio de proporcionalidad ya que, como tiene declarado el Tribunal Supremo (por todas, sentencia de 23 de marzo de 2005 de su Sala de lo Contencioso-Administrativo ) "ha de tenerse en cuenta, además, como criterio rector para este tipo de valoraciones sobre la

adecuación de las sanciones a la gravedad de los hechos, que la comisión de las infracciones anticoncurrenciales no debe resultar para el infractor más beneficiosa que el cumplimiento de las normas infringidas".

En definitiva, la correcta aplicación de las circunstancias de graduación recogidas en el apartado 2 del artículo 10 LDC lleva a esta Sala a decidir que el incremento de hasta el 10% que prevé el artículo 10.1 de la misma Ley, por no deber considerarse todo el mercado liberalizado, sino exclusivamente los servicios de correo local, determina que la "multa sancionadora" deba ser de 2.700.054 euros.

9. De todo lo anterior deriva la procedencia de estimar parcialmente el presente recurso, con la paralela anulación de la resolución impugnada exclusivamente en el extremo referente a la cuantía de la sanción pecuniaria impuesta, quedando reducida ésta a una multa de 2.700.054 euros, debiendo ser confirmada en todo lo demás por su conformidad a Derecho.

No se aprecian circunstancias que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, según el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

## **FALLO**

En atención a lo expuesto, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

ESTIMAR EN PARTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la Sociedad Anónima Estatal CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. contra resolución de 20 de junio de 2003 del Tribunal de Defensa de la Competencia, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar dicha resolución excepto en el extremo relativo a la sanción pecuniaria impuesta en el apartado Segundo de su parte dispositiva, que debe reducirse a la cuantía de 2.700.054 euros.

Sin expresa imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

## **PUBLICACIÓN**

Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. D<sup>a</sup> MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional; certifico.