

Id Cendoj: 28079130032006100173
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
 Sede: Madrid
 Sección: 3
 Nº de Recurso: 7151/2003
 Nº de Resolución:
 Procedimiento: CONTENCIOSO
 Ponente: MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x DEFENSA DE LA COMPETENCIA x
- x ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MERCADO x
- x CADUCIDAD POR HECHO IMPUTABLE A LA ADMINISTRACIÓN (PROCEDIMIENTO SANCIONADOR) x
- x PRUEBA x
- x CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN COMERCIAL x
- x PRESUNCIÓN DE INOCENCIA (PROCEDIMIENTO SANCIONADOR) x
- x CULPABILIDAD (PROCEDIMIENTO SANCIONADOR) x
- x EXPLOTACIÓN DE REDES (TELECOMUNICACIONES) x

Resumen:

Se aduce, en primer lugar, la denegación del acceso a una de las pruebas solicitadas y admitidas, cuyo contenido sólo fue visto por el tribunal sentenciador dado su carácter confidencial, argumento que se rechaza, dado que la recurrente no combate propiamente el argumento clave utilizado por la Sala de instancia, que el hecho que con aquel documento se trataba de demostrar había quedado suficientemente acreditado. Por otro lado, se señala la no aplicabilidad a este género de procedimientos de la previsión general sobre caducidad del procedimiento sancionador por el transcurso de seis meses establecida en el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto. Respecto de este recurso, se señala la corrección de la Sala de instancia al delimitar el mercado relevante en cuanto al producto (telefonía móvil) y los ámbitos geográfico (el mercado nacional español) y temporal (el momento en que "Airtel, S.A." se incorporó al mercado de la telefonía móvil como segundo operador), sin que se pueda oponer argumento alguno a la conclusión de dicha Sala sobre la existencia de una posición de dominio en el mercado relevante, resultando lógica la conclusión.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Mayo de dos mil seis.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 7151/2003 interpuesto por "TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A." (antes "**Telefónica Servicios Móviles** , S.A."), representada por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, y "TELEFÓNICA, S.A." (antes "Telefónica de España, S.A."), representada por el Procurador D. Juan Antonio García San Miguel y Orueta, contra la sentencia dictada con fecha 3 de febrero de 2003 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 208/1999 , sobre defensa de la competencia; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado, y "VODAFONE, S.A." (antes "Airtel Móvil, S.A."), representada por el Procurador D. Cesáreo Hidalgo Senen.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 11 de marzo de 1999 "**Telefónica Servicios Móviles** , S.A." interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso- administrativo número 208/1999 contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de febrero de 1999 que, en el expediente número 413/93, acordó:

"Declarar que ha resultado acreditada la existencia de una conducta de abuso de posición dominante prohibida por el artículo 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, consistente en dificultar la entrada y asentamiento en el mercado de Airtel, S.A. mediante la celebración de contratos con cláusulas de exclusiva y retribuciones muy superiores con los distribuidores y sus agentes, contratar con Telyco para facilitar la obtención por aquéllos de la retribución por volumen y contratar como distribuidor con Telefónica de España, S.A.

Se declaran responsables de la infracción a **Telefónica Servicios Móviles**, S.A. y a Telefónica de España, S.A.

Intimárlas para que cesen en las mismas.

Imponer a **Telefónica Servicios Móviles** una multa de 610 millones de pesetas y a Telefónica de España una multa de 150 millones de pesetas.

Ordenar la publicación de la parte dispositiva de la presente Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en dos de los diarios de ámbito nacional de mayor difusión general a costa de las empresas declaradas responsables de la infracción."

Segundo.- Con fecha 18 de marzo de 1999 y 30 de abril de 1999 interpusieron "Telefónica, S.A." y "Airtel Móvil, S.A.", respectivamente, los recursos contencioso-administrativos números 236 y 387/1999 contra el mismo acuerdo.

Tercero.- Por auto de 14 de octubre de 1999 la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional acordó la acumulación de dichos recursos.

Cuarto.- En su escrito de demanda, de 9 de febrero de 2000, "**Telefónica Servicios Móviles**, S.A." interesó "la nulidad y revocación de la Resolución del TDC de 26.2.99, por ser la misma manifiestamente injusta y contraria a Derecho". Por otrosí interesó el recibimiento a prueba.

Quinto.- En su demanda, de 18 de marzo de 2000, "Telefónica, S.A." alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó se dictase sentencia "por la que se declare no ser conforme a Derecho y, en consecuencia, se anule y deje sin efecto la Resolución dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia el 26 de febrero de 1999 con expresa imposición de costas a los que se opongan a la pretensión que se ejercita". Por otrosí interesó también el recibimiento a prueba.

Sexto.- "Airtel Móvil, S.A." presentó su escrito de demanda con fecha 9 de mayo de 2000 y suplicó sentencia "declarando no ser conforme a Derecho la resolución el TDC de 26 de febrero de 1999, aunque únicamente en lo que respecta a los pronunciamientos señalados en el cuerpo de este escrito y revocándola parcialmente, todo ello imponiendo a las denunciadas la multa correspondiente por las conductas que no fueron sancionadas por el TDC y con expresa imposición de costas a las demandadas si se opusieron, por temeridad". Por otrosí interesó igualmente el recibimiento a prueba.

Séptimo.- El Abogado del Estado contestó a las demandas por escrito de 6 de noviembre de 2000, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala dictase sentencia "por la que se desestime la pretensión del presente recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada, por ser conforme a Derecho".

Octavo.- Con fecha 7 de marzo de 2001 "**Telefónica Servicios Móviles**, S.A." contestó a la demanda formulada por "Airtel Móvil, S.A." y suplicó sentencia que "la desestime íntegramente, con expresa imposición de costas por actuar la demandante con manifiesta temeridad y mala fe".

Noveno.- "Telefónica, S.A." contestó a la demanda deducida por "Airtel Móvil, S.A." por escrito de 8 de marzo de 2001 y suplicó sentencia "por la que se declare la inadmisibilidad del recurso interpuesto por esa sociedad o, subsidiariamente, se desestime, con imposición de las costas al recurrente en ambos casos".

Décimo.- "Airtel Móvil, S.A." contestó a las demandas deducidas de contrario con fecha 23 de abril de 2001 y suplicó sentencia que "desestime el recurso interpuesto contra la resolución del TDC de 26 de febrero de 1999, con expresa imposición de costas a los recurrentes".

Undécimo.- Practicada la prueba que fue declarada pertinente por auto de 7 de mayo de 2001 y

evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 3 de febrero de 2003 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **Telefónica Servicios Móviles** , Telefónica, S.A. y Airtel España, S.A. contra el Acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia dictado el día 26 de febrero de 1999, el cual confirmamos por ser conforme a Derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas".

Decimosegundo.- Con fecha 26 de septiembre de 2003 "Telefónica Móviles España, S.A." (antes "**Telefónica Servicios Móviles** , S.A.") interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 7151/2003 contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos:

Primero: al amparo del *artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional* , por "privación a esta parte de las garantías procesales produciendo indefensión".

Segundo: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional* :

"2.a) Por infracción del *artículo 20.6 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de la Potestad Sancionadora* en relación con las normas concordantes de la *Ley 30/1992 [...]*."

"2.b) Infracción del *artículo 6 de la LDC* , así como la jurisprudencia que desarrolla dicho precepto".

"2.c) Por infracción del *artículo 137 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* , que recoge la presunción de inocencia como principio del procedimiento sancionador".

Decimotercero.- "Telefónica, S.A." interpuso recurso de casación por escrito de 26 de septiembre de 2003 al amparo de los siguientes motivos:

Primero: "al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdicción* , por infracción en la aplicación del principio general de audiencia, del *artículo 24.1 y 2 de la Constitución Española* y del *artículo 43 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia* , en relación con el *artículo 62.1.a) y e) y el artículo 63.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* , así como la jurisprudencia elaborada en su desarrollo".

Segundo: "al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional* , por infracción del *artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia* ."

Tercero: "al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional* , por infracción en la aplicación del *artículo 10.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia* , y del *artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* , así como la jurisprudencia elaborada en su desarrollo".

Decimocuarto.- El Abogado del Estado presentó escrito de oposición al recurso y suplicó sentencia "por la que desestime el recurso e imponga las costas causadas a la parte recurrente de conformidad con lo establecido en la LJ".

Decimoquinto.- "Vodafone, S.A." se opuso igualmente al recurso de casación y suplicó sentencia "por la que desestime el recurso de casación por los motivos expuestos en el cuerpo de este escrito, con expresa imposición de costas al recurrente".

Decimosexto.- Por providencia de 1 de febrero de 2006 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 16 de mayo siguiente, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 3 de febrero de 2003 , desestimó, previa su acumulación procesal, los tres recursos contencioso-administrativos que habían sido interpuestos por "**Telefónica Servicios Móviles** , S.A.", "Telefónica, S.A." y "Airtel Móvil, S.A." contra la resolución del

Tribunal de Defensa de la Competencia antes reseñada. En ella se sancionó a "**Telefónica Servicios Móviles**, S.A." y a "Telefónica de España, S.A." por las infracciones y en los términos que antes han sido expuestos.

Segundo.- La Sala de instancia consideró probados los siguientes hechos que el Tribunal de Defensa de la Competencia había recogido en su resolución:

"1. Telefónica S.A., a partir de la fecha de aprobación de la *O.M. del MOPTMA de 30 de marzo de 1995*, prestaba el servicio de telefonía móvil automática en su modalidad analógica como servicio de valor añadido, siendo de aplicación al mismo lo establecido en el *real Decreto 1486/1994, de 1 de julio*. Por *Orden del citado Ministerio, de 3 de noviembre de 1995*, fue autorizada la transferencia de la prestación de dicho servicio a **Telefónica Servicios Móviles** S.A., filial al 100% de Telefónica S.A., con efectividad de 15 de diciembre de 1995.

2. Telefónica S.A. ostentaba título habilitante para la prestación del servicio de telefonía móvil en su modalidad digital (GSM) en virtud de lo dispuesto en la *Orden del MOPTMA de 30 de marzo de 1995*. Telefónica S.A. cedió el citado título habilitante a **Telefónica Servicios Móviles** S.A. (filial al 100% de Telefónica S.A.), la cual fue autorizada por *Orden del MOPTMA de 28 de junio de 1995*. La autorización para iniciar la prestación del servicio tuvo lugar por *Orden del mismo Ministerio de 25 de julio de 1995*.

3. AIRTEL es concesionaria de una licencia para la prestación del servicio de telefonía móvil en su modalidad digital, al resultar adjudicataria de la correspondiente concesión por la *O.M. del MOPTMA de 29 de diciembre de 1994* y haber suscrito el correspondiente contrato el 3 de febrero de 1995. Comenzó a prestar el servicio el 3 de octubre de 1995.

4. En la Convención celebrada en septiembre de 1995, **Telefónica Servicios Móviles** ofreció a sus distribuidores tres tipos de contratos: contrato de distribución del servicio de telefonía móvil analógico (Moviline) contrato de distribución exclusiva del servicio de telefonía móvil digital (Movistar) y contrato de distribución de este último servicio sin relación de exclusividad.

Las ventajas económicas de los contratos de distribución exclusiva ofertados se traducen en una comisión por alta superior (del 10,6% al 29,31%, según los casos), una comisión por cartera mucho más elevada (entre el 66% y el 100%, según los supuestos) y una prima por volumen incrementada (25%).

Además de percibir comisiones superiores, los distribuidores exclusivos disfrutaban de otras ventajas como son el fondo de publicidad, el apoyo económico a la apertura o remodelación de punto de venta, la prima por la red de gestión de puntos de venta y la formación de distribuidores que incluye el coste de los cursos, desplazamiento y alojamiento.

5. **Telefónica Servicios Móviles** suscribió el 30 de septiembre de 1995 con TELYCO (filial al 100% de TELEFONICA), dos contratos de distribución de los servicios Moviline y Movistar Este último incluye un compromiso de exclusividad.

6. **Telefónica Servicios Móviles** celebró con Telefónica S.A. el 2 de febrero de 1996 dos contratos para la distribución de los servicios Moviline y Movistar El correspondiente al servicio Movistar incluye un compromiso de exclusividad.

7. A partir del mes de julio de 1996 **Telefónica Servicios Móviles** remite a sus distribuidores nuevos 'contratos de agente' Moviline y Movistar por los que los agentes de los distribuidores modifican la relación de no exclusividad por la de exclusividad.

Los nuevos contratos prevén que sus condiciones económicas tendrían carácter retroactivo para aquellos agentes que ya integran la red de distribución.

8. Por escritura pública de 13 de diciembre de 1995, inscrita en el Registro Mercantil con fecha 11 de enero de 1996, **Telefónica Servicios Móviles** realizó la separación y transferencia de los activos de Telefónica S.A. asignando bienes, derechos y elementos diferenciados a cada una de las modalidades de telefonía móvil.

9. **Telefónica Servicios Móviles** implantó un sistema de contabilidad analítica basada en la identificación de los costes por actividades para cumplir el *Real Decreto 1486/1994* y disponer de un instrumento de gestión del negocio. El sistema se desarrolló durante 1995 y estuvo operativo desde el 1 de enero de 1996.

10. **Telefónica Servicios Móviles** y Telefónica S.A. han realizado publicidad conjunta de los servicios Moviline y Movistar en las siguientes campañas:

1) Campañas 'Oficinas comerciales' 1 , 2 y 3 (en las que, además, se abarca un período de tiempo en el que T.S.M. no prestaba el servicio monopolizado Moviline ya que éste le fue transferido tras la aplicación de la *Orden de 3 de noviembre de 1995* y en el que entre TSM y Telefónica no se había, aún, suscrito ningún contrato (2 de febrero de 1996) para la distribución de la telefonía móvil a través de dichas oficinas) y 4 (que, además, asigna su coste a Telefónica y no a TSM.).

2) Campaña 'Promoción en la factura telefónica' que, además, abarca un período de tiempo en el que TSM prestaba el servicio en competencia Movistar ya que éste le fue cedido en aplicación de la *Orden de 28 de junio de 1995 del MOPTMA* y se asignaba su coste a Telefónica y no a TSM.

3) Campaña 'Dual' que, además, abarca tanto un período de tiempo en el que TSM prestaba el servicio en competencia Movistar.

4) Campaña 'Inserciones Especiales'.

5) Campaña 'Navidad 95' que, además, abarca un período de tiempo en el que TSM no prestaba el servicio monopolizado Moviline ya que éste le fue transferido en aplicación de la *Orden de 3 de noviembre de 1995*.

6) Campaña 'Oficinas comerciales-Puente y Navidad'.

7) Campaña 'Felicitación Año Nuevo'.

8) Campaña 'Revistas Hoteleras'.

9) Campaña 'M. Robles y P. Domingo'.

10) Campaña 'Oficinas Comerciales'.

11) Campaña '1.000.000 de clientes'.

12) Campaña 'Expert/Tien 21'.

13) Campaña 'Con nosotros se puede hablar'.

14) Campaña 'Patrocinio Guía del Buen Vivir-El País'.

15) Campaña 'Desplazamientos-Semana Santa'.

16) Campaña 'Mancomunada Páginas Amarillas'.

17) Campañas 'Below the Line'.

18) Evento 'Ancades' que, además, abarca un período de tiempo en el que TSM no prestaba el servicio monopolizado Moviline.

11. Desde 1.995 y hasta finales de 1.996 Telefónica S.A. incrementó considerablemente las inversiones en el servicio de telefonía móvil analógica."

Tercero.- En el cuarto fundamento de derecho de la sentencia la Sala sintetizó los argumentos impugnatorios de las tres partes demandantes. Dado que los expuestos por las compañías sancionadas se corresponden con los correlativos de la casación y que la denunciante ("Airtel, S.A.") no ha impugnado ante el Tribunal Supremo la parte de la sentencia contraria a su pretensión, prescindiremos de analizar esta última parte de la resolución judicial, a la que se dedicaba el fundamento jurídico noveno. Añadiremos, de todos modos, que la tesis impugnatoria de "Airtel, S.A." se resumía, según palabras de la Sala sentenciadora, en que el Tribunal de Defensa de la Competencia debió también "calificar como infracción del *art. 7 LDC* la designación de Telefónica como distribuidor de su filial, y la no calificación como infracciones de los *arts. 6 y 7 LDC* de la realización por TSM de nuevas inversiones en telefonía analógica, la realización de publicidad conjunta del servicio monopolizado y del liberalizado, y la financiación del

servicio liberalizado con recursos procedentes del monopolizado".

Cuarto.- Acometeremos el examen separado de los dos recursos de casación empezando por el de "Telefónica Móviles España, S.A.". En el primero de sus motivos, que formula al amparo del *artículo 88.1.c de la Ley Jurisdiccional*, denuncia una supuesta "privación a esta parte de las garantías procesales produciendo indefensión". La infracción procesal habría consistido en la denegación del acceso a una de las pruebas solicitadas y admitidas, cuyo contenido sólo fue visto por el tribunal sentenciador dado su carácter confidencial.

En el correlativo pasaje de la sentencia impugnada (fundamento jurídico quinto) que dio respuesta a la misma alegación en su día suscitada durante la instancia, la Sala de la Audiencia Nacional justificó su proceder en términos de los que consideramos oportuno transcribir los más relevantes:

"[...] La lectura de estos escritos que se han reseñado permite apreciar, en primer lugar que no se impugnó la declaración de confidencialidad de determinada documentación aportada por una y otra de las partes; en segundo lugar, que la inclusión por Airtel de distribuidores exclusivos fue aceptada pacíficamente como un hecho cierto por las partes: ya en su escrito de denuncia, Airtel reconoce que se planteó la utilización tanto de distribuidores exclusivos como no-exclusivos.

[...] En el momento procesal oportuno esta Sala solicitó como prueba documental el referido sobre, y una vez en poder de la Secretaría, se comprobó el carácter de secreto comercial (que ya había sido alegado por la interesada) de los datos incluidos en dicho documento, resolviendo este Tribunal que el mismo no se incorporara al recurso ni se entregara a las partes. Esta Sala considera que el hecho que se pretende probar con dicho documento, que la estrategia comercial de Airtel para el sector de distribución de sus productos incluía una línea de distribución exclusiva, no es litigioso: es litigiosa su valoración, porque para Telefónica Móviles este hecho supone que la denuncia se basa en una falsedad y que no hay conducta anticompetitiva de ninguna clase, mientras que para Airtel el hecho de que utilice e incluso introduzca preferentemente distribuidores exclusivos no justifica la actuación de las denunciadas en su respectivo sistema de distribución exclusiva.

En periodo probatorio, la Sala reclama una documentación como ha sido solicitado por una de las partes, con la oposición de la titular de dichos documentos, la examina y comprueba que contiene secretos comerciales cuya entrega a los competidores supone una indudable carga para el titular de los mismos; el supuesto contenido del documento (como resulta del tenor del primer otrosí de la demanda de Telefónica Móviles), constituiría según alega, una prueba de descargo para esta parte, denunciada y sancionada.

En el proceso, la prueba ha de versar sobre "hechos" porque su valoración queda reservada al Tribunal sentenciador, y en este supuesto, el "hecho" que se pretende probar (no la valoración del mismo) es pacífico: Airtel incluye en su estrategia distribuidores exclusivos. En consecuencia, la Sala considera que la no-entrega a las partes de dicho documento, y especialmente, su no-entrega a quién lo propone como prueba exculpativa, no es contraria a su derecho de defensa puesto que el hecho que pretende probar está reconocido y se declara probado: cuestión distinta, reservada al Tribunal y que se analizará más adelante, es la relativa a si debe valorarse como pretende **Telefónica Servicios Móviles**."

Frente a esta razonada exposición, en el primero de sus motivos de casación "Telefónica Móviles España, S.A." se limita a expresar que tenía derecho a acceder a todas las pruebas admitidas en el proceso, pero no combate propiamente el argumento clave de la Sala de instancia, a saber, que el hecho que con aquel documento se trataba de demostrar había quedado suficientemente acreditado, por lo que mal podía haberse vulnerado su derecho a la prueba. Por lo demás, "Telefónica Móviles España, S.A." no niega en realidad que existiesen en aquel momento las razones tenidas en cuenta por la Sala para no desvelar los secretos comerciales de la parte contraria: afirma que no existían ya "tras diez años con el mercado de servicios GSM maduro", colocándose, pues, en unas coordenadas temporales distintas de las que regían cuando el tribunal sentenciador decidió.

Quinto.- En el fundamento jurídico tercero de su sentencia la Sala rechazó las alegaciones de la compañía sancionada sobre la caducidad del procedimiento administrativo, que sostenían la directa aplicación al caso del *artículo 20.6 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de la Potestad Sancionadora*, en relación con el *artículo 43.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*.

Contra esta parte de la sentencia se dirige el segundo de los motivos de casación de "Telefónica Móviles España, S.A.", interpuesto al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional*. En él se

acumulan, de modo procesalmente inadecuado, denuncias de infracciones del ordenamiento jurídico de naturaleza diferente. En su primer subapartado afirma "Telefónica Móviles España, S.A." que la Sala ha incurrido en una "infracción del artículo 20.6 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de la Potestad Sancionadora en relación con las normas concordantes de la Ley 30/1992."

El desarrollo argumental del motivo se limita a dos escuetos párrafos reducidos a afirmar, respectivamente, que se sobrepasaron los plazos de caducidad previstos en aquel Real Decreto y que, en consecuencia, se produjo la caducidad el expediente. No hay una crítica razonada de la argumentación mediante la cual el tribunal de instancia sostiene la inaplicabilidad al supuesto de autos, en las fechas en que se tramitó el expediente sancionador, de los plazos previstos con carácter general en el *Real Decreto 1398/1993*. El motivo, por lo tanto, ha de ser rechazado como lo sería si se hubiera planteado debidamente, pues hemos reiterado en numerosas sentencias la doctrina sentada al respecto por la de 31 de marzo de 2004 (recurso de casación número 8536/1999) y ratificada, entre otras, por las de 11 de mayo de 2004 (recurso de casación número 5845/2000), 11 de noviembre de 2005 (recurso de casación número 374/2003) y 21 de febrero de 2006 (recursos de casación números 5959/2001, 6299/2001, 1451/2002, 6074/2002, 1989/2003, 3424/2003, 3754/2003 y 5695/2003). Dicha doctrina mantiene, tanto para la situación normativa anterior a la entrada en vigor de la *Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social*, que añadió un nuevo artículo 56 a la *Ley de Defensa de la Competencia*, como para la situación anterior a dicha Ley, la no aplicabilidad a este género de procedimientos de la previsión general sobre caducidad por el transcurso de seis meses establecida en el *Reglamento sobre procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto*.

Sexto.- En el segundo subapartado de su segundo motivo de casación sostiene "Telefónica Móviles España, S.A." que la sentencia infringe el artículo 6 de la *Ley de Defensa de la Competencia* "así como la jurisprudencia que desarrolla dicho precepto". Considera que ha sido errónea la calificación jurídica de su conducta pues, en primer lugar, no se habría acreditado que ostentase una posición de dominio en el mercado relevante. Como segunda línea de impugnación afirma que, en el caso de que dicha posición dominante hubiera sido probada, no se ha acreditado que "Telefónica Móviles España, S.A." la hubiera explotado de modo abusivo.

La Sala de instancia se pronunció sobre estas alegaciones, cuando fueron formuladas en la instancia, en el fundamento jurídico sexto de la sentencia, cuyo contenido transcribimos a continuación:

"[...] **Telefónica Servicios Móviles** en su escrito de demanda sostiene que hubo 'mala fe de Airtel al hacer creer que una supuesta conducta de Telefónica Móviles influyó en su estrategia comercial', cuando esta venía predeterminada.

En vía de recurso contencioso-administrativo, solicitada la declaración de nulidad de un acto administrativo, en este caso de un Acuerdo del T.D.C. por el que se declara cometida una infracción y se sanciona a las empresas declaradas autoras de la misma, es necesario examinar dicho Acuerdo y a la vista de las pruebas practicadas, con la normativa de aplicación al supuesto concreto, resolver si la actuación administrativa es conforme a derecho. Esta Sala considera que el punto de partida para enjuiciar el acto administrativo impugnado en este recurso es el hecho de que en el año 1.995 hay dos empresas que son autorizadas a prestar el servicio de telefonía móvil GSM por el Ministerio de Obras Públicas, TSM y Airtel. Este es el único extremo en que ambas empresas tenían una situación de igualdad.

La primera resultó adjudicataria de la concesión mediante la cesión que a su favor hizo Telefónica (quien a su vez era además titular del monopolio en telefonía fija), y es la encargada de la prestación del servicio de telefonía móvil automática prestado mediante tecnología analógica (transferido por Telefónica con efectividad 15-XII-95), contando con un sistema de distribución y ventas ampliamente establecido con apoyo (debidamente probado en el expediente) en la actividad empresarial de Telefónica como monopolista de telefonía fija.

La segunda se constituye para participar en el concurso y concedida la licencia inicia su andadura empresarial con dos diferencias fundamentales respecto de la situación de su directa competidora: Telefónica no ha realizado desembolso alguno para obtener la licencia, y ha sido monopolista en la totalidad del servicio telefónico.

Como antiguo monopolista, y titular de todos los teléfonos móviles que funcionaban entonces en España, Telefónica y TSM tienen organizada una red de distribuidores que hasta la fecha relevante (1.995) eran distribuidores exclusivos de hecho, porque no existía un producto alternativo que vender. Ahora bien,

esa condición de exclusividad de hecho no convierte al distribuidor en una extensión empresarial de Telefónica o TSM: los distribuidores son a su vez empresarios, interesados al menos en principio, en desarrollar al máximo su actividad económica, en aumentar sus ventas y en lograr el mayor beneficio. La aparición de un nuevo producto, también un teléfono móvil pero con prestaciones distintas (como ha sido ampliamente documentado en el expediente con distintos informes periciales) supone un incentivo para la ampliación de su actividad: tal incentivo para los distribuidores existentes es eliminado por TSM pactando la exclusividad (impidiendo así la utilización por la nueva empresa de una red empresarial que no es Telefónica) a cambio de remuneraciones que sin necesidad de asesoramiento pericial, porque la simple cuantía de las mismas se expresa con elocuencia, resultan de tal entidad que solo se justifican como medio para impedir que distribuyan el producto de la recién aparecida competidora.

Frente a esto, se alega como excusa absolutoria que Airtel S.A. diseñó su estrategia empresarial con base en la exclusividad de sus distribuidores: una nueva empresa lanza un producto, el teléfono móvil GSM, y legítimamente puede fundamentar su estrategia de ventas en la distinción respecto de un competidor que ha sido y es monopolista en otra parcela fundamental de la comunicación por vía telefónica, distinción que se acentúa mediante la exclusividad. Tal estrategia empresarial no equivale a la descrita del antiguo monopolista, el cual se asegura mediante remuneraciones antieconómicas que quienes llevan años dedicados a la venta de ese producto en otra modalidad, y por lo tanto conocen el posible mercado, los clientes, los métodos de venta etc. etc. no vendan también el teléfono móvil de la nueva empresa.

En estas circunstancias, esta Sala coincide plenamente con la apreciación que realiza el TDC sobre el mercado de producto relevante para analizar la posición de dominio de Telefónica y TSM: es el mercado de la telefonía móvil porque en el año 1.995 no estaban claras para los usuarios las diferencias, ventajas comparativas y características respectivas de los servicios analógico y digital. El sistema se percibía por el consumidor y potencial usuario como alternativa de la telefonía fija, con las características comunes de los sistemas celulares analógicos y digitales que resalta el TDC en su Acuerdo y que son descritas en el informe (obrante en los folios 215 y siguientes del expediente) elaborado por perito del Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicación. En este mismo informe se señala que **Telefónica Servicios Móviles** tenía en 1.996 un total de 1.309.000 abonados en el servicio analógico (Moviline).

Si como en su día señaló el TJUE la posición de dominio se refiere a una situación de poder económico de la que disfruta una empresa, que le otorga el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva sobre el mercado de referencia y actuar con considerable independencia frente a sus competidores, clientes y en último término sus consumidores, esta Sala considera que TSM y Telefónica tenían esa posición, porque no pueden considerarse como prueba de falta de independencia el que realizasen las propias actuaciones constitutivas del abuso de la posición de dominio (no es prueba de falta de independencia el actuar para intentar evitar que el competidor crezca).

En las fechas relevantes Telefónica tenía una cuota de mercado del 100%, un elevado conocimiento técnico, tenía libertad para fijar los precios dentro de las coordenadas establecidas por la regulación administrativa en la materia, y para adoptar medidas relativas a la venta y distribución de teléfonos móviles con independencia de su nuevo competidor y sus clientes. Cuestión distinta es que pasado el tiempo esa libertad de acción se fuese atenuando y la independencia relativizando, así como que pese a las actuaciones de las empresas sancionadas la nueva competidora lograra abrirse paso en ese mercado. Como alegan reiteradamente ambas recurrentes, Airtel S.A. es a fecha de hoy un operador con una cuota de mercado significativa, y las prácticas sancionadas no lograron eliminar a esta empresa del mercado pero indudablemente si tuvieron el efecto de dificultar en el momento del inicio de sus actividades su desarrollo empresarial.

En cuanto a los informes de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en primer lugar, las fechas en los que están elaborados y los periodos a los que se refieren no coinciden con los que son objeto de enjuiciamiento por el Acuerdo del TDC impugnado. En segundo lugar el Tribunal de Defensa de la Competencia tiene encomendada por la ley la función de garantizar la libre competencia en el marco de la economía de mercado desde la perspectiva de la defensa de los intereses públicos, y uno de los principios rectores de la política social y económica de España es la defensa de los consumidores y usuarios, como establece el *artículo 51 de la Constitución*. En tercer lugar, no existe precepto alguno que determine que la definición de los conceptos recogidos por la Ley de Defensa de la Competencia para tipificar las conductas infractoras corresponda a otro órgano distinto del TDC, por lo que no compete a la C.M.T. definir, en una suerte de pronunciamiento previo, la posición de dominio de las recurrentes.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación de los motivos de impugnación alegados por **Telefónica Servicios Móviles**, S.A.".

Séptimo.- La corrección con que la Sala -y antes el Tribunal de Defensa de la Competencia- delimitó el mercado relevante en cuanto al producto (la telefonía móvil) y a los ámbitos geográfico (el mercado nacional español) y temporal (el momento en que "Airtel, S.A." se incorporó al mercado de la telefonía móvil como segundo operador) no ha sido puesta en tela de juicio por la recurrente, que así lo reconoce expresamente en su escrito de recurso.

A partir de estos presupuestos, nada cabe oponer a la conclusión de la Sala sobre la existencia de una posición de dominio en el mercado relevante. No siendo discutibles los hechos en este género de recursos extraordinarios, la aceptación de los que refleja la sentencia (por referirnos sólo a los más relevantes, la "cuota de mercado del 100%", el "elevado conocimiento técnico", la "libertad para fijar los precios dentro de las coordenadas establecidas por la regulación administrativa en la materia, y para adoptar medidas relativas a la venta y distribución de teléfonos móviles con independencia de su nuevo competidor y sus clientes") pone de manifiesto lo correcto de la conclusión obtenida de ellos.

Afirma la recurrente que "ni el TDC ni la Audiencia Nacional han analizado la concurrencia de factores distintos de la cuota", aseveración que queda desvirtuada con la mera lectura de los datos que acabamos de transcribir. Y por lo que se refiere a su capacidad de comportarse de modo independiente de los competidores, el tribunal de instancia así lo subraya y no puede objetarse frente a sus afirmaciones la mera circunstancia de que se tratase de un mercado emergente. En las fechas iniciales de referencia (1995) el mercado de producto unitario constituido por la telefonía móvil en sus dos modalidades estaba prácticamente monopolizado por "Telefónica Móviles España, S.A." y si bien esta situación inicial no era estática y el segundo o sucesivos operadores tenían unas perspectivas de crecimiento innegables, también es cierto que existía un operador dominante indiscutible. Si su conducta tendía precisamente a dificultar el despliegue del competidor mediante la explotación abusiva de su posición de dominio es cuestión ulterior sobre la que después nos pronunciaremos.

Por último, tampoco obsta a la existencia de la posición de dominio el hecho de que años después (el 15 de abril de 1999), y ya en circunstancias de mercado distintas, la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, al remitir un informe a los órganos de defensa de la competencia sobre la subvención de los aparatos terminales como estímulo para la contratación del servicio de telefonía móvil, dudase si "Telefónica Móviles España, S.A." gozaba de una posición de dominio en dicho mercado. Afirmaba la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que "en cuanto a la posición de **Telefónica Servicios Móviles** en el mercado, no es posible determinar taxativamente la existencia de una situación de dominio. Así por ejemplo, aunque es cierto que TSM mantiene el liderazgo en servicios de telefonía móvil en su conjunto y de los servicios GSM en particular, este liderazgo no equivale necesariamente a una posición de dominio entendiéndolo por tal aquella que le permite impedir el mantenimiento de una competencia efectiva posibilitándole comportarse en una medida apreciable, independientemente de sus competidores y clientes".

Tales aseveraciones (y, a fortiori, otras hechas posteriormente, en el año 2002) ni excluían la posibilidad de apreciar la posición de dominio en el año 1999 ni, por supuesto, se referían a la situación de 1995, en la cual las circunstancias singulares antes mencionadas eran determinantes para el análisis. Además de ello, como bien afirma la sentencia de instancia, no vinculaban al organismo específicamente designado por el ordenamiento para apreciar los abusos de la posición de dominio en un determinado mercado.

Octavo.- La siguiente línea argumental del subapartado que estamos analizando impugna la calificación de la conducta de "Telefónica Móviles España, S.A." como abusiva de su posición dominante. A juicio de dicha compañía, no se ha probado el nexo entre los hechos (la firma de acuerdos de distribución exclusiva) y la conclusión extraída de ellos (la intención de dificultar la entrada en el mercado del nuevo operador).

La imputación es infundada partiendo, una vez más, de los hechos que se han declarado probados. Recordaremos que, a tenor de dicha descripción, la compañía sancionada se aseguró "mediante remuneraciones antieconómicas que quienes llevan años dedicados a la venta de ese producto en otra modalidad, y por lo tanto conocen el posible mercado, los clientes, los métodos de venta etc. [...] no vendan también el teléfono móvil de la nueva empresa." La sentencia destaca igualmente cómo la red de distribución de telefonía móvil constituida por distribuidores independientes (esto es, los que no constituían una "extensión empresarial" de la recurrente) comercializaba tan sólo en aquellos momentos iniciales los productos de "Telefónica Móviles España, S.A." ante la ausencia de competidor y cómo, precisamente para transformar esta exclusividad de hecho en una exclusividad contractualmente garantizada, la compañía sancionada acudió a la práctica de imponerles la exclusividad u ofrecerles unas retribuciones inexplicables en términos de otra racionalidad económica que no fuera la de cerrar el mercado al competidor entrante.

La conclusión de la Sala de instancia al fijar el nexo entre unos hechos y su propósito (el bloqueo o cierre del mercado de la distribución comercial de la telefonía móvil) no es en absoluto irrazonable sino lógica. No se opone a ella la circunstancia de que "Airtel, S.A." tuviera proyectado crear ulteriormente su propia red de distribución, pues lo sancionado es el intento del operador dominante tendente a frustrar u obstaculizar en los momentos iniciales el despliegue del nuevo entrante privándole del acceso a la única red ya establecida de distribuidores independientes, a quienes se ofrecen primas "antieconómicas" con este solo fin. Obviamente no es igual iniciar una actividad comercial sin poder acceder en la práctica a la red de distribuidores independientes ya instalados que teniendo libre acceso a este canal de distribución, al margen de que el operador entrante se proponga paulatinamente ir creando su propia red en todo el territorio nacional, proceso necesariamente más lento y paulatino. Cuando aquel obstáculo deriva de la actuación del operador hasta entonces monopolista que, ante la aparición del nuevo entrante, refuerza sus vínculos de exclusividad con los distribuidores en los términos ya dichos, carentes de justificación económica objetiva, incide en una explotación abusiva de su posición de dominio.

Tampoco obsta a la conclusión referida la circunstancia de que el nuevo operador entrante consiguiera, pese a las dificultades, hacerse finalmente con una determinada cuota del mercado pues, de admitir esta justificación a posteriori de la conducta infractora, sólo las explotaciones abusivas de posición de dominio que hubiesen alcanzado plenamente sus objetivos, incluso con la desaparición del competidor, serían sancionables.

Noveno.- En el último subapartado del segundo motivo de casación sostiene "Telefónica Móviles España, S.A." que la Sala de instancia ha vulnerado el *artículo 137 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Con cita de un fragmento de una sentencia de esta Sala de 18 de diciembre de 1996, relativo a la prueba indiciaria en relación con la presunción de inocencia, se limita a afirmar que tanto el Tribunal de Defensa de la Competencia como aquella Sala han "partido de prejuicios" en cuanto a la doble constatación de la posición de dominio y de su explotación abusiva.

El motivo -calificado de "chocante" por la empresa que actúa como recurrida- carece de fundamento sólido. El tribunal sentenciador no "parte" de "prejuicio" alguno cuando, a la vista de los datos de hechos ya reseñados, puestos de manifiesto durante la tramitación del voluminoso y complejo expediente administrativo sancionador, sostiene que la recurrente gozaba de una posición de dominio en el mercado relevante, como así es. No se entiende bien la imputación que la recurrente en este punto ni a qué "prejuicio" se refiere. Y lo mismo debe decirse en cuanto a la conceptualización como abusiva de la conducta sancionada, que lo ha sido a justo título. Basta para ello con remitirnos a las consideraciones expuestas en el fundamento jurídico precedente.

Décimo.- Desestimados, pues, los motivos de casación del recurso interpuesto por "Telefónica Móviles España, S.A.", debemos analizar seguidamente el que ha deducido "Telefónica, S.A.". Consta de los tres motivos sintetizados en el antecedente de hecho decimotercero, que se corresponden con las tres cuestiones abordadas por la Sala de instancia al examinar la demanda en el correspondiente recurso contencioso-administrativo. Dicha Sala, en el fundamento jurídico octavo de la sentencia impugnada, trató dichas cuestiones desde una triple perspectiva:

A) En primer lugar, se refirió -para desestimarlas- a las alegaciones de la recurrente sobre determinados problemas formales (en concreto, sobre la supuesta "falta de motivación de la resolución impugnada que le impide ejercer su derecho de defensa" y sobre la "alteración de la calificación de su conducta respecto de la incluida en el pliego de concreción de hechos que le ha producido indefensión").

B) En segundo lugar, con "relación a las alegaciones formuladas respecto a los contratos de distribución y la inexistencia de abuso de posición de dominio", la Sala se limitó a afirmar que "nos remitimos expresamente a los razonamientos expuestos en el fundamento jurídico anterior", esto es, en el que rechazaba los argumentos de "Telefónica Móviles España, S.A." sobre los pactos de exclusividad con los distribuidores y su incidencia en la calificación del abuso de posición dominante.

C) Finalmente, desestimó los alegatos de la demanda relativos a la cuantificación de la sanción impuesta, negando que quebrantara el principio de proporcionalidad.

De los tres motivos de casación nos centraremos en el segundo, deducido al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional*, para determinar si, según afirma la recurrente, se ha calificado indebidamente su conducta como infractora del *artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia*.

Undécimo.- Dejando al margen por un momento los problemas formales relativos a la mayor o menor claridad en la fijación de los hechos y a la mayor o menor precisión del cargo imputado a "Telefónica, S.A.", el núcleo de la conducta por la que es sancionada a título de abuso de posición dominante consiste, sintética y sustancialmente, en haber distribuido los productos y servicios de telefonía móvil de su empresa filial "Telefónica Móviles España, S.A.", con la que suscribió un contrato de distribución exclusiva.

La sentencia de instancia adolece en este solo punto de una cierta insuficiencia explicativa pues, como ya hemos expuesto, al dar respuesta a los argumentos de "Telefónica, S.A." en su fundamento jurídico octavo se limita a trasladar a esta cuestión los razonamientos en cuya virtud desestima la demanda de "Telefónica Móviles España, S.A.". Lo cierto es, sin embargo, que los problemas relativos a la red de distribución independiente (esto es, las relaciones "Telefónica Móviles España, S.A." con los distribuidores ajenos) no pueden equipararse sin más a los resultantes de la relación entre el operador telefónico fijo y su filial de telefonía móvil ("Telefónica, S.A." con "Telefónica Móviles España, S.A."). Aunque ambos tengan personalidad jurídica propia, es claro que obedecen a una misma unidad económica de dirección y las relaciones matriz-filial tienen sus características singulares que requieren un análisis propio.

Es más, la resolución administrativa caracterizaba la conducta de "Telefónica, S.A." como un abuso de posición dominante en mercados conexos, cuestión que hubiera sido conveniente que el tribunal de instancia analizara algo más. Había afirmado, en efecto, el Tribunal de Defensa de la Competencia que "[...] se contrata como distribuidor exclusivo de dicho servicio a la propia matriz, Telefónica, que ostentaba el monopolio del servicio de telefonía fija y que, desde la posición de dominio que tiene en dicho mercado, la traslada, en lo que se refiere a la distribución, a un mercado vecino como es el de la telefonía móvil, coadyuvando a reforzar la posición de dominio que, en este último, ostenta TSM, coincidiendo también con el comienzo de la actividad de Airtel". En la resolución administrativa existen aún otras referencias a dicho "mercado conexo", alguna de ellas no excesivamente precisa como es la que afirma que dicho "mercado [que] se ha considerado como conexo al de la telefonía móvil, al menos en lo que se refiere a la actividad de distribución".

La Sala de instancia, decimos, no se define sobre los problemas que presentaba en este caso el análisis de la figura en cuya virtud una empresa sin posición de dominio en un determinado mercado relevante ("Telefónica, S.A." no lo era en el mercado de la telefonía móvil) puede incidir en él explotando abusivamente la que sí tiene en otro mercado conexo.

Sin embargo, al rechazar en el fundamento jurídico noveno de la sentencia la pretensión de "Airtel Móvil, S.A." de que la conducta de "Telefónica, S.A." fuese sancionada a título del *artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia* (según la tesis de "Airtel Móvil, S.A.", coincidente en parte con uno de los votos particulares incorporados a la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, debió declararse infringido el citado artículo 7 "por el nombramiento de Telefónica como distribuidor de su filial", entre otras razones), la Sala de instancia hizo unas consideraciones al respecto que hemos de reproducir por lo que pueden tener de complemento para conocer el proceso deductivo a través del cual llegó al fallo.

Afirmó en este punto la Sala de la Audiencia Nacional lo siguiente:

"La Resolución impugnada analiza las consecuencias que para el enjuiciamiento de los hechos relevantes tiene la *Disposición Transitoria Primera del Real Decreto 1486/94*, y específicamente, cómo esta norma no contempla expresamente la prohibición de que Telefónica pudiera ser un mero distribuidor en condiciones similares a las de otros distribuidores de TSM, para concluir, conclusión compartida por esta Sala, que no puede apreciarse en consecuencia una infracción del *art. 7 LDC* en relación con el *art. 15 de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal*." Ello no obstante, afirmó, "la actuación de Telefónica en tal sentido constituye una forma más de abuso de posición dominante que puede ser apreciada aunque el contrato en sí mismo no esté prohibido por el citado Real Decreto."

Decimosegundo.- Por nuestra parte no consideramos que el referido hecho pueda ser calificado como abuso de posición dominante desde un mercado conexo, del que fuera responsable "Telefónica, S.A.". Dejando al margen otras conductas objeto de la denuncia inicial y del pliego de cargos pero cuya sanción fue excluida por el propio Tribunal de Defensa de la Competencia (con posterior ratificación del tribunal sentenciador en el fundamento jurídico noveno de la sentencia), sobre las que ya no nos es posible pronunciarnos en el seno de este recurso de casación, lo cierto es que la única sobre la que se construye la imputación finalmente apreciada no reviste los caracteres de la infracción tipificada en el *artículo 6 de la Ley*

No existiendo, en efecto, debate casacional sobre la observancia del *Real Decreto 1486/1994*, es

necesario recordar que, a tenor de él, "Telefónica de España, Sociedad Anónima", en cuanto entidad habilitada para prestar el servicio de telefonía móvil automática como servicio final hasta el 31 de diciembre de 1993, podía solicitar la transformación de su título habilitante para la prestación del servicio GSM. Transformado que fue efectivamente su título habilitante, con aceptación de las condiciones a que dicho acto quedaba sometido, "Telefónica de España, Sociedad Anónima" podía cederlo, como también ocurriría, a alguna sociedad filial en cuyo capital tuviera participación mayoritaria. Estaba facultada, pues, para prestar el servicio de telefonía móvil por sí o por medio de una de sus filiales, lo que significa tanto como que podía haber empleado sus medios propios (cierto que con obligaciones adicionales como la de llevar una contabilidad separada que permitiera la plena identificación de los ingresos y gastos que correspondan, entre otras exigencias) para la gestión del nuevo servicio.

Siendo ello así, como lo es, y partiendo en todo caso de la imposibilidad de reformar in peius el pronunciamiento (sin que podamos tampoco aventurar si no hubiera sido procedente una sola sanción a la entidad cabecera del grupo, en vez de dos, una a cada empresa sancionada), no es reprochable a título de abuso de posición de dominio la conducta de la matriz que pone a disposición de la filial, mediante contrato, su propia red de distribución comercial con el fin de propiciar la gestión del nuevo servicio concedido inicialmente a la matriz y después cedido a la filial.

Ha de tenerse en cuenta que, según los informes que obran en los autos, la red comercial de "Telefónica, S.A." ("Telefónica Móviles España, S.A." tenía la suya propia, derivada de la cesión de activos de la matriz, y obviamente estaba legitimada para utilizarla sin reparos) no suponía sino una parte de lo que los autores de dichos informes -cuyo contenido aceptan tanto el Tribunal de Defensa de la Competencia como la Sala de instancia- denominan "canales internos". En ellos se agrupan indistintamente tanto los puntos de venta propios de "Telefónica Móviles España, S.A." como otros pertenecientes a "Telefónica, S.A." y a Telyco, empresa que, al no haber sido objeto de imputación en el expediente administrativo, el Tribunal de Defensa de la Competencia no pudo sancionar. Dicho tribunal afirmó que "los denominados distribuidores internos, que incluyen los canales propios (vendedores y tiendas propias de TSM) y los pertenecientes al grupo Telefónica (tiendas de Telefónica y Telyco)", generaron el 38% de "las altas, en el primer semestre de 1996, que pasó a ser del 34% en el segundo semestre de dicho año", lo cual significa tanto como que la participación de la red propia de "Telefónica, S.A." en el mercado de la distribución de telefonía móvil tuvo que ser necesariamente inferior a dicho porcentaje, al que se llega por agregación de puntos de venta propios de "Telefónica Móviles España, S.A." y Telyco, además de los ya citados de "Telefónica, S.A."

Dado que el propio Tribunal de Defensa de la Competencia (en la parte del acuerdo que ya hemos transcrito) al imputar a "Telefónica, S.A." el abuso de posición en el mercado conexo se refiere a "la telefonía móvil, al menos en lo que se refiere a la actividad de distribución", hubiera sido preciso un análisis más detenido de la incidencia que respecto de la distribución ostentaba "Telefónica, S.A." como empresa singular, en paralelo a la de otras del mismo grupo como Telyco, por ejemplo, y la propia "Telefónica Móviles España, S.A.". Si se prescinde de la sanción al grupo en cuanto tal y se individualizan las conductas de cada una de las sociedades, matrices o filiales, no puede ulteriormente tomarse como parámetro las actividades y cifras del grupo en su conjunto en vez de las de cada una de aquéllas.

No habiéndose puesto en tela de juicio la legitimidad de que "Telefónica, S.A." contratase con "Telefónica Móviles España, S.A." para poner a su disposición la red propia de puntos de venta, tanto en la resolución administrativa como en la sentencia el punto clave del reproche parece ser la nota de exclusividad que adorna a dicho contrato. Tal reproche, sin embargo, nos parece infundado pues la exclusividad entra dentro de la lógica de las relaciones entre empresas matrices y filiales, caracterizadas por la unidad de dirección y de fines, de modo que los medios instrumentales de las primeras pueden ser legítimamente puestos a disposición de las segundas y no de los competidores de éstas. Si la red de ventas propia de "Telefónica, S.A.", en principio dedicada a la telefonía fija, no ocupaba sino una parte muy minoritaria en el conjunto de los canales de distribución de la telefonía móvil (integrado en aquellos momentos fundamentalmente por distribuidores independientes y grandes superficies comerciales), será sin duda apropiada la sanción a "Telefónica Móviles España, S.A." por obstaculizar el acceso del nuevo entrante a dichos canales "externos" pero no la sanción a "Telefónica, S.A." por el solo hecho prestar sus puntos de venta a la filial con carácter exclusivo.

En efecto, dado que las instalaciones comerciales propias de "Telefónica, S.A." no eran sino una parte muy limitada de las que integraban los canales a través de los cuales se podía comercializar la telefonía móvil en España durante el año 1995, sin constituir en modo alguno un elemento indispensable para el lanzamiento de la nueva actividad del operador entrante, no es reprochable a dicha empresa, en cuanto matriz de la operadora de móviles rival del nuevo entrante, que pusiera dichas instalaciones al servicio de su filial y no de éste.

El segundo motivo de casación ha de ser, pues, acogido, lo que hace innecesario el análisis de los dos restantes. Y, por las mismas razones, procede igualmente, ya en uso de las facultades que nos reconoce el artículo 95.2.d) de la Ley Jurisdiccional, estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Telefónica, S.A."

Decimotercero.- En cuanto a las costas, las del recurso de casación interpuesto por "Telefónica Móviles España, S.A." serán satisfechas por ella; las derivadas del recurso de casación de "Telefónica, S.A.", por cada parte; y respecto de las costas de la instancia, no hacemos imposición de ellas a ninguna de las partes.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Primero.- Desestimar el recurso de casación número 7151/2003, interpuesto por "Telefónica Móviles España, S.A." contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional de fecha 3 de febrero de 2003, recaída en el recurso número 208 de 1999.

Segundo.- Estimar el recurso de casación de "Telefónica, S.A." contra la citada sentencia respecto a la sanción impuesta a la misma, pronunciamiento de la sentencia que casamos y anulamos.

Tercero.- Estimar el recurso contencioso-administrativo número 208/1999 interpuesto por "Telefónica, S.A." y anular la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de febrero de 1999, recaída en el expediente número 413/93, en lo que a dicha empresa se refiere.

Cuarto.- Las costas del recurso de casación interpuesto por "Telefónica Móviles España, S.A." serán satisfechas por ella; las derivadas del recurso de casación de "Telefónica, S.A.", por cada parte; y respecto de las costas de la instancia, no hacemos imposición de ellas a ninguna de las partes.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Fernando Ledesma.- Óscar González.- Manuel Campos.- Francisco Trujillo.- Eduardo Espín.- José Manuel Bandrés.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez- Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.