

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ066125

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 542/2022, de 9 de mayo de 2022

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 2342/2020

SUMARIO:**Contrato de Acceso a la Red Postal de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos. Aprobación previa. Potestades de la CNMC. Descuentos a operadores. Principio de no discriminación.**

Las cuestiones que presentan **interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia** consisten en:

(i) Aclarar cuál es el **alcance de las potestades de la CNMC** en virtud de la competencia para la aprobación previa del contrato tipo de acceso a la red postal que le confiere el artículo 45.2 y 5 LSPU; en particular, si resulta posible la **imposición de condiciones como la igualación de tarifas o descuentos a diferentes operadores**.

(ii) En directa relación con lo anterior, aclarar si la introducción de una **diferenciación en los descuentos por volumen ofrecidos a grandes clientes minoristas y a operadores alternativos** (que disponen de su propia red) supone una quiebra del principio de no discriminación y ampara la imposición de condiciones de igualdad en los descuentos por la CNMC.

El régimen establecido en la regulación del servicio postal lleva a las siguientes conclusiones: **corresponde a la CNMC aprobar el contrato tipo de acceso** a la red postal que debe elaborar el operador designado para prestar el servicio postal universal; antes de otorgar su aprobación, **la CNMC ha de comprobar que las tarifas fijadas en el contrato tipo se ajustan a los principios de transparencia, no discriminación y cobertura del coste** ocasionado al titular de la red; y debe asimismo verificar que estas tarifas no supongan incremento de las necesidades de financiación del servicio postal universal y de la carga financiera injusta compensable al operador prestador del servicio; la CNMC podrá desarrollar los criterios para determinar las tarifas ateniéndose a los principios enunciados; en la regulación contenida en el artículo 45 de la Ley del servicio postal universal **no se contempla que la CNMC pueda fijar ella misma las tarifas que habrían de sustituir a las previstas en el contrato tipo** sometido a su aprobación. Y tal atribución competencial para la fijación de tarifas en un contrato tipo tampoco resulta de lo establecido en los distintos apartados del artículo 8 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, donde se enumeran las funciones de la CNMC en orden a la supervisión y control del mercado postal.

Debe afirmarse entonces, que con ocasión su intervención **en la aprobación de un contrato tipo la CNMC no puede establecer una suerte de regulación ex ante consistente en la fijación de unas tarifas distintas a las contempladas en el contrato tipo** formulado por operador designado para prestar el servicio postal universal.

En lo que se refiere a la aplicación de descuentos vinculados al volumen y características de los envíos, la CNMC puede formular criterios orientadores; y debe admitirse que entre esos criterios tienen cabida aquéllos tendentes a limitar o impedir posibles tratos discriminatorios en la aplicación de los descuentos. No obstante, el reconocimiento de esta atribución al órgano supervisor merece ser acotado en un doble aspecto. De un lado, **el hecho de que la CNMC pueda formular criterios en esta materia no significa que pueda establecer los descuentos por sí misma y con tal grado de detalle que suponga la fijación de tarifas por parte del órgano regulador**. De otra parte, **admitir que la CNMC puede formular criterios en materia de descuentos no excluye que los formulados puedan no ser ajustados a derecho o disconformes con la jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**.

PRECEPTOS:

Tratado de 25 de marzo de 1957 de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), art. 102.

DIRECTIVA 97/67/CE (normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio), arts. 11, 11 bis y 12.

Ley 29/1998 (LJCA), art. 90.4.

Ley 43/2010 (del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal), arts. 21, 35, 37, 45.1. 2 y 5, y 50.

Ley 3/2013 (de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia), arts. 8, 12, disp. adic. segunda. 1 y 2, disp. derog. 8.

PONENTE:

Don Eduardo Calvo Rojas.

Magistrados:

Don EDUARDO ESPIN TEMPLADO
Don JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT
Don EDUARDO CALVO ROJAS
Don JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
Don DIEGO CORDOBA CASTROVERDE

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 542/2022

Fecha de sentencia: 09/05/2022

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 2342/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 26/04/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 8

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: dvs

Nota:

R. CASACION núm.: 2342/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 542/2022

Excmos. Sres.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

En Madrid, a 9 de mayo de 2022.

Esta Sala ha visto y ha examinado de manera conjunta, como recurso de casación nº 2342/2021, los recursos de esa clase interpuestos por la Abogacía del Estado, actuando en representación y defensa de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, y por la Procuradora D^a María José Corral Losada, en representación la ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE EMPRESAS DE REPARTO Y MANIPULADO DE CORRESPONDENCIA (ASEMPRE) y de UNO, Organización Empresarial de Logística y Transporte, así como de la entidad GUREAK MARKETING, S.L.U., contra la sentencia de la Sección 8^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 18 de diciembre de 2019 dictada en el recurso contencioso-administrativo 374/2018. Se ha personado como parte recurrida la SOCIEDAD ESTATAL DE CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A., S.M.E., representada por la Procuradora D^a María Jesús Gutiérrez Aceves.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

La representación procesal de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E. interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 15 de febrero de 2018 por la que se resuelve el procedimiento relativo a la aprobación del Contrato de Acceso a la Red Postal de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos.

El recurso fue resuelto por sentencia de la Sección 8^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 18 de diciembre de 2019 (recurso contencioso-administrativo 374/2018) en cuya parte dispositiva se acuerda:

<<F A L L A M O S

Primero.

Estimar el recurso contencioso administrativo promovido por la Procuradora de los Tribunales D^a. María Jesús Gutiérrez Aceves, en nombre y representación de Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. S.M.E., contra resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 15 de febrero de 2018, por la que se resuelve el procedimiento relativo a la aprobación del Contrato de Acceso a la Red Postal de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, la cual anulamos por su disconformidad a Derecho.

Segundo.

Imponer las costas a la Administración demandada>>.

Segundo.

La resolución de la CNMC impugnada en el proceso de instancia establece en su parte dispositiva lo siguiente:

<< Por todo cuanto antecede, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, RESUELVE

Único.

- La Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E. deberá modificar su contrato tipo de acceso a la red postal, en el plazo de 15 días hábiles a partir del día siguiente a la notificación de la presente Resolución, en los términos siguientes:

- En relación a las consideraciones relativas a la transparencia del contrato tipo, según lo establecido en los apartados incluidos en la sección II.1.1.
- En relación a las consideraciones relativas a la no discriminación del contrato tipo, según lo establecido en los apartados incluidos en la sección II.1.2.
- En relación a otras consideraciones relativas a las condiciones técnicas de acceso, según lo establecido en los apartados incluidos en la sección II.1.3.
- En relación a los descuentos por volumen, según lo establecido en la sección II.2.1.1.
- En relación a los descuentos por envíos a zonas de alto coste, según lo establecido en la sección II.2.1.2.
- En relación a los descuentos por regularidad, según lo establecido en la sección II.2.1.3.
- En relación a los descuentos por grado de clasificación, según lo establecido en la sección II.2.1.4.

El contrato tipo modificado según lo establecido en la presente Resolución se remitirá a esta Comisión para su revisión. Si esta Comisión detectase incorrecciones en el texto con respecto a lo establecido, procederá a su modificación directa y posterior remisión a Correos para su publicación en su web (www.correos.es). Dicha publicación deberá producirse en un plazo máximo de diez días [...]>>.

La Sala de la Audiencia Nacional entiende, dicho aquí de forma resumida, que la competencia de la CNMC para aprobar el contrato tipo de acceso a la red postal "no implica, de forma apriorística y sin matices, que dicho Regulador pueda establecer las condiciones y tarifas que estime más ajustadas según sus criterios", como se deduce del artículo 45 de la Ley 43/2010 y de los artículos 11 bis y 12 de la Directiva 2008/6/CE.

Según declara la sentencia en el resumen final al que luego nos referiremos (F.J. 8º), la intervención de la CNMC se ciñe a comprobar que se respetan los principios de transparencia, proporcionalidad y no discriminación, que en este caso se respetan a juicio de la Sala, tomando en consideración el contenido que a dichos principios ha otorgado esta misma Sala, el Tribunal Supremo, así como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Y añade que el distinto tratamiento que se otorga en el contrato tipo a los grandes clientes y a los operadores alternativos no implica discriminación, lo que conlleva que una parte sustancial de las decisiones contenidas en la resolución impugnada sean consideradas disconformes a derecho.

En relación con los descuentos por volumen, la sentencia de la Audiencia Nacional (F.J. 4º) cita la STJUE, de 27 de marzo de 2012 (cuestión C-209/10, Post Danmark) sobre el presunto abuso de posición dominante al llevar a cabo una política selectiva de descuentos, en la que se concluyó que "una política de precios reducidos aplicados a determinados antiguos clientes importantes de un competidor por una empresa que ocupa una posición dominante no puede considerarse constitutiva de una práctica de exclusión abusiva por el único motivo de que el precio aplicado por dicha empresa a uno de esos clientes se sitúa en un nivel inferior a los costes totales medios imputados a la actividad correspondiente, pero superior a los costes incrementales medios de ésta, según se evaluaron en el procedimiento que dio lugar al litigio principal. Para apreciar la existencia de efectos contrarios a la competencia en circunstancias como las de dicho litigio, es preciso examinar si esa política de precios, sin justificación objetiva, da lugar a la exclusión efectiva o probable de dicho competidor, en perjuicio de la competencia y, por ende, de los intereses de los consumidores".

Cita asimismo la Audiencia Nacional (F.J. 5º de la sentencia) la STJUE 11 de febrero de 2015 (asunto C-340/13, Bpost) relativa a una presunta infracción del principio de no discriminación en la aplicación de las tarifas contractuales por el trato diferenciado entre remitentes de envíos masivos y preparadores de correo, señalándose que para que una diferencia de trato constituya una discriminación prohibida es preciso que los operadores se encuentren en una situación comparable en el mercado de la distribución postal y que no exista ningún objetivo legítimo que permita justificar dicha diferencia de trato.

La Sala Audiencia Nacional se refiere a su anterior sentencia de 1 de julio de 2015 (recurso 118/2014), que anuló la sanción impuesta a Correos por un pretendido abuso de posición dominante (consistente en una conducta de estrechamiento de márgenes en la que Correos otorga descuentos notoriamente inferiores a los operadores privados que acceden a su red postal respecto de los que ofrece a los grandes clientes en el mercado minorista), por no haberse acreditado la exclusión del concreto mercado examinado de los otros operadores privados; sentencia que fue confirmada por el Tribunal Supremo mediante sentencia de 5 de febrero de 2018 (casación 2808/15).

Precisamente con la sustancial finalidad de equiparación entre operadores y grandes clientes, que se intentó en aquel procedimiento sancionador, surge la resolución de 15 de febrero de 2018 que ahora se examina en relación con el Procedimiento Relativo a la Aprobación del Contrato Tipo de Acceso a la Red Postal, en la que, según entiende la Sala de la Audiencia Nacional (F.J. 7º), "... la referencia constante que se contiene en la resolución impugnada a la vulneración del principio de no discriminación es inadecuada, pues se realiza: 1.- partiendo de la base de que la discriminación requiere un término comparativo entre operadores y clientes, lo que no se contiene en la norma que se aplica ni puede imponerse desde la perspectiva europea, tal y como ya hemos resaltado; 2.- trasladando como obligación de Correos lo que constituye pacto privado con algunos grandes clientes, imponiendo la obligación de ofrecerlo, en los mismos y miméticos términos, a todos los operadores, lo que tampoco es amparable en la normativa estatal y europea; 3.- no introduciendo un razonamiento acabado y justificado de ruptura de la competencia en términos que pudieran considerarse prohibidos por el artículo 12 de la Directiva 2008/6/CE y teniendo en cuenta las sentencias TJUE que hemos citado".

En definitiva, señala la sentencia (F.J. 7º), "... la CNMC no ha justificado la habilitación competencial que le asiste para imponer las tarifas o las condiciones de distintos tipos de servicios postales, al amparo de una discriminación que esta Sala no aprecia. A estos efectos no es justificación suficiente la previsión del artículo 12.5 de la Directiva 2008/6/CE y artículo 35 de la Ley 43/2010, pues se trata de evaluar si los envíos que se efectúan son "equivalentes" o "en condiciones similares", dificultad añadida a la proporcionalidad de la intervención y a la evidente transparencia en las condiciones de acceso". La intervención ex ante del Regulador sólo cabe, conforme a los términos normativos y jurisprudenciales de constante referencia, para la comprobación del respeto de los principios indicados, lo que debe hacerse con carácter restrictivo, a falta de expresa habilitación en sentido contrario.

A modo de recapitulación, en el F.J. 8º de la sentencia la Sala de la Audiencia Nacional, Sección 8ª, ofrece el siguiente resumen de sus conclusiones:

<< (...) OCTAVO.- Llegados a este punto, conviene ir precisando las conclusiones que extraemos de todo lo anterior. Pues bien, la premisa básica se sustenta en el hecho de que la competencia de la CNMC para aprobar el contrato tipo no implica, de forma apriorística y sin matices, que dicho Regulador pueda establecer las condiciones y tarifas que estime más ajustadas según sus criterios. Así se deduce de los preceptos citados de la Ley 43/2010 y de los artículos también citados de la Directiva.

La posibilidad de intervención de la CNMC se ciñe a comprobar que se respetan los principios de transparencia, proporcionalidad y no discriminación, los cuales se respetan -a juicio de la Sala- en este caso. Para ello tomamos en consideración el contenido que a dichos principios ha otorgado esta misma Sala y el Tribunal Supremo, así como el Tribunal de Justicia de la Unión, en términos que ya hemos reflejado. El distinto tratamiento que se otorga en el CT a los grandes clientes y a los operadores alternativos no implica discriminación, lo que supone que una parte sustancial de las decisiones contenidas en la resolución impugnada sean disconformes a derecho.

También puede examinarse por el Regulador la equivalencia o similitud de los servicios o de la demanda de los mismos, pero este criterio no entra en juego en el caso que nos ocupa, pues se pretende una traslación sin matices a todos los operadores. Una cosa será examinar si se respetan los principios y criterios señalados y otra, bien distinta, que el Regulador pueda imponer sus criterios ante su discrepancia con el contrato tipo presentado a su aprobación, en lugar de exponer los motivos de discrepancia instando a la presentación de otro contrato tipo.

En todo caso, considera la Sala que la intervención ex ante del Regulador sólo cabe, conforme a los términos normativos y jurisprudenciales de constante referencia, para la comprobación del respeto de los principios indicados, lo que debe hacerse con carácter restrictivo, a falta de expresa habilitación en sentido contrario.

La consecuencia de todo ello será la estimación del recurso, pues la resolución impugnada debe ser anulada y dejada sin efecto, conforme se ha solicitado por la parte actora>>.

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, prepararon recurso de casación contra ella las representaciones procesales de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia (ASEMPRE), la entidad UNO, Organización Empresarial de Logística y Transporte y Gureak Marketing, S.L.U., siendo admitidos a trámite sus recursos por auto de la Sección Primera de esta Sala de 27 de octubre de 2021 en el que asimismo se acuerda la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera, con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.

En la parte dispositiva del auto de admisión del recurso se acuerda, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

<< (...) 2º) Declarar que las cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consisten en:

(i) Aclarar cuál es el alcance de las potestades de la CNMC en virtud de la competencia para la aprobación previa del contrato tipo de acceso a la red postal que le confiere el artículo 45.2 y 5 LSPU; en particular, si resulta posible la imposición de condiciones como la igualación de tarifas o descuentos a diferentes operadores.

(ii) En directa relación con lo anterior, aclarar si la introducción de una diferenciación en los descuentos por volumen ofrecidos a grandes clientes minoristas y a operadores alternativos (que disponen de su propia red) supone una quiebra del principio de no discriminación y ampara la imposición de condiciones de igualdad en los descuentos por la CNMC.

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación los artículos 35, 45.1, 2 y 5, y 50 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal, así como el artículo 8 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia; así como los artículos 11 bis y 12 de la Directiva 67/97/CE en su versión dada por la Directiva 2008/6/CE, en relación con el artículo 102 TFUE; sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras normas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 90.4 LJCA>>.

Cuarto.

La Abogacía del Estado, en representación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, presentó escrito de interposición de su recurso con fecha 22 de diciembre de 2021 en el que, tras exponer los antecedentes del caso, hace una reseña de la sentencia recurrida y de las normas relevantes para la resolución del presente recurso; y partir de ahí, formula los motivos de impugnación que más adelante examinaremos.

Termina el escrito de la Abogacía del Estado solicitando que se dicte sentencia en la que, casando y anulando la sentencia recurrida, se desestime el recurso contencioso-administrativo nº 374/2018 y se confirme la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 15 de febrero de 2018, por la que se establece la obligación de modificar su contrato tipo de acceso a la red postal en los términos que la propia resolución de la CNMC señala.

Quinto.

La representación procesal de la entidad de UNO, Organización Empresarial de Logística y Transporte, y de la Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia (ASEMPRE) formalizó la interposición de su recurso de casación mediante escrito presentado el 20 de diciembre de 2021 en el que se reprochan a la sentencia de instancia las infracciones que luego abordaremos; y termina el escrito solicitando que se dicte sentencia en la que, anulando la sentencia recurrida, se desestime el recurso contencioso-administrativo y se confirme la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 15 de febrero de 2018.

Sexto.

La representación de Gureak Marketing, S.L.U. formalizó la interposición de su recurso de casación mediante escrito presentado el 15 de diciembre de 2021 en el que, tras exponer los motivos de impugnación que luego examinaremos, propugna el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las que se formularían las siguientes preguntas:

<< - ¿Resulta compatible con los artículos 11, 11 bis y 12 de la Directiva 97/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio, y modificada por la Directiva 2008/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de febrero de 2008, por la que se modifica la Directiva 97/67/CE en relación con la plena realización del mercado interior de servicios postales comunitarios (en lo sucesivo, los "artículos 11, 11 bis y 12"), una normativa nacional que concede a una autoridad nacional de reglamentación la facultad de fijar un contrato tipo de acceso para la red postal?

- ¿Tienen las autoridades nacionales de reglamentación un margen de apreciación a la hora de adoptar medidas para alcanzar los objetivos fijados en los citados artículos 11, 11 bis y 12, habida cuenta de la naturaleza de las decisiones de carácter técnico, las previsiones y las apreciaciones que deben realizarse en ese contexto?

- ¿Resulta compatible con los citados artículos 11, 11 bis y 12 que la autoridad nacional de reglamentación establezca unas mismas tarifas para el uso de la red postal para los grandes clientes y los operadores postales? ¿Resulta relevante, en ese sentido, que el operador de la red postal tiene una cuota de mercado muy elevada o incluso cuasimonopolística y que en el mercado en cuestión la competencia real es de carácter residual a pesar del proceso de liberalización llevado a cabo? >>.

Termina el escrito solicitando que se dicte sentencia en la que se estime el recurso de casación y se fije la interpretación de las normas invocadas en los aspectos que ofrecen interés casacional y dicte sentencia por la que, anulando la sentencia recurrida y desestime el recurso contencioso-administrativo, confirmando la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 15 de febrero de 2018 por la que se resuelve el procedimiento relativo a las condiciones de acceso a la red postal de Correos.

Séptimo.

Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, mediante providencia de 27 de diciembre de 2021 se tuvo por interpuesto el recurso y se acordó dar traslado a la parte recurrida para que pudiesen formular su oposición.

Octavo.

La representación procesal de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E. formalizó su oposición mediante escrito presentado el 10 de febrero de 2022 en el que, tras exponer los antecedentes del caso, formula sus alegaciones en contra de lo aducido por los recurrentes exponiendo los motivos de oposición que luego

examinaremos. Termina su escrito solicitando que se dicte sentencia que desestime el recurso de casación interpuesto por la CNMC, UNO y ASEMPRE y Gureak Marketing SLU, confirmando la sentencia de la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 18 de diciembre de 2019 (recurso ordinario nº 374/2018).

Noveno.

Mediante providencia de 23 de febrero de 2022 se acordó la celebración de vista pública, que tuvo lugar a las 10,00 horas del día 26 de abril 2022, fecha en la que se celebró, quedando el contenido de dicho acto documentado en la correspondiente acta y en el soporte digital (CD) que obra unido a las actuaciones; procediendo esta Sala a continuación a la deliberación y votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Objeto del recurso. En las presentes actuaciones (recurso de casación nº 2342/2020) se examinan de manera conjunta los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de las entidades GUREAK MARKETING, S.L.U., UNO, Organización Empresarial de Logística y Transporte, y de la Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia (ASEMPRE), contra la sentencia de la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 18 de diciembre de 2019 dictada en el recurso contencioso-administrativo 374/2018.

En el antecedente primero hemos visto que la sentencia de la Audiencia Nacional ahora recurrida en casación vino a estimar el recurso contencioso-administrativo que interpuso Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A., S.M.E. contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 15 de febrero de 2018 por la que se resuelve el procedimiento relativo a la aprobación del Contrato de Acceso a la Red Postal de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos; anulando la sentencia dicha resolución.

En el antecedente segundo hemos reseñado las razones que expone la Sala de la Audiencia Nacional para fundamentar la estimación del recurso contencioso-administrativo y consiguiente anulación de la resolución administrativa impugnada en el proceso. Procede entonces que entremos a examinar las cuestiones suscitadas en casación, en particular las señaladas en el auto de la Sección Primera de esta Sala de 27 de octubre de 2021 que acordó la admisión del presente recurso.

Segundo.

Cuestiones que revisten interés casacional.

Según hemos visto en el antecedente tercero, el auto de admisión del presente recurso declara que las cuestiones planteadas que presentan interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consisten en: (i) Aclarar cuál es el alcance de las potestades de la CNMC en virtud de la competencia para la aprobación previa del contrato tipo de acceso a la red postal que le confiere el artículo 45.2 y 5 LSPU; en particular, si resulta posible la imposición de condiciones como la igualación de tarifas o descuentos a diferentes operadores. (ii) En directa relación con lo anterior, aclarar si la introducción de una diferenciación en los descuentos por volumen ofrecidos a grandes clientes minoristas y a operadores alternativos (que disponen de su propia red) supone una quiebra del principio de no discriminación y ampara la imposición de condiciones de igualdad en los descuentos por la CNMC.

El propio auto identifica las normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación: artículos 35, 45.1, 2 y 5, y 50 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal; artículo 8 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia; así como los artículos 11 bis y 12 de la Directiva 67/97/CE en su versión dada por la Directiva 2008/6/CE, en relación con el artículo 102 TFUE. Todo ello - señala el propio auto- sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras normas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 90.4 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Tercero.

Sobre la infracción que se alega de las normas que delimitan las atribuciones de la CNMC .

A/ Posición de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (parte recurrente).

1.- En su escrito hace una amplia reseña de la sentencia recurrida y de las normas relevantes para la resolución del presente recurso (artículo 45 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal; artículos 8 y 12 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de

la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia; y artículo 11 bis de la Directiva 97/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio). Y a partir de ahí, formula su impugnación en los términos que pasamos a resumir.

La competencia de la CNMC y su errónea interpretación por la sentencia de instancia. Del conjunto de normas antes citadas resulta que la competencia atribuida a la CNMC por el artículo 45.2 de la Ley Postal ("El operador designado para prestar el servicio postal universal deberá elaborar un contrato tipo de acceso a la red postal, que será aprobado previamente por la Comisión Nacional del Sector Postal...") no puede limitarse a certificar, validar u homologar sin más supervisión y control cualquier el documento que le proponga Correos, sino que lleva implícita la facultad de poder variar aquellas condiciones que no se consideren adecuadas para correcto funcionamiento del mercado postal, para garantizar la prestación del servicio universal y el cumplimiento de la normativa en materia de competencia en el sector postal.

Si la CNMC está habilitada para desarrollar los criterios, entre ellos la concesión de descuentos en el acceso a la red vinculados al volumen y características de los envíos (que es lo que realizó la resolución de la CNMC anulada) para determinar las tarifas de los contratos ateniéndose a los principios de transparencia, no discriminación y cobertura del coste ocasionado al titular de la red, asegurando también que estas tarifas no supongan incremento de las necesidades de financiación del servicio postal universal y de la carga financiera injusta compensable al operador prestador del servicio, por medio de circulares vinculantes, no presenta sentido alguno que carezca de habilitación para requerir modificaciones en el contrato tipo presentado por el operador designado y simultáneamente reconocérsela para resolver los conflictos de acceso de los demás operadores autorizados.

Es más, si el operador designado puede imponer las condiciones de acceso del mercado de referencia para los competidores del operador en dicho mercado (hay que partir de que la prestación de servicios postales se realizará en régimen de libre competencia sin más limitaciones que las establecidas en esta ley y su normativa de desarrollo, en particular el mercado de servicios incluidos en el ámbito del servicio postal universal, conforme al artículo 37 y 21 LSPU) precisamente para evitar abuso de dominio y eventuales tratos discriminatorios, parece evidente que el propio organismo regulador podrá requerir modificaciones vinculantes, pues sólo así podrá cumplir satisfactoriamente su objeto de supervisar y controlar las condiciones de acceso que constarán bien en el contrato tipo aprobado por la CNMC, bien en contratos singulares de cuya celebración se informará a dicha Comisión a la que compete verificar si los precios fijados en cualesquiera de ellos se ajustan a los principios de transparencia, proporcionalidad y no discriminación, y cobertura del coste real ocasionado al titular de la red.

2.- Jurisprudencia que se pretende: La CNMC como organismo regulador podrá requerir modificaciones vinculantes, pues sólo así podrá cumplir satisfactoriamente su objeto de supervisar y controlar las condiciones de acceso que constarán bien en el contrato tipo aprobado por la CNMC, bien en contratos singulares para verificar si los precios fijados en cualesquiera de ellos se ajustan a los principios de transparencia, proporcionalidad y no discriminación permitiendo la imposición de condiciones como la igualación de tarifas o descuentos a diferentes operadores.

B/ Posición de las entidades UNO, Organización Empresarial de Logística y Transporte, y Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia (ASEMPRE).

Las citadas recurrentes reprochan a la sentencia de instancia la infracción de las normas reguladoras del acceso a la red postal pública, y de la jurisprudencia sobre su aplicación. Y aducen, en síntesis, lo siguiente:

La sentencia recurrida pretende que el acceso a la red postal pública está solo regulado por la Ley 43/2010, del Servicio Postal Universal, dejando en el olvido que los requisitos concretos para el acceso a la red postal está recogidos en el Real Decreto 1298/2006, de 10 de noviembre, por el que se regula el acceso a la red postal pública, que se dictó en desarrollo de la Ley postal de 1998, y que sigue vigente, tal y como reconoció la resolución de 27 de julio de 2011 de la Presidencia de la Comisión Nacional del Sector Postal, por la que se publica la Circular 1/2011, por la que se dictan Instrucciones en las que se determina, con carácter transitorio, el régimen jurídico aplicable al acceso a la red postal de los operadores postales. El Tribunal Supremo se ha pronunciado en dos sentencias sobre la validez del Real Decreto 1298/06 (SsTS, Sala Tercera, Sección 3ª, de 3 de junio de 2008, recursos 79/2006 y 83/2006).

Queda claro que al tiempo de dictarse el Real Decreto 1298/2006 el órgano regulador era el Ministerio de Fomento, que estaba facultado para dictar las condiciones de referencia en el caso del acceso a la red postal, quien posteriormente fue sucedido como regulador por la Comisión Nacional del Sector Postal, que a su vez fue sucedida por la CNMC, todos con igual facultad de dictar las condiciones de referencia en el acceso a la red postal, de conformidad con esta norma vigente y con las normas sectoriales y concordantes.

La sentencia de la Audiencia Nacional pone en duda que la CNMC tenga competencia suficiente para regular determinados aspectos o condiciones de los servicios postales, dejando con ello en el olvido lo establecido por el artículo 12 de la Directiva 2008/6/CE, y por el artículo 35.2 Ley 43/2010, en cuanto previenen que la CNMC (actualmente) " podrá requerir del operador designado la presentación de los contratos a que se refiere el apartado anterior para verificar el cumplimiento de los principios y deberes indicados en el presente artículo", es decir, no se

trata solo de "evaluar si los envíos que se efectúan son "equivalentes" o "en condiciones similares", sino más bien de la existencia de unas facultades de vigilancia y control que llegan mucho más lejos, en cumplimiento de la función de regulador postal que corresponde a la CNMC, tal y como establece el invocado artículo 50 de la Ley 43/2010.

En definitiva, la sentencia recurrida infringe el artículo 12.5 de la Directiva 2008/6/CE al negar al regulador español, CNMC, las facultades que le habilitan para dictar la resolución objeto del proceso, y dejan vacías de contenido al citado regulador, y del artículo 35 de la Ley 43/2010 en cuanto se refieren a la habilitación competencial de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), en materia de acceso a los servicios postales, en su calidad de regulador postal.

C/ Posición de la recurrente Gureak Marketing, S.L.U.

Sostiene que la sentencia recurrida incurre en infracción del artículo 45 de la Ley 43/2010 del Servicio Postal Universal, a la luz de los artículos 11, 11 bis y 12 de la Directiva 97/67, y del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por entender que la CNMC sí tiene potestades para establecer tarifas en contratos tipo. Y ello por las razones que pasamos a resumir.

* La Directiva 97/67 no pretende establecer qué competencias tiene cada autoridad nacional; solamente establece los objetivos que debe perseguir cada Estado miembro. España puede así dotar a la CNMC de las competencias que entienda necesarias para alcanzar los objetivos de los artículos 11, 11 bis y 12 de la Directiva 2008/6.

* El artículo 45 LSPU, apartados 2 y 5, debe interpretarse a la luz de la Directiva 2008/6. Dicha Directiva no establece qué facultades deben tener las Autoridades Nacionales de Regulación, sólo los objetivos a alcanzar. España tiene libertad para dotar a la CNMC de las competencias que entienda necesarias para alcanzar los objetivos de los artículos 11, 11 bis y 12 de la Directiva 2008/6. Establecer un contrato-tipo y fijar tarifas para todos los usuarios de la red postal son medidas no sólo coherentes sino particularmente adecuadas para alcanzar los objetivos de los artículos 11, 11 bis y 12 de la Directiva 2008/6. Garantiza la transparencia y la igualdad de trato, así como una competencia real y efectiva entre Correos y sus competidores. Además, desde un punto de vista económico, clientes y operadores postales hacen un mismo uso de la red postal y generan idénticos costes.

* Sobre las cuestiones a que se refieren los dos puntos anteriores, la representación de Gureak Marketing, S.L.U. postula el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las que se formularían las preguntas que hemos dejado reseñadas en el antecedente sexto.

* En una estructura de descuentos cuantitativos (i.e. en función del volumen de envíos), los grandes clientes y los operadores postales están en posiciones equivalentes. Hacen uso de la red en la misma medida y generan los mismos costes. En tales circunstancias, por un mismo volumen de envíos, debe aplicarse el mismo precio a ambos grupos de usuarios de la red postal. No hay criterios económicos de carácter objetivo que justifiquen una diferencia de trato en la aplicación de descuentos por volumen. La única diferencia entre ambos grupos de usuarios de la red postal es que los operadores postales compiten con Correos en el mercado descendente. En estas circunstancias, una diferencia de hasta un 3,5% en los precios aplicables sólo a los competidores, parece destinada a penalizar a los operadores postales por el mero hecho de competir con Correos.

* Una interpretación del artículo 45 LSPU a la luz de la finalidad de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("LCNMC") confirma que la CNMC tiene la facultad de fijar tarifas en el contrato-tipo.

* En efecto, las competencias que la LCNMC atribuye al regulador deben interpretarse de forma finalista, con vistas a que pueda ejercer plenamente todas las facultades que la LCNMC relativas a velar y supervisar el buen funcionamiento del mercado postal. Dentro de esa interpretación finalista, resulta plenamente coherente con el artículo 8 LCNMC la competencia de fijar tarifas en el contrato tipo, si ello es necesario para el buen funcionamiento del mercado y la red postal.

* Esta interpretación finalista fue precisamente el criterio aplicado por esta Sala a la que tenemos el honor de dirigirnos en su Sentencia de 19 de diciembre 2018 (casación 4714/2017), en la que se establece que el artículo 34 LSPU de interpretarse conjuntamente con el artículo 8 de la LCNMC. Por tanto, las competencias de la CNMC no se limitaban a verificar sólo los precios nominales de los servicios, sino que también podía verificar los descuentos aplicables a la luz de los principios de asequibilidad, transparencia y no discriminación.

* Esta interpretación del artículo 45 LSPU se confirma a la vista del artículo 12.1 LCNMC. En efecto, cuando el legislador revisó las competencias del regulador con ocasión de la adopción de la LCNMC, optó por incluir -esta vez sí expresamente- entre sus competencias la posibilidad de fijar tarifas para el acceso a la red postal.

D/ Posición de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E.

La posición de la parte recurrida puede resumirse en los siguientes puntos:

1.- La sentencia recurrida, al contrario de lo que afirman los recurrentes, no excluye la posibilidad de que la legislación nacional defina obligaciones que excedan lo previsto en la Directiva sectorial, y otorgue a la autoridad nacional de regulación potestades no previstas en la Directiva. Resulta patente, y nadie niega, que la legislación española contempla específicamente la figura del contrato tipo de acceso a la red postal, no previsto en las Directivas, y otorga a la CNMC la potestad de aprobar el contrato tipo de Correos. No se niega ni la existencia de

esta potestad al amparo de la legislación nacional, ni su compatibilidad con las normas europeas o nacionales. Lo que la sentencia de la Audiencia Nacional niega es que la legislación española otorgue a la CNMC la potestad de "imponer las tarifas o las condiciones de distintos tipos de servicios postales" (FJ séptimo). " Dicha intervención no se prevé con el alcance que pretende la CNMC en la Resolución objeto de recurso" (FJ séptimo).

Basta leer el artículo 45 de la Ley 43/2010, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, para constatar que en ningún momento la ley (y tampoco ninguna otra norma) otorga a la CNMC la potestad de modificar el contrato tipo y definir las condiciones del contrato tipo de acceso, y de forma específica, los precios de dicho acceso. La potestad de la CNMC está perfectamente delimitada en el párrafo quinto del artículo 45 de la Ley 43/2010, y se limita a comprobar si los precios del contrato tipo propuesto por CORREOS se ajustan a los principios de transparencia, no discriminación y cobertura del coste ocasionado al titular de la red.

La legislación española no otorga a la CNMC la potestad de sustituir la voluntad de Correos, modificar el contrato de acceso y definir las condiciones del contrato tipo, por ejemplo, definiendo los precios de los servicios en el contrato tipo. Si la propuesta de Correos incurre, por ejemplo, en discriminación, la CNMC debe señalarlo, justificarlo, y negar la aprobación previa del contrato tipo, pero la CNMC no puede sustituir la voluntad de Correos y determinar las condiciones de prestación del servicio de acceso modificando el contenido del contrato tipo de acceso. Cuando el legislador ha querido otorgar esta importante potestad a la CNMC, lo ha hecho de forma explícita (se cita, como ejemplo, el artículo 7 del Real Decreto 2296/2004, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, que expresamente permite a la CNMC introducir cambios en las ofertas de referencia de Telefónica).

Basta acudir a los documentos del ERPG, la asociación europea de reguladores postales, para verificar que, si bien es común que las autoridades reguladoras intervengan ex post mediante la resolución de conflictos entre operadores, resulta excepcional que dichas autoridades intervengan ex ante, aunque sólo sea en forma aprobación de un contrato tipo o similar.

No cabe asumir que quien puede lo menos (definir condiciones ex post en un conflicto entre dos operadores), pueda lo más (definir las condiciones ex ante para todo el sector).

2.- Doctrina que debería fijarse: Las potestades de la CNMC en ejercicio de su competencia de aprobación previa del contrato tipo de acceso de Correos, que confiere el artículo 45.2 y 5 LSPU se limitan a otorgar su aprobación a la propuesta de Correos, o no hacerlo si identifica que no respeta el principio de no discriminación, pero la CNMC no está habilitada para sustituir la voluntad de Correos y definir los precios de los servicios de acceso, por ejemplo, imponiendo que los descuentos en los servicios de acceso coincidan con los descuentos a los grandes clientes.

Cuarto.

Respuesta de la Sala a las cuestiones expuestas en el apartado anterior.

El caso que nos ocupa guarda algún punto de similitud con los examinados por esta Sala en recientes sentencias nº 454, 458, 459 y 461, la primera de 19 de abril y las restantes 20 de abril de 2022 (recursos de casación 7370/2020, 7540/2020, 5232/2021, y 2081/2021), en las que también se abordaba la cuestión relativa a las potestades de la CNMC para la fijación de tarifas; pero existen notables diferencias. Así, en aquellos casos las sentencias recurridas se referían a resoluciones de la CNMC que resolvían conflictos de interconexión entre operadores de telefonía móvil; en cambio, la sentencia aquí recurrida enjuicia una resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia por la que se resuelve el procedimiento relativo a la aprobación del Contrato de Acceso a la Red Postal de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos. Tales diferencias en cuanto al ámbito de actividad, tipo de mercado y ocasión en que se produce la intervención de la CNMC determinan que sean distintos los parámetros de enjuiciamiento y que estos conduzcan a conclusiones distintas.

Por otra parte, antes de abordar el examen de las cuestiones debatidas se impone que hagamos una puntualización. No es objeto de controversia si en el caso que nos ocupa la resolución de la CNMC llevó a cabo una fijación de tarifas o la imposición de modificaciones a las condiciones establecidas en el contrato tipo formulado por Correos, pues, en realidad, todas las partes personadas admiten que lo hizo; de manera que lo que discute no es si la CNMC adoptó tales decisiones sino si tiene atribuciones para hacerlo. Por lo demás, la mera lectura de los distintos puntos, tablas y subapartados que figuran en el apartado II.2 de la resolución de la CNMC ("II.2. Revisión de las condiciones económicas de acceso"), a los que se remite específicamente la parte dispositiva de la propia resolución, permite constatar que la CNMC no se ha limitado a formular objeciones al contrato tipo, sino que hace indicaciones concretas en materia de descuentos, señalando, por ejemplo, los descuentos máximos por volumen y la senda de ajuste para tales descuentos máximos (apartado II.2.1.1 y tablas 3, 4 y 5 de la resolución de la CNMC), así como los descuentos y penalizaciones por envíos a zonas de alto coste (apartado II.2.1.2 y tablas 6 a 11 de la resolución).

Pues bien, hecha esta puntualización, pasamos ya a examinar las cuestiones debatidas. Veamos.

La Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, establece en su artículo 45 lo siguiente:

<<Artículo 45. Acceso a la red postal de los operadores postales.

1. Se garantiza el acceso de los operadores postales a la red postal, respecto a los servicios a que se refiere la autorización administrativa singular de que sean titulares, de conformidad con los principios de transparencia, proporcionalidad y no discriminación. A estos efectos se entiende por transparencia, la publicidad previa de las condiciones de acceso; por proporcionalidad, la adecuación entre las disponibilidades del operador designado y las necesidades del interesado; y por no discriminación, el acceso sin diferenciación de ningún tipo entre los operadores y las filiales del operador designado o las entidades participadas por el mismo, siempre que se encuentren en condiciones análogas, en particular las derivadas de consideraciones políticas, religiosas, raciales, sexuales, culturales o ideológicas. Con el objeto de mantener la integridad, eficacia y eficiencia de la red, los envíos deberán presentarse en los centros de admisión masiva y continuarán en la red hasta la distribución final, en condiciones no discriminatorias respecto a las aplicadas por el operador designado a sus filiales o entidades participadas.

2. El operador designado para prestar el servicio postal universal deberá elaborar un contrato tipo de acceso a la red postal, que será aprobado previamente por la Comisión Nacional del Sector Postal y publicado en el sitio web del operador y de la propia Comisión. Dicho contrato deberá respetar lo dispuesto en la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de contratación.

3. Sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior, los operadores titulares de autorizaciones administrativas singulares podrán negociar con el operador designado condiciones distintas a las establecidas en el contrato tipo de acceso a la red postal que, en todo caso, deberán garantizar la calidad del servicio y el respeto a las condiciones generales publicadas. En el supuesto de que estas negociaciones no hubieran concluido en la celebración de un contrato por inexistencia de acuerdo entre las partes, cualquiera de ellas podrá solicitar de la Comisión Nacional del Sector Postal que establezca las condiciones de acceso, que serán vinculantes para ambas partes. A tal efecto, la Comisión Nacional del Sector Postal resolverá sobre las condiciones de acceso de acuerdo con los principios de proporcionalidad, transparencia, no discriminación y garantía del derecho de acceso a la red del operador entrante, así como del de no perturbación de los derechos establecidos para compensar al operador designado por prestar el servicio postal universal y la preservación del cumplimiento de las obligaciones de servicio público que recaen sobre el mismo. La resolución será recurrible en vía contencioso-administrativa.

4. El operador designado informará de los contratos que celebren sin sujeción al contrato tipo a la Comisión Nacional del Sector Postal. Cuando la Comisión considere que dichos contratos son contrarios al derecho de la competencia lo pondrá en conocimiento de la Comisión Nacional de la Competencia. En caso de que dichos contratos sean contrarios a los principios, requisitos o condiciones a los que se refiere el Capítulo II del Título III o al cabal cumplimiento del plan de prestación del servicio postal universal, serán nulos de pleno derecho. En este supuesto la Comisión, mediante resolución, declarará la nulidad del contrato, previa audiencia de las partes.

5. En todo caso, tanto para los contratos individuales como para el contrato tipo, la Comisión comprobará que las tarifas fijadas en los mismos se ajustan a los principios de transparencia, no discriminación y cobertura del coste ocasionado al titular de la red, y verificará que estas tarifas no supongan incremento de las necesidades de financiación del servicio postal universal y de la carga financiera injusta compensable al operador prestador del servicio. La Comisión Nacional del Sector Postal podrá desarrollar los criterios para determinar las tarifas de los contratos ateniéndose a los principios enunciados en el párrafo anterior. Entre dichos criterios se podrá incluir la concesión de descuentos en el acceso a la red vinculados al volumen y características de los envíos>>>.

Partiendo de que las menciones que en la norma transcrita se hacen a la Comisión Nacional del Sector Postal deben entenderse referidas ahora a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (artículo 8, disposición adicional segunda, apartados 1 y 2, y disposición derogatoria, apartado 8, de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), vemos que la intervención que la norma legal reguladora del servicio postal universal confiere al regulador es distinta según se trate de la formulación del contrato tipo de acceso a la red postal (artículo 45.2 de la Ley 43/2010) o de contratos individuales en los que se contemplan condiciones distintas a las establecidas en el contrato tipo (apartados 3 y 4 de mismo artículo 45); siendo más pormenorizadas y de mayor calado las atribuciones que se reconocen a la CNMC en este segundo caso. Y, en fin, a modo de cierre del sistema, el artículo 45.5 contiene unas precisiones sobre las atribuciones de la Comisión en lo que se refiere a las tarifas fijadas, indicaciones éstas que resultan de aplicación tanto para los contratos individuales como para el contrato tipo.

Pues bien, en lo que se refiere a la concreción de las tarifas establecidas en el contrato tipo, el régimen establecido en la regulación del servicio postal nos lleva a las siguientes conclusiones:

- Corresponde a la CNMC aprobar el contrato tipo de acceso a la red postal que debe elaborar el operador designado para prestar el servicio postal universal (artículo 45.2 de la Ley 43/2010).

- Antes de otorgar su aprobación, la CNMC ha de comprobar que las tarifas fijadas en el contrato tipo se ajustan a los principios de transparencia, no discriminación y cobertura del coste ocasionado al titular de la red; y debe asimismo verificar que estas tarifas no supongan incremento de las necesidades de financiación del servicio

postal universal y de la carga financiera injusta compensable al operador prestador del servicio (artículo 45.5 de la Ley del servicio postal universal).

- La CNMC podrá desarrollar los criterios para determinar las tarifas ateniéndose a los principios enunciados en el párrafo anterior (artículo 45.5 de la Ley del servicio postal universal).

- En la regulación contenida en el artículo 45 de la Ley del servicio postal universal no se contempla que la CNMC pueda fijar ella misma las tarifas que habrían de sustituir a las previstas en el contrato tipo sometido a su aprobación. Y tal atribución competencial para la fijación de tarifas en un contrato tipo tampoco resulta de lo establecido en los distintos apartados del artículo 8 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, donde se enumeran las funciones de la CNMC en orden a la supervisión y control del mercado postal.

Debe afirmarse entonces, que con ocasión su intervención en la aprobación de un contrato tipo la CNMC no puede establecer una suerte de regulación "ex ante" consistente en la fijación de unas tarifas distintas a las contempladas en el contrato tipo formulado por operador designado para prestar el servicio postal universal.

Ello no supone -por más que así lo afirmen los recurrentes en casación- que la intervención de la CNMC quede vaciada de contenido o privada de virtualidad, pues, como acabamos de señalar, en el régimen legal previsto en el artículo 45 de la Ley del servicio postal universal la CNMC no sólo puede negar la aprobación del contrato tipo si considera que las tarifas que en él se fijan no se ajustan a los principios antes señalados sino que también puede desarrollar los criterios para determinar las tarifas ateniéndose a los referidos principios. Todo ello, además, sin perjuicio de las restantes atribuciones que nuestro ordenamiento confiere a la CNMC, en particular, y muy señaladamente, en la resolución de conflictos en el ámbito del mercado postal (artículo 12.1.d/ de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), donde la CNMC puede adoptar medidas de diversa índole, en la línea de las que se contemplan en los apartados 3 y 4 del artículo 45 de la Ley del Servicio Postal a los que antes nos hemos referido en relación con los contratos individuales en los que se contemplen condiciones distintas a las establecidas en el contrato tipo.

Por otra parte, las consideraciones que acabamos de exponer quedan corroboradas si los preceptos de la legislación nacional que son de aplicación se contrastan con las normas de Derecho de la Unión Europea que los recurrentes citan como vulneradas. Y para sustentar esta conclusión no consideramos necesario ni procedente el planteamiento de la cuestión prejudicial que propugna la representación de Gureak Marketing, S.L.U. (véanse antecedente sexto y fundamento jurídico tercero, apartado c/ de esta sentencia), petición que han secundado luego, en el acto de la vista, los demás recurrentes en casación.

Los preceptos de la Directiva 97/67/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio, cuya vulneración se alega, establecen lo siguiente:

Artículo 11

El Parlamento Europeo y el Consejo, a propuesta de la Comisión y con arreglo al apartado 2 del artículo 57 y a los artículos 66 y 100 A del Tratado, adoptarán las medidas necesarias para la armonización de las condiciones que garanticen a los usuarios y a los proveedores del servicio universal el acceso a la red postal pública en condiciones de transparencia y no discriminación.

Artículo 11 bis

Siempre que ello resulte necesario para proteger el interés de los usuarios o favorecer una competencia real, y a la luz de las condiciones nacionales y de la legislación nacional, los Estados miembros garantizarán la existencia de condiciones de acceso transparentes y no discriminatorias a los elementos de la infraestructura postal o los servicios postales ofrecidos en el ámbito del servicio universal, como son el sistema de código postal, la base de datos de direcciones, los apartados de correos, los buzones de distribución, la información sobre cambios de dirección, el servicio de reexpedición o el servicio de devolución al remitente. Esta disposición no obsta para que los Estados miembros puedan adoptar medidas dirigidas a garantizar el acceso a la red postal pública en condiciones de transparencia, proporcionalidad y no discriminación.

Artículo 12

Los Estados miembros velarán por que las tarifas de cada uno de los servicios que forman parte del servicio universal se establezcan en observancia de los siguientes principios:

- los precios serán asequibles y deberán permitir el acceso a los servicios prestados a todos los usuarios independientemente de la situación geográfica y teniendo en cuenta las condiciones nacionales específicas. Los Estados miembros podrán mantener o introducir la prestación de servicios postales gratuitos para el uso de las personas invidentes o de visión reducida,

- los precios se fijarán teniendo en cuenta los costes y de modo que ofrezcan incentivos para la prestación eficiente del servicio universal. Siempre que resulte necesario por razones de interés público, los Estados miembros podrán disponer que se aplique una tarifa única en todo el territorio nacional y/o a los servicios transfronterizos prestados según tarifa por unidad u otro tipo de envío postal,

- la tarifa única se aplicará sin perjuicio del derecho del proveedor o proveedores de servicio universal a concluir acuerdos individuales con los usuarios respecto a los precios,
- las tarifas serán transparentes y no discriminatorias,
- cuando los proveedores de servicio universal apliquen tarifas especiales, por ejemplo a los servicios a las empresas, a los remitentes de envíos masivos o a los preparadores del correo de varios usuarios, deberán respetar los principios de transparencia y no discriminación por lo que se refiere a las tarifas y las condiciones asociadas. Las tarifas, junto con las condiciones asociadas a las mismas, se aplicarán igualmente entre las distintas terceras partes interesadas y entre estas y los proveedores de servicio universal que suministren servicios equivalentes. Tales tarifas también se propondrán a los usuarios, en especial a los particulares y pequeñas y medianas empresas, que efectúen envíos en condiciones similares.

Como hemos visto en el antecedente sexto, se nos pide que preguntemos al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en primer lugar, si resulta compatible con los citados artículos 11, 11 bis y 12 de la Directiva 97/67/CE (modificada por la Directiva 2008/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de febrero de 2008), una normativa nacional que concede a una autoridad nacional de reglamentación la facultad de fijar un contrato tipo de acceso para la red postal. Pues bien, es claro que una pregunta así formulada hace supuesto de la cuestión, y resulta por ello mismo improcedente, toda vez que, como antes hemos señalado, la legislación española no confiere atribuciones al regulador para que, con ocasión su intervención en la aprobación de un contrato tipo, pueda establecer, como si de una regulación ex ante se tratase, las determinaciones de un contrato tipo de acceso para la red postal.

Se nos pide también que preguntemos al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si tienen las autoridades nacionales de reglamentación un margen de apreciación a la hora de adoptar medidas para alcanzar los objetivos fijados en los citados artículos 11, 11 bis y 12, habida cuenta de la naturaleza de las decisiones de carácter técnico, las previsiones y las apreciaciones que deben realizarse en ese contexto. Sin embargo, tampoco consideramos procedente el planteamiento de esa cuestión pues ya hemos dejado antes señaladas las atribuciones que la normativa nacional confiere a la CNMC y las medidas que este órgano supervisor puede adoptar para comprobar que las tarifas fijadas en el contrato tipo se ajustan a los principios de transparencia, no discriminación fijados en los citados preceptos de la Directiva, principios estos que, como ya hemos visto, aparecen recogidos también en las normas de la legislación interna a las que antes nos hemos referido.

Quinto.

Sobre la posible quiebra del principio de no discriminación por dispensar en el contrato tipo un distinto tratamiento a los grandes clientes y a los operadores alternativos.

A/ Posición de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (parte recurrente).

La sentencia recurrida considera que la CNMC ha procedido a modificar la propuesta de contrato tipo elaborada por Correos sobre la base de aplicar incorrectamente el criterio de la discriminación; todo ello en la medida en la que la CNMC ha considerado discriminatorio el tratamiento desigual de los descuentos que propone Correos a los operadores frente a los descuentos que ofrece en los contratos con los grandes clientes. Pues bien, la sentencia de la Audiencia Nacional aplica e interpreta erróneamente el derecho de la Unión Europea, en particular el concepto de discriminación comprendido en el artículo 12 de la Directiva 2008/6/CE.

El principio de no discriminación en los precios de acceso, teniendo en cuenta la Directiva Postal (artículo 12, párrafos 4º y 5º) y la sentencia TJUE en el asunto Bpost, puede interpretarse de dos maneras: (i) Que los operadores alternativos deben acceder a la red exactamente con las mismas condiciones contractuales y operacionales que los remitentes masivos de correo (los grandes clientes). (ii) Que los operadores alternativos, dado que invierten en redes propias, teniendo en cuenta el objetivo de promoción de la competencia por la Directiva Postal Europea, deberían tener unos precios de acceso más bajos que los grandes clientes, para que tuvieran suficiente margen para desarrollar sus propias redes de reparto.

Las condiciones propuestas por la CNMC en la Resolución de 15 de febrero de 2018 contienen la primera de las dos interpretaciones (mismas condiciones para operadores alternativos y grandes clientes).

Sin embargo, el escenario que se construye tras la sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de diciembre de 2019 no es ninguno de los dos anteriores, sino uno tercero en la que las condiciones de acceso de los operadores alternativos fueran peores que las de los grandes clientes. Por tanto, resulta posible la imposición de condiciones como la igualación de tarifas o descuentos a diferentes operadores, porque la introducción de una diferenciación en los descuentos por volumen ofrecidos a grandes clientes minoristas y a operadores alternativos (que disponen de su propia red) no supone una quiebra del principio de no discriminación y ampara la imposición de condiciones de igualdad en los descuentos por la CNMC.

B/ Posición de las entidades también recurrentes UNO, Organización Empresarial de Logística y Transporte, y Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia (ASEMPRE).

Nada se aduce en el escrito de interposición de estas entidades recurrentes sobre esta cuestión relativa a la posible vulneración del principio de no discriminación.

C/ Posición de la recurrente Gureak Marketing, S.L.U.

Se alega la infracción del artículo 45 de la ley 43/2010 del Servicio Postal Universal, interpretado a la luz de los artículos 11, 11 bis y 12 de la Directiva 97/67, y del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: es posible establecer la misma tarifa a grandes clientes minoristas y a operadores alternativos para fomentar la competencia.

La sentencia recurrida señala: "entiende la Sala que la referencia constante que se contiene en la resolución impugnada a la vulneración del principio de no discriminación es inadecuada, pues se realiza: 1.- partiendo de la base de que la discriminación requiere un término comparativo entre operadores y clientes, lo que no se contiene en la norma que se aplica (Ley 43/2010) ni puede imponerse desde la perspectiva europea, tal y como ya hemos resaltado; 2.- trasladando como obligación de Correos lo que constituye pacto privado con algunos grandes clientes, imponiendo la obligación de ofrecerlo, en los mismos y miméticos términos, a todos los operadores, lo que tampoco es amparable en la normativa estatal y europea; 3.- no introduciendo un razonamiento acabado y justificado de ruptura de la competencia en términos que pudieran considerarse prohibidos por el artículo 12 de la Directiva 2008/6/CE y teniendo en cuenta las sentencias TJUE [Bpost y Post Danmark I]".

Pues bien, este razonamiento de la sentencia resulta contrario a: (a) la jurisprudencia Post Danmark I y Post Danmark II; (b) la finalidad de la Directiva 2008/6 y los principios de la sentencia Bpost; y (c) la valoración que realiza del mercado postal español la CNMC dentro del margen de su facultad de apreciación.

Además, a la hora de determinar cuáles son las competencias de la CNMC en virtud del artículo 45 LSPU, la sentencia recurrida basa buena parte de su razonamiento en precedentes que aplican normas sancionadoras como es el Derecho de la Competencia, incurriendo en un error de derecho en la interpretación y aplicación del artículo 45 LSPU a la luz de las citadas sentencias. Unos precedentes dictados en el ámbito del derecho sancionador no pueden servir para delimitar, precisar o establecer las competencias de la CNMC en el ámbito regulatorio. El Derecho de la Competencia y la normativa regulatoria del sector postal tienen una naturaleza, una finalidad y unos límites muy diferentes.

En fin, propugna esta parte recurrente que, antes de dictar sentencia, esta Sala acuerde el planteamiento de cuestión prejudicial a fin de preguntar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si "resulta compatible con los citados artículos 11, 11 bis y 12 [de la Directiva 97/67] que la autoridad nacional de reglamentación establezca unas mismas tarifas para el uso de la red postal para los grandes clientes y los operadores postales"; señalando como relevante al plantear la cuestión " (...) que el operador de la red postal tiene una cuota de mercado muy elevada o incluso cuasimonopolística y que en el mercado en cuestión la competencia real es de carácter residual a pesar del proceso de liberalización llevado a cabo".

D/ Posición de la parte recurrida, Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E. Puede resumirse en los siguientes puntos:

1.- Diferenciación no es discriminación. Es bien sabido que la CNMC entiende que toda diferenciación en los precios ofrecidos a clientes finales (en particular a grandes clientes) y los precios ofrecidos a operadores en el marco de un contrato de acceso, es anticompetitiva y discriminatoria. Según la representación de la CNMC " los operadores alternativos deben acceder a la red exactamente con las mismas condiciones contractuales y operacionales que los remitentes masivos de correos [...]", o, más allá, " deberían tener unos precios de acceso más bajos que los grandes clientes, para que tuviesen margen para desarrollar sus propias redes de reparto" (página 16 del escrito de interposición del recurso de casación de la CNMC). Sin embargo, estas categóricas afirmaciones de la CNMC no tienen base legal o jurisprudencial y, por el contrario, sus afirmaciones son meros desiderata, bien conocidos por los órganos jurisdiccionales nacionales que sistemáticamente han anulado las resoluciones de la CNMC basadas en los mismos.

Del mismo modo, tampoco existe una norma o sentencia que avale el carácter ilegal de la diferenciación de precios por discriminatoria. Se puede constatar que ninguno de los recurrentes presenta normas o sentencias, nacionales o de la Unión Europea que así lo determinen. El artículo 12 de la Directiva 97/67/CE no ampara la interpretación de la CNMC sobre el principio de no discriminación porque dicha disposición fue interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia en el asunto Bpost (STJUE de 11.2.2015, asunto C-340/13). La sentencia recurrida se funda precisamente en esta sentencia del TJUE para interpretar el principio de no discriminación en el sector postal, y por ello entendemos que se ajusta plenamente a Derecho.

En vía administrativa, en el recurso contencioso-administrativo y también ahora en el recurso de casación Correos ha venido justificando que el trato diferenciado entre operadores y grandes clientes deriva de la diferente situación de los mismos en la cadena de valor. Los descuentos por volumen incentivan la remisión de mayor volumen de envíos por los remitentes, esto es, por los clientes finales que generan envíos. Un descuento por volumen incentiva que, en vez de remitir la comunicación por medios electrónicos, el remitente/cliente final considere contratar los servicios de Correos. Tal efecto no se produce en relación con entidades que no generan sus propios envíos, sino que se limitan a gestionar los envíos de terceros, como es el caso de los operadores postales. Los operadores no van a generar más correo por beneficiarse de mejores precios de acceso pues ellos no generan sus propios

envíos, ni deciden si el envío se realiza electrónicamente o por vía postal sino que se limitan a gestionar el correo de terceros, los remitentes.

La Sentencia del TJUE en el asunto Bpost en 2015 zanjó la interpretación del artículo 12 de la Directiva 97/67CE en el sentido de que la diferenciación de descuentos por volumen limitados a remitentes, excluyendo a otros actores de la cadena que no generan sus propios envíos, no es discriminatoria. No se ha requerido ulterior intervención de TJUE desde 2015, y no se ha requerido en concreto en relación con los operadores postales, pues se encuentran en posición análoga a los consolidadores, si no más alejada incluso de los remitentes en la cadena de valor. El TJUE ya aclaró que el principio de no discriminación no exige que las condiciones ofertadas a remitentes/grandes clientes tengan que extenderse automáticamente a entidades que no remiten sus propios envíos.

2.- No habiendo discriminación, debe excluirse la intervención de la CNMC.

El artículo 45.5 de la Ley 43/2010 limita la intervención de la CNMC en la aprobación del contrato tipo de acceso de Correos a la constatación de una serie limitada de puntos, entre los que se encuentra el respeto del principio de no discriminación. A la luz de la jurisprudencia del TJUE no existe discriminación cuando se diferencia la aplicación de descuentos por volumen para que beneficien a remitentes pero no a entidades que no generan sus propios envíos (consolidadores u operadores). Como consecuencia, no existía base ninguna para que la CNMC no aprobase el contrato tipo de acceso propuesto por Correos, y mucho menos para que la CNMC sustituyese la voluntad de Correos y acabase fijando las condiciones de acceso, y en particular los precios.

La sentencia de la Audiencia Nacional se ajustó a Derecho cuando anuló la resolución de la CNMC; y por ello entendemos que el recurso de casación debe ser desestimado.

3.- Doctrina que debería fijarse: La diferenciación de los descuentos por volumen entre remitentes/grandes clientes y entidades no remitentes como los operadores no supone una quiebra del principio de no discriminación. Por el contrario, es una diferenciación justificada por las diferencias entre ambos tipos de entidades, y los efectos incentivadores de nuevos envíos que los descuentos tienen en los remitentes pero no en empresas que se sitúan en otros eslabones de la cadena de producción, que no generan sus propios envíos, como operadores o consolidadores, tal y como ha confirmado la jurisprudencia del TJUE.

Sexto.

Respuesta de la Sala a las cuestiones expuestas en el apartado anterior.

Al abordar la cuestión relativa a posible quiebra del principio de no discriminación por dispensar en el contrato tipo un distinto tratamiento en lo relativa a descuentos a los grandes clientes y a los operadores alternativos se impone que hagamos, ante todo, una puntualización sobre las atribuciones reconocidas a la CNMC.

En el fundamento jurídico cuarto, cuando nos hemos referido a la concreción de las tarifas establecidas en el contrato tipo, hemos señalado -en lo que ahora interesa- que corresponde a la CNMC aprobar el contrato tipo de acceso a la red postal que debe elaborar el operador designado para prestar el servicio postal universal (artículo 45.2 de la Ley del servicio postal universal); que, antes de otorgar su aprobación, la CNMC ha de comprobar que las tarifas fijadas en el contrato tipo se ajustan a los principios de transparencia, no discriminación y cobertura del coste ocasionado al titular de la red; (artículo 45.5 de la misma Ley); y, en fin, que CNMC podrá desarrollar los criterios para determinar las tarifas ateniéndose a los principios enunciados en el párrafo anterior (artículo 45.5 citado). Y allí hemos dejado asimismo señalado que en la regulación contenida en el artículo 45 de la Ley del servicio postal universal no se contempla que la CNMC pueda fijar ella misma las tarifas que habrían de sustituir a las previstas en el contrato tipo sometido a su aprobación.

Ahora bien, cuando la norma establece que la CNMC podrá desarrollar los criterios para determinar las tarifas ateniéndose a los principios enunciados en el párrafo anterior, el propio artículo 45.5 de la Ley del servicio postal universal añade que "Entre dichos criterios se podrá incluir la concesión de descuentos en el acceso a la red vinculados al volumen y características de los envíos". Por tanto, cuando el contrato tipo es sometido a su aprobación la CNMC no puede fijar ella misma las tarifas que habrían de sustituir a las previstas en el contrato tipo formulado por el operador designado para prestar el servicio postal universal; pero sí podrá la CNMC desarrollar los criterios para determinar las tarifas, y, en particular, podrá incluir criterios relativos a la concesión de descuentos en el acceso a la red vinculados al volumen y características de los envíos.

Así, en lo que se refiere a la aplicación de descuentos vinculados al volumen y características de los envíos la CNMC puede formular criterios orientadores; y debe admitirse que entre esos criterios a los que alude la norma tienen cabida aquéllos tendentes a limitar o impedir posibles tratos discriminatorios en la aplicación de los descuentos.

No obstante, el reconocimiento de esta atribución al órgano supervisor merece ser acotado en un doble aspecto. De un lado, el hecho de que la CNMC pueda formular criterios en esta materia no significa que pueda establecer los descuentos por sí misma y con tal grado de detalle que suponga la fijación de tarifas por parte del órgano regulador. De otra parte, admitir que la CNMC puede formular criterios en materia de descuentos no excluye

que los formulados puedan no ser ajustados a derecho o disconformes con la jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En el caso que nos ocupa la sentencia recurrida, después de examinar varios apartados de la resolución de la CNMC referidos a los descuentos, termina señalando que, en contra de lo apreciado en la resolución de la CNMC, el distinto tratamiento que en el contrato tipo se otorga a los grandes clientes y a los operadores alternativos no implica discriminación; conclusión que, según explica la sentencia, se sustenta en diversos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se citan y en la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo. Pues bien, compartimos el parecer de la Sala de la Audiencia Nacional.

En la línea de lo razonado en la sentencia recurrida, tiene razón la representación de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S.A cuando señala que no todo trato diferenciado implica discriminación. Y, en efecto, tanto en vía administrativa como en el proceso de instancia, y también ahora en su oposición al recurso de casación, Correos ha venido explicando que el distinto trato que se dispensa a los operadores y a los grandes clientes deriva de la diferente situación de unos y otros en la cadena de valor. Así, los descuentos por volumen incentivan la remisión de mayor volumen de envíos por los remitentes, esto es, por los clientes finales que generan envíos, pues un descuento por volumen incentiva que, en vez de remitir la comunicación por medios electrónicos, el remitente/cliente final contrate los servicios de Correos. Pero tal efecto no se produce en el caso de los operadores postales, que son entidades que no generan sus propios envíos pues se limitan a gestionar los envíos de terceros. Como explica la representación procesal de Correos, los operadores no van a generar más correo por beneficiarse de mejores precios de acceso pues ellos no generan los envíos ni deciden si el envío se realiza electrónicamente o por vía postal, ya que se limitan a gestionar el correo de terceros, los remitentes.

Por otra parte, el auto de admisión del recurso de casación, al delimitar la cuestión que reviste interés casacional, deja oportunamente señalado que el debate se centra en determinar si existe discriminación por el hecho de introducir diferenciación en los descuentos por volumen ofrecidos a grandes clientes minoristas y a operadores alternativos, dejando señalado que estos últimos, los operadores, "disponen de su propia red", circunstancia ésta en la que ha insistido la representación de la parte recurrida en su escrito de oposición y también en el acto de la vista. Y es que, en efecto, el hecho de disponer de su propia red sin duda reduce o relativiza la relevancia que para tales operadores puedan tener la diferencia entre los descuentos que Correos les aplica a ellos y a los grandes clientes minoristas.

En esa misma línea de argumentación, es oportuno recordar la sentencia de Sala del Tribunal Supremo nº 163/2018, de 5 de febrero (casación 2808/2015), que vino a confirmar la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de la Audiencia Nacional de 1 de julio de 2015 (recurso 118/2014) en la que, estimando el recurso contencioso-administrativo que había interpuesto la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., anuló la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 21 de enero de 2014 que sancionaba a dicha entidad por una conducta de abuso de posición dominante consistente en impedir a los operadores alternativos competir en el segmento de los grandes clientes de servicios postales.

En aquella sentencia de 5 de febrero de 2018 (casación 2808/2015) destacábamos que la sentencia de la Audiencia entonces recurrida había dejado señalado que el operador que había formulado denuncia ante la CNMC -se trataba allí de Unipost- bien pudo utilizar la capacidad propia de la que disponía para llegar a la población objetivo sin recurrir a la Red administrada por Correos; y que, siendo ello así, la negativa de Correos a venderle el uso de su red a un precio igual al ofrecido a los grandes clientes en modo alguno le impedía de manera absoluta competir por esos clientes. Es cierto que en aquel caso se trataba de una resolución sancionadora de la CNMC y no -como aquí sucede- de una resolución por la que se resuelve el procedimiento relativo a la aprobación del Contrato Tipo de Acceso a la Red Postal; pero, a pesar de la diferente naturaleza de la resolución administrativa objeto de impugnación en uno y otro caso, las consideraciones que se expusieron entonces para concluir que no había quedado acreditada la existencia de abuso de posición de dominio, proscrita por el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, son en buena medida aducibles ahora para concluir que no cabe apreciar la concurrencia del trato discriminatorio que la resolución de la CNMC reprocha al contrato tipo al que se refiere la presente controversia.

Por otra parte, esta Sala considera que ese tratamiento diferenciado -que no discriminatorio- que el contrato tipo dispensa a los grandes clientes minoristas y a los operadores alternativos no vulnera lo dispuesto en los artículos 11, 11 bis y 12 de la Directiva 67/97/CE. Y para alcanzar esta conclusión tampoco consideramos necesario el planteamiento de la tercera pregunta que se nos ha pedido que formulemos con carácter prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sucede que, como la sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional aquí recurrida se encarga de señalar, la STJUE 11 de febrero de 2015 (asunto C-340/13, Bpost), relativa a una presunta infracción del principio de no discriminación en la aplicación de las tarifas contractuales por el trato diferenciado entre remitentes de envíos masivos y preparadores de correo, para que una diferencia de trato constituya una discriminación prohibida es preciso que los operadores se encuentren en una situación comparable en el mercado de la distribución postal y que no exista ningún objetivo legítimo que permita justificar dicha diferencia de trato. Y, como antes hemos señalado, la posición de los clientes minoristas no es equiparable ni equivalente a la de los operadores alternativos, por lo que dispensarles un tratamiento distinto en materia de descuentos no constituye una vulneración del principio de no discriminación.

Séptimo.

Resolución del recurso y constas procesales.

De acuerdo con las consideraciones expuestas en los apartados anteriores, en particular, en los fundamentos jurídicos cuarto y sexto, procede que declaremos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por las representaciones procesales de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia (ASEMPRE), la entidad UNO, Organización Empresarial de Logística y Transporte y Gureak Marketing, S.L.U.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4, 139.1 y 139.4 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, entendemos que no procede la imposición de las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes. Y en cuanto a las costas del proceso de instancia, debemos mantener el pronunciamiento que hizo al respecto la sentencia recurrida.

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los artículos 86 a 93 de la Ley de esta Jurisdicción.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

No ha lugar al recurso de casación nº 2342/2020 interpuesto por las representaciones procesales de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, la ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE EMPRESAS DE REPARTO Y MANIPULADO DE CORRESPONDENCIA (ASEMPRE), UNO, Organización Empresarial de Logística y Transporte, y la entidad GUREAK MARKETING, S.L.U., contra la sentencia de la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional de 18 de diciembre de 2019 (recurso contencioso-administrativo 374/2018); sin imponer las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes y manteniendo, en cuanto a las costas del proceso de instancia, el pronunciamiento de la sentencia recurrida.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.