

RESOLUCION

(Expediente SNC/0011/11 CORREOS)

CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidente
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. M^a. Jesús González López, Consejera
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 23 de agosto de 2011

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (CNC), con la composición expresada al margen y siendo Consejera Ponente D^a María Jesús González López, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente Sancionador SNC/0011/11 propuesto e instruido por la Dirección de Investigación contra la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. (CORREOS), conforme a lo dispuesto en el Real Decreto 1398/1993 de 4 de Agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, por un presunto incumplimiento del acuerdo de terminación convencional tipificado en el apartado 4.c) del artículo 62 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 21 de enero de 2002, tuvo entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) denuncia contra la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. (CORREOS), formulada por la ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE EMPRESAS DE REPARTO Y MANIPULADO DE CORRESPONDENCIA (ASEMPRE).
2. Dicha denuncia se refería a una supuesta infracción de los artículos 1 y 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y del artículo 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), por la supuesta celebración de contratos con Grandes Clientes en los que se contratan de forma conjunta servicios postales prestados en competencia junto con servicios postales reservados por ley a CORREOS, y en los que se aplican grandes descuentos (precios predatorios) apoyados en una política de subvenciones cruzadas.
3. Con fecha 7 de abril de 2003, se acordó la incoación de expediente sancionador 2458/03.

4. Con fecha 21 de enero de 2004, el SDC sobreseyó el expediente el por no encontrar suficientemente acreditada la práctica denunciada, recurriendo la denunciante el acuerdo ante el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC).
El TDC, en su Resolución de 22 de julio de 2004, determinó estimar el recurso interpuesto por ASEMPRE contra el Acuerdo adoptado por el SDC de sobreseimiento del expediente.
5. El SDC, en cumplimiento de lo indicado en la citada Resolución, acordó la continuación de la instrucción del expediente 2458/03 desde el día 28 de julio de 2004.
6. El 3 de diciembre de 2004, la Directora General de Defensa de la Competencia acordó iniciar el procedimiento de terminación convencional en el expediente de referencia y notificarlo a las partes interesadas en el mismo.
7. El 15 de septiembre de 2005, por la Directora General de Defensa de la Competencia, en su calidad de Directora del SDC, y por los Presidentes de CORREOS y de ASEMPRE, se firmó el Acuerdo de Terminación Convencional (ATC) del expediente 2458/03.
8. Con objeto de garantizar el cumplimiento por parte de CORREOS de los compromisos establecidos en el ATC, CORREOS se sometió a un procedimiento de vigilancia por parte del SDC, y actualmente por la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), consistente en la verificación por parte de la autoridad de competencia de que los precios aplicados se ajustan a los criterios recogidos en el ATC.
9. Con fecha 3 de diciembre de 2010, la Dirección de Investigación elevó al Consejo de la CNC un Informe de Vigilancia en el que concluye que en el año 2009 CORREOS estaba incumpliendo el ATC de 15 de septiembre de 2005.
10. El 15 de febrero de 2011, el Consejo de la CNC resolvió solicitar a la Dirección de Investigación la incoación de procedimiento sancionador a efectos de determinar si existía responsabilidad de CORREOS por incumplimiento del ATC de 15 de septiembre de 2005.
11. El 25 de febrero de 2011, la Dirección de Investigación acordó la incoación del expediente sancionador contra CORREOS, por incumplimiento del ATC y, por lo tanto, por una infracción muy grave conforme a lo previsto en el artículo 62.4.c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC). En este acuerdo de incoación se concedió la condición de interesado en el expediente a ASEMPRE.
12. Con fecha 25 de febrero de 2011, la Dirección de Investigación notificó a CORREOS y a ASEMPRE el acuerdo de incoación de expediente sancionador contra CORREOS.
13. El 3 de marzo de 2011, CORREOS interpuso ante la Audiencia Nacional recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Consejo de la CNC de 15 de febrero de 2011.

14. El 24 de marzo de 2011, CORREOS presentó sus alegaciones a la incoación del expediente sancionador y solicitó la suspensión cautelar del expediente sancionador hasta que la Audiencia Nacional resuelva el recurso interpuesto.
15. El 28 de marzo de 2011 ASEMPRE presentó escrito de alegaciones al acuerdo de iniciación de expediente sancionador.
16. Con fecha 30 de mayo de 2011, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 19 del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, la Dirección de Investigación remitió a las partes la propuesta de resolución en los términos que se recogen a continuación dándoles un plazo de 15 días para alegaciones.

***Primero:** Que por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia se declare que SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. ha incumplido el Acuerdo de Terminación Convencional de 15 de septiembre de 2005, en 33 de sus 204 contratos con Grandes Clientes en el año 2009 y en 32 de sus 207 contratos con Grandes Clientes en el año 2008, lo que supone una **infracción muy grave** conforme a lo previsto en el artículo 62.4.c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.*

***Segundo:** Que se declare responsable de dicha infracción a SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A.*

***Tercero:** Que se imponga a SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. la sanción económica correspondiente conforme a las previsiones legales aplicables.*

17. ASEMPRE remitió sus alegaciones a la Propuesta de Resolución con fecha 22 de junio de 2011, mostrando su acuerdo con la misma que dice debe mantenerse en todos su extremos.
18. Tras solicitar con fecha 7 de junio de 2011 prórroga para las alegaciones y suspensión del plazo máximo para resolver el procedimiento, Correos presento sus alegaciones a la propuesta de resolución el 28 de junio de 2011 y en ellas solicita que se proceda a la extinción del ATC, subsidiariamente que no se le considere responsable de infracción al haberse producido cambios sustanciales en el mercado y caso de considerarle responsable que se le intime al cumplimiento del ATC, y en todo caso, de imponerle una sanción que sea simbólica o mínima.
19. El 30 de junio de 2011 la DI elevó al Consejo su propuesta de sancionar a CORREOS por incumplimiento del ATC de 15 de septiembre de 2005, en los mismos términos de la Propuesta de Resolución remitida a las partes que se recoge en el AH 16..
20. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia deliberó y falló este asunto en la sesión celebrada el día 6 de julio de 2011.
21. Son partes interesadas la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS S.A. (CORREOS) y la ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE EMPRESAS DE REPARTO Y MANIPULADO DE CORRESPONDENCIA. (ASEMPRE)

HECHOS PROBADOS

1.- Con fecha 15 de septiembre de 2005, la DG de Defensa de la Competencia y los Presidentes de Correos y de Asempre firmaron un Acuerdo de Terminación Convencional del expediente 2458/03.

2.- El acuerdo de terminación convencional (ATC) establece las condiciones de prestación de servicios postales por parte de CORREOS a Grandes Clientes, con el objeto de asegurar que los precios de CORREOS, una vez aplicados los descuentos correspondientes, cubran los costes reales de prestación del servicio.

3.- CORREOS se comprometió en el ATC a la adaptación de sus contratos con Grandes Clientes, para asegurar que los precios aplicados en virtud de los mismos cubran los costes reales de prestación. Esta adaptación de los contratos tenía un periodo transitorio, que en el supuesto máximo era de dos años, desde el 15 de septiembre de 2005, fecha de la firma del ATC.

4.- En el ámbito del procedimiento de vigilancia del ATC, la DI ha acreditado que, en base al modelo de descuentos máximos aportado por CORREOS para el año 2008, 32 empresas de las 207 consideradas como Grandes Clientes recibían de forma injustificada descuentos superiores a los descuentos máximos indicados por la propia CORREOS en al menos un servicio postal.

Asimismo, la DI ha acreditado que, en base al modelo de descuentos máximos aportado por CORREOS para el año 2009 33 empresas de las 204 consideradas como Grandes Clientes recibían de forma injustificada descuentos superiores a los descuentos máximos indicados por la propia CORREOS en al menos un servicio postal

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- Objeto del expediente y legislación aplicable

La presente Resolución tiene por objeto determinar si, como señala la DI en su informe propuesta, CORREOS incumplió el ATC de fecha 15 de septiembre de 2005, tanto en el año 2008 como en el 2009.

En la medida en que los hechos objeto del presente procedimiento son posteriores a la entrada en vigor de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), ésta debe ser la normativa conforme a la que deben enjuiciarse ya que, según lo dispuesto por el artículo 128 de la de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, *"serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa"*,

De existir incumplimiento, la conducta estaría tipificada como infracción muy grave en el artículo 62.4 c) de la LDC, en el que expresamente se señala que:

“4. Son infracciones muy graves:

(...)c) Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso adoptado en aplicación de la presente Ley, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones”.

SEGUNDO: Sobre el elemento objetivo del tipo infractor previsto por el artículo 62.4 c) de la LDC.

De acuerdo con el citado artículo 62.4 c), dos son los requisitos que deben concurrir para que resulte apreciable el elemento objeto del tipo infractor: por un lado, debe existir una resolución, acuerdo o compromiso en materia de conductas restrictivas o de control de concentraciones de la que se deriven determinadas obligaciones para un sujeto determinado y, por otro debe existir un incumplimiento o contravención de dicha resolución, acuerdo o compromiso.

Por lo que respecta al elemento objetivo del tipo, y centrándonos en el primero de los requisitos, no admite discusión que la DG de Defensa de la Competencia y los Presidentes de Correos y de Asempre firmaron un Acuerdo de Terminación Convencional del expediente 2458/03, en el que se analizaba una supuesta infracción por CORREOS de los artículos 1 y 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio de Defensa de la Competencia, y del artículo 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, consistente en la celebración de contratos con grandes clientes en los que se contrataban de forma conjunta servicios postales prestados en competencia junto con servicios postales reservados por ley a CORREOS, y en los que se aplican grandes descuentos (posibles precios predatorios) apoyados en una política de subvenciones cruzadas.

En relación con el segundo de los requisitos, el incumplimiento del ATC, este Consejo coincide con la DI en que ha quedado acreditado en el expediente de vigilancia VTC/2458 que CORREOS actuó en contra de sus propias estipulaciones de descuentos máximos permitidos por el ATC para los años 2008 y 2009, al establecer de forma injustificada descuentos mayores para determinados servicios en 32 de los 207 contratos con Grandes Clientes en 2008 y en 33 de los 204 contratos con Grandes Clientes en 2009, sin que este hecho haya sido desvirtuado por la denunciada.

CORREOS, en su escrito de alegaciones al acuerdo de incoación, entiende que no cabe apreciar la existencia de tipo infractor invocando por un parte la necesidad de tener en cuenta la función de la estructura de consumo de cada cliente y en segundo lugar la necesidad de admitir la aplicación de la subactividad en el cálculo de los costes de los descuentos máximos concedidos por la Compañía a sus grandes clientes, para lo que se remite a los informes realizados por dos consultoras económicas.

Frente a estas alegaciones el Consejo coincide con la DI en que el cálculo de los descuentos debe realizarse servicio a y no por cliente, y por lo que se refiere a la aplicación en el cálculo de los costes de la subactividad, este Consejo considera que dicha aplicación no sería admisible a efectos de entender que se está dando debido cumplimiento al ATC, toda vez que éste no recoge dicha previsión a la hora de definir los conceptos de costes y ahorros de costes. Aceptar la tesis de CORREOS equivaldría, por un lado, a admitir que el ATC es modificable de forma unilateral y sin el consentimiento de la Administración, y, por otro, a vaciarlo de contenido.

Es importante señalar, a este respecto, que CORREOS únicamente planteó la cuestión de introducir la subactividad en el cálculo de los descuentos máximos a partir de 2010, cuando la DI le requirió una justificación para los supuestos incumplimientos de los descuentos máximos del año 2009.

En cualquier caso, antes de aplicar unos descuentos mayores de los permitidos en el ATC, CORREOS debería haber puesto de manifiesto las insuficiencias en que, a su juicio, incurría el ATC a la hora de calcular los descuentos máximos permitidos y haber solicitado de forma motivada su modificación.

Por otro lado, debe recordarse que los precios de referencia de CORREOS (sobre los que se aplican los descuentos del ATC) estaban regulados por el Ministerio de Fomento en los años 2008 y 2009 (para lo que tiene en cuenta la estructura real de costes de CORREOS), y que los mayores costes de CORREOS por la prestación del servicio postal universal (como la subactividad) han sido objeto de compensación (con el área reservada de actividad en dichos años). Por ello, difícilmente se puede considerar que el ATC causa a CORREOS una desventaja competitiva inadmisibles frente al resto de operadores privados.

TERCERO.-Sobre el elemento subjetivo del tipo: carácter doloso o negligente de la conducta ilícita enjuiciada.

Por lo que al elemento subjetivo del tipo se refiere, la culpabilidad, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, viene afirmando que los principios del Derecho Penal son de aplicación, con matizaciones, al Derecho Administrativo Sancionador.

En este sentido, no cabe una responsabilidad objetiva por el mero hecho de una actuación ilícita, sino que es exigible el concurso, de al menos, un principio de culpa (STC 246/1991; STS 26-03-86 entre otras).

El artículo 130 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, señala que: *“Sólo pueden ser sancionadas, por hechos constitutivos de infracción administrativa, las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia.”*

De acuerdo con lo anterior, la conducta debe ser reprochable, al menos, a título de negligencia, lo que excluye que necesariamente deba concurrir como elemento subjetivo de lo injusto el dolo (en cualquiera de sus grados); sino que basta con que se presencie la falta de una debida y básica diligencia. (STS 20-12-96)

En sus alegaciones, CORREOS manifiesta que no puede ser sancionada dado que la compañía ha venido aplicando los descuentos a grandes clientes basándose en la creencia de que eran acordes al ATC al no existir ningún informe de vigilancia del SDC primero y después de la DI, sobre la circunstancia de que dichos descuentos pudieran incumplir el ATC.

Difícilmente se puede mantener que su actuación fuese acorde con lo pactado en el ATC cuando la CNC, una vez analizada en detalle la conducta desarrollada durante el procedimiento de vigilancia ha llegado a la conclusión de que existe un incumplimiento del citado Acuerdo cuyo carácter infractor debe ser analizado en el seno del correspondiente procedimiento sancionador, el presente.

La representación de Correos alega en su escrito de 22 de marzo de 2011 la confianza legítima de Correos en la actuación de la DI como causa excluyente de su culpabilidad ante un posible incumplimiento del ATC. Pero, conforme a la postura mantenida en anteriores Resoluciones de este Consejo respecto de la aplicación del principio de la confianza legítima, se considera que en ningún momento CORREOS pudo considerar legítimamente que su actuación había sido aprobada por los órganos de la CNC. Como ha señalado este Consejo en la Resolución de 10 de noviembre de 2009 (Expediente R/0024/09 CONSENUR), *“la doctrina de la confianza legítima en los actos administrativo es positiva (pronunciamiento expreso) y nunca puede serlo en actos inexistentes (falta de pronunciamiento), so pena de vulnerar el principio de seguridad jurídica”*. Igualmente en la Resolución de 9 de abril de 2010 (SNC-0005/09, CONSENUR/ECOTEC, FJ Cuarto) el Consejo de la CNC consideró al respecto lo siguiente:

“En conexión directa con el Fundamento precedente, se encuentra la alegación de infracción del principio de confianza legítima, relacionado con los más tradicionales, en nuestro ordenamiento, de la seguridad jurídica, contemplado en el artículo 9.3 de la Constitución Española y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, reconocido expresamente por el artículo 3 LRJPAC.

A este respecto, señalar que la interpretación que de dicho principio realiza CONSENUR no es en absoluto coincidente con la que, de forma constante, se viene realizando por el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional y el (hoy) Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En efecto, como señala de forma reiterada la jurisprudencia comunitaria, el principio de confianza legítima no es aplicable a los supuestos de cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular, sino cuando dicha confianza se funda en signos o hechos externos producidos por la Administración, lo suficientemente concluyentes que induzcan a aquél a confiar en la "apariencia de legalidad" que la actuación administrativa a través de actos concretos revela, moviendo a la voluntad del administrado a realizar determinados actos que después no concuerdan con la

verdadera voluntad de la Administración y sus consecuencias, reveladas y producidas con posterioridad a la material realización de aquéllos por los particulares”.

De acuerdo con los hechos declarados acreditados este Consejo considera que, durante el procedimiento de vigilancia del Acuerdo de Terminación Convencional del expediente 2458/03, no se ha dado ningún tipo de signos o hechos externos para que CORREOS pueda considerar que desde la CNC se le haya inducido a confiar en la "apariencia de legalidad" de su actuación. Y todavía en menor medida que dichos signos o hechos externos hayan alcanzado la cualidad de "suficientemente concluyentes" que requiere la jurisprudencia citada para mover la voluntad de CORREOS a realizar determinados actos que se revelan no concordantes con la verdadera voluntad de la Administración. De hecho, la actuación de la CNC revela precisamente lo contrario.

Respecto a la presunta aprobación de la política de descuentos de CORREOS por parte del Ministerio de Fomento a través de los informes citados por la imputada en sus alegaciones, cabe añadir que la competencia para determinar el grado de cumplimiento del ATC no corresponde a dicho Departamento Ministerial sino a esta Comisión. Como ha señalado este Consejo en su Resolución de 26 de abril de 2011 (Expte. S/107/08, PLATAFORMA DEL MEJILLON), *“Ni el silencio ni la opinión de una Administración no competente en la materia sobre el cumplimiento o incumplimiento de la normativa de competencia pueden entenderse como generadores de confianza legítima.”*

En segundo lugar, CORREOS alega como causa excluyente de la culpabilidad que su comportamiento ha obedecido a una interpretación razonable del ATC, no existiendo un incumplimiento deliberado del ATC.

Sin embargo, esta alegación no resulta admisible ya que, por un lado, la aplicación de la subactividad en el cálculo de los descuentos máximos permitidos por CORREOS a sus Grandes Clientes no se encontraba contemplada en el ATC, por lo que difícilmente se puede invocar como razonable una interpretación de una resolución que no se basa en su contenido y, por otro, porque una actuación diligente de CORREOS en relación con la aplicación de dichos descuentos, habría exigido que antes de desarrollar una actuación que excediese de los términos acordados en el ATC, y distinta a sus propias estimaciones, hubiese suscitado un incidente de ejecución ante la Comisión para determinar si su actuación era correcta.

A la vista de estas circunstancias, la aplicación de unos descuentos para algunos servicios que conforme a las propias estimaciones de CORREOS para dichos años, superaban el descuento máximo permitido, no puede definirse sino como una conducta dolosa. Pero aun cuando no fuera así, el hecho de que a una empresa con los conocimientos técnicos y medios materiales y humanos de CORREOS y con la experiencia en materia de competencia ante esta autoridad, no le llegara a surgir la más mínima duda sobre la incompatibilidad de los descuentos con el ATC o, al menos, decidiera acudir previamente a la Administración para evitar cometer una infracción e la LDC, impide considerar que, por su parte, se haya puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento del ATC.

Por todo ello, no cabe duda de que el elemento subjetivo de la infracción está presente en el supuesto que nos ocupa, al menos en su forma más leve de culpa o negligencia.

TERCERO.- Sobre el importe de la sanción.

Resuelta la existencia de una infracción muy grave de la LDC por incumplimiento del artículo 62.4 c) de la LDC, el Consejo de la CNC puede imponer sobre la base del artículo 63. 1 de la citada ley una multa de hasta el 10% del volumen de negocios de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

El Consejo, teniendo en cuenta, conforme al artículo 64 de la LDC, la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la duración de la infracción, y la inexistencia de atenuantes o agravantes, considera proporcionado fijar el importe de la sanción en un 1,5% de la facturación de los años 2008 y 2009 a Grandes clientes con descuentos superiores a los permitidos por el ATC, lo que ascendería a 4.800.000 euros

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, **EL CONSEJO**

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar que el incumplimiento del Acuerdo de Terminación Convencional de fecha 15 de septiembre de 2005, supone una infracción muy grave tipificada en el apartado 4.c) del artículo 62 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, de la que se considera responsable a la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A.

SEGUNDO.- Imponer a la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. una sanción de CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS MIL EUROS, de acuerdo con lo previsto en el apartado 1.c) del artículo 63 de LDC.

TERCERO.- Instar a la Dirección de Investigación para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.

Comuníquese esta RESOLUCION a la Dirección de Investigación y notifíquese a las partes interesadas SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. y ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE EMPRESAS DE REPARTO Y MANIPULADO DE CORRESPONDENCIA haciéndoseles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de DOS MESES a contar desde el día siguiente al de su notificación.