

Id Cendoj: 28079230062006100796
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 270 / 2003
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a veintidos de marzo de dos mil seis.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº 270/2003, seguido a instancia de la "Sociedad Estatal de **Correos** y Telégrafos, S.A.", representada por el Procurador de los Tribunales D. Cesáreo Hidalgo Senén, con asistencia letrada y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. Ha comparecido, en calidad de codemandado, "International First Class Courier, S.L.", con asistencia letrada y representado por el Procurador D. Carlos Navarro Gutiérrez.

El recurso versó sobre impugnación de Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), la cuantía se estimó indeterminada e intervino como ponente el Magistrado Don Santiago Soldevila Fragoso.

La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO:- En fecha 7 de febrero de 2003, en el seno de un procedimiento seguido contra la recurrente por presuntas conductas prohibidas, se dictó por parte del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), en cuya parte dispositiva, se dispone:

"Primero: Declarar la comisión, por la Sociedad estatal de **Correos** y Telégrafos, S.A., de una conducta abusiva de su posición dominante consistente en haber retenido correspondencia con el anagrama de su competidor IFCC, que los usuarios habían depositado por error en los buzones de la red pública.

Segundo: Declarar la comisión, por la Sociedad Estatal de **Correos** y Telégrafos, S.A., de una conducta abusiva de su posición dominante consistente en haber difundido públicamente textos parcialmente falsos y denigrantes de la empresa competidora "International First Class Courier, S.L.".

Tercero: Intimar a **Correos** para que en lo sucesivo se abstenga de realizar semejantes conductas.

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 sancionadora de 900.000 euros de las que; 600.000 euros corresponderán a la primera conducta (retención de correspondencia); y, 300.000 euros corresponden a la segunda conducta (denigración del competidor).".

Son hechos de necesario conocimiento para enjuiciar la cuestión planteada los siguientes:

1) Generales:

a) El 30 de junio de 1999 la Administración concedió a IFCC autorización administrativa para la prestación de determinados servicios postales, no incluidos en el servicio postal universal reservado a **Correos** .

b) El 7 de julio de 1999 **Correos** requiere a IFCC para que cese en las siguientes actividades que venía desarrollando: a) servicio postal transfronterizo de entrada y salida de cartas y tarjetas postales con tarifas no permitidas; b) publicidad propia de servicios reservados legalmente a **Correos** ; y, c) vender ilegales etiquetas de pre-pago de servicios postales reservados a **Correos** .

c) El 29 de diciembre de 1999 IFCC fue sancionada, por infracciones graves de la Ley Postal (*Ley 24/1998*), a dos multas de 10 millones de pesetas cada una.

2) Retención por **Correos** de correspondencia de IFCC:

a) El 21 de julio de 1999 **Correos** comunica a IFCC que pone a su disposición determinada correspondencia con etiquetas de pre-pago de IFCC adheridas que han sido depositadas en buzones de la red pública, instándola a que las retire en 5 días, a lo que IFCC responde que se le entreguen a sus delegados territoriales.

b) IFCC reclama reiteradamente la devolución de la correspondencia retenida y **Correos** eleva consulta a la Administración que contesta, el 26 de septiembre de 2002, censurando la actuación de **Correos** .

3) Actos de denigración de IFCC por **Correos** :

a) En la prensa **Correos** descalificó la actividad de IFCC con expresiones como: venta de sellos ilegales, timo de la estampita, etc.

b) **Correos** encargó una campaña informativa en vallas publicitarias, en la que se emplearon expresiones similares contra IFCC.

SEGUNDO:- Por la representación del actor se interpuso recurso Contencioso-Administrativo, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho.

La fundamentación jurídica de la demanda, tras describir la relación profesional existente entre las distintas personas que intervienen en el mercado afectado, se basó en las siguientes consideraciones:

1) Ausencia de posición de dominio de **Correos** en el mercado afectado: el mercado relevante es el de recogida, clasificación, y transporte de los envíos transfronterizos de cartas y tarjetas postales de hasta 350 gramos de peso en España. En este mercado **Correos** no tiene capacidad para ejercer influencia en beneficio propio porque: a) no puede elegir el precio que cobra por los servicios incluidos en el mercado relevante, ya que las tarifas que cobra son tasas, b) no puede modificar las características de los servicios postales que presta, ya que al estar incluidos en el servicio postal universal su calidad está controlada por la *Ley (art. 30 Ley Postal)*. Niega que el derecho a gestionar la red postal pública no le otorga una posición de dominio, ya que todos los operadores tienen garantizado por Ley el acceso a la red, la reserva legal de determinados servicios le supone en realidad una carga por el carácter deficitario de la explotación de dichos servicios. Denuncia que el TDC no haya realizado un análisis estructural del mercado.

2) Los servicios postales transfronterizos están legalmente reservados a **Correos** , salvo que el operador en cuestión exija a los usuarios un precio 5 veces superior a la tarifa pública, por lo que, no existe competencia en este mercado: invoca el *art. 18.1 c) de la Ley Postal* .

Estima que **Correos** no debía haber devuelto la correspondencia a IFCC, ya que dicho operador no

podía competir legalmente en ese mercado.

3) La retención de correspondencia no es abuso de posición de dominio: a) se aplica una Resolución de la Administración dando respuesta a la consulta formulada con efectos retroactivos, siendo una cuestión de difícil resolución; y, b) se aplica la LCD a hechos no susceptibles de ser enjuiciados por la normativa de libre competencia ya que, ante un vacío normativo, **Correos** no retuvo la correspondencia con fines anticompetitivos.

4) La campaña informativa ejecutada por **Correos** no constituye abuso de posición de dominio. Sólo fue un medio de defensa de **Correos** ante ataques sistemáticos de IFCC que invadía sus competencias y se apropiaba de sus símbolos distintivos. Aún en el supuesto de que se hubiera infringido el *art. 9 de la Ley de Competencia Desleal*, no se ha acreditado que concurren los requisitos del *art. 7 LDC* (grave distorsión de las condiciones de competencia en el mercado y afectación del interés público). Subraya la escasa entidad de la campaña de prensa (4 artículos en dos meses y en prensa local).

5) Imprudencia de las sanciones impuestas: niega la existencia de culpa en el sujeto y no concurren los presupuestos del *art. 10.2 LDC*, sin que se haya acreditado la alegada situación de suspensión de pagos de IFCC. Son sanciones desproporcionadas.

TERCERO.- La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia, bien inadmitiendo, bien desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida. Para sostener esta pretensión se alegó lo siguiente:

1) Marco legal de prestación de los servicios postales: invoca la *Ley 24/1998 del Servicio Postal Universal (SPU)* y de Liberalización de los Servicios Postales; y recuerda que **Correos**, como operador del Servicio Postal Universal, ostenta una serie de derechos especiales y exclusivos, como el monopolio legal sobre ciertos servicios postales o la gestión de la Red pública postal y compensaciones económicas para la cobertura del coste neto derivado de la asunción del SPU, tanto por tarifas como por las aportaciones del Fondo de Compensación del Servicio Postal Universal. Por otra parte y, ya en régimen de libre competencia, **Correos** puede concurrir a la prestación de servicios postales liberalizados.

2) Análisis de los hechos en el presente caso: la posición de dominio de **Correos** deriva tanto de su posición de monopolio legal sobre determinados servicios postales junto con la gestión de la red pública estatal, como de la relevante cuota de mercado que aún retiene en el ámbito de los servicios postales liberalizados, negando la supuesta debilidad financiera de **Correos**, habida cuenta que recibe fondos públicos.

3) Respecto de la conducta de retención indebida de correspondencia depositada por error en la red pública postal, señala que, además de constituir una conducta ilegal, era la más dañina para su competidora, pues la obligaba a incumplir sus compromisos con sus usuarios.

4) Respecto de la denigración pública de su competidora, estima que carece de justificación. Recuerda que no rige el *art. 7 de la Ley de Competencia Desleal*, pues la sanción se impone tomando en consideración la posición de dominio de la recurrente. Por otra parte, niega que se exija por la jurisprudencia que sean examinados los concretos efectos sobre la competencia de una conducta, cuando la misma sea en sí misma, por su objeto o finalidad directa, restrictiva de la competencia.

5) Termina afirmando que no estamos en presencia de una única conducta, sino de dos, por lo que son dos las sanciones impuestas. Respecto de su cuantías señala que el TDC no hizo uso de las facultades que le confiere el *art. 10 de la LDC*.

CUARTO: D. Carlos José Navarro Gutiérrez en la representación, que ostenta, solicitó la confirmación del acto impugnado remitiéndose a las consideraciones que hizo en el expediente administrativo y a las que figuran en la resolución impugnada.

QUINTO.- Sin apertura de período probatorio y sin practicar el trámite de conclusiones fue señalado el día 21 de marzo de 2006 para la votación y fallo, fecha en la tuvo lugar la reunión del Tribunal señalada al efecto.

SEXTO: Aparecen observadas las formalidades de tramitación que son las del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: La primera cuestión que debe resolverse en el presente caso viene delimitada por la negativa de la recurrente a la afirmación básica en la que se sostiene la resolución impugnada y que se refiere a la determinación de si ostenta posición de dominio en el mercado. Sobre este punto debemos anticipar que nuestro criterio viene a coincidir esencialmente con el razonamiento contenido en la resolución impugnada, pues, en definitiva, los mercados relevantes están constituidos por "la recogida, clasificación y transporte de los envíos transfronterizos de cartas y tarjetas postales de hasta 350 gramos de peso en España" y, sobre ellos, es en nuestra opinión evidente la existencia de esa posición de dominio que es negada.

En primer lugar, por que está en la naturaleza de las cosas que en los supuestos, como el presente, en los que la entidad que ejercía en un régimen de monopolio legal en toda la actividad postal, concurre al mercado, parcialmente liberalizado, manteniendo su posición como operador del Servicio Postal Universal, se encuentra en una posición de dominio en dicho mercado, hecho, además, avalado por datos objetivos como son la gestión exclusiva de la red pública estatal y su consolidada presencia en todos los rincones de la geografía española, no siendo, ante esta evidencia, necesario realizar un análisis estructural del mercado.

La recurrente, en esta sede judicial, sostiene que carece de capacidad para influir, por si misma, en el mercado y por tanto niega la existencia de posición de dominio, articulando esta premisa en dos argumentos: a) el carácter jurídico de tasa de la contraprestación recibida por el servicio; y, b) el control de calidad que la Ley establece para la prestación del mismo.

En ambos casos, la recurrente omite un dato esencial, como es el hecho de que el mercado afectado y, por tanto, el ámbito de la autorización concedida hace referencia al servicio postal universal no reservado al operador al que se encomienda la prestación del servicio postal universal (*art. 4.1 b) de la Ley Postal 24/1998*), descartando, por lo tanto, el supuesto más rígido en el que existe exclusión de terceros y, por tanto, no operan las reglas de la libre competencia. En el ámbito autorizado es de aplicación el *art. 31 de la Ley Postal*, señala que: "Los precios de los servicios postales no reservados, que lleve a cabo el operador al que se encomienda la prestación del servicio postal universal y cualquier otro operador en competencia, serán fijados libremente de acuerdo con las reglas del mercado" sin que la matización que establece el siguiente párrafo, sobre precios máximos, implique la sujeción de la recurrente a la rigidez de las tasas, por lo que, debe decaer este argumento y, con ello, su tesis sobre su imposibilidad de influir en las condiciones del mercado, aunque, efectivamente, los *arts. 12, 14.1 y 15 de la citada Ley*, imponga al competidor las mismas obligaciones de calidad en la prestación del servicio que al operador del servicio postal universal (**Correos** y Telégrafos). Finalmente, sólo cabe decir que, resulta ilustrativo la consulta de la STJCE de 17 de mayo de 2001 (Asunto C-340-1999), en la medida en que fija los parámetros para la definición de la posición de dominio, respecto de una empresa pública heredera de un monopolio legal, en la prestación del servicio de **correos**, que concurre en el libre mercado desde su posición de garante de la prestación del SPU.

SEGUNDO: Una vez que afirmamos la existencia de posición de dominio, resta por contrastar si ha existido abuso en la misma, cuestión que debemos resolver afirmativamente, esencialmente, de acuerdo con los términos señalados en la resolución impugnada. En relación a la primera de las conductas sancionadas (retención de la correspondencia), la ilegalidad de la misma es manifiesta, sin que tenga la más mínima relevancia el hecho de que la Administración tardara en contestar a la consulta elevada por la recurrente. Tal y como recuerda el Abogado del Estado, la decisión de retener la correspondencia fue la actitud más dañina que pudo adoptar **Correos** en contra de su competidor pues, además de carecer de base legal, le abocaba a incumplir sus obligaciones contractuales y, con ello, a una pérdida segura de clientela y prestigio, en un mercado en el que iniciaba su actividad. A este respecto, resulta ilustrativo el *artículo 12 c) de la Ley Postal*, en la medida en que impone al operador concurrente la obligación de no perturbar la actividad del operador del SPU, principio general que debe presidir las relaciones entre los prestadores del servicio público, pero, es que la conducta de la recurrente, todavía es más grave si se tiene en cuenta que con su actitud ha venido en realidad a garantizar la interrupción de la prestación de un servicio público en los términos que taxativamente prohíbe el *art. 16 de la Ley 24/1998*.

La segunda de las conductas enjuiciadas, realización de actos de denigración, también debe decaer, por cuanto ni existe duda de la entidad de las afirmaciones vertidas por **Correos** en contra de su competidora, de lo que existe amplia constancia en el expediente administrativo y pág. 8 de la resolución del TDC, ni tampoco de que se han realizado por la Dirección de **Correos** desde su posición de dominio en el mercado relevante y ante una empresa que inicia su actividad en el sector, circunstancia que exige la verificación de la concurrencia de los requisitos establecidos en el *art. 7 de la Ley de Competencia Desleal*, compartiendo en este punto la argumentación de la resolución impugnada.

TERCERO: Finalmente, debemos analizar la corrección de la sanción impuesta desde su respeto al principio de proporcionalidad, examen que tampoco es favorable para los intereses de la recurrente. En efecto, las dos sanciones se imponen de acuerdo con el *art. 10 de la LDC*, en su escalón más bajo, que tiene un límite de 150 millones de pesetas y en sus grados mínimo (300.000 €) y medio (600.000 €). Hay que partir de un presupuesto esencial, como es el hecho de que la actividad objeto de sanción tiene lugar en un momento en el que se inicia un proceso liberalizador y, es este un dato de singular relevancia que debe tenerse en cuenta y que subraya la resolución recurrida para modular el grado en la imposición de las sanciones (SAN de 30 de junio de 2005 rec. nº 380/2002). Por otra parte, ambas conductas son en sí mismas graves, como también se indica, sin perjuicio de recordar que la retención de la correspondencia ha impedido la prestación regular del servicio público. La concurrencia de la circunstancia prevista en la *letra a) del art. 10.2 de la LDC* va, razonablemente, unida a la de la letra b), pues no cabe duda de que una conducta de mercado abusiva, que afecta a una empresa que inicia su actividad en un mercado en fase de liberalización, lesiona su proceso de desarrollo económico, sin que, efectivamente, pueda concluirse que la declaración en situación de suspensión de pagos se debiera de forma exclusiva a esta circunstancia, pero ese dato no enerva la corrección de la resolución impugnada también en este punto.

CUARTO: No se aprecian méritos que determinan un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el *art. 13 1 de la LJCA*.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de apelación y confirmamos la Sentencia impugnada. Se imponen las costas causadas en esta instancia al recurrente.

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

4

De conformidad con lo dispuesto en el *art. 248 de la LOPJ* al tiempo de notificar esta Sentencia de indicará a las partes que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala III del Tribunal Supremo.

PUBLICACION. La anterior Sentencia fue leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, en audiencia pública.