

Id Cendoj: 28079130032007100381
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 1163/2005
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: EDUARDO ESPIN TEMPLADO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

ACTUACIONES DE TELEFÓNICA CON RESPECTO A LAS EMPRESAS DE TELEFONÍA DE USO PÚBLICO: prohibición de modificaciones unilaterales de contrato; cese de comunicaciones relativas a situación de otras empresas de telefonía; inicio de expedientes sancionadores

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Diciembre de dos mil siete.

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 1.163/2.005, interpuesto por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado, y por **TELEFÓNICA DE ESPAÑA**, S.A.U., representada por la Procuradora D^a Magdalena Cornejo Barranco, contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 17 de noviembre de 2.004 en el recurso contencioso-administrativo número 1.407/2.002, sobre actuaciones de **Telefónica de España** con respecto a las empresas de telefonía de uso público.

Es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 17 de noviembre de 2.004, por la que se estimaba en parte el recurso promovido por **Telefónica de España**, S.A.U. contra la resolución de fecha 12 de septiembre de 2.002 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que desestimaba el recurso de reposición interpuesto contra otra resolución de 18 de julio de 2.002 del mismo Consejo sobre las actuaciones de **Telefónica de España**, S.A.U. con respecto a las empresas de telefonía de uso público (expediente OM 2001/5789). Ésta última contenía los siguientes acuerdos:

"Primero.- EN CUANTO A LA RETIRADA DE SUMINISTRO. **Telefónica de España**, S.A.U. deberá, a partir del día siguiente a la recepción de la notificación de la presente Resolución, abstenerse de proceder a modificaciones unilaterales de contratos suscritos con empresas de telefonía de uso público que puedan provocar interrupciones o suspensiones de sus servicios sin la previa autorización de la Comisión.

Segundo.- CON RESPECTO A LAS INFORMACIONES DE TESAU A LOS CLIENTES DE LAS EMPRESAS DE TELEFONÍA DE USO PÚBLICO. **Telefónica de España**, S.A.U. deberá, en el plazo de 3 días hábiles contados a partir del día siguiente a la recepción de la notificación de la presente Resolución, cesar en cualquier tipo de comunicación a terceros a través de sus recursos técnicos, comerciales o de atención al cliente, relativas a la situación de las empresas de telefonía de uso público a las que preste o haya prestado servicio, en particular, en lo relativo a su situación financiera o crediticia con respecto a **Telefónica de España**, S.A.U. y, singularmente, a los clientes de dichas empresas o los titulares de los locales donde las mismas tengan instalados sus teléfonos de uso público.

Tercero.- INICIO DE PROCEDIMIENTO SANCIONADOR POR POSIBLE INCUMPLIMIENTO REITERADO DE REQUERIMIENTOS DE ESTA COMISIÓN.

Iniciar expediente sancionador contra **TELFÓNICA DE ESPAÑA** , S.A.U. como presunto responsable directo de una infracción administrativa de carácter muy grave tipificada en el *art. 79.14 de la Ley 11/98, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones* por el posible incumplimiento reiterado de los requerimientos de información señalados en el apartado III.4 de los Fundamentos de Derecho. [...]

Cuarto.- INICIO DE PROCEDIMIENTO SANCIONADOR POR POSIBLE INCUMPLIMIENTO DE RESOLUCIONES ANTERIORES DE ESTA COMISIÓN POR PARTE DE **TELFÓNICA DE ESPAÑA** , S.A.U.

Iniciar expediente sancionador contra **TELFÓNICA DE ESPAÑA** , S.A.U. como presunto responsable directo de una infracción administrativa de carácter muy grave tipificada en el *artículo 79.15 de la Ley 11/98, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones* por el posible incumplimiento de la resolución de la comisión de 24 de enero de 2002 en expediente RO/2001/5724. [...]"

La sentencia citada, en su fallo, acordaba lo siguiente:

"PRIMERO.- ESTIMAR EN PARTE el recurso contencioso administrativo interpuesto por la procuradora doña Magdalena Cornejo Barranco, en nombre y representación de **Telefónica de España** , S.A.U. contra la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 12 de septiembre de 2002 que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la de fecha 18 de julio del mismo año, resolución que anulamos exclusivamente respecto al apartado Segundo de su parte dispositiva, declarando la conformidad a derecho del resto de los apartados. [...]"

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante y la Administración demandada presentaron sendos escritos preparando recurso de casación, los cuales fueron tenidos por preparados en providencia de la Sala de instancia de fecha 1 de febrero de 2.005 , al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones una vez efectuados los emplazamientos, se dio traslado de las mismas al Abogado del Estado, para que manifestara si sostenía el recurso de casación, lo que ha hecho mediante escrito presentado en el plazo otorgado en el que interpone el recurso al amparo del *apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio* , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, formulando un único motivo por infracción del *artículo 1.Dos de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones* , en relación con el *artículo 4 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones* , aprobado por *Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre* .

Termina su escrito suplicando que se dicte sentencia por la que se case la recurrida en el punto a que se refiere su recurso, y que se dicte nuevo fallo más ajustado a Derecho.

Por su parte, la representación procesal de **Telefónica de España** , S.A.U. ha comparecido en forma en fecha 17 de marzo de 2.005, mediante escrito por el que interpone su recurso de casación al amparo del *apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley* jurisdiccional, que articula en los siguientes motivos:

- 1º, por infracción del *artículo 12 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas* y del Procedimiento Administrativo Común, así como del *artículo 1.Dos.2, párrafos c) y f) de la Ley 12/1997* , y del *artículo 1.255 del Código Civil* , y

- 2º, por infracción del *artículo 24.2 de la Constitución* y de los *artículos 76.1 y 84 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones* .

En el suplico del escrito solicita que se dicte sentencia por la que se case la recurrida y anule los apartados dispositivos primero y cuarto de la resolución de 18 de julio de 2.002 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Los recursos de casación han sido admitido por providencia de la Sala de fecha 23 de febrero de 2.006 .

CUARTO.- Personado también como recurrido el Abogado del Estado, ha formulado escrito de

oposición al recurso de casación de **Telefónica de España**, S.A.U., suplicando en el mismo que se dicte sentencia por la que se desestime el recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada, con imposición de costas a la actora.

QUINTO.- Por providencia de fecha 17 de octubre de 2.007 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 12 de diciembre de 2.007, en que han tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso de casación.

El Abogado del Estado y la sociedad mercantil **Telefónica de España**, S.A.U., recurren en casación contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional el 17 de noviembre de 2.004. Dicha Sentencia estimó en parte el recurso entablado por la citada sociedad contra las resoluciones de la Comisión del Mercado de 18 de julio y de 12 de septiembre de 2.002, por las que se intimaba a la actora a cesar en determinadas prácticas referidas a empresas de telefonía pública y se le incoaban sendos expedientes sancionadores.

La Sentencia recurrida justifica la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo entablado por Telefónica con los siguientes argumentos jurídicos:

"CUARTO.- Procede examinar ya los distintos motivos de impugnación formulados por la representación procesal de la parte actora.

El primer motivo aducido hace referencia a la incompetencia de la CMT para autorizar cualquier modificación en los contratos suscritos entre la entidad actora y las empresas de telefonía de uso público que puedan ser causa de interrupción o de suspensión de los servicios prestados por Telefónica.

Pues bien, contrariamente a lo argumentado por la representación procesal de la actora, la CMT ha actuado, al dictar la resolución objeto de este procedimiento, con habilitación competencial para ello. Habilidad que se deduce tanto de la legislación estatal como de la legislación comunitaria.

1º- La competencia de la CMT para dictar la resolución impugnada resulta, en el derecho estatal, de las siguientes normas: *Artículo 1, Dos 2, párrafos c) y f) de la Ley 12/1997, de Liberalización de las Telecomunicaciones* que establece como objeto de la CMT (apartado 1) "... salvaguardar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos... (... apartado 2) Para el cumplimiento de este objeto, la Comisión ejercerá las siguientes funciones: (...) c) Velar por la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, equilibrando, en su caso, las situaciones discriminatorias y asignando la numeración a los operadores, para lo que dictará la resoluciones oportunas. (...) f) (párrafo modificado por la *Disposición Adicional Primera de la Ley 52/1999*) Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de ofertas de servicios, el acceso a la redes de telecomunicaciones por los operadores, la interconexión de las redes y suministro de red en condiciones de red abierta y la política de precios y comercialización por los operadores de los servicios... ". Y los *artículos 22 y 25 de la LGT* que habilitan a la CMT a la resolución de los conflictos relativos a la ejecución e interpretación de los acuerdos de interconexión y de los producidos por el acceso a las redes públicas de telecomunicaciones y a actuar cuando el contenido del acuerdo de interconexión suscrito entre las partes amporen prácticas contrarias a la competencia.

2º- La legislación comunitaria, regula un régimen de libre competencia sobre la aplicación de la oferta de red abierta a la telefonía vocal. Así, la *Directiva 98/10 /CEE, en su artículo 13* establece que "... las autoridades nacionales de reglamentación contarán con procedimientos aplicables a aquellas situaciones en las que los organismos suministradores de redes públicas de telefonía fija y/o de servicios públicos de telefonía fija, o, al menos, los organismos suministradores de servicio de telefonía vocal que tengan un peso significativo en el mercado (...) adopten medidas como la interrupción, terminación, variación importante o corrección de la disponibilidad de los servicios al menos para los organismos proveedores de redes y/o servicios de telecomunicaciones ". Y el *artículo 16.4* concreta la intervención de las Autoridades Nacionales de Reglamentación, en el ámbito del acceso a la red, en el sentido de que " podrán " intervenir a iniciativa propia cuando esté justificado para garantizar la competencia efectiva y/o la interoperabilidad de los servicios y " deberán " intervenir si alguna de las partes lo solicita para establecer condiciones no discriminatorias, equitativas y razonables para ambas partes y que beneficien a todos los usuarios en la

mayor medida posible .

A la luz de la citada normativa comunitaria y estatal hay que contemplar la resolución de la CMT, que no ha invadido competencias ajenas como pasamos a examinar.

La entidad actora afirma que la CMT pretende ser competente para autorizar cualquier modificación de los contratos suscritos entre la misma y las empresas de telefonía de uso público que puedan causar una interrupción o suspensión de los servicios prestados. Sin embargo, en el apartado primero de la parte dispositiva de la resolución impugnada, la CMT impone a Telefónica que se abstenga " de proceder a modificaciones unilaterales de contratos suscritos con empresas de telefonía de uso público que puedan provocar interrupciones o suspensiones de sus servicios sin la previa autorización de esta Comisión. " Es decir, la CMT no pretende, en este caso, su intervención previa a las interrupciones o suspensiones que se deriven del incumplimiento de cláusulas contractuales, negociadas y asumidas por ambas partes e incumplidas por una de ellas, pues ello no significa una modificación unilateral del contrato sino el incumplimiento de lo pactado. La CMT pretende, en el Acuerdo Primero de la resolución impugnada, que Telefónica no imponga nuevas y unilaterales obligaciones cuyo incumplimiento produzca la inmediata retirada del acceso, ya que, de no existir razones objetivas que justifiquen la suspensión y que sean proporcionales a las consecuencias que tal retirada produzca en la competencia, la misma puede constituir un abuso de posición dominante.

En la demanda no se discuten los argumentos recogidos en la resolución impugnada, de los que se deriva la obligación impuesta a Telefónica en el extremo que venimos analizando. Así, en la citada resolución se recoge que de los contratos suscritos resulta que TESAU exigió a distintas empresas de telefonía de uso público el pago de las facturas con anterioridad al momento pactado y sin detallar el contenido de las citadas facturas como imponían los contratos. Es más, en la resolución impugnada, se recoge que la conducta de Telefónica con las citadas empresas se inició a partir de la colaboración de las mismas con la CMT. La acusación es grave, pero Telefónica no la ha cuestionado.

Pues bien, a la suspensión unilateral de los acuerdos de acceso le es aplicable la doctrina sentada por el TJCE desde la sentencia dictada en los asuntos 6/73 y 7/73 ,Commercial Solvents/Comisión, que se refiere a la retirada de suministro de un producto a competidores en fases descendentes pero que, como indica la Comisión Europea en la Comunicación de 22 de agosto de 1998 sobre la aplicación de normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones, es plenamente aplicable a la retirada de acceso, así el Tribunal señala << toda empresa que goce de una posición dominante en el mercado de materias primas y que, con el fin de reservarse tales materias primas para la fabricación de sus propios derivados, se niegue a suministrar a un cliente que también fabrique tales derivados, y que como consecuencia de ello, pueda eliminar toda competencia del cliente, abusa de su posición dominante en el sentido de lo dispuesto en el artículo 86 . >>. Efectivamente la concreta actuación de Telefónica, a que se contrae la resolución impugnada, supone una forma de abuso de posición dominante.

QUINTO.- El segundo motivo de impugnación formulado por la representación procesal de Telefónica hace referencia al punto Segundo de la parte dispositiva de la resolución impugnada que impone a la recurrente cesar en cualquier tipo de comunicación a terceros a través de sus recursos técnicos, comerciales o de atención al cliente, relativas a la situación de las empresas de telefonía de uso público a las que preste o haya prestado servicio, en particular, en lo relativo a su situación financiera o crediticia con respecto a **Telefónica de España** y, singularmente, a los clientes de dichas empresas o a los titulares de los locales donde las mismas tengan instalaciones de teléfonos de uso público.

La CMT indica en el apartado III.5 de la resolución impugnada, referente a la remisión por parte de TESAU de información sobre ciertos abonados al servicio telefónico, que no es posible " determinar las circunstancias concretas en que la información anteriormente mencionada es suministrada por TESAU a la AOTEP o, en su caso, a otras empresas o clientes. Por ello, y dado que esta Comisión no es competente en materia de protección de datos, no procede pronunciamiento alguno de esta Comisión al respecto. "

La legislación sectorial de las telecomunicaciones establece que la información recibida de un organismo que solicita la interconexión se utilizará únicamente a los fines para los cuales se halla facilitado y no deberá darse a conocer a otros departamentos, filiales o asociados para los cuales esa información pudiera constituir una ventaja en materia de competencia (*artículo 6 .d) de la Directiva 97/33 /CE, contenido que se mantiene en la Directiva 2002/19 /CE, y artículo 2.5 del Real Decreto 1651/1998*). Normas, todas ellas, que velan para que la información no se utilice en beneficio propio, siempre que la misma pudiera suponer una ventaja competitiva y, de ahí, la habilitación de la CMT para intervenir en la defensa de la competencia, sin perjuicio de la actuación, desde otros ámbitos, de los Organismos competentes en materia de protección de datos.

Ahora bien, la escasa e inconcreta argumentación que a este respecto recoge la resolución impugnada, además incongruente, no justifica la decisión adoptada por la CMT en el apartado Segundo de la parte dispositiva de la misma, por lo que procede su anulación.

SEXTO.- Por último, la representación procesal entidad actora impugna los apartados tercero y cuarto de la parte dispositiva de la resolución impugnada, en los que se acuerda respectivamente la incoación de sendos procedimientos sancionadores por posible incumplimiento reiterado de requerimientos de información y de resoluciones anteriores de la CMT.

La *Ley 12/97, de Liberalización de las Telecomunicaciones*, crea la CMT como organismo regulador, con el principal objetivo de <<salvaguardar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, velar por la correcta formación de los precios en este mercado y ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surjan en el sector.>>. Para el cumplimiento de tales fines le atribuye, entre otras competencias, el ejercicio de la potestad sancionadora por incumplimiento de las instrucciones dictadas para la salvaguarda de la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones y los acuerdos y resoluciones que adopte en ejecución de las funciones públicas que se le atribuyen; así como por el incumplimiento de los requerimientos de información formulados por la Comisión en desarrollo de tales funciones (*artículo Dos. 2.1*), al considerar tal potestad necesaria para dotar de eficacia las decisiones por ella adoptadas como órgano regulador, en el cumplimiento de sus funciones.

Potestad sancionadora que se refuerza en el *artículo 84.1 de la LGT* para mejor cumplimiento de lo que resulta ser el objetivo fundamental pretendido por la citada ley: promover la competencia en un sector que partía de un régimen de monopolio, mediante la aplicación de los principios de no discriminación y transparencia en la prestación de la totalidad de los servicios.

Por otra parte, la demandante afirma que la CMT ha utilizado el procedimiento para obtener datos e información que le sirvan para incoar un expediente sancionador contra Telefónica. Sin embargo, la CMT ha actuado a instancia de una serie de empresas y ha sido la conducta de TESAU la que ha determinado la incoación de los expedientes sancionadores, además, el expediente OM 2001/5789 resulta ser "actuaciones previas", conforme a lo previsto en el *artículo 12 del Real Decreto 1398/9* que pauta "Con anterioridad a la iniciación del procedimiento, se podrán realizar actuaciones previas con objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen tal iniciación. En especial, estas actuaciones se orientarán a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurren en unos y otros."

Dicho lo anterior, hay que resaltar que el principio de presunción de inocencia constituye una presunción <<iuris tantum>> que garantiza el derecho a no sufrir pena o sanción que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria y sobre la cual el órgano competente puede fundamentar un juicio razonable de culpabilidad (STC 138/1999, entre otras muchas). Sin embargo, el expediente disciplinario se incoa precisamente con la finalidad de llevar a cabo dicha actividad probatoria en el seno de un expediente administrativo con suficientes garantías, entre ellas las de contradicción y defensa de la persona a la que se imputa la sanción, por lo que no puede admitirse que la incoación de un expediente disciplinario pueda quebrantar dicho derecho fundamental, al no concurrir los dos elementos: sanción y falta actividad probatoria suficiente, necesarios para entender producida su vulneración. La incoación del expediente disciplinario, por sí mismo, no comporta la imposición de sanción ni limitación alguna de los derechos del afectado y la impugnación de tal acto deberá analizarse con la resolución que ponga fin al expediente sancionador.

Siendo así, no puede prosperar, tampoco, este motivo de impugnación." (fundamentos de derecho cuarto a sexto)

El recurso de Telefónica, S.A.U., se articula mediante dos motivos, acogidos al *apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción*. En el primero se aduce la infracción del *artículo 12 de la Ley 30/1992*; el *artículo 1.dos.2, párrafos c) y f) de la Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones (Ley 12/1997, de 24 de abril)*; y el *artículo 1.255 del Código Civil*, por admitir que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones pueda restringir la libertad contractual de la actora. El segundo motivo se basa en la infracción del *artículo 24.2 de la Constitución* y de los *artículos 76.1 y 84 de la Ley General de Telecomunicaciones*, ya que la información empleada para incoar expedientes sancionadores fue obtenida en procedimientos administrativos no encaminados a depurar responsabilidades.

El recurso del Abogado del Estado se formula mediante un único motivo, al amparo del *apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción*, en el que se denuncia la infracción del *artículo 1.dos de la Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones*, en relación con el *artículo 4* de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, al haberse anulado una prohibición ordenada por la citada Comisión en el ámbito de sus potestades de defensa de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones.

SEGUNDO.- Sobre el primer motivo del recurso de Telefónica, S.A.U., relativo a la libertad contractual.

Entiende la sociedad recurrente que con el apartado primero de la resolución recurrida la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones pretende someter a una especie de autorización previa cualquier cláusula que pueda comportar la retirada del suministro por parte de Telefónica, en caso de incumplimiento contractual de la otra parte. Ello supone impedir a la sociedad actora articular formas para salvaguardar sus legítimos intereses económicos en caso de incumplimientos de pago por parte de las empresas de telefonía pública. Con dicha previsión se habrían conculcado los *artículos 12 de la Ley 30/1992*; 1.dos.2, párrafos c) y f) de la *Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones (Ley 12/1997, de 24 de abril)*; y 1.255 del Código Civil.

El motivo debe ser rechazado. En realidad, la argumentación de la actora parte de una interpretación manifiestamente equivocada de la resolución administrativa que se impugnó en la instancia. La sociedad recurrente combate una supuesta prohibición de incluir determinadas cláusulas comerciales sin previa autorización de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Sin embargo, basta la lectura de la resolución impugnada -cuya parte decisoria se ha transcrito en el antecedente de hecho primero- para comprobar que no es ésta la previsión adoptada, sino que excluye tan sólo la modificación unilateral de los contratos por parte de Telefónica cuando ello pudiera acarrear el cese del suministro. El examen de los hechos ocurridos revela que la Comisión consideró acreditado que la Telefónica había aplicado determinados contratos en un sentido distinto al pactado inicialmente, exigiendo pagos con anterioridad a la fecha acordada y cortando el suministro al no recibir dichos pagos; y ha tratado de excluir comportamientos semejantes por cuanto suponen una imposición unilateral de determinadas exigencias contractuales no previstas, en evitación de cualquier abuso de la posición dominante de Telefónica. Como señala la Sala de instancia y frente a lo que afirma la actora, la resolución no requiere la intervención de la Comisión en toda interrupción del servicio consecuencia de un incumplimiento de contrato de la otra parte, sino para cualquier modificación unilateral de los contratos que pueda acarrear el cese del servicio -y ello, naturalmente, al margen de las consecuencias mercantiles que tal comportamiento pudiera acarrear-.

En definitiva, en la medida en que no se ha exigido la autorización administrativa para incluir cualquier cláusula comercial libremente acordada, sino para la modificación unilateral de los acuerdos ya pactados que afectan a la continuidad del servicio, y ello en evitación de un abuso de posición dominante, no se ha producido ninguna de las infracciones de derecho que se denuncian, lo que conlleva la desestimación del motivo.

TERCERO.- Sobre el segundo motivo del recurso de Telefónica, S.A.U., relativo al derecho de defensa.

Entiende la recurrente que se ha conculcado su derecho de defensa garantizado en el *artículo 24.2 de la Constitución*, que supone el derecho a no declarar contra uno mismo, debido a que la incoación de los dos expedientes sancionadores se ha producido gracias a la información recabada merced a requerimientos de información practicados en el seno de procedimientos administrativos de carácter no sancionador.

La queja carece de fundamento. Es en todo punto regular y no atenta al derecho de defensa la circunstancia que denuncia la recurrente. Entre las funciones que corresponden a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, como órgano regulador del sector, está el velar por el correcto funcionamiento del mismo, requiriendo a los sujetos en él intervinientes la información objetiva (cifras, datos, información contractual, etc.) que considere necesaria. A estos efectos, la Ley prevé el ejercicio de la potestad sancionadora de la Comisión en caso de incumplimiento de los requerimientos de información que pueda formular en el ejercicio de sus funciones (*artículo 1.Dos.2*, párrafo I) de la *Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones*). Y dicha información, junto con la que pueda recabar por otros medios, puede ser legítimamente utilizada para el ejercicio de todas las competencias que ostenta la Comisión, incluida la sancionadora, ya que la potestad de requerir información se considera precisamente -como se deriva del precepto citado- como una facultad vinculada al correcto ejercicio de las funciones reguladoras de la Comisión. La obtención de la información que los sujetos intervinientes en el sector deben proporcionar a la Comisión a requerimiento de ésta tiene precisamente ese destino de permitir el correcto ejercicio de sus

funciones, sin que ello pueda equipararse a la exigencia de declaraciones en contra de uno mismo.

En efecto, en nada afecta dicha circunstancia al derecho de defensa. La información objetiva recabada de las operadoras sirve para verificar que su actuación respeta la regulación legal, y en nada menoscaba las razones y explicaciones que dichos sujetos puedan alegar en defensa de su actuación en caso de que se incoe un expediente sancionador. Lo contrario supondría una especie de derecho a la ocultación de datos al órgano regulador contrario a la propia naturaleza y funciones de dicho órgano, ya que significaría la imposibilidad de que éste requiriese información a los sujetos que operan en el sector, ante el riesgo de no poder utilizar luego dicha información en el ejercicio de las competencias de regulación. Debe pues desestimarse el motivo.

CUARTO.- Sobre el recurso del Abogado del Estado, relativo al ejercicio de sus funciones por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Argumenta el representante de la Administración que el acuerdo segundo de la resolución impugnada, que prohíbe a Telefónica comunicar a terceros datos relativos a la situación de las empresas de telefonía pública a las que presten servicio, se encuadra dentro de los principios que rigen la liberalización de las comunicaciones, esto es, de los principios de libre competencia, transparencia e igualdad de trato por los que debe velar la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

El reproche que hace la Sentencia de instancia a dicho acuerdo, afirma el Abogado del Estado, es que la decisión es incongruente y que no está justificada en el apartado segundo de la parte dispositiva de la resolución impugnada; sin embargo, aduce, la resolución no es incongruente, está breve pero suficientemente justificada, y la Comisión la adopta consciente de actuar en el marco de su función de defender la competencia en el mercado de las telecomunicaciones.

Tiene razón el Letrado del Estado. De hecho, la Sentencia impugnada justifica ella misma de manera acertada en el penúltimo párrafo del fundamento de derecho quinto la justificación de la decisión anulada en la función reguladora de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones respecto a la defensa de la competencia en el sector; pero seguidamente afirma "la escasa e inconcreta argumentación que a éste respecto recoge la resolución impugnada, además incongruente", lo que le lleva a anular el referido apartado segundo de la resolución. Sin embargo, tal como dice el Abogado del Estado, ni la resolución de la Comisión a este respecto carece de justificación ni es incongruente.

En efecto, aunque el fragmento del párrafo de la resolución de la Comisión que se reproduce en la Sentencia recurrida pudiera dar a entender otra cosa, de la completa motivación que incorpora la decisión de la Comisión se deriva claramente que la Comisión entiende actuar en su función de velar por la competencia en el sector de las telecomunicaciones (*artículo 1.Dos.2 .f) de la Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones*), y *declara expresamente probado que Telefónica había proporcionado a terceros información sobre las empresas de telefonía pública, aunque desconociese el concreto procedimiento utilizado para ello:*

"III.5. CON RESPECTO A LA REMISIÓN POR PARTE DE TESAU A LA AOTEP DE INFORMACIÓN SOBRE CIERTOS ABONADOS AL SERVICIO TELEFÓNICO. En la contestación de TESAU a requerimiento de esta Comisión, recibida en Registro de este organismo el 3 de julio de 2001, y de acuerdo con documentos que la misma TESAU aportaba se desprende que facilitaba, y quizás facilita, a la AOTEP información sobre el estado de pago de determinadas personas físicas y jurídicas por TESAU.

En concreto, TESAU aporta documentos que muestran cómo la AOTEP le consultaba para conocer si determinadas personas físicas o jurídicas se hallaban o no en situación de impago con TESAU. Por su parte, TESAU respondía a tales peticiones de información dando las cuantías exactas que en su caso tuvieran dichas personas físicas o jurídicas pendientes de pago, y señalando los números telefónicos correspondientes a dichos impagos.

No es posible determinar las circunstancias concretas en que la información anteriormente mencionada es suministrada por TESAU a la AOTEP o, en su caso, a otras empresas o clientes. Por ello, y dado que esta Comisión no es competente en materia de protección de datos, no procede pronunciamiento alguno de esta Comisión al respecto."

De dicha motivación se deduce que la Comisión no resuelve nada desde la perspectiva de la protección de datos, para la que no es competente. Ahora bien, dicha afirmación no afecta a su función de defensa de la competencia, sobre la que la Comisión se extiende extensamente con anterioridad a este punto en la propia resolución, y que justifica el acuerdo segundo de la parte dispositiva ante los hechos

descritos en el párrafo transcrito supra.

Así las cosas, estando acreditado dicha actuación por parte de Telefónica -en virtud de datos proporcionados por ella misma- y resultando la decisión de la Comisión conforme a sus funciones reguladoras en cuanto a la defensa de la competencia en el sector, resulta infundada la decisión de la Sala de instancia de anular dicho pronunciamiento segundo de la resolución administrativa de la que trae causa el litigio, el cual está debidamente motivado. Procede pues estimar el motivo y, en consecuencia, estimar el recurso de casación de la Administración del Estado, casando la Sentencia recurrida y, por las razones ya expuestas, desestimar íntegramente el recurso contencioso administrativo interpuesto por Telefónica, S.A.U.

QUINTO.- Conclusión y costas.

De lo visto en los anteriores fundamentos de derecho resulta que debemos desestimar el recurso de Telefónica, S.A.U. y estimar, en cambio, el de la Administración del Estado. Casada y anulada la Sentencia recurrida, procede, según se ha justificado ya, desestimar en su integridad el recurso contencioso administrativo de Telefónica, S.A.U., confirmando en su integridad la legalidad de la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 18 de julio de 2.002 que se había impugnado en el mismo.

En cuanto a las costas, las del recurso de casación de Telefónica se le imponen a dicha parte recurrente, en aplicación de lo dispuesto en el *artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción*. En cuanto a las del recurso de casación del Abogado del Estado y de la instancia, no procede imponerlas, de acuerdo con lo establecido en el *artículo 95.3 y 139.1 y 2* del mismo cuerpo legal.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

1. Que NO HA LUGAR y por lo tanto DESESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por Telefónica, S.A.U. contra la sentencia de 17 de noviembre de 2.004 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 1.407/2.002 .

2. Que HA LUGAR y por lo tanto ESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia referida en el número anterior, que casamos y anulamos.

3. Que DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Telefónica S.A.U. contra las resoluciones del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fechas 18 de julio de 2.002 y 12 de septiembre del mismo año dictadas en el expediente OM 2001/5789, que confirmamos en su integridad.

4. Se imponen a Telefónica, S.A. las costas de su recurso de casación, no haciéndose imposición de las causadas por el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado ni las del recurso contencioso-administrativo.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, , lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Fernando Ledesma Bartret.-Óscar González González.- Manuel Campos Sánchez-Bordona.-Eduardo Espín Templado.-José Manuel Bandrés Sánchez- Cruzat.-Firmado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. EDUARDO ESPIN TEMPLADO, estando constituída la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.-Alfonso Llamas Soubrier.-Firmado.-