

Id Cendoj: 28079130032006100080  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 3  
Nº de Recurso: 5739 / 2003  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: CONTENCIOSO  
Ponente: EDUARDO ESPIN TEMPLADO  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Voces:**

- x TELECOMUNICACIONES x
- x MOTIVACIÓN (ACTO ADMINISTRATIVO) x
- x DESVIACIÓN DE PODER x
- x CADUCIDAD x
- x EXPLOTACIÓN DE REDES (TELECOMUNICACIONES) x
- x COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES x
- x INFORMACIÓN x
- x ADMINISTRACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES x
- x ACTOS DE TRÁMITE x
- x REGISTRO DE OPERADORES x
- x INFORMACIÓN PREVIA (PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO) x

**Resumen:**

El hecho de que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones practicara el requerimiento de información superado el plazo de tres meses desde la fecha de apertura del procedimiento no determina la caducidad del procedimiento, ya que la Comisión puede ejercitar en cualquier momento su potestad de recabar cuanta información requiera para el ejercicio de sus funciones. Además, el requerimiento de información no abre un procedimiento en sentido estricto, sometido a un plazo de duración determinado y a la subsiguiente caducidad, sino un período de información previa. El requerimiento de información, con referencia a hechos y fundamentos de derecho, tiene la motivación suficiente, máxime si se tiene en cuenta que, tratándose de un acto de trámite, dicho requisito debe flexibilizarse. Por último, tampoco se aprecia que el requerimiento incurra en desviación de poder, sometiendo a la compañía telefónica a una continua y permanente investigación, sino que es consecuencia de que este operador actúa en diversos sectores del mercado de las telecomunicaciones y tiene en muchos de ellos el carácter de operador dominante, por lo que no es extraño que se le requiera para que informe sobre sus actuaciones cuando, como ocurre en el presente caso, la trascendencia de los convenios celebrados puede influir de forma decisiva en el mercado.

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a nueve de Marzo 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 5.739/2.003, interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A., representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Patricia González Arrojo, contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 8 de abril de 2.003 en el recurso contencioso-administrativo número 2.338/2.001 , sobre requerimiento por parte de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones sobre acuerdos de colaboración con otras entidades.

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 8 de abril de 2.003, desestimatoria del recurso promovido por Telefónica de España S.A. contra las resoluciones del Presidente de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 29 de octubre y de 11 de diciembre de 2.001, por las que se requiere a dicha empresa para que facilite una serie de informaciones sobre los "acuerdos de colaboración" a los que haya llegado la misma con otras entidades, en concreto, los establecidos con asociaciones, federaciones y cualesquiera otras agrupaciones de empresas.

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 12 de junio de 2.003, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la representación procesal de Telefónica de España, S.A. compareció en forma en fecha 21 de julio de 2.003, mediante escrito interponiendo recurso de casación 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 los siguientes motivos:

- 1º, por infracción del *artículo 42.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común;

- 2º, por infracción de los *artículos 9.3, 24.1 y 103.1 de la Constitución* y del *artículo 54 de la Ley 30/1992*, y

- 3º, por infracción de los *artículos 103.1 y 106.1 de la Constitución* y del *artículo 70.2 de la mencionada Ley jurisdiccional*.

Terminaba suplicando que se dicte sentencia por la que se case la recurrida y se anulen los requerimientos de información del Presidente de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, adoptados en sesiones celebradas los días 29 de octubre de 2.001 y 11 de diciembre de 2.001.

El recurso de casación fue admitido por providencia de la Sala de fecha 25 de enero de 2.005.

CUARTO.- Personado el Abogado del Estado, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia por la que se desestime el mismo, confirmando íntegramente la sentencia recurrida, con imposición de las costas a la actora.

QUINTO.- Por providencia de fecha 21 de octubre de 2.005 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 28 de febrero de 2.006, en que han tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso de casación.

Telefónica de España, S.A. interpone recurso de casación contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional el 8 de abril de 2.003, que desestimó el recurso contencioso administrativo entablado contra las Resoluciones del Presidente de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 29 de octubre y 11 de diciembre de 2.001, por las que se le requería a la actora que proporcionase determinada información en relación con los acuerdos de colaboración que hubiera cerrado con asociaciones, federaciones y cualesquiera otras asociaciones de empresas.

La primera de dichas resoluciones decía lo siguiente:

"Segundo.- REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN. Esta Comisión, acogiéndose a la habilitación competencial anteriormente mencionada, y con arreglo a lo dispuesto en el *artículo 78.uno de la LRJPAC*, relativo a los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, y a la disposición específica del *artículo 30*

del Reglamento del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado mediante Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, precepto que faculta a esta Comisión para: "recabar cuanta información requiera para el ejercicio de sus funciones de las entidades que operen en el sector de las telecomunicaciones que estarán obligados a suministrarla", requiere por la presente a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante TESAU) que aporta la siguiente información:

En nota de prensa, fechada en Madrid, a 4 de octubre de 2001, TESAU señala que <<Madrid, 4 de octubre de 2001. - La Federación de Asociaciones Nacionales de Distribuidores de Edición (FANDE) y Telefónica de España han suscrito hoy en la sede de la compañía en Madrid un acuerdo de colaboración en virtud del cual los asociados adscritos a la FANDE puedan beneficiarse de la oferta de productos y servicios de voz, datos e Internet comercializados por Telefónica de España.

Ambas partes se comprometen a desarrollar un marco de actuación con acciones encaminadas al uso de los servicios de telefonía fija por parte de los asociados de la FANDE. Algunas de estas áreas de cooperación son:

Campañas de asesoramiento; visitadores, telemarketing.

Difusión de nuevas tecnologías: cursos de formación, sesiones de promoción.

Elaboración de materiales promocionales, folletos, difusión, publicidad.

Seminarios de racionalización de costes en telecomunicaciones.

Con este acuerdo, Telefónica de España y la FANDE realizan, además, un importante esfuerzo para dotar a sus empresas y al sector de la distribución de libros y publicaciones especializadas de las más modernas tecnologías, como son los servicios de Banda Ancha ADSL>>.

En este sentido, se requiere por la presente a TESAU para que:

Indique el número total de <<acuerdos de colaboración>> a los que ha llegado TESAU con otras entidades. En concreto, indique además el número total de <<acuerdos de colaboración>> a los que se haya llegado con Asociaciones, Federaciones y cualesquiera otras agrupaciones de empresas.

De los acuerdos a que se refiere el punto 1 de este requerimiento, relacione aquéllos que requieran la utilización exclusiva de los servicios de TESAU frente a los de otros operadores de telecomunicaciones.

Señale el número total de dichos <<acuerdos de colaboración>> que prevén el pago de cantidades por TESAU, por marketing, difusión, publicidad de sus servicios o cualquier otro concepto.

Indique las cuantías que hayan sido pagadas con TESAU con arreglo al punto 3 anterior de este requerimiento, por años naturales desde 1996 a 2000, ambos inclusive.

Se señala que, conforme a lo previsto en el artículo 76.Uno de la LRJPAC deberá procederse a la cumplimentación de este trámite en el plazo de diez días a partir de la notificación del presente escrito."

La Sentencia recurrida rechazó las alegaciones de la actora con las consideraciones que vemos más adelante. El recurso de casación se formula mediante tres motivos, todos ellos al amparo del apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción. En el primero de ellos se aduce la infracción del artículo 42.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por la supuesta caducidad del expediente informativo en el que se había solicitado la referida información. El segundo motivo se basa en la infracción de los artículos 9.3, 24.1 y 103.1 de la Constitución y el 54 de la Ley 30/1992 ya citada, por la supuesta falta de motivación de la Sentencia recurrida. Finalmente, el tercer motivo se funda en la infracción de los artículos 103.1 y 106.1 de la Constitución y el 70.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por haber incurrido el Presidente de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en opinión de la actora, en desviación de poder.

SEGUNDO.- Sobre el primero motivo, referido a la caducidad del expediente.

En contestación a la alegación sobre caducidad del expediente la Sala de instancia había señalado lo siguiente:

"En cuanto a la primera alegación del escrito de demanda, fundada en la caducidad del procedimiento, cabe señalar, en primer término, la improcedencia de aplicar al caso el *artículo 44.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre* ("En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad"), habida cuenta que el acto administrativo de requerimiento, al margen de las ulteriores consecuencias que se podrían derivar del incumplimiento del requerimiento o del contenido de la información que ha de facilitarse, no reviste naturaleza sancionadora, ni formal ni materialmente, como posteriormente desarrollaremos, ni tampoco reviste "per se" los caracteres de un acto de gravamen. En todo caso, el requerimiento, dictado el 29 de octubre de 2001, es la consecuencia directa, como en sus propios razonamientos se consigna, de la aparición en un diario, de una nota de prensa emitida por TESAU el 4 de octubre de 2001, alusiva al anuncio de una actividad contractual determinada con la FANDE sobre cuyos detalles y aspectos más relevantes quería tomar conocimiento la CMT, en ejercicio de sus potestades de control y vigilancia de la regularidad del mercado de las telecomunicaciones, en particular en lo que se refiere a al libre competencia en dicho mercado, y es a raíz de la publicación de esa información periodística y sólo unos días más tarde, cuando se formuló el requerimiento que ahora nos ocupa.

No se vislumbra, por tanto, conexión alguna entre el acto combatido y el procedimiento que se dice emprendido en mayo anterior, pues hay una causa inmediata y eficiente que desliga el requerimiento de ese procedimiento abierto. Sin perjuicio de ello, también ha de advertirse que la apertura de una información previa da lugar a una serie de requerimientos que guardan naturaleza autónoma, en el sentido de que, como aquí ha hecho la compañía recurrente, pueden ser impugnados de forma autónoma e independiente respecto al acto final con que concluye el supuesto procedimiento en el que se enmarcan, razón más que suficiente como para descartar la caducidad del procedimiento pues, esté o no vinculado el requerimiento efectuado con ese procedimiento más amplio a que se ha hecho referencia, lo cierto es que ha dado lugar a un recurso propio, al margen de que también fuera procedente el recurso judicial frente al acto de finalización de las informaciones previas, que es donde, realmente, podría denunciarse su caducidad.

Al margen de todo ello, cabe añadir que la caducidad, aunque operase en el aludido procedimiento, no tiene el alcance y eficacia que la demanda lea atribuye, ya que no extingue el derecho de la Administración a reproducir el procedimiento en tanto no prescriba el ejercicio de la potestad en cada caso efectuado, que aquí no es la sancionadora, evidentemente, como luego tendremos ocasión de exponer. En suma, aún en el caso de que no existiera el acuerdo de iniciación antes aludido, podrán haberse llevado a cabo los requerimientos de información que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones estimase oportuno dirigir con ocasión de la apreciación de hechos o acontecimientos que lo justificaran, siempre al amparo del marco jurídico que define sus propias atribuciones." (fundamento jurídico tercero)

Frente a estos razonamientos aduce la recurrente que el requerimiento de información recurrido se practicó transcurrido más de cinco meses desde la fecha de apertura del procedimiento de información previa, superando el plazo de tres meses fijado en el *artículo 42.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común*, lo que determina según el *artículo 44.2 de la misma la caducidad del procedimiento*, y al no reconocerlo así la sentencia de instancia ha infringido dicho precepto.

El motivo debe desestimarse, pues atribuida a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por el *artículo 30 de su Reglamento*, aprobado por *Real Decreto 1994/1996 de 6 de septiembre*, la potestad de "recabar cuanta información requiera para el ejercicio de sus funciones de las entidades que operen en el sector de las telecomunicaciones", hay que entender que la misma puede ejercitarla en cualquier tiempo, pues de otro modo se vería coartada en el cumplimiento de su objetivo primordial que le atribuye la *Ley 12/1997 de 24 de abril de Liberalización de las Telecomunicaciones, en cuyo artículo 1.Dos.1* le confiere la potestad "de salvaguardar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, velar por la correcta formación de los precios en este mercado...".

Sería ilógico vedar esta posibilidad a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cuando, como consecuencia de un hecho nuevo -la publicación de una noticia sobre la celebración de determinados concursos-, que puede tener trascendencia a los efectos competenciales, el mero transcurso del plazo que la Ley señala para resolver los procedimientos le impidiera solicitar una información de trascendencia que se ha producido ex novo. Se está, como señala la sentencia recurrida, ante una actuación autónoma, que exige un tratamiento diferenciado, en aras a la satisfacción del interés general, lo que prima sobre una posible caducidad, como se infiere analógicamente del *artículo 92.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común*.

Por otra parte hay que tener en cuenta que el *artículo 69.2 de la Ley 30/1992* establece de forma expresa que con anterioridad al acuerdo de iniciación de un procedimiento administrativo, puede el órgano competente "abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento". Pues bien, no puede entenderse que la resolución de 11 de mayo de 2001 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones abriera un procedimiento en sentido estricto, sometido a un plazo de duración determinado y a la subsiguiente caducidad, sino un período informativo en el sentido del *artículo 69* que podría dar lugar, en su caso, a un procedimiento sancionador o de intervención.

De esta manera y como ya hemos indicado, las potestades de requerir información que se pueden ejercer en el seno de dicho período informativo pueden ejercitarse en cualquier momento con carácter autónomo y previo a cualquier procedimiento en sentido propio, sin que necesitara en puridad la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de la citada resolución del 11 de mayo para aprobar los ulteriores requerimientos de información.

TERCERO.- Sobre el motivo segundo, relativo a la alegación sobre falta de motivación de las resoluciones administrativas.

En relación con la supuesta falta de motivación de las resoluciones administrativas impugnadas la Sentencia recurrida señalaba lo siguiente:

"Las demás infracciones que se denuncian, relativas a la falta de motivación de los actos recurridos, así como al quebrantamiento del principio de proporcionalidad y a la pérdida de garantías derivadas del procedimiento sancionador están igualmente abocadas al fracaso, La última de las expuestas sencillamente porque no estamos en presencia de procedimiento sancionador alguno, ni formalizado como tal ni inferible materialmente de la actitud observada por la Administración, por lo que resulta inidóneo traer a colación la vulneración de derechos propios del tal procedimiento, ajeno al que nos ocupa.

Las alegaciones referentes a la infracción de los otros dos principios, el de motivación y el de proporcionalidad, están en cierta medida contestados en los razonamientos precedentes, y pierden vigor si se parte de la base de que no estamos ante una actuación sancionadora. En realidad, ni siquiera se impugna un acto que represente un perjuicio o gravamen para la recurrente, sino una mera carga general, la de colaborar con la Administración facilitando la información precisada y relativa a las actividades propias de la entidad requerida, razón por la que la motivación legalmente exigible no debe alcanzar a otros extremos que los que contienen la resolución, relativo a las consignación de las potestades atribuidas por el ordenamiento jurídico que habilitan para esta intervención y a la necesidad de conocer determinados extremos relativos a las prácticas mercantiles de la sociedad recurrente, a cuyo fin se citan las fuentes de información de las que resulta el conocimiento hipotético de la C.M.T. que ésta pretende contrastar. Por tanto, el acto impugnado no es propiamente una resolución en sentido material, es decir, una declaración de voluntad o acto de decisión final que repercuta desfavorablemente en la órbita de los derechos e intereses legítimos de su destinatario, por lo que su motivación tampoco ha de ser exhaustiva, ya que la verdaderamente integrada en el acto permite conocer al recurrente los objetivos perseguidos (*artículo 54 de la Ley 30/92*, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) y reaccionar jurídicamente frente a la resolución con plenitud de medios defensivos, oportunidad de al que ha gozado la mercantil recurrente en este proceso." (fundamento jurídico sexto)

Alega la actora en este segundo motivo que la sentencia ha infringido el *artículo 54 de la Ley 30/1992*, al no apreciar que el requerimiento de información carece de la adecuada motivación y, como consecuencia de ello, la coloca en indefensión, con la consiguiente infracción de los *artículos 9.3, 24 y 103 de la Constitución*.

Es necesario tener en cuenta que el requerimiento de información, no es un acto de terminación del procedimiento, sino un acto de trámite dictado en el período informativo previo o bien en el curso de un procedimiento, con lo que el requisito de motivación debe flexibilizarse. Se trata de actos de instrucción dirigidos, como dice el *artículo 78 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, a la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución. Desde esta perspectiva la motivación normalmente viene dada por el fin que persiguen -acopio de material instructorio-, y por el objeto del procedimiento dentro del cual se realizan, ya que exigir un plus sobre esto llevaría en muchos casos a la imposibilidad de practicar investigación, cuyos resultados son aleatorios y pueden resultar estériles.

Con base en esto, puede señalarse que el acto de requerimiento, tal cual señala la sentencia de

instancia, tiene la motivación suficiente, con referencia a hechos -publicación de la noticia del concurso en la prensa-, y fundamentos de derecho -relación de potestades que determinan el requerimiento-, lo que unido a desarrollarse el trámite dentro de un determinado procedimiento informativo con un objeto concreto, hay que considerar cumplido el requisito del *artículo 54 mencionado*, que solo exige "sucinta" referencia a hechos y fundamentos de derecho.

A esto puede añadirse que en el presente caso, la motivación específica de cada requerimiento de información debe completarse con la que acompaña a la resolución de 11 de mayo de 2.001 que los precede.

CUARTO.- Sobre el motivo tercero, referido a la desviación de poder.

Sobre la supuesta desviación de poder alegada en el recurso contencioso administrativo, la Sentencia de instancia señala lo siguiente:

"La resolución impugnada reitera un requerimiento que ya efectuó en su momento y al que la actora no dio cumplimiento, reiteración que efectúa haciendo uso de las atribuciones legales a las que se acaba de hacer referencia.

La entidad mercantil aquí recurrente, aun reconociendo con carácter general la facultad que asiste a la C.M.T. para recabar información sobre las materias asignadas a su control y competencia, discute el singular ejercicio de esa facultad en la forma en que en este caso se ha producido y que ahora se examina, aduciendo al respecto que, pese a que la Comisión actúa en el ejercicio de ese derecho a recabar información, habría incurrido de hecho en una desviación de poder, utilizando las atribuciones legalmente conferidas en orden a la obtención de información de las empresas que operan en el sector de las telecomunicaciones para someter a la entidad demandante a un procedimiento sancionador encubierto y, como tal, carente de las mínimas garantías, con vulneración de principios tales como el de proporcionalidad y el de presunción de inocencia, además del de no confesarse culpable y no declarar contra sí mismo.

Sin embargo, más allá de las conjeturas que expresa la recurrente en su demanda, en cuanto plantean la hipótesis de un uso desviado o torticero de la facultad de obtener información para mantener una persecución o acoso contra aquella compañía mercantil, sus alegaciones únicamente discurren en el campo de las suposiciones, pues la alegación sobre desviación de poder no viene acompañada, como sería exigible, de una exposición de los objetivos que, diferentes de los legalmente previstos para los actos administrativos aquí sometidos a juicio, habría perseguido la Administración recurrida ( *art. 70.2 de la Ley Jurisdiccional* ), pues ésta se ha limitado a cumplir con esas obligaciones de control a que se ha hecho referencia, encaminadas al adecuado cumplimiento de las competencias que han quedado definidas, objetivo que justifica tomar conocimiento de determinados aspectos de la actividad de la empresa recurrente.

No se alcanza a comprender la existencia de la infracción consistente en desviación de poder, que en el caso presente consistiría en la utilización masiva de requerimientos de información reiterados y desproporcionados para encubrir una actividad de hostigamiento contra la empresa demandante que, en la práctica, desembocaría en la existencia material de un procedimiento administrativo sancionador llevado a cabo sin respeto a las garantías del expedientado entre las que se destacan los derechos a no declarar contra sí mismo y a la presunción de inocencia.

Sin embargo, es jurisprudencia reiterada y constante, surgida al amparo de la vieja Ley de Procedimiento Administrativo pero que, en lo que aquí interesa, conserva toda su vigencia, que la desviación de poder requiere una prueba, al menos indiciaria o semiplena, acerca de la utilización por parte de la Administración de fines distintos a los previstos por el ordenamiento jurídico en cada caso, sin que baste al propósito de acreditar su concurrencia con las meras sospechas o indicios infundados. Además, la imputación que se efectúa acerca de que lo que encubre el requerimiento efectuado es un procedimiento sancionador causa perplejidad, pues se trata de una alegación que no viene acompañada de ninguna mención o alegación relativa al supuesto carácter afflictivo o perjudicial que implicaría para los derechos e intereses de la entidad recurrente el simple cumplimiento de lo ordenado en la resolución que ahora se recurre, ni tampoco se revela la imposibilidad o especial dificultad de dar cumplimiento al requerimiento, ni se justifica mínimamente cuál debería ser el contenido propio de la documentación de la C.M.T. podrá pedir a la recurrente para actuar con sujeción a los fines que justifican su actuación.

En definitiva, las alegaciones vertidas en la demanda no han sido acompañadas de la prueba pertinente encaminada a la demostración de la finalidad desviada de la actividad administrativa puesta en

tela de juicio y, menos aún, de que supongan algo remotamente semejante a una sanción encubierta, para lo que faltaría la prueba del efecto nocivo que, para los intereses de la recurrente, supusiera el cumplimiento del requerimiento efectuado, aunque se examinara desde la perspectiva global del conjunto de requerimientos formulados por la C.M.T. a lo largo del tiempo, pues de ellos no se extrae, ni subjetiva ni objetivamente, otra intención que la de obtener información. Que del incumplimiento de este deber legal de colaboración o del resultado de la información obtenida pudiera apreciarse la concurrencia de alguna conducta ilícita, por parte de Telefónica de España, susceptible de ser sancionada, con arreglo al procedimiento legalmente establecido, es cuestión ajena a la que aquí se debate. (fundamento jurídico quinto)

En este último motivo la recurrente imputa a la Sentencia recurrida el supuesto error de no haber admitido la existencia de desviación de poder, que fundamenta en que el requerimiento es uno más de los muchos que le dirige injustificadamente la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sometiéndola a una continua y permanente investigación.

La desviación de poder supone, conforme al *artículo 70.2 de la Ley Jurisdiccional*, el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico. Es necesario que el juzgador adquiera la convicción psicológica de la inadecuada utilización por la Administración de potestades administrativas. Esta convicción no se obtiene en este caso, pues los requerimientos solicitados no son más que la consecuencia lógica del ejercicio de las potestades que la *Ley 12/1997* confiere a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, y que ya han sido reseñadas. No puede olvidarse que Telefónica es un operador que actúa en diversos sectores del mercado de telecomunicaciones, teniendo en mucho de ellos el carácter de operador dominante, de aquí que no sea raro que se le requiera para que informe sobre sus actuaciones, cuando, como ocurre en el caso presente, la trascendencia de los convenios celebrados puede influir de forma decisiva en el mercado de las telecomunicaciones.

En definitiva, no ha aportado la actora indicio alguno de que los requerimientos de información acordados respondiesen a causas ajenas al cumplimiento por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de su competencia de supervisión del mercado de las telecomunicaciones, o que evidenciase un manifiesto error en la apreciación efectuada por la Sala juzgadora en su Sentencia.

QUINTO.- Al no prosperar los motivos en que se funda el recurso procede su desestimación. Se imponen las costas en aplicación de lo dispuesto en el *artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción*.

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**

Que NO HA LUGAR y por lo tanto DESESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por Telefónica de España, S.A. contra la sentencia de 8 de abril de 2.003 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 2.338/2.001. Se imponen las costas de la casación a la parte recurrente.

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. 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 constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.