

Acta Oral

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000200/2007
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03087/2007
Demandante: TELEFONICA MOVILES ESPAÑA S.A.
Procurador: D. RAMON RODRIGUEZ NOGUEIRA

Demandado: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:
D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:
D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO
D. JOSÉ MARÍA DEL RIEGO VALLEDOR
D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA
D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO

Madrid, a dieciseis de abril de dos mil nueve.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso- administrativo número 200/07, que ante esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha interpuesto el Procurador de los Tribunales D. Ramón Rodríguez Nogueira, en representación de **TELEFONICA MOVILES ESPAÑA SA** contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 8 de marzo de 2007. Ha sido parte demandada la

CA

Administración del Estado, representada por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso es de 3.666.173,83 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO: El 5 de junio de 2007 la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución indicada en el encabezamiento de esta sentencia y turnado a la Sección Sexta; fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo para, una vez recibido, emplazar a la parte actora a fin de que formalizara la demanda, lo que así hizo en escrito presentado el 19 de diciembre de 2007 en el que solicitó *“ tenga por deducida en tiempo y forma la preceptiva demanda en el recurso contencioso-administrativo 200/2007, en nombre de quien comparezco, TELEFONICA MOVILES ESPAÑA SA, contra la resolución del TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA de 8 de marzo de 2007, declarando expresamente que la sanción de la que trae causa la resolución recurrida se encuentra prescrita conforme a lo previsto en el artículo 12 de la entonces vigente Ley de Defensa de la Competencia, al haber transcurrido en exceso el plazo de 4 años previsto para que se active la institución de la prescripción , sin que se haya producido en este tiempo acontecimiento alguno que pueda conforme a derecho interrumpir el cómputo del plazo”*

Emplazado el Abogado del Estado para que contestara la demanda, presentó escrito el 18 de febrero de 2008 en el que solicitó la desestimación del recurso interpuesto y confirmatoria de la resolución impugnada.

Denegado el recibimiento a prueba y presentadas conclusiones, quedaron el 13 de diciembre de 2008 las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se efectuó para el 31 de marzo de 2009 en que así tuvo lugar.

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente la Ilma. Sra. D^a Lucía Acín Aguado, Magistrada de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El acto recurrido es la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 8 de marzo de 2007 en la parte que acuerda:

"PRIMERO: Ordenar a TELEFONICA DE SERVICIOS MOVILES SA, el pago de la multa de 3.666.173,83 euros (equivalentes a 610.000.000 pesetas) que le fue impuesta por el Tribunal.

SEGUNDO: Ordenar a TELEFONICA DE SERVICIOS MOVILES SA, la publicación a su costa de la parte dispositiva de la resolución en el Boletín Oficial del Estado y en dos de los diarios de ámbito nacional de mayor difusión general".

SEGUNDO: Para la resolución de este pleito son relevantes los siguientes hechos:

El 26 de febrero de 1999 el Tribunal de Defensa de la Competencia dictó resolución en el expediente 413/97 (1332/96 del Servicio de Defensa de la Competencia) por el que acordó lo siguiente:

1. Declarar que ha resultado acreditada la existencia de una conducta de abuso de posición dominante.
2. Intimirlas para que cesen en las mismas.
3. Imponer a TELEFONICA SERVICIOS MOVILES una multa de 610 millones de pesetas y a TELEFONICA DE ESPAÑA una multa de 150 millones de pesetas.
4. 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.

Contra dicha resolución interpuso el 10 de marzo de 1999 recurso contencioso-administrativo ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, solicitando la suspensión cautelar de la ejecución de las sanciones (recurso 208/99).

El 25 de marzo de 1999 se recibe en el Tribunal de Defensa de la Competencia telegrama de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el que se comunica "En virtud de lo acordado mediante auto de 23-3-99 en el recurso contencioso-administrativo nº 208/99 interpuesto por Telefónica Servicios Móviles SA (.....) contra la resolución de ese Tribunal de 26-2-99 (exp 413/97 Airtel/Telefónica) se comunica que por ese organismo no podrá iniciarse la ejecución del citado acto administrativo hasta que se resuelva la solicitud de suspensión solicitada por la parte actora". (folio 9 del expediente administrativo).

El 23 de noviembre de 1999 se dicta auto que acuerda: la medida cautelar de suspensión del Acuerdo impugnado, de fecha 26 de febrero de 1999, del Tribunal de Defensa de la Competencia, en el único extremo relativo a su publicación, denegándose la suspensión de los restantes extremos del mismo". (documento nº 4 acompañado con la demanda). Interpuesto recurso de suplica fue desestimado. Interpuesto recurso de casación fue desestimado por el Tribunal Supremo el 2 de diciembre de 2002.

El 17 de enero de 2003 el Tribunal, a la vista del tiempo transcurrido desde la recepción del telegrama, remite un oficio a la Audiencia Nacional solicitando que se remita testimonio del Auto que haya podido recaer en la pieza separada de suspensión abierta en el recurso 208/99 interpuesto por la parte actora contra la resolución del Tribunal de 26 de febrero de 1999. El Tribunal no ha recibido hasta la fecha respuesta a esa solicitud.

El 3 de febrero de 2003 se dicta sentencia que desestima el recurso y confirma la resolución de 26 de febrero de 1999.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación, dictando sentencia el Tribunal Supremo el 30 de mayo de 2006, en el que falla desestimar el recurso de TELEFONICA DE SERVICIOS MOVILES SA y estimar el de TELEFONICA DE ESPAÑA SA.

El 29 de enero de 2007 se recibe por el Tribunal oficio de 24 de enero de 2007 de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional del Magistrado Ponente de la Sección Sexta en la que se indica *“ Al mismo tiempo y para que se lleve a puro y debido efecto lo en ella acordado y se practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo se remite copia de la sentencia que, con fecha 30 de mayo de 2006, dictó la Sala Tercera del Tribunal Supremo en el recurso de casación interpuesto contra la dictada por esta Sala, debiendo acusar recibo en el plazo de diez días desde su recepción e indicando en el mismo plazo, el órgano responsable de su ejecución”*

El 31 de enero de 2007 el Tribunal interesa del Servicio de Defensa de la Competencia que informe del grado de cumplimiento de la resolución de 26 de febrero de 1999. El Servicio de Defensa de la Competencia informa que TELEFONICA DE ESPAÑA SA ha dado cumplimiento a lo ordenado en el apartado tercero de la parte dispositiva de la resolución de 26 de febrero de 1999 y que TELEFONICA DE SERVICIOS MOVILES SA no ha cumplido lo previsto en el apartado tercero ni en el cuarto de la parte dispositiva de la Resolución, referente al pago de la multa y la publicación a su costa de la parte dispositiva de la resolución en el Boletín Oficial del Estado y en dos diarios de ámbito nacional de difusión general.

El Tribunal de Defensa de la Competencia dictó la resolución el 8 de marzo de 2007, en la que acuerda respecto a TELEFONICA DE SERVICIOS MOVILES SA, lo recogido en el fundamento de derecho primero de esta sentencia.

TERCERO: Las partes están de acuerdo en que el artículo 12 b) de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia (hoy derogada por la Ley 15/2007), establecía que prescribirán: b) a los cuatro años, las sanciones, y dado que dicha Ley no determina cual es el inicio del plazo de prescripción, procede recurrir subsidiariamente a la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, que establece en el artículo 132.3º que este *“comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la resolución por la cual se impone la sanción”*. Únicamente precisar que el plazo de prescripción aplicable es de tres años (más favorable para el sancionado

que era el vigente en la fecha en que se dictó la resolución por la que se impuso la sanción (26 de febrero de 1999), ya que la nueva redacción dada por la Ley 52/1999, que amplió el plazo de prescripción a 4 años, no entró en vigor hasta el 29 de marzo de 2000. Así lo ha establecido la Sala en su sentencia de 2 de marzo de 2009 dictada en el recurso 257/2006.

El problema que se plantea es si la firmeza a la que se hace referencia el artículo 132.3º de la Ley 30/92 se refiere a la firmeza administrativa o a la firmeza judicial.

El Tribunal de Defensa de la Competencia considera que el plazo comienza desde el 29 de enero de 2007, fecha en que el Tribunal de Defensa de la Competencia recibió la comunicación de la Audiencia Nacional dando traslado de la sentencia del Tribunal Supremo. Si el legislador hubiera querido hablar de firmeza administrativa lo hubiera hecho expresamente, como hace en los artículos 108 y 118 de la Ley 30/92, en el que expresamente se habla de "*actos firmes en vía administrativa*". Por otra parte, con esta interpretación se evita que la Administración se vea compelida en todo caso a ejecutar sus actos antes de la decisión definitiva sobre su validez. El hecho de que un acto administrativo sea ejecutable por haberse agotado la vía administrativa no supone que necesariamente tenga que ser objeto de su ejecución con la adopción de las medidas necesarias para ello. Por otra parte el TDC tenía instrucciones expresas de la Audiencia Nacional, mediante telegrama recibido el 25 de marzo de 1999, de no iniciar la ejecución del acto administrativo hasta que se resolviera la solicitud de suspensión.

La parte recurrente TELEFONICA DE SERVICIOS MOVILES SA discrepa y entiende que el plazo de prescripción comienza a computar desde el momento en que se notifica la resolución sancionadora (3 de marzo de 1999), ya que desde esa fecha el TDC está facultado para solicitar la ejecución o, subsidiariamente, desde noviembre de 1999, fecha en que se dicta el auto denegando la suspensión. Considera que el artículo 132.3 hay que interpretarlo a la luz del artículo 138.3 del mismo texto legal, que subordina la ejecutividad de la resolución sancionadora al agotamiento de la vía administrativa. Cita varias sentencias de Tribunales de Justicia y opiniones de la doctrina que defienden que el momento inicial del computo del plazo de las sanciones es aquel en que la Administración puede ejecutar la sanción, es decir, desde que es firme la sanción en vía administrativa.

El Abogado del Estado se opone a la estimación del recurso y señala que el artículo 132.3 de la Ley 30/92 se refiere a un acto firme, dependiendo la firmeza del acto –en vía administrativa o en vía jurisdiccional– de la voluntad del interesado, pues tan firme es el acto que una vez ha recaído la resolución desestimando el recurso de alzada no recurre en vía jurisdiccional en el plazo de dos meses, como aquel caso que recurriendo en vía jurisdiccional se desestima el recurso respecto de que no cabe ulterior recurso jurisdiccional. Es por ello, por lo que el legislador no determinó que debía entenderse por "firmeza" al ser una cuestión que dependía del sujeto interesado. Considera que la prescripción debe entenderse en un sentido estricto de tal forma que si no existe constancia fehaciente del abandono no debe en ningún caso estimarse prescrito el derecho a sancionar. El legislador no ha anudado consecuencia prescriptiva alguna al hecho de que la Administración no haga uso del privilegio de la ejecutividad y no ejecute hasta que el acto sea firme. Añade que si el ejercicio de la acción ante los Tribunales interrumpe la prescripción en relación con

la infracción, tanto más respecto de lo que consecuencia necesaria de la infracción - la sanción- al no existir negligencia u abandono por parte de la Administración en el ejercicio de la acción, sino cautela y respeto al derecho a la tutela efectiva ante la posibilidad de que la infracción (y en consecuencia también la sanción) pudiera quedar sin efecto.

CUARTO: La cuestión planteada referida a si el cómputo del plazo de prescripción de la sanción se inicia desde que es firme la sanción en vía administrativa o desde que es firme en la vía jurisdiccional, es una cuestión controvertida, existiendo un amplio sector de la doctrina, tal como expone el recurrente en su escrito de demanda, que se inclina por considerar que el cómputo del plazo debe iniciarse desde la firmeza administrativa y no judicial. Asimismo existen varias sentencias de Tribunales Superiores de Justicia que mantienen dicho criterio.

Esta Sección ya lo manifestó en su sentencia de 2 de marzo de 2009 (recurso 257/2006); se inclina por considerar que el plazo de prescripción de la sanción en el caso de que se interponga un recurso contencioso-administrativo contra la resolución que impuso la sanción se inicia al notificarse al representante legal de la Administración la sentencia judicial firme. Tal como señala la parte demandada, el artículo 132.3 de la Ley 30792 se refiere a un acto firme, dependiendo la firmeza del acto —en vía administrativa o en vía jurisdiccional- de la voluntad del interesado, pues tan firme es el acto que una vez ha recaído la resolución desestimando el recurso de alzada no se recurre en vía jurisdiccional en el plazo de dos meses, como aquel caso que recurriendo en vía jurisdiccional se desestima el recurso respecto de que no cabe ulterior recurso jurisdiccional. Es por ello, por lo que el legislador no determinó que debía entenderse por "firmeza" al ser una cuestión que dependía del sujeto interesado y en este caso al haberse interpuesto recurso contencioso-administrativo la firmeza se refiere a la firmeza judicial. Si el legislador hubiera mantenido el criterio del recurrente debería haber dicho que el plazo *comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza administrativa la resolución por la cual se impone la sanción* tal como hace en los artículos 108 y 118 en que se hace referencia a la vía administrativa utilizando la expresión "*actos firmes en vía administrativa*". Por tanto si el legislador no ha querido distinguir, no procede hacer distinciones ("*ubi lex nos distinguit, nec nos distinguere*"), debiendo tener en cuenta que tanto el recurso administrativo como el jurisdiccional impiden que la resolución "*adquiera firmeza*" mientras no sean resueltos.

Esta Sala conoce la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2008, en la que se afirma que "*la resolución sancionadora carece de ejecutividad mientras no se resuelva el recurso administrativo dirigido contra ella; y durante este período no cabe apreciar la prescripción de la sanción pues el plazo de prescripción de las sanciones no comienza a computarse hasta que no adquiera firmeza la resolución que impuso la sanción*". Entendemos que esta sentencia no se pronuncia sobre la cuestión planteada, ya que se trataba de resolver si interpuesto un recurso de alzada contra una resolución sancionadora el transcurso del plazo de 3 meses sin la resolución del mismo implica que se inicie el plazo de prescripción de la sanción. En ese caso no se había interpuesto un recurso contencioso-administrativo y por ello la firmeza en cuanto al cómputo del plazo de prescripción no

ofrece duda que es la firmeza administrativa y por ello en ese caso al no haberse interpuesto recurso contencioso-administrativo sí que existía una conexión entre firmeza, ejecutividad y prescripción a la hora de fijar el momento inicial en el computo del plazo de prescripción de la potestad para ejecutar las sanciones, lo que no ocurre en el supuesto en que se haya interpuesto un recurso contencioso-administrativo, tal como parece deducirse de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1992 (Sala Contencioso-administrativo, Sección 6ª, recurso 5927/1990), en la que se indica *“La Sala de instancia se ha pronunciado igualmente con acierto al entender que tampoco existe en el caso prescripción de la sanción impuesta, por transcurso del plazo anual que señala el art. 284, II del mencionado Código de Circulación, pues este plazo prescriptivo solamente comienza una vez que ha ganado firmeza la resolución sancionadora, sin que el hecho de que transcurrieran los tres meses, desde la interposición del recurso de alzada, sin resolución expresa, determine aquella firmeza, que sólo tuvo lugar en la vía administrativa con la resolución de la reposición potestativa, y sin que se produjera en la jurisdiccional por la interposición del recurso contencioso-administrativo. No existe pues, prescripción de la sanción, por lo que ha de confirmarse en su integridad la sentencia apelada, con la consiguiente desestimación del recurso de apelación frente a la misma promovido, conforme a lo dispuesto por el art. 83 y demás preceptos concordantes de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción”*

QUINTO: Procede, en consecuencia con lo expuesto, la desestimación del presente recurso, sin que la Sala, en atención a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LJCA, aprecie la concurrencia de méritos que justifiquen la condena en costas.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **TELEFONICA MOVILES ESPAÑA SA** contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 8 de marzo de 2007, que se declara en los extremos examinados conforme a derecho. No se hace condena en costas.

Así por esta nuestra Sentencia que se notificará a las partes haciendo la indicación de que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo, con arreglo a lo dispuesto en el art. 86.1 de la L.J.C.A., y de la cual será remitido testimonio a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.