

Resumen

Se revoca en casación la sentencia que confirmó la resolución de la CMT por la que se permitió a una entidad de telefonía móvil suspender definitivamente la interconexión que permite el encadenamiento de las llamadas con origen en las tarjetas prepago "M.A." y destino. Se discute la realidad de una práctica consistente en la disgregación de los componentes de los "Packs "M.A.", mediante el desbloqueo del SIM-LOCK manipulando ilícitamente el software del terminal y vaciando el crédito de la tarjeta prepago en un número 906 de tarificación adicional, del que es titular la recurrente. Con base en tal irregular conducta, se consideró legítima la actuación de la demandada de desconectar, no dando curso a las llamadas a los números 592 y 769. La resolución administrativa se fundó, en unos documentos que pese a acompañarse como confidenciales, no consta que hayan sido declarados tales. La Sala de instancia acordó solo la exhibición de dichos documentos, haciendo constar que únicamente podrán ser examinados, sin poder tomar nota acerca del contenido de los mismos. Al resolver de esta forma, la Sala ha impedido a la parte actora el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que el mero examen de esos documentos, no permite tomar conciencia clara de su contenido dado su configuración numérica que impide su retención en la memoria.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Jurisdicción Contencioso-Administrativa
art.52

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
art.24

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	3
FALLO	5

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Cuestiones generales

Contenido y alcance

En el proceso contencioso-administrativo

Supuestos diversos

TELECOMUNICACIONES

TELEFÓNICA

Contratación de servicios

Otras cuestiones

TELEFONÍA MÓVIL

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Empresa; Desfavorable a: Sociedad pública y organismo autónomos

Procedimiento: Recurso de casación

Legislación

Aplica art.52 de Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Aplica art.24 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.217.3, art.281.1 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.2, art.4.2 de RD 1651/1998 de 24 julio 1998. Aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el tit. II Ley 11/1998

Cita art.139.1 de Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Cita Ley 11/1998 de 24 abril 1998. General de Telecomunicaciones

En la Villa de Madrid, a doce de diciembre de dos mil siete.

En el recurso de casación núm. 1290/2005, interpuesto por la Entidad "A.T., S.L.", representada por el Procurador D. Jacinto Gómez Simón, y asistida de letrado, contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 24 de noviembre de 2004, recaída en el recurso núm. 226/2003, sobre restricción de llamadas de tarjetas prepago "M.A." a determinados números 906; habiendo comparecido como parte recurrida la Entidad "Móviles T., S.A.", representada por la Procuradora D^a María Rodríguez Puyol, y asistida de Letrado, "Compañía de Teléfonos T., S.A.U.", representada por el Procurador D. Juan Antonio García San Miguel y Orueta, y asistida de letrado, y la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y dirigida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Octava) dictó sentencia desestimando el recurso promovido por la Entidad "A.T., S.L.", contra la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 16 de enero de 2003, por la que se permitió a "Móviles T., S.A." suspender definitivamente la interconexión que permite el encaminamiento de las llamadas con origen en las tarjetas prepago "M.A." y destino en los números...592 y...769.

SEGUNDO.- Notificada esta sentencia a las partes, por la referida Entidad se presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 25 de enero de 2005, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la recurrente ("A.T., S.L.") compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, y formuló en fecha 17 de marzo de 2005, el escrito de interposición del recurso de casación, en el cual expuso, los siguientes motivos de casación:

1) Al amparo de lo preceptuado en el núm. 1, letra c) del art. 88 de la Ley Jurisdiccional, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso se haya producido indefensión para la parte. Infracción del art. 52.1 de la Ley Jurisdiccional.

2) Al amparo de lo preceptuado en el núm. 1, letra d) del art. 88 de la Ley Jurisdiccional, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico que fuera aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate. Infracción del art. 4.2 del Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio EDL 1998/44723 , Reglamento de interconexión y acceso a redes públicas de telecomunicaciones.

3) Al amparo de lo preceptuado en el núm. 1, letra d) del art. 88 de la Ley Jurisdiccional, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico que fuera aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate. Infracción del art. 2 del Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio EDL 1998/44723 , Reglamento de interconexión y acceso a redes públicas de telecomunicaciones.

4) Al amparo de lo preceptuado en el núm. 1, letra d) del art. 88 de la Ley Jurisdiccional, por infracción de las normas objeto de debate. Infracción del art. 217.3 de la LEC. EDL 2000/77463

5) Al amparo de lo preceptuado en el núm. 1, letra d) del art. 88 de la Ley Jurisdiccional, por infracción de las normas objeto de debate. Infracción del art. 281.1 de la LEC. EDL 2000/77463

Terminando por suplicar dicte sentencia por la que estimando el presente, case y anule la sentencia impugnada y resuelva:

A.-) Mandando reponer las actuaciones al estado y momento en que se encontraban cuando se cometió la infracción procesal denunciada y no se facilitó a la recurrente copia completa del expediente administrativo con carácter previo a la formalización de la demanda, ordenando se le dé completo traslado del mismo con concesión del plazo restante para interponer nueva demanda.

B.-) De no admitirse el anterior pronunciamiento se resuelva sobre el fondo del asunto declarando contraria a derecho y anulando la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 16 de enero de 2003 que fue objeto de recurso, declarando la ilegalidad de las dos desconexiones parciales efectuadas por "Móviles T., S.A." de su red con la de "Compañía de Teléfonos T., S.A." con todo lo demás que en Ley corresponda.

Mediante otrosí manifiesta que la cuantía de la demanda se fijó en indeterminada por no ser posible cuantificar al tiempo de interponerla por no realizarse reclamación económica alguna en el procedimiento.

CUARTO.- Por providencia de la Sala, de fecha 21 de septiembre de 2006, se admitió a trámite el presente recurso de casación, ordenándose por otra de 16 de octubre de 2006 entregar copia del escrito de formalización del recurso a las partes comparecidas como recurridas (ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, "Móviles T., S.A." y "Compañía de Teléfonos T., S.A.U."), a fin de que en el plazo de treinta días pudieran oponerse al mismo; lo que hicieron mediante escritos de fechas 1 y 5 de diciembre de 2006 respectivamente, en los que expusieron los razonamientos que creyeron oportunos y solicitaron se dicte sentencia desestimando el recurso de casación, confirmando íntegramente la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, con expresa imposición de costas al recurrente.

QUINTO.- Por providencia de fecha 2 de julio de 2007, se señaló para la votación y fallo de este recurso de casación el día 4 de diciembre siguiente, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de esta casación la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional, en virtud de la cual se desestimó el recurso interpuesto por la entidad mercantil "A.T., S.L." contra la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que:

"Permite a "Móviles T., S.A." que suspenda definitivamente la interconexión que permite el encaminamiento de las llamadas con origen en las tarjetas prepago "M.A." y destino en el número 906 426950. Esta situación se mantendrá hasta que el actual titular del número de red inteligente considerado ("M.M.C., S.L.") deje de serlo. En este sentido, "Compañía de Teléfonos T., S.A." deberá comunicar a Telefónica Móviles esta circunstancia.

(...) Autorizar a "Móviles T., S.A." para que suspenda la interconexión que permite el encaminamiento de las llamadas con origen en las tarjetas prepago "M.A." y destino en los números de tarificación adicional 906, siempre que cumpla los requisitos definidos en los procedimientos "NE-039: Detección del fraude: Tipologías detectadas en "Móviles T., S.A." y "PR-106: Control del fraude en Packs Activa mediante utilización de números de tarificación adicional" desarrollados por "Móviles T., S.A.". Cuando se produzca dicha suspensión, deberá enviar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en un plazo no superior a 24 horas el informe específico desarrollado para cada numeración afectada. Deberá, a su vez, ponerlo en conocimiento del operador a quien se le hubiere asignado la numeración afectada por dicha actividad. Esta situación se mantendrá hasta que se produzca un cambio en la titularidad del número 906 afectado, en cuyo caso, el operador con la numeración asignada deberá ponerlo en conocimiento de "Móviles T., S.A."."

El Tribunal de instancia basó su fallo en los siguientes fundamentos jurídicos:

"La demanda incurre en el error de dirigir su imputación contra la empresa privada que interrumpe la interconexión, a la que atribuye carencia de competencia para decidir la interrupción de aquellos, a partir de lo que construye el resto de su argumentación, afirmando que "Móviles T., S.A." ha actuado, aún con otras expresiones, "manu militari".

Lo relevante aquí es que, como se deduce de la propia resolución, no versó la vía administrativa sobre la calificación de fraude que, en el orden civil o penal, pueda merecer la conducta que se describe y cuya apreciación condujo a la decisión de interrumpir el servicio correspondiente, calificación que, expresamente, la resolución impugnada se abstiene de emitir, salvo los comprensibles efectos a título prejudicial que este irregular proceder -el de utilizar pack de "M.A." disociados como medio para descargar o blanquear el crédito de las tarjetas mediante llamadas a números que prestan servicios meramente ficticios o aparentes, sin contenido alguno.

Desde esta perspectiva, se juzga adecuada y conforme a Derecho la resolución de la Comisión, atendida la grave sospecha, que compartimos atendida la copiosa prueba practicada, cuya valoración no supone prejuzgar civil o penalmente el alcance de la responsabilidad correspondiente, que respalda la interrupción del servicio efectuada por "Móviles T., S.A." para prevenir un grave perjuicio económico para sus intereses, más que probable, siendo así que no se causaría menoscabo alguno a los potenciales usuarios de estos número, puesto que los servicios no existían, a menos que la utilización no tuviera como finalidad legítima el acceso a servicios de nula utilidad, sino otros más espurios e incalificables, como el de trasladar el crédito de la tarjeta al beneficio que se obtiene por la recepción de llamadas a estos números.

(...) Obviamente, todas las relaciones jurídicas deben desenvolverse bajo los auspicios del principio de buena fe, que en modo alguno puede amparar la utilización de la red y la invocación de los principios de la interconexión para la prestación o recepción de servicios puramente ficticios. Desde esta perspectiva, cobra todo su sentido la invocación hecha al artículo 4.2 del Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio EDL 1998/44723 , por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el Título II de la Ley 11/1998, de 24 de abril EDL 1998/43460 , General de Telecomunicaciones, en lo relativo a la interconexión y al acceso a las redes públicas y a la numeración, a cuyo tenor "los operadores de redes públicas de telecomunicaciones que tengan conocimiento de que las conectadas a las suyas perturban el funcionamiento de éstas, o de los servicios, o no cumplen los requisitos esenciales, lo comunicarán a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, para que ésta, en ejercicio de sus facultades, adopte las medidas oportunas.

En el supuesto de que dichas medidas conlleven la supresión de la interconexión, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones informará a las partes y determinará las condiciones para su restablecimiento", pudiendo calificarse, a tal efecto, como conducta perturbadora la que deriva hacia esta finalidad antijurídica la comunicación efectuada para el propósito de vaciar las tarjetas, actitud que, valorada con suficientes elementos de juicio, justifica la interrupción del servicio -en realidad, no es tal-, sin que se produzca perjuicio para nadie, a no ser que por tal se entendiese el que se fundamenta en un proceder ilícito, el cual no puede obtener el amparo del ordenamiento jurídico.

En el caso de que las perturbaciones supongan riesgos para las personas o para la integridad de las redes, los operadores podrán proceder a la desconexión temporal de la red que produce el daño, informando de ello, en el plazo máximo de veinticuatro horas, a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, para que ésta confirme o deje sin efecto la decisión adoptada. En el supuesto de que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones anule la decisión adoptada por el operador, éste será responsable de los daños y perjuicios causados por dicha desconexión.

(...) A mayor abundamiento, han de significarse los siguientes extremos, a la luz de la fijación de los límites del pleito verificada en el ordinal primero de los presentes razonamientos jurídicos y una vez aceptada la total legitimidad de la actuación de "Móviles T., S.A.":

a) Mal puede alegarse indefensión por parte de la recurrente cuando la resolución de "Móviles T., S.A.", de 28 de febrero de 2002, contenía una regulación de los procedimientos previstos al efecto (Fundamento de Derecho Cuarto), poniéndose de manifiesto a las partes, ya en sede jurisdiccional y en virtud de Providencia de 4 de noviembre de 2003, los documentos confidenciales 1, 2 y 3, que describen los distintos tipos de fraude detectados por "Móviles T., S.A.", con el detalle de los mecanismos para su prevención y de los perjuicios irrogados.

b) Por tanto, como con acierto advierte la Abogacía del Estado, la resolución ahora recurrida no analiza si ha habido fraude o no por parte de "A.T., S.L.", sino que lo que ha comprobado es si "Móviles T., S.A." respeta el procedimiento interno correspondiente, derivado del acuerdo de "Móviles T., S.A." de 28 de febrero de 2002, circunstancia justificada suficientemente en la resolución de 16 de enero de 2003, en forma no desvirtuada por la promovente.

c) Todo lo cual ha sido verificado con pleno respecto al marco jurídico vigente, en los términos razonados en el Fundamento de Derecho Segundo de la resolución impugnada:

"En la Resolución que puso fin al expediente 2001/5736, de continua referencia, ya se manifestó que "la actuación de "Móviles T., S.A." consistente en desconectar parcialmente su red con la de "Compañía de Teléfonos T., S.A.U." encajaba conceptualmente dentro del supuesto de supresión de la interconexión a que alude el párrafo primero del artículo 4.2 del Reglamento de Interconexión en la medida en que la práctica consistente en disociar el pack comercializado para descargar después el saldo de la tarjeta en un número de tarificación adicional, perturba el funcionamiento de un servicio que, en el ejercicio de su libertad empresarial, "Móviles T., S.A." ha decidido poner en el mercado".

En suma, la Sala es de criterio, a la vista de todo lo expuesto, que la actividad administrativa se ha producido con arreglo a Derecho, por lo que procede desestimar el recurso jurisdiccional deducido."

Contra esta sentencia se ha interpuesto la presente casación con base en los motivos que han quedado transcritos en los antecedentes.

SEGUNDO.- La entidad recurrente aduce en su primer motivo de casación quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, en concreto el art. 52.1 de la Ley Jurisdiccional, al no habérsele facilitado copia del expediente administrativo completo, pues los documentos números 1, 2 y 3 de la ampliación del expediente, sólo se le ha permitido examinarlos, sin poder tomar nota acerca del contenido de los mismos, lo que le ha originado indefensión al tener un conocimiento limitadísimo de esos documentos esenciales sobre los que se funda la sentencia recurrida.

En el caso presente se está discutiendo la realidad de una práctica consistente en la disgregación de los componentes de los "Packs "M.A.", mediante el desbloqueo del SIM-LOCK manipulando ilícitamente el software del terminal y vaciando el crédito de la tarjeta prepago en un número 906 de tarificación adicional, del que es titular la recurrente..

Con base en tal irregular conducta que se le imputa, se consideró legítima la actuación de "Móviles T., S.A." de desconectar su red con la de "Compañía de Teléfonos T., S.A." no dando curso a las llamadas a los números...592 y...769.

La resolución administrativa que es objeto de impugnación se fundó, respecto de las llamadas al núm....592 en el documento presentado por "Móviles T., S.A." con fecha 27 de agosto de 2002, tal cual se indica en la misma, y respecto a las efectuadas al núm....769 se dice que quedó probada por "Móviles T., S.A." mediante el procedimiento interno desarrollado "ad hoc" y presentado junto con el escrito de fecha 26 de noviembre de 2002.

Esos documentos, pese a acompañarse como confidenciales por "Móviles T., S.A.", no consta que hayan sido declarados tales por "Móviles T., S.A.". Sin embargo, la Sala de instancia por providencia de 4 de noviembre de 2003 acordó solo la exhibición de dichos documentos, haciendo constar que únicamente podrán ser examinados, sin poder tomar nota acerca del contenido de los mismos.

Al resolver de esta forma, la Sala ha impedido a la parte recurrente el pleno ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española EDL 1978/3879 en relación con el artículo 52.1 de la Ley Jurisdiccional, ya que es indudable que el mero examen de esos documentos, no permite tomar conciencia clara de su contenido dado su configuración numérica que impide su retención en la memoria. En efecto. se contiene en ellos lo datos del fraude, número de llamadas, datos de IMEI, datos de duración, datos de tarjeta, datos de costes de interconexión, fraude activa 9064, fecha de las llamadas, etc. en continua relación de números, costes, porcentajes y fechas de difícil asimilación instantánea.

La falta de conocimiento de estos documentos ha impedido al actor formular de forma adecuada su demanda, negándosele la posibilidad de contradecir los datos que figuran en ellos, mediante la presentación de pruebas contradictorias, o mediante alegaciones que desvirtuaran los indicados elementos fácticos, con infracción del artículo 52 de la Ley Jurisdiccional.

En consecuencia procede estimar el recurso, pues aún en el supuesto de que los documentos hubieran sido declarados confidenciales, esta Sala en su Auto de 5 de octubre de 2006, ha dicho que: "es carga de la parte que reclama la entrega no sólo indicar que los documentos reclamados forman parte integrante del expediente administrativo (lo que va de suyo y no deja de ser una afirmación tautológica), sino argumentar que el proceso de razonamiento técnico jurídico que condujo a la decisión administrativa no pudo ser fiscalizado con el solo examen de la documentación no confidencial sino que requiere forzosamente del estudio de la documentación protegida, más concretamente, de cada uno de los documentos cuya entrega se reclama. Si las razones suministradas a tal efecto revisten suficiente vigor desde la perspectiva de los derechos fundamentales a la defensa y a la tutela judicial efectiva, el levantamiento de la confidencialidad

será jurídicamente obligado. Por el contrario, si no se expone de forma satisfactoria la necesidad de acceso al material confidencial habrá de prevalecer el amparo que el ordenamiento presta a la confidencialidad".

Ha quedado demostrado que el derecho a la tutela tiene en este caso supremacía sobre el derecho a la confidencialidad, debiendo devolverse las actuaciones a la Sala de instancia para que se proceda a la entrega íntegra del expediente inicial y el ampliado, en orden a la formulación de la demanda.

TERCERO.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 29/1998 EDL 1998/44323 , no procede hacer una especial imposición de las costas causadas.

En atención a todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad EL REY,

FALLO

Que declaramos haber lugar y, por lo tanto, ESTIMAMOS el recurso de casación núm. 1290/2005, interpuesto por la entidad "A.T., S.L." contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 24 de noviembre de 2004 y recaída en el recurso núm. 226/2003; y con revocación de la sentencia recurrida, debemos ordenar la retroacción de actuaciones para que se de vista a la parte recurrente del expediente inicial y ampliado para que formule la demanda dentro del plazo legal; sin expresa condena en costas.

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. Ramón Trillo Torres.- Fernando Ledesma Bartret.- Óscar González González.- Manuel Campos Sánchez-Bordona.- José Manuel Bandres Sánchez-Cruzat.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. ÓSCAR GONZÁLEZ GONZÁLEZ, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079130032007100354