

R. CASACION núm.: 4714/2017

Ponente: Excmá. Sra. D.^a María Isabel Perelló Doménech

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

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Tercera
Sentencia núm. 1812/2018

Excmos. Sres. y Excmá. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D.^a María Isabel Perelló Doménech

D. Diego Córdoba Castroverde

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

D. Fernando Román García

En Madrid, a 19 de diciembre de 2018.

Esta Sala ha visto constituida la sección tercera por los magistrados al margen referenciados, el recurso de casación número 4714/2017, interpuesto por la Procuradora D.^a Nuria Serrada Llord en representación de SOCIEDAD ESTATAL DE CORREOS Y TELÉGRAFOS SA, contra la sentencia de fecha 19 de junio de 2017, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 476/15. Se ha personado como parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente la Excmá. Sra. D.^a María Isabel Perelló Doménech.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procedimiento contencioso-administrativo número 476/15 seguido ante la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, lo interpuso la SOCIEDAD ESTATAL DE CORREOS Y TELÉGRAFOS SA, contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 18 de junio de 2015. La Sala tras razonar sobre la causa de inadmisión invocada por el Abogado del Estado, ex art. 69.c) de la Ley Jurisdiccional, entra a resolver los motivos del recurso, que ha operado el silencio positivo, que existe una indebida aplicación del procedimiento de comprobación del art. 34.2 de la Ley Postal a los precios efectivos de los clientes con derecho a descuento, y en que se cumplieron los requisitos de orientación a costes y transparencia de los precios o tarifas de los servicios postales en régimen de obligación de servicio público.

SEGUNDO.- La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó Sentencia de fecha 19 de junio de 2017, cuya parte dispositiva acuerda:

<<PRIMERO.- ADMITIR Y DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo formulado por SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, contra la resolución de la COMISION NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC) de fecha 18 de junio de 2015 y previamente contra desestimación presunta, a que las presentes actuaciones se contraen.

SEGUNDO.- Se imponen las costas a la parte actora.>>

Contra la referida sentencia, la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos SA preparo recurso de casación que la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la SOCIEDAD ESTATAL DE CORREOS Y TELÉGRAFOS SA compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo y, presentó escrito de fecha 29 de enero de 2018 de interposición del recurso de casación en el que expuso los motivos de casación siguientes, exponiendo que la sentencia infringe:

1.- Falta de resolución en plazo en el proceso de comprobación de precios a que se refiere el art. 34 de la Ley Postal y las consecuencias del silencio administrativo. Aplicación supletoria del régimen administrativo común al plazo de resolución del procedimiento de comprobación de precios. Forma de iniciación del procedimiento de comprobación de precios del art. 34 de la Ley Postal.

Consecuencias de la falta de resolución en plazo. La sentencia impugnada debió apreciar que la resolución de la CNMC adolece de la causa de nulidad prevista en el art. 62.e) LRJPAC, esto es, por haber prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, al haber sido dictada en contra de lo dispuesto en el art. 43.3 letra a) LRJPAC, esto es, en contra del sentido del acto presunto nacido del silencio administrativo, lo cual tiene a todos los efectos la consideración de acto finalizador del procedimiento. La sentencia de instancia debió apreciar la nulidad de la resolución impugnada, por haberse dictado en el seno de un procedimiento ya caducado, lo que equivale asimismo a la omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido. Considera por tanto que hay arbitrariedad, y es susceptible de atentar contra los más elementales principios de seguridad jurídica y confianza legítima, además de constituir un caso singular dentro del ordenamiento jurídico.

2.- Sobre la indebida aplicación del procedimiento de comprobación de precios y los principios del art. 34 de la Ley Postal a los descuentos practicados por la recurrente.

Diferencias entre precios y descuentos desde el punto de vista del procedimiento a que se refieren los arts. 34 y 35 de la Ley Postal.

Diferencias entre precios y descuentos, desde el punto de vista de los principios aplicables a su comprobación (arts 34.1 y 35.1 y 3 de la Ley Postal).

Y termina realizando las siguientes pretensiones en el suplico:

1/ que con estimación del presente recurso de casación se anule la sentencia impugnada, con imposición de las costas del recurso a la parte recurrida.

2/ Que como consecuencia de la estimación del recurso de casación y la consiguiente anulación de la sentencia impugnada, el Tribunal Supremo se sitúe en la situación procesal propia del Tribunal de instancia y estime el recurso contencioso administrativo interpuesto por esta parte contra la resolución de 18 de junio de 2015, de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en los siguientes términos:

- a) Que se declare que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 34.2 de la Ley Postal o supletoriamente en el art. 42.3 LRJPAC, la resolución de 18 de junio de 2015 se ha dictado una vez superado el plazo máximo para resolver y, en consecuencia, se acuerde su nulidad por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, en los términos desarrollados en el apartado III.1 del fundamento de derecho tercero del presente escrito de interposición.
- b) Que se declare que el procedimiento de comprobación de precios previsto en el artículo 34 de la Ley Postal no es extensible a los descuentos a que se refiere el art. 35 de la Ley Postal, sino que nos encontramos ante procedimientos diferenciados, en los términos expuestos en el apartado III.2 del fundamento de derecho tercero del presente escrito de interposición.

CUARTO.- Por Auto de la Sala de admisión de fecha 12 de diciembre de 2017, se admitió el recurso de casación, y declaró que la cuestión planteada que presente interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en:

«(i) Determinar si la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está o no sujeta al plazo de tres meses establecido por el artículo 34.2 de la Ley 43/2010, o subsidiariamente del artículo 42.3 LRJPAC, para resolver sobre la comunicación que el operador debe efectuar de conformidad con el primero de los artículos citados, y, caso afirmativo, las consecuencias del silencio.

(ii) Determinar si la intervención de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en virtud de la comunicación efectuada por el operador conforme al artículo 34.2 de la Ley 43/2010 puede comprender no sólo la verificación de los precios, sino también los supuestos de descuentos.»

QUINTO.- Admitido el recurso de casación, el Abogado del Estado presento su escrito de oposición el 21 de marzo de 2018, suplicando dicte sentencia por la que desestime el recurso de casación, confirmando la sentencia recurrida, con costas.

SEXTO.- Se señaló para votación y fallo el día 27 de noviembre de 2018, fecha en que ha tenido lugar con observancia de las disposiciones legales, continuando la deliberación en días sucesivos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sociedad estatal Correos y Telégrafos, SA interpone el presente recurso de casación contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de junio de 2017, que desestimó el recurso contencioso-administrativo número 476/15, deducido frente a la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 18 de junio de 2015. La Sala tras razonar sobre la causa de inadmisión invocada por el Abogado del Estado, ex art. 69.c) de la Ley Jurisdiccional, entra a resolver los motivos del recurso que versaban sobre el silencio positivo y la existencia de una indebida aplicación del procedimiento de comprobación del art. 34.2 de la Ley Postal a los precios efectivos de los clientes con derecho a descuento.

La Sala de la Audiencia Nacional desestimó el recurso interpuesto por la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos SA, en la sentencia reseñada en virtud de las siguientes consideraciones jurídicas:

«SEGUNDO.- La primera cuestión a dilucidar es si concurre la causa de inadmisión invocada por el Abogado del Estado, ex artículo 69 c) de la Ley Jurisdiccional.

Para ello - y también, lógicamente, en relación con lo que ulteriormente se considerará en relación con el fondo- resulta conveniente reproducir los artículos 34 y 28 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal:

"Artículo 34. Precios.

1. Los precios de los servicios postales prestados bajo régimen de obligaciones de servicio público deberán ser asequibles, transparentes y no discriminatorios y fijarse teniendo en cuenta los costes reales del servicio, de modo que ofrezcan incentivos para la prestación eficiente del mismo.

2. El operador designado deberá comunicar a la Comisión Nacional del Sector Postal tanto el establecimiento de nuevos precios como la modificación de los precios ya vigentes de los servicios prestados con obligaciones de servicio público con, al menos, tres meses de antelación a la fecha prevista para su aplicación. La comunicación irá acompañada de una memoria justificativa del cumplimiento de los principios indicados en el presente artículo.

En el supuesto de que de la comprobación de los precios se desprenda que no se ajustan a dichos principios, la Comisión Nacional del Sector Postal dará un plazo de 15 días al operador para que alegue lo que estime conveniente y dictará la correspondiente resolución declarando lo que proceda, a efectos de su consideración en el cálculo de la carga a que se refiere el artículo 28. Los precios serán publicados en los sitios web de la Comisión y del operador designado.

3. Estarán exentos del pago del precio los siguientes servicios prestados por el operador designado para la prestación del servicio postal universal:

a) Los envíos de cecogramas.

b) Los envíos a los que la Unión Postal Universal confiera tal derecho, con el alcance establecido en los instrumentos internacionales que hayan sido ratificados por España.

4. Para los servicios sometidos a obligaciones de servicio público dentro del servicio postal universal, la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, a propuesta del Ministerio de Fomento y previo informe de la Comisión Nacional del Sector Postal, podrá establecer precios máximos y mínimos, con el fin de garantizar el cumplimiento de los principios indicados en el apartado 1 del presente artículo. Igualmente, para el citado ámbito, podrá determinarse la aplicación de precios uniformes en todo el territorio nacional.

Artículo 28. Financiación de las obligaciones de servicio público del servicio postal universal impuestas al operador designado.

La Comisión Nacional del Sector Postal determinará, previo informe preceptivo del Ministerio de Economía y Hacienda, la cuantía de la carga financiera injusta que comportan las obligaciones de servicio público del servicio postal universal para el operador designado.

A tal efecto, se entenderá por carga financiera injusta el resultado de minorar el coste neto en el importe en el que se cuantifiquen los ajustes derivados del incumplimiento de las condiciones de eficiencia establecidas en el Plan de prestación a que se refiere el artículo 22 de la presente ley. La cuantía de la carga financiera injusta se compensará con cargo al Fondo de financiación creado en el artículo siguiente."

El óbice procesal no puede prosperar. Si bien cabe reconocer una relación secuencial entre los preceptos antes transcritos, llano es que el primero, precisamente del que deriva la decisión revisada, goza de una sustantividad que facilita el camino a su posible impugnabilidad en vía jurisdiccional. Y es que no nos encontramos ante un acto puramente declarativo -

aunque el tenor de los tres primeros apartados de su resuelve así pudiera sugerirlo-, pues se predeterminan unos efectos que resultarán trascendentes en el cálculo ulterior de la carga financiera injusta, conclusión que se extrae con nitidez de la dicción del apartado cuarto del resuelve, en cuanto exige una concreta adopción de medidas. Y, además, aunque la Sala no desconoce la jurisprudencia en cuya virtud el error de la Administración al indicar que la resolución era susceptible de recurso contencioso-administrativo no puede en modo alguno conllevar la transformación de un acto no susceptible de recurso jurisdiccional en otro susceptible de tal recurso procesal o viceversa (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1986 y de 18 de febrero de 1997), pues los actos "son lo que son, independientemente de los términos que en ellos se utilicen" (Sentencia de 28 de enero de 1997), lo cierto es que el regulador ofreció a la parte, en un pie de recurso, la posibilidad de acudir a esta sede.

TERCERO.- Alega la demandante hubiese operado un silencio positivo, basándose en la previsión del artículo 34.2 de la Ley 43/2010, habida cuenta que la resolución administrativa se dictó rebasando el plazo de tres meses que el precepto contempla. Tal interpretación ha de rechazarse, pues no sólo la decisión administrativa responde a una obligación "ex lege" del operador (comunicar a la CNMC el establecimiento de nuevos precios o la modificación de los ya vigentes, en el ámbito de los servicios prestados con obligaciones de servicio público), resulta que el plazo se prevé en relación con la aplicación de los precios ("con, al menos, tres meses de antelación a la fecha prevista para su aplicación"), esto es, el regulador no está obligado a dictar una resolución en ese plazo de tres meses, y tampoco es dable se incumpliera lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, pues consta, como bien detalla el demandado, que, tras un trámite de alegaciones, la CNMC resuelve en plazo, una vez culminada una fase preliminar de investigación y análisis de datos. En todo caso, como ya se anticipó, el expediente no se inició a instancias del interesado, sino como consecuencia de un deber contemplado legalmente.

CUARTO.- Sobre el fondo del litigio ha de resaltarse que en el detallado y prolijo texto del acto administrativo se contienen y razonan los criterios que respaldan la decisión adoptada, concretamente en su Fundamento Jurídico Segundo, con especial ponderación de las alegaciones de la ahora recurrente, comprobación del cumplimiento de los principios previstos en el artículo 34 de la Ley 43/2010 y concreto análisis de productos nacionales (carta ordinaria nacional, carta certificada nacional, y paquete azul, con los diferentes segmentos de cada categoría) y productos internacionales (carta ordinaria internacional y paquete postal internacional, también con los diferentes segmentos), así como con unas conclusiones sobre el principio de orientación a costes.

Se cuestionan por la recurrente varios extremos, respecto de los que, en conjunto, y con sustancial aceptación de los argumentos desgranados por el demandado, cabe aparejar la correlativa respuesta en Derecho:

a) La CNMC, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 35.3 de la Ley Postal ("verificación que los precios especiales y los descuentos no supongan incremento de las necesidades de financiación del Servicio Postal Universal y de la carga financiera injusta compensable al operador designado"), puede controlar los descuentos a clientes que realizan envíos masivos al socaire de una comunicación de modificación de tarifas, pues el precepto nada limita al regulador al respecto.

b) El principio de orientación a costes se ciñe a los precios y, en consecuencia, los de las tarifas se han de acomodar a él. Por tanto, una subvención cruzada de unos servicios con otros puede vulnerarlo.

c) Respaldan al regulador los artículos 34.1 y 35.3 en relación con todo lo relativo a la fijación de precios finales, después de descuentos, en servicios del servicio postal universal prestados a remitentes de envíos masivos. Nada empece a que se les exija una determinación subordinada a los costes reales del servicio.

y **d)** Como bien se enfatiza en la contestación a la demanda, no puede exigirse que los precios cubran todos los costes, si eso desembocara en precios no asequibles, ni el principio de asequibilidad puede llevar a que los precios resulten tan bajos que los usuarios no paguen una cantidad razonable (asequible) que contribuya a sufragar los costes del servicio prestado.

QUINTO.- Por la recurrente se aporta pericial de la entidad "Compass Lexecon", que fue ratificada a presencia judicial el 1 de diciembre de 2016.

Al respecto, conviene recordar que el acervo probatorio ha de ser valorado por el Tribunal según las reglas de la sana crítica, tal como legisla el artículo 348 de la norma ritaria civil, evitando, claro está, la que pudiera ser "absurda, ilógica o contradictoria" (Sentencias del Tribunal Supremo, por todas, de 28 de noviembre de 1992, 13 de julio de 1995, 13 de noviembre de 2001 y 25 de julio de 2002). Y también es cierto que el Tribunal Supremo (por todas, Sentencias de 5 de junio y 15 de julio de 1991) ha advertido que el resultado de la prueba pericial no vincula a los Tribunales, pues actúan con plenitud de jurisdicción, aceptándola o rechazándola según las razones que expongan, toda vez que la valoración de la prueba ha de hacerse considerando en su conjunto todos los resultados producidos por los diferentes medios probatorios, sin olvidar que cualquiera que sea el valor preferente que a alguna de las practicadas deba atribuirse, este criterio no puede nunca llegar al extremo de que baste su individual contemplación como provistas de fuerza vinculante para el órgano decisorio, por estar este dotado de facultades de apreciación.

Pues bien, la Sala considera a pesar de la coherencia con que el informante de parte expuso sus conclusiones, que los estudios y consideraciones que fueron basamento de la decisión administrativa no han podido quedar desvirtuados, dados los términos lógicos y razonables sobre los que descansan. Así, a título de ejemplo, en el informe económico evacuado por la Subdirección de Análisis Económico de la CNMC, se expresa, ente otros extremos:

"el cálculo del LRAIC realizado por Compass Lexecon se caracteriza por (i) ser metodológicamente erróneo, al concebir un LRAIC que no incorpora todos los tipos de costes que resultan relevantes en su cálculo y (ii) no proporcionar ninguno de los datos sobre costes, ingresos y precios utilizados en su cálculo, lo que invalida cualquier tipo de análisis de contraste y verificación de los resultados.

Por los motivos anteriores, el cálculo del LRAIC realizado por Compass Lexecon no constituye evidencia económica sólida y robusta que pueda resultar de utilidad para extraer conclusiones en materia de política de competencia y regulación en relación con la prestación de servicios a grandes clientes por parte de Correos. En concreto, no sirve para justificar la afirmación de que "la política de precios de Correos para grandes clientes y operadores postales cumple el test establecido por las autoridades de competencia para descartar la existencia de precios predatorios".

"la metodología seguida por Correos y Compass Lexecon adolece de varios aspectos problemáticos que invalidan la estrategia empírica empleada e Impiden extraer conclusiones acertadas y útiles (...). En suma, sin evidencia empírica sólida y robusta sobre cómo responderían los volúmenes y los costes ante un cambio en los precios de Correos, y basándose únicamente en meros supuestos, sin ningún apoyo empírico, ni Correos ni Compass Lexecon pueden afirmar que el impacto de una subida de precios de Correos hasta cubrir los costes totales medios empeoraría los resultados de Correos y aumentaría el coste neto del SPU. Esta conclusión no se fundamenta en un análisis empírico adecuado y por lo tanto no puede tenerse en cuenta."

"La subvención que ayuda a Correos a mantenerse operativo en los mercados de servicios a grandes clientes, donde un nivel de competencia intensa es posible y deseable, carece de justificación económica. Lo eficiente es defender el proceso competitivo eliminando normativas e intervenciones públicas que carecen de justificación en los principios de regulación económica eficiente.

Lo que los Informes de Compass Lexecon recomiendan es que la solución eficiente pasa por continuar subvencionando a Correos en los servicios que presta a los grandes clientes porque de lo contrario la subvención a Correos tendría que ser superior a la actual. Independientemente del hecho de que los Informes de Compass Lexecon no prueban que tal efecto sería el que tendría lugar, si el servicio a grandes clientes puede prestarse en régimen de competencia no existe justificación para subvencionar su prestación y garantizar - mediante subvención pública - la viabilidad de Correos.

La opción alineada con el interés general y el funcionamiento eficiente y competitivo de estos mercados es precisamente revisar este sistema de subvención y facilitar una competencia en los méritos y no distorsionada por la subvención que está recibiendo Correos. La subvención permanente a Correos para cubrir sus pérdidas en segmentos del mercado potencialmente competitivos y rentables restringe y elimina la competencia de forma injustificada, y por ello

resulta incompatible con un funcionamiento eficiente del mercado y la maximización del bienestar social”.

En suma, el regulador ha resuelto con respaldo en un análisis económico al que no puede restarse rigor o congruencia, y ha desgranado unas consideraciones en absoluto ayunas de razonabilidad, sin que exista, en materia tan técnica sometida a su conocimiento, atisbo alguno de arbitrariedad, sin que, en fin, las valoraciones de parte, aún reconociéndoles un desarrollo ecuánime, puedan enervar el criterio administrativo, que, por otra parte, en su caso desembocará en ulterior resolución sobre carga financiera injusta con las resultas que procedan. El recurso jurisdiccional ha de ser desestimado.»

SEGUNDO.- Con arreglo a lo declarado en el Auto de fecha 12 de diciembre de 2017 que admitió a trámite el presente recurso de casación, las cuestiones que han de dilucidarse por presentar intereses casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son dos:

En primer lugar, si la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está o no sujeta al plazo de tres meses establecido por el artículo 34.2 de la Ley 43/2010, o subsidiariamente del artículo 42.3 LRJPAC, para resolver sobre la comunicación que el operador debe efectuar de conformidad con el primero de los artículos citados, y, caso afirmativo, las consecuencias del silencio.

Y, en segundo lugar, si la intervención de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en virtud de la comunicación efectuada por el operador conforme al artículo 34.2 de la Ley 43/2010 puede comprender no sólo la verificación de los precios, sino también los supuestos de descuentos.

TERCERO.- Planteada en tales términos la primera cuestión controvertida, cabe recordar que con carácter general hemos declarado -como recuerda la reciente STS de 6 de noviembre de 2018 (RC 1763/2017)- que la sentencia dictada por el Pleno de esta Sala Tercera en el recurso de casación núm. 302/2004, de fecha 28 de febrero de 2007, consideró equivocada la tesis según la cual *«cualquier petición del administrado da lugar o debe dar lugar, a “un procedimiento iniciado a solicitud del interesado”, de modo que si no se contesta por la Administración en el plazo máximo establecido para resolver, debe considerarse estimada por silencio, en aplicación del artículo 43.2 de la Ley 30/1992 (LPAC).»*

Partiendo de esta base, hay que tener en cuenta que la técnica del silencio positivo despliega su funcionalidad en procedimientos iniciados a instancia de parte que se desenvuelven conforme a una dinámica sucesiva de solicitud y su correlativa resolución. De modo que cabe acudir a la figura del silencio positivo cuando una petición o solicitud del interesado deba dar lugar a una resolución administrativa que se pronuncie sobre la pretensión deducida. En estos casos, el silencio juega una vez vencido el plazo establecido, esto es, cuando la resolución no se ha dictado. Entonces opera la técnica del silencio, de modo que el transcurso del plazo sin haberse dictado la preceptiva resolución equivale a la resolución misma.

En el supuesto que aquí enjuicamos, el del artículo 34 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal, no puede considerarse en puridad un procedimiento de esta naturaleza, pues no se da una solicitud propiamente dicha, en la medida que la comunicación que debe realizar la operadora prestadora del servicio universal a la Comisión Nacional de los Mercados no debe dar lugar necesariamente a una resolución expresa de autorización, pues no existe un «deber de resolver» expresión a la que se refiere la regulación común del silencio administrativo. Dada la regulación que incorpora el contenido del artículo 34 de la Ley del Servicio Universal Postal, su sentido y finalidad, no se trata de una solicitud que deba dar lugar a una ulterior autorización o pronunciamiento de la Administración, y más bien, puede encontrar semejanza con la figura de la «comunicación previa» que se contempla en el artículo 69.2 de la Ley 39/2015.

En el diseño del aludido precepto de la Ley Postal, corresponde al prestador del servicio «comunicar» al regulador los nuevos precios, declarando que se ajustan a los requisitos que establece el párrafo primero del citado artículo 34.

Esta comunicación –que así se denomina en la Ley- no tiene necesariamente que ser autorizada mediante resolución expresa del regulador, que no ha de pronunciarse necesariamente sobre la misma, pues se configura

como una obligación que la Ley impone al prestador del servicio con la correlativa facultad de la Comisión de comprobar la adecuación de los precios a los principios que se contemplan en la propia ley. Esto es, una vez comunicados los precios, lo que el regulador sí puede hacer es proceder a su examen y comprobación y en su caso realizar las declaraciones correspondientes, como sucede en el caso de autos. Pero si la CNMC no utiliza esta facultad, la comunicación sobre los precios realizada por el prestador del servicio con la antelación prevista en la Ley -de tres meses- desplegará sus efectos y los precios resultarán aplicables al sector concernido.

Siendo este el diseño previsto en el artículo 34 de la Ley, no tiene cabida el instituto del silencio positivo debido a la ausencia de resolución expresa en plazo de la Administración, porque esa resolución no tiene por qué dictarse necesariamente, por tratarse de una facultad atribuida al regulador, de la que pueda hacer uso o no.

Así, si el operador comunica los nuevos precios al menos tres meses antes de la fecha prevista para su despliegue y aplicación y el regulador no objeta nada en esos tres meses, el efecto no es la obtención de una autorización como si se tratara de un acto administrativo obtenido por silencio que sólo podría revisarse por el procedimiento de revisión de oficio de los actos administrativos favorables, sino la posibilidad de que desde ese momento -transcurridos los tres meses, sin que haya pronunciamiento de la CNMC- esos nuevos precios puedan ser aplicados a la prestación del servicio desde la fecha indicada.

Pero eso no justifica -precisamente porque no ha habido silencio positivo- que una vez transcurridos los tres meses de referencia, el organismo regulador no pueda revisar los precios de los servicios comunicados y si considera que los precios -ya aplicables- no se ajustan a su marco regulatorio, podrá pedirse las comprobaciones pertinentes, sin que ello implique dejar sin efecto un acto administrativo favorable que en puridad no existe.

El diseño legal se hace para que el regulador proceda a efectuar esa comprobación de los precios comunicados *ex ante*, es decir, con anterioridad a que los nuevos precios aprobados por el Consejo de Administración sean de aplicación, aunque es cierto que no existe ningún obstáculo legal para que el regulador pueda ejercer sus facultades de comprobación en un ulterior momento. No solo porque la Ley no lo prohíbe sino también porque la lógica que subyace en las comunicaciones previas es que las comprobaciones puedan hacerse en un momento posterior, al encontrarnos ante una relación jurídica de Derecho Público de carácter operativo.

Ahora bien, la controversia se ciñe a la aplicación o no del silencio *ex artículo 43* de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJPAC, de modo que queda fuera de nuestro conocimiento la determinación de las consecuencias de la comprobación tardía de los precios y su incidencia en el período transcurrido desde esa fecha de entrada en aplicación de los nuevos precios hasta que la resolución de la CNMC que concluye la comprobación, si bien, cabe considerar que en principio por razones de seguridad jurídica, esencial en este ámbito de los mercados regulados, la resolución *tardía* del regulador despliega sus efectos prospectivos, es decir, únicamente "*pro futuro*".

Por lo expuesto, cabe declarar que la CNMC en la función de comprobación de precios *ex artículo 43* LRJPAC no está sujeta al plazo de tres meses establecido por el artículo 34.2 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal, ni es de aplicación la figura del silencio administrativo del artículo 42.3 LRJPAC para resolver sobre la comunicación de los precios que incumbe al prestador del servicio y por tanto el plazo de tres meses del aludido artículo 34 no determina la generación de una autorización obtenida por silencio ni equivale a una desestimación o denegación presunta por silencio negativo.

CUARTO.- La segunda cuestión planteada que presenta interés casacional objetivo consiste en determinar si la intervención de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en virtud de la comunicación de precios efectuada por el operador con arreglo al artículo 34.2 de la Ley 43/2010, de 30

de diciembre, del Servicio Postal Universal, puede comprender no solo la verificación de los precios, sino también los supuestos de descuentos.

Parte la sociedad recurrente de la distinción entre precios y descuentos y su diferente regulación en los artículos 34 y 35 de la Ley Postal, y censura la sentencia de instancia en cuanto afirma que «como quiera que el artículo 35 de la Ley Postal atribuye al órgano regulador competencia para verificar los descuentos, nada obsta a que lo haga al socaire de una comunicación de modificación de tarifas, pues el precepto nada limita al regulador al respecto» (FJ. 4º).

Considera que el mero reconocimiento de una competencia genérica atribuida a la CNMC para supervisar el mercado no justifica su actuación al margen de los procedimientos legalmente tasados y critica la utilización del procedimiento y principios del artículo 34 de la Ley Postal para verificar unos descuentos que tienen lugar a lo largo de todo el ejercicio a los que se refiere el artículo 35 de la citada Ley Postal. Subraya que ambos preceptos -los artículos 34 y 35- regulan el procedimiento de comprobación desde distintas perspectivas, según se trate de precios o descuentos y que teniendo en cuenta la propia naturaleza de los descuentos y que entre los principios aplicables se encuentra el de no incremento de la carga financiera injusta, es razonable pensar que la verificación no se puede efectuar hasta el final del ejercicio, cuando puede conocerse su importe y si incrementan el importe de la carga financiera injusta a que se refiere el artículo 28 de la Ley Postal, de modo que la inclusión del control de descuentos en un procedimiento previsto solo para la comprobación de precios supone una distorsión de la finalidad del acto al exceder del ámbito del artículo 34.2 de la Ley Postal.

Concluye que no cabe aceptar que el artículo 34 sea trasladable a los descuentos y que el procedimiento del artículo 34 de la Ley Postal ha de limitarse a la verificación previa del cumplimiento de los principios contemplados.

El planteamiento no puede ser acogido. El artículo 8 de la Ley 3/2013, de 4 de Junio, atribuye a la CNMC la función de supervisión del funcionamiento del mercado postal, a través de diferentes mecanismos como la comprobación de la adecuación de los precios de los servicios postales bajo el régimen de obligaciones de servicio público a los principios contemplados en el artículo 34 de la Ley Postal. Este precepto dispone:

«1. Los precios de los servicios postales prestados bajo régimen de obligaciones de servicio público deberán ser asequibles, transparentes y no discriminatorios y fijarse teniendo en cuenta los costes reales del servicio, de modo que ofrezcan incentivos para la prestación eficiente del mismo.

2. El operador designado deberá comunicar a la Comisión Nacional del Sector Postal tanto el establecimiento de nuevos precios como la modificación de los precios ya vigentes de los servicios prestados con obligaciones de servicio público con, al menos, tres meses de antelación a la fecha prevista para su aplicación. La comunicación irá acompañada de una memoria justificativa del cumplimiento de los principios indicados en el presente artículo.

En el supuesto de que de la comprobación de los precios se desprenda que no se ajustan a dichos principios, la Comisión Nacional del Sector Postal dará un plazo de 15 días al operador para que alegue lo que estime conveniente y dictará la correspondiente resolución declarando lo que proceda, a efectos de su consideración en el cálculo de la carga a que se refiere el artículo 28. Los precios serán publicados en los sitios web de la Comisión y del operador designado.

La resolución de la CNMC de 18 de junio de 2015 tiene por objeto la comprobación de los precios de los servicios postales prestados bajo el régimen de obligaciones de servicio universal para el año 2015, singularmente, analiza la CNMV si los precios comunicados por parte de la sociedad estatal de correos y telégrafos son asequibles, transparentes y no discriminatorios y si se han fijado teniendo en cuenta los costes reales del servicio. Concluye la CNMC de forma motivada que los precios de determinados servicios postales prestados bajo el régimen de obligaciones de servicio público que pagan los usuarios con derecho a descuentos no cumplen con el principio de adecuación a los costes de prestación de prestación del servicio.

Compartimos el criterio de la Sentencia de instancia que a su vez confirma el de la CNMC, que interpreta que la función de comprobación de precios del artículo 34 de la Ley Postal, la CNMC no ha de ceñirse al análisis de los precios de los servicios postales comunicados por el Consejo de Administración, con exclusión de los precios aplicados con descuentos. Dicho

precepto contempla la verificación de «los precios de los servicios postales prestados bajo el régimen de obligaciones del servicio público» y su adecuación a los principios allí indicados (los precios deberán ser asequibles, transparentes y no discriminatorios y fijarse teniendo en cuenta los costes reales del servicio) y su redacción no permite concluir que no puedan considerarse los precios de los servicios postales prestados a los usuarios que tienen derecho a descuentos.

Como bien razona la Sala de la Audiencia Nacional, el artículo 34 de la Ley Postal se refiere expresamente a los precios de los servicios postales bajo régimen de obligaciones de servicio público, sin contemplar ningún tipo de excepción y sin referirse a los precios nominales, lo que implica que puedan ser objeto de examen los precios de todos los servicios que se prestan en dicho régimen, que abarca aquellos de los usuarios de servicios con derecho a descuentos. Por su parte, el apartado 2º se refiere a la obligación de comunicar los nuevos precios y la modificación de los vigentes de los servicios prestados, de modo que permite a la CNMC constatar los precios de todos y cada uno de los servicios que conforman el servicio universal.

La resolución de la CNMC objeto de análisis se limita a escrutar la observancia de los principios previstos en el artículo 34 de la Ley del Sector Postal, analizando la totalidad de los precios, ordinarios o especiales. Así se examinan de forma separada los principios de asequibilidad (1), de transparencia y no discriminación (2) y de adecuación de costes (3), incluyendo un análisis global para cada servicio de la oferta comercial de correos y otro por segmentos de clientes para cada servicio de la oferta comercial, con estudios sobre los diferentes productos. Finalmente se extraen unas conclusiones razonadas y motivadas que sustentan la declaración sobre los precios.

No se observa que la resolución de la CNMC que presenta una fundamentación detallada y pormenorizada en la comprobación de los principios del artículo 34 de la Ley 43/2010, del Servicio Postal, infrinja o

exceda de lo dispuesto en dicho precepto al considerar en su análisis los precios de los servicios y productos con los descuentos que disfrutaran ciertos usuarios del servicio, ni resulta acreditado ni justificado que la comprobación así realizada infrinja el artículo 35, que se refiere a «descuentos y precios especiales a los usuarios», sujetos a los principios de transparencia y no discriminación.

La resolución de la CNMC se dicta en el ámbito del artículo 34 LSPU a los efectos de su posterior consideración en el cálculo de la carga a la que se refiere el artículo 28 de la reseñada ley y se ciñe a verificar los precios de los productos y servicios, con arreglo a los principios establecidos en el propio artículo 34 de la ley. No resulta contrario a la Ley Postal que el análisis de los precios incluyan los que se aplican a los usuarios con derecho a descuentos, un segmento importante de clientes que tienen su incidencia en la determinación del coste neto del servicio postal universal.

Cabe declarar que la intervención de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en virtud de la comunicación efectuada por el operador con arreglo al artículo 34.2 de la ley 43/2010, puede comprender no sólo la verificación de precios nominales de los servicios, sino también los precios con descuentos.

QUINTO.- Por las razones expuestas, no ha lugar al recurso de casación formulado por la sociedad estatal Correos y Telégrafos. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4 y 139.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, no procede la imposición de las costas de casación a ninguna de las partes, debiendo cada parte abonar las causadas a su instancia y las comunes por mitad; en cuanto a las costas del proceso de instancia, se mantiene el pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

FALLO

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

1.- NO HA LUGAR al recurso de casación número 4714/2017, interpuesto por la SOCIEDAD ESTATAL DE CORREOS Y TELÉGRAFOS SA, contra la sentencia de fecha 19 de junio de 2017, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 476/15.

2.- No se hace imposición de las costas derivadas del recurso de casación, y se mantiene 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.

-D. Eduardo Espín Templado. -D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat. -D. Eduardo Calvo Rojas. -D^a. María Isabel Perelló Doménech. -D. Diego Córdoba Castroverde. -D. Ángel Ramón Arozamena Laso. -D. Fernando Román García.
-Firmado.



PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Magistrada Ponente Excma. Sra. D^a. M^a ISABEL PERELLÓ DOMÉNECH, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico. -Firmado.