

## **RESOLUCIÓN (Expte. r 724/07 v, Telefónica Móviles)**

### **Pleno**

Sres.:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente  
D. Francisco Javier Huerta Trolèz, Vicepresidente  
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vocal  
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal  
Dña. Pilar Sánchez Núñez, Vocal  
D. Julio Costas Comesaña, Vocal  
Dña. María Jesús González López, Vocal  
Dña. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Vocal

En Madrid, a 9 de julio de 2007.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante el Tribunal), con la composición arriba expresada y siendo Ponente la Vocal Dña. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 724/07 v, Telefónica Móviles, promovido por escrito presentado por Telefónica Móviles España S.A.U. en relación con la Resolución de Ejecución de Sentencia de fecha 8 de marzo de de 2007 dictada por este Tribunal en lo que se refiere al pago de la multa así como a las publicaciones ordenadas en la Resolución de 26 de febrero de 1999.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. El 26 de febrero de 1999 el Tribunal de Defensa de la Competencia dictó Resolución en el expediente citado en el encabezamiento, en cuya parte dispositiva se acordó lo siguiente:

*“1. 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 TELEFONICA DE ESPAÑA S.A. Se declaran*

*responsables de la infracción a TELEFONICA SERVICIOS MOVILES S.A. y a TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.*

*2. Intimarlas 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.”*

2. Contra dicha Resolución se formuló recurso contencioso-administrativo por las empresas sancionadas ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.
3. 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 que “*En virtud de lo acordado mediante auto de 23-3-99 en el recurso contencioso administrativo nº 208/99 interpuesto por Telefónica Servicios Móviles S.A. (...) 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 formulada por la parte actora.*” El Tribunal puso el contenido de esta notificación en conocimiento del Servicio por tener encomendada la vigilancia del cumplimiento de las Resoluciones del Tribunal. 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.
4. El 3 de febrero de 2003 la Audiencia Nacional dictó Sentencia en el recurso 208/1999-B, planteado por TELEFONICA DE ESPAÑA S.A. (TELEFONICA), TELEFONICA DE SERVICIOS MOVILES S.A.

(MOVILES, TSM) de la que se ha recibido testimonio en este Tribunal, en la que se desestima el recurso y se confirma la Resolución de 26 de febrero de 1999. Dicha sentencia se remitió con un oficio de la Presidenta de la Sección Sexta en el que se afirmaba: “A efectos informativos y a fin de que se tenga constancia en ese organismo de la sentencia recaída en esta Sección ..., adjunto remito testimonio de la misma, con significación de que **no es firme, al haberse preparado recurso de casación ...**”. Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación por las dos empresas citadas. Según comunicación de 24 de enero de 2007 del Magistrado-Ponente de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, recibida en este Tribunal el 29 de enero de 2007, el Tribunal Supremo resolvió este recurso de casación en su Sentencia de 30 de mayo de 2006 en la que falla desestimar el recurso de TELEFONICA DE SERVICIOS MOVILES S.A. y estimar el de TELEFONICA DE ESPAÑA S.A. En este caso, en el oficio de remisión se decía: “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 le mismo plazo, el órgano responsable de su ejecución”.

5. El 31 de enero de 2007 este 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 remitió al Tribunal un escrito con fecha de entrada 22 de febrero de 2007 informando de que a) TELEFONICA DE ESPAÑA S.A. ha dado cumplimiento a lo ordenado en el apartado tercero de la parte dispositiva de la Resolución de 26 de febrero de 1999, referente al pago de la multa y b) TELEFONICA DE SERVICIOS MOVILES S.A. no ha pagado la multa impuesta ni ha publicado a su costa 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.

El 8 de marzo de 2007 mediante Resolución de ejecución de Sentencia el Tribunal resolvió en lo que se refiere a TELEFONICA DE SERVICIOS MOVILES S.A. ordenar a esta empresa el pago de la multa de 3.666.173,83€ (equivalentes a 610.000.000 pesetas) que le fue impuesta por el Tribunal y 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.

6. El 14 de mayo de 2007 TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U presenta un escrito en el que alega que la sanción que les fue impuesta en el año 1999 ha prescrito y solicita al Tribunal que en vista de ello se sirva anular la Resolución 8 de marzo de 2007.
7. Mediante providencia de 24 de mayo de 2007 se designa ponente a la Vocal D<sup>a</sup> Inmaculada Gutiérrez Carrizo y ordena poner de manifiesto el expediente al interesado a fin de que durante un plazo de 15 días hábiles pueda formular alegaciones.
8. Con fecha 15 de junio de 2007 ha tenido entrada en el Tribunal escrito de alegaciones de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U..
9. El Pleno del Tribunal deliberó y falló este recurso en su sesión del día 5 de julio de 2007.
10. Es interesado TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U., antes TELEFONICA DE SERVICIOS MOVILES S.A.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La Resolución de Ejecución de Sentencia dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia el 8 de marzo de 2007 trae causa en la Resolución de este mismo Tribunal de fecha 26 de febrero de 1999, que impone a TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA la sanción descrita en el Antecedente de Hecho 1. TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA considera que dicha sanción está prescrita y que procede por ello anular la Resolución de 8 de marzo de 2007 que ordena su ejecución. TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA razona su pretensión en los siguientes términos:

- La prescripción de las sanciones impuestas por el Tribunal de Defensa de la Competencia se regula en el artículo 12.1.b. de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia modificado por el artículo 8 de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, que establece que las sanciones prescriben a los cuatro años.
- Por lo que se refiere al inicio del cómputo de la prescripción de la sanción, el artículo 132.3 de la Ley 30/1992 establece que comenzará a contarse

desde el día siguiente a aquél en que adquiriera firmeza la resolución por la cual se impone la sanción. TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA sostiene que este artículo ha sido interpretado ampliamente por la doctrina y la jurisprudencia en el sentido de que el *dies a quo* de la prescripción de las sanciones es a partir de que estas se convierten en ejecutivas o ganan firmeza en la vía administrativa y cita sentencias y doctrina al respecto.

- La Resolución de 26 de febrero de 1999 ha sido ejecutiva desde el primer momento conforme a lo dispuesto en los artículos 94, 111 y 138.3 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común. Desde la ejecutividad de la Resolución que tuvo lugar en el mismo año 1999 hasta la Resolución de ejecución de Sentencia de 8 de marzo de 2007 han transcurrido más de 8 años, luego conforme a lo previsto en el artículo 12.1.b. de la Ley de Defensa de la Competencia la sanción impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia el 26 de febrero de 1999 a la que hace referencia la Resolución de 8 de marzo de 2007 ha prescrito.
- Subsidiariamente a lo anterior, el plazo debería contarse desde que fue desestimada la suspensión cautelar, lo que se produjo mediante auto de la Audiencia Nacional de 23 de noviembre de 1999. Aun así, el plazo transcurrido excede al de prescripción.
- El plazo de prescripción no se ha visto interrumpido:
  - i. La ejecutividad de la sanción no ha sido nunca objeto de suspensión.
  - ii. Tampoco le consta a TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA haber recibido formalmente actuación o requerimiento alguno del Tribunal o del Servicio en el sentido expresado por el artículo 12.2 de la Ley de Defensa de la Competencia.
  - iii. Es doctrina y hay Sentencias de los Tribunales de Justicia que la avalan que los pronunciamientos judiciales no interrumpen el plazo de la prescripción de los actos administrativos. Cita como prueba de ello dos sentencias del Tribunal superior de Justicia de Cataluña.
- La pasividad de la administración ocasiona en este caso perjuicios irreparables a TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA que dice haber tenido

conocimiento de que la operadora denunciante en el expediente 413/97 va a ejercitar acciones de reclamación multimillonarias frente a ella en base al artículo 13.2 de la Ley de Defensa de la Competencia como consecuencia de la Resolución del Tribunal de 8 de marzo de 2007. Para que no se produzca un resarcimiento económico sin precedentes en virtud de una sanción que se encuentra prescrita solicitan el amparo del Tribunal para que en virtud del principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.3 de la Constitución Española manifieste que la sanción impuesta por la Resolución de 26 de febrero de 1999 ha prescrito y se ha producido la extinción de la responsabilidad administrativa de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA.

**SEGUNDO.-** La pretensión de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA requiere dilucidar si ha transcurrido el plazo de prescripción de la acción de la Administración para exigir el cumplimiento de las sanciones impuestas por el Tribunal por infracción de la Ley de Defensa de la Competencia que establece su artículo 12. En el caso que se plantea ello depende de cuál es el *dies a quo* o fecha en que se inicia el cómputo del plazo de prescripción.

El artículo 12 de la Ley de Defensa de la Competencia establece que:

*“Prescribirán:*

*a) A los cuatro años, las infracciones previstas en este texto legal. El término de la prescripción comenzará a correr desde el día en que se hubiera cometido la infracción.*

*b) A los cuatro años, las sanciones.”*

Luego con respecto a las sanciones la Ley de Defensa de la Competencia no determina cuál es el inicio del plazo de prescripción. Tal y como ha puesto de manifiesto TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, procede recurrir subsidiariamente a la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, que en su artículo 132.3 dice que comenzará a contarse desde el día siguiente a aquél en que adquiera firmeza la resolución por la cual se impone la sanción.

La cuestión se reduce, entonces, a establecer cuándo adquiere firmeza la Resolución sancionadora del Tribunal de 26 de febrero de 1999. Pero se

plantea entonces la cuestión de si el citado artículo 132.3 se refiere a la firmeza administrativa o la firmeza judicial.

TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA da a entender que esta disyuntiva está resuelta por la doctrina en el sentido de que esta firmeza se refiere al ámbito administrativo, de manera que el *dies a quo* de la prescripción de las sanciones es a partir de que éstas se convierten en ejecutivas o ganan firmeza en la vía administrativa. En opinión de este Tribunal tal y como ya ha tenido ocasión de poner de manifiesto en sus Resoluciones (Expte r 698/06 v, FACONAUTO 2) esa interpretación es contraria al sentido literal y a la finalidad del artículo 132.3 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común.

En opinión de este Tribunal es necesario distinguir entre la ejecutividad y la firmeza de la Resolución administrativa a los efectos de determinar el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción. La Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, distingue en su articulado expresamente entre los dos conceptos. Así, en el artículo 138.3 de dicha Ley se establece que la Resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa y en los artículos 108 y 118 se hace referencia a la firmeza administrativa, utilizando la expresión “actos firmes en vía administrativa”. Sin embargo, en el artículo 132.3, que es el que se refiere al cómputo del plazo de prescripción, se dice que éste “comenzará a contarse desde el día siguiente a aquél en que adquiera firmeza la Resolución por la que se impone la sanción”. Si el legislador hubiera querido hablar de firmeza en vía administrativa lo hubiera dicho como en los artículos citados.

Por otro lado, la ejecutividad del acto administrativo deriva de una potestad propia de la Administración que tiene su contrapartida en la protección del derecho a la tutela judicial efectiva, prevista en el artículo 24 de la Constitución. Esto lleva a que, para que el régimen jurídico preserve razonablemente el derecho a la tutela judicial efectiva, el plazo de prescripción de las sanciones empiece a contar desde que la Resolución administrativa haya sido confirmada definitivamente después de haberse resuelto, en su caso, la controversia judicial sobre su validez y eficacia jurídica. Y ello por diversas razones. En primer lugar, se trata de evitar que el plazo de prescripción empiece a contar cuando todavía se está enjuiciando la validez del acto administrativo, de modo que pueda anularse un acto después de haber sido ejecutado causando perjuicios de difícil o imposible reparación al administrado. En segundo lugar, con este régimen se consigue que la revisión jurisdiccional de un acto no resulte inútil, como ocurriría si se dicta

sentencia firme después de producirse la prescripción, desestimando en todo o en parte el recurso del sancionado, porque al haber prescrito la sanción ya resultaría imposible su cumplimiento (téngase en cuenta que la revisión jurisdiccional de los actos administrativos puede durar más de los tres o cuatro años de prescripción). En tercer lugar, estableciendo el inicio del cómputo del plazo de prescripción después de la firmeza judicial del acto se evita que la Administración se vea compelida en todo caso a ejecutar sus actos antes de la decisión definitiva sobre su validez, sin duda en beneficio del administrado. Se entiende por tanto que 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.

Igual que durante la tramitación del recurso contencioso-administrativo no se plantea que el derecho a la devolución de la multa reconocido en una sentencia estimatoria no puede extinguirse por el transcurso del tiempo, tampoco debe plantearse que el derecho al cobro de la multa declarado en la sentencia pueda quedar sin efecto por prescripción a favor del sancionado. En ambos casos durante la tramitación del procedimiento jurisdiccional los representantes de la Administración y del sancionado están defendiendo ante el Tribunal la legalidad o la nulidad de la multa y, por tanto, el derecho al cobro o a la devolución.

Lo anterior es plenamente coherente con la regulación de la ejecución de las sentencias dictadas en el ámbito de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En efecto, el artículo 104.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece lo siguiente: “Luego que sea firme una sentencia, se comunicará en el plazo de diez días al órgano que hubiera realizado la actuación objeto del recurso, a fin de que, una vez acusado recibo de la comunicación en idéntico plazo desde la recepción, la lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo y en el mismo plazo indique el órgano responsable del cumplimiento de aquél”. Por lo tanto, resulta evidente que, en cualquier caso, una vez que la sentencia dictada sea firme tiene que poder ser objeto de ejecución, con independencia, lógicamente, de que sea estimatoria, desestimatoria o parcialmente estimatoria.

En definitiva, la finalidad del artículo 132.3 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común no es otra que el plazo de prescripción de las sanciones empiece a contar desde que la Resolución administrativa



haya sido confirmada definitivamente después de haberse resuelto, en su caso, la controversia judicial sobre su validez y eficacia jurídica.

**TERCERO.-** En vista de lo concluido en el Fundamento de Derecho Segundo, el cómputo del plazo de prescripción de las sanciones impuestas a TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA se inició el día 29 de enero de 2007, fecha en que el Tribunal de Defensa de la Competencia recibió la comunicación de la Audiencia Nacional informando de la firmeza de su Resolución como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Supremo desestimatoria del recurso de casación interpuesto. De ello resulta que no había transcurrido el plazo que señala el artículo 12.1.b) de la Ley de Defensa de la Competencia para considerar la sanción prescrita cuando TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA recibió la notificación de la Resolución de Ejecución de Sentencia dictada por el Tribunal el 8 de marzo de 2007.

**CUARTO.-** Conviene tener presente que en este caso el Tribunal tenía instrucciones expresas de la Audiencia Nacional mediante el telegrama recibido el 25 de marzo de 1999 de no iniciar la ejecución del acto administrativo hasta que se resolviera la solicitud de suspensión formulada por la parte actora, sin que se le llegara a dar traslado de la decisión adoptada en la pieza separada de suspensión. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la orden de proceder a la ejecución de los pronunciamientos contenidos en las sentencias no se produce hasta la notificación de la Sentencia del Tribunal Supremo en los términos que se han reproducido en el hecho 4º de este escrito. Esta es una razón adicional para que en este caso el Tribunal no ejerciera la potestad de ejecución por razones de prudencia y de pleno y eficaz acatamiento de los principios constitucionales de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva.

**QUINTO.-** En cuanto a la pretensión de que el Tribunal dé su amparo a TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA frente a posibles reclamaciones de la operadora denunciante declarando la prescripción de la sanción, es preciso recordar que la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por la Ley de Defensa de la Competencia, es un derecho que pueden ejercitar los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional. Las posibles reclamaciones a las que tenga que hacer frente TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA no son pues consecuencia de la Resolución de 8 de marzo de 2007, sino de la Resolución de 26 de febrero de 1999 por la que el Tribunal declara a TELEFONICA DE SERVICIOS MOVILES S.A. responsable de una infracción contra la Ley de Defensa de la Competencia, que ha devenido en firme por ratificada por Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de

mayo de 2006. En todo caso, huelga decir que la decisión sobre si una sanción está o no prescrita depende de la determinación de elementos de hecho objetivos sobre el cómputo del plazo. En ningún caso puede verse afectado sobre consideraciones referentes al riesgo de reclamaciones de daños al que debe hacer frente el infractor, máxime cuando las sanciones a que se refiere la Ley de Defensa de la Competencia se entienden sin perjuicio de otras responsabilidades que en cada caso procedan.

**SEXTO.-** Al no estar prescrita la sanción impuesta a TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA mediante Resolución de 26 de febrero de 1999 no hay razones para cuestionar la validez y eficacia de la Resolución de Ejecución de Sentencia dictada el 8 de marzo de 2007 por este Tribunal.

En su virtud, vistos los artículos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal:

#### **HA RESUELTO**

Desestimar la pretensión de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U. de que se declare prescrita la sanción que le fue impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia mediante Resolución de 26 de febrero de 1999 y, por consiguiente, desestimar también la petición de que se declare nula la Resolución de Ejecución de Sentencia de 8 de marzo de 2007.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.