

Audiencia Nacional

AN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) Sentencia de 25 abril 2013

JUR\2013\133067



INDUSTRIA Y COMERCIO: Comercio interior: prácticas restrictivas de la competencia: Comisión Nacional de la Competencia: expediente de vigilancia del cumplimiento de acuerdo de terminación convencional: declaración de finalización de la vigencia del acuerdo: impugnación: examen: impugnación improcedente.

Jurisdicción:Contencioso-Administrativa

Recurso contencioso-administrativo 225/2012

Ponente:Excma. Sra. Mercedes Pedraz Calvo

SENTENCIA

Madrid, a veinticinco de abril de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso administrativo núm. 225/2012 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora Sra. Corral Losada en nombre y representación de **ASEMPRE** frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 8 de marzo de 2012 relativa a **vigilancia de un acuerdo** de terminación convencional suscrito el día 15 de septiembre de 2005 siendo codemandado **SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELEGRAFOS S.A.** representada por el Procurador Sr. Hidalgo Senén y la cuantía de este recurso se ha fijado en indeterminada. Siendo Ponente la Magistrado **Dª MERCEDES PEDRAZ CALVO.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 16

de mayo de 2012. Por Decreto del Sr. Secretario se acordó tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO- En el momento procesal oportuno la representación procesal de la actora formalizó la demanda mediante escrito de 7 de septiembre de 2012 en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia por la que se declare nula la resolución recurrida y *"en consecuencia continúe la instrucción del expediente sancionador correspondiente contra la sociedad demanda CORREOS Y TELEGRAFOS S.A. por el incumplimiento del Acuerdo de Terminación convencional de 15 de septiembre de 2005 durante los ejercicios 2010 y 2011"*.

TERCERO- El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

La codemandada contestó a la demanda mediante escrito presentado el día 19 de diciembre de 2012, en el cual, solicitó que se desestimara el recurso y se confirmara el acto administrativo impugnado.

CUARTO- Las partes, por su orden, presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO - La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 23 de abril de 2013 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO

- Es objeto de impugnación en este recurso contencioso-administrativo el acuerdo dictado por la Comisión Nacional de la Competencia el día 8 de marzo de 2012 en el expediente VATC/2458/03, ASEMPRE/CORREOS, cuyo objeto es la vigilancia del Acuerdo de 15 de Septiembre de 2005 de Terminación Convencional del expediente Sancionador 2458/03 Asempre/Correos, sobre la base del [artículo 41](#) de la [Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia](#), de 3 de julio (RCL 2007, 1302) (LDC (RCL 1989, 1591)), y del [artículo 71](#) del [Reglamento de Defensa de la Competencia \(RCL 2008, 502 \)](#) aprobado por Real Decreto 261/08, de 22 de febrero (RDC).

La CNC resuelve literalmente:

"Dar por concluida la Vigilancia del cumplimiento de la Resolución de 15 de septiembre de 2005, recaída en el expediente sancionador VATC/2458/03 y declarar extinguidos los compromisos de la misma desde el 17 de febrero de 2010."

SEGUNDO

Constituyen antecedentes relevantes para la resolución de este recurso los siguientes:

-. El 15 de septiembre de 2005 por la Directora General de Defensa de la Competencia, en su calidad de Directora del Servicio de Defensa de la Competencia (SDC), y por los Presidentes de la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. (CORREOS) y de la ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE EMPRESAS DE REPARTO Y MANIPULADO DE CORRESPONDENCIA, (ASEMPRE) se firmó el Acuerdo de Terminación Convencional del Expediente 2458/03.

-. El expediente se inició por denuncia de ASEMPRE contra CORREOS, 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.

-. El Acuerdo de Terminación Convencional (ATC) firmado, establecía 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.

-. Para conseguir dicho objetivo CORREOS, en el ATC, adquiere una serie de compromisos que estarán en vigor mientras no se produzcan cambios relevantes en el mercado o en la normativa y que cualquiera de las partes podrá solicitar la revisión del mismo si se producen cambios en las circunstancias que se han tenido en cuenta para la adopción, y dispone que corresponde la SDC en exclusiva la valoración de los cambios.

-. En cumplimiento de los anteriores compromisos CORREOS facilita periódicamente a la autoridad de competencia, primero al SDC y ahora a la DI, información sobre sus contratos y su contabilidad de costes.

-. Con base en determinados análisis de precios, y descuentos la DI previa solicitud de informes a la Administración y realizar un seguimiento detallado de ambos extremos informó de que Correos estaría incumpliendo el Acuerdo de Terminación Convencional en 33 de los 204 contratos de CORREOS con Grandes Clientes en 2009, es decir, se estarían incumpliendo los descuentos máximos en el 16,2% de los contratos,

-. El 24 de septiembre de 2010, y de acuerdo con el [artículo 42.3 del RDC \(RCL 2008, 502 \)](#), la DI notifica a la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A., (CORREOS) y a la ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE EMPRESAS DE REPARTO Y MANIPULADO DE CORRESPONDENCIA, (ASEMPRE) el informe de vigilancia de fecha 23 de septiembre de 2010, que recoge las conclusiones a que se refiere el punto anterior, para

que formulen alegaciones.

- ASEMPRE no presentó alegaciones al informe de vigilancia.

- CORREOS presentó dos escritos que tuvieron entrada en la CNC los días 25 de octubre y 11 de noviembre de 2010. En el primero, CORREOS presenta alegaciones y en el segundo, solicita la extinción del Acuerdo de Terminación Convencional o, de manera subsidiaria, su modificación.

- Con fecha 3 de diciembre de 2010 la DI eleva al Consejo el Informe de Vigilancia, en el que concluye lo siguiente:

"Por lo expuesto, habida cuenta de que las alegaciones aportadas por CORREOS no desvirtúan la inicial conclusión de esta Dirección de Investigación, se concluye que CORREOS está incumpliendo el ATC de 15 de septiembre de 2005 . Concretamente, después de analizar las justificaciones de CORREOS, el ATC se estaría incumpliendo en 33 de los 204 contratos de CORREOS con Grandes Clientes en 2009.

Adicionalmente, esta Dirección de Investigación estima que CORREOS no ha aportado argumentos suficientes que justifiquen la extinción del ATC de 15 de septiembre de 2005 .

En todo caso, esta Dirección de Investigación estima que sí puede ser necesaria una modificación de dicho ATC, alterando la metodología de cálculo de los niveles de descuentos máximos de cada servicio de CORREOS, y estableciendo mecanismos de transparencia en la contabilidad analítica de CORREOS que permitan validar la misma y replicar los cálculos presentados CORREOS."

- E l día 14 de febrero de 2011 la Comisión Nacional de la Competencia dicta acuerdo que resuelve *"solicitar a la DI la incoación de procedimiento sancionador a efectos de determinar si existe responsabilidad de la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS TELEGRAFOS S.A. por incumplimiento del ATC de 15 de septiembre de 2005 "*.

- En su Resolución de 23 de agosto de 2011, la CNC consideró acreditado el incumplimiento por parte de Correos del mencionado Acuerdo de Terminación Convencional, declarando que dicho incumplimiento constituye una infracción muy grave e imponiendo a Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. una multa de 4.800.000 euros. Dicha resolución fue recurrida ante esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, tramitándose el recurso 543/2011 .

- El día 8 de marzo de 2012, la CNC en el expediente VATC/2458/03, ASEMPRE/CORREOS, resolvió *"Dar por concluida la Vigilancia del cumplimiento de la Resolución de 15 de septiembre de 2005, recaída en el expediente sancionador VATC/2458/03 y declarar extinguidos los compromisos de la misma desde el 17 de febrero*

de 2010".

- Esta Sala de lo contencioso-administrativo dictó sentencia el pasado día 15 de octubre de 2012 en el recurso contencioso- administrativo núm. 95/2011 en la cual se desestimó el recurso interpuesto por la hoy codemandada, SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELEGRAFOS S.A. contra el acuerdo de la CNC de 14 de febrero de 2011. La sentencia es firme.

TERCERO

Los motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse como sigue:

- La recurrente considera que la resolución impugnada vulnera el ordenamiento jurídico, con fundamento en la naturaleza jurídica del acuerdo de terminación convencional objeto del mismo.

- El análisis jurídico del ATC de 25 de septiembre de 2005: es un acuerdo tripartito de naturaleza convencional por el que se pone fin a un procedimiento sancionador que es equivalente a una transacción judicial, no pudiendo quedar al arbitrio de una de las partes su interpretación, y menos aún si esta parte lleva a cabo una conducta ilícita.

- La resolución recurrida modifica unilateralmente la voluntad de las partes, y el ATC no puede modificarse a instancia de parte, especialmente si esta es la incumplidora.

- Las razones expuestas por Correos para que se declarase finalizado el ATC no existen: ninguna de las afirmaciones de la resolución recurrida acreditan o justifican la necesidad de extinguir el Acuerdo de Terminación Convencional, máxime cuando tal decisión solo favorece a Correos.

El Abogado del Estado alega que la resolución no establece ningún tipo de impunidad o inmunidad a favor de Correos, ni supone una renuncia, que sería ilegal, a hacer dejación de las funciones propias de la CNC, sino que pone de manifiesto que el ATC ha dejado de ser efectivo. Entiende que al amparo del [art. 52 LDC \(RCL 1989, 1591 \)](#) si el convenio no funciona o no cumple sus objetivos su causa desaparece y deviene nulo. Al tiempo, de seguir vigente y comprobarse que las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción han desaparecido, lo lógico es dejarlo sin efecto.

En resumen: la potestad de vigilancia y seguimiento del ATC corresponde a la CNC, concurriendo las circunstancias apreciadas por la misma.

Por su parte la codemandada, SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELEGRAFOS S.A. alega que el ATC no es un acuerdo transaccional, sino un acto administrativo regulado en el [art. 52 LDC](#) y antes en el [art. 36 bis](#) de la Ley 16/1989 , conclusión que se refuerza por el hecho de que su incumplimiento supone una infracción muy grave susceptible de sanción.

Así, si la CNC considera discrecionalmente que el ATC deja de tener la aptitud para lograr la finalidad para la que fue adoptado no hay motivo para mantener su vigencia. En último lugar considera que la declaración de terminación carece de consecuencias.

CUARTO

- Como se señaló en la citada sentencia de esta Sala de fecha 15 de octubre de 2012 , la Ley 15/2007, de 3 de julio de 2007, de Defensa de la Competencia ([LDC \(RCL 1989, 1591 \)](#)) en su artículo 41.1 dispone que la CNC, en los términos que reglamentariamente se establezcan, vigilará la ejecución y el cumplimiento de las resoluciones y acuerdos que se adopten en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas, incluidos los acuerdos de terminación convencional, como de medidas cautelares y de control de concentraciones.

El [Reglamento de Defensa de la Competencia \(RCL 2008, 502 \)](#) , aprobado por el Real Decreto 261/08, de 22 de febrero (RDC), establece en su artículo 42 el procedimiento a aplicar a las vigilancias del cumplimiento de las obligaciones y resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional de Competencia, siendo el Consejo, previa propuesta de la Dirección de Investigación, el que debe resolver sobre el cumplimiento o incumplimiento y en su caso sobre la finalización de la vigilancia.

El Acuerdo de Terminación Convencional de 15 de septiembre de 2005, firmado por CORREOS, ASEMPRE y el SDC, dispone que el incumplimiento de los compromisos adquiridos en el mismo podrá ser sancionado, mediante la imposición de una multa coercitiva por el Tribunal de Defensa de la Competencia, y encarga al Servicio de Defensa del Competencia de la Vigilancia y Verificación de que CORREOS cumple los compromisos.

El punto 7 del [artículo 39](#) RDC dispone que el incumplimiento de la resolución que ponga fin al procedimiento mediante la Terminación Convencional tendrá la consideración de infracción muy grave de acuerdo al artículo 62.4.c) de la LDC , pudiendo además dar lugar a la imposición de multas coercitivas de acuerdo con el artículo 67 de la misma, así como, en su caso a la apertura de un procedimiento sancionador por infracción de los artículos 1 , 2 ó 3 de la LDC .

El examen de los antecedentes del expediente pone de manifiesto que el acuerdo de terminación convencional litigioso ponía fin al expediente sancionador incoado frente a la codemandada por denuncia de la hoy actora por abuso de su posición de dominio al haber aplicado precios predatorios a sus contratos con determinadas entidades. Correos se comprometió a garantizar que los precios de sus servicios a grandes clientes una vez aplicados los descuentos procedentes, cubrían los costes reales.

En el [art. 52](#) LDC se regula la terminación convencional en los siguientes términos:

"1. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, podrá resolver la terminación del procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas cuando los presuntos infractores propongan compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y quede garantizado suficientemente el interés público.

2. Los compromisos serán vinculantes y surtirán plenos efectos una vez incorporados a la resolución que ponga fin al procedimiento.

....."

El [artículo 39](#) del Reglamento de Defensa de la Competencia establece:

"1. De conformidad con el [artículo 52](#) de la [Ley 15/2007, de 3 de julio \(RCL 2007, 1302 \)](#) , en cualquier momento del procedimiento previo a la elevación del informe propuesta previsto en el [artículo 50.4](#) de la Ley 15/2007, de 3 de julio , la Dirección de Investigación podrá acordar, a propuesta de los presuntos autores de las conductas prohibidas, el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional de un procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas. Este acuerdo de inicio de la terminación convencional será notificado a los interesados, indicándose si queda suspendido el cómputo del plazo máximo del procedimiento hasta la conclusión de la terminación convencional.

2. Los presuntos infractores presentarán su propuesta de compromisos ante la Dirección de Investigación en el plazo que ésta fije en el acuerdo de iniciación de la terminación convencional, que no podrá ser superior a tres meses. Dicha propuesta será trasladada al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia para su conocimiento.

4. La propuesta de compromisos será remitida por la Dirección de Investigación a los demás interesados con el fin de que puedan aducir, en el plazo que se señale, cuantas alegaciones crean convenientes.

5. La Dirección de Investigación elevará al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia la propuesta de terminación convencional para su adopción e incorporación a la resolución que ponga fin al procedimiento. Recibida la propuesta de terminación convencional y, en su caso, informada la Comisión Europea de acuerdo con lo previsto en el artículo 11.4 del Reglamento ([CE \(RCL 1978, 2836 \)](#)) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá:

a. Resolver el expediente sancionador por terminación convencional, estimando adecuados los compromisos presentados.

b. Resolver que los compromisos presentados no resuelven adecuadamente los efectos

sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente o no garantizan suficientemente el interés público, en cuyo caso, podrá conceder un plazo para que los presuntos infractores presenten ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia nuevos compromisos que resuelvan los problemas detectados. Si, transcurrido este plazo, los presuntos infractores no hubieran presentado nuevos compromisos, se les tendrá por desistidos de su petición y el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia instará de la Dirección de Investigación la continuación del procedimiento sancionador.

....."

La recurrente considera que la resolución impugnada vulnera el ordenamiento jurídico, con fundamento en la naturaleza jurídica del acuerdo de terminación convencional objeto del mismo. A su juicio es un acuerdo tripartito de naturaleza convencional equivalente a una transacción judicial, sin que la Administración pueda modificar unilateralmente la voluntad de las partes.

La Sala no comparte esta apreciación de la naturaleza jurídica del acuerdo de terminación convencional: los preceptos de aplicación han sido reproducidos porque revelan con claridad que si bien la iniciativa corresponde a los administrados, y no cualquiera sino " a propuesta de los presuntos autores de las conductas prohibidas" la decisión corresponde legalmente única y exclusivamente al Consejo de la CNC.

La Dirección de Investigación elevará la propuesta en su caso, y el Consejo decidirá si resuelve el expediente sancionador por terminación convencional. Es determinante en esta regulación el hecho de que se trata de un procedimiento sancionador, donde ([art. 49 LDC](#)) el procedimiento se inicia siempre de oficio, bien a iniciativa de la Administración bien por denuncia. El denunciante en vía administrativa tiene pues una limitada participación en el procedimiento, en este caso por la puesta en conocimiento de la Administración de determinados hechos, pero no es una "parte" lo que limita esa apreciación de que el acuerdo de terminación convencional sería un acuerdo entre denunciante y denunciado sobre el que la CNC carecería de potestades, conclusión que se extrae de su pretensión.

El [art. 39 RDC](#) limita la participación de los "interesados" a la realización de alegaciones a la propuesta de compromisos.

"4. La propuesta de compromisos será remitida por la Dirección de Investigación a los demás interesados con el fin de que puedan aducir, en el plazo que se señale, cuantas alegaciones crean convenientes."

Como la propia recurrente pone de manifiesto en su escrito de conclusiones, la LDC y el RDC encomiendan a la Administración la vigilancia del cumplimiento de los compromisos adoptados en el marco de la terminación convencional, y en este esquema normativo es

igualmente coherente la tipificación como conducta contraria a la ley del incumplimiento de los compromisos. Por lo tanto, es a la CNC a quién corresponde acordar la revisión o extinción de un acuerdo, precisamente lo que ha ocurrido en este supuesto.

En consecuencia, no se ha vulnerado el ordenamiento jurídico porque la CNC haya resuelto dar por concluida la vigilancia del cumplimiento de la Resolución de 15 de septiembre de 2005, y declarar extinguidos los compromisos de la misma, porque dicha resolución no es un acuerdo tripartito equivalente a una transacción judicial, ni modifica unilateralmente la voluntad de las partes, debiendo desestimarse los correspondientes motivos de recurso.

QUINTO

La recurrente considera que no existen las razones que la CNC ha tenido en cuenta para declarar finalizado el ATC, no habiéndose probado o justificado la necesidad de extinguirlo.

La Dirección de Investigación (DI) propuso dejar sin efecto el ATC porque ha tenido lugar la modificación sustancial de las circunstancias que se han tenido en cuenta para la adopción del mismo.

Del propio escrito de demanda de la recurrente resulta tal modificación: no solo porque han transcurrido siete años, sino porque existen diversas investigaciones abiertas a Correos en relación con su actividad comercial, en concreto posible abuso de posición de dominio en materia de discriminación abusiva y estrechamiento de márgenes en la prestación de servicios a grandes clientes. Y como última razón, pero no de menor trascendencia, concurre la circunstancia de que se ha constituido el día 6 de octubre de 2010 la Comisión Nacional del Sector Postal que actúa como organismo regulador del sector postal, que tiene como objetivo preservar y promover el mayor grado de competencia efectiva y transparencia en el funcionamiento del sector postal, sin perjuicio de las funciones atribuidas a la CNC y en colaboración con la misma.

La Sala comparte plenamente los razonamientos de la CNC: *"es evidente que la pervivencia de un Acuerdo de Terminación Convencional solo tiene razón de ser si se cumplen los objetivos para los que fue firmado, a saber, restablecer y mantener las condiciones de competencia en los mercados y garantizar el interés público (artículo 52 LDC (RCL 1989, 1591)). Si así no fuera, el Acuerdo de Terminación Convencional pierde su virtualidad y por tanto debe entrar en funcionamiento la aplicación normal de la LDC, con las prohibiciones que corresponden de los artículos 1 , 2 y 3 "*

Como pone de relieve el Abogado del Estado, esta resolución no supone una declaración de impunidad o inmunidad de Correos ni una renuncia a los cometidos propios de la CNC, siendo la mejor prueba de ello la imposición de una sanción por incumplimiento del ATC.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del presente recurso.

SEXTO

La reforma de la ley jurisdiccional en materia de costas procesales se publicó en el BOE de 11 de octubre de 2011, señalando su disposición final que entraría en vigor a los veinte días de dicha publicación. Por lo tanto entró en vigor el día 31 de octubre de 2011 y habiéndose interpuesto este recurso el día 16 de mayo de 2012 procede efectuar condena al pago de las costas a la parte actora que ha visto íntegramente desestimado su recurso.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución,

FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR y DESESTIMAMOS**

el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **ASEMPRE** contra el Acuerdo dictado el día 8 de marzo de 2012 la Comisión Nacional de la Competencia descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual confirmamos, por ser conforme a derecho. Con condena al pago de las costas a la parte actora.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica de Poder Judicial .

Así , por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso- lo pronunciamos, mandamos y fallamos.

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