COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON JOSE GIMENEZ CERVANTES, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión Nº 12/02 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 4 de abril de 2002, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE DENIEGA LA SOLICITUD PRESENTADA POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. SOBRE LA ADOPCIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN DE LA RESOLUCIÓN DE FECHA 28 DE FEBRERO DE 2002, RELATIVA A LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES SOBRE LA OBLIGACIÓN POR PARTE DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. DE PROCEDER A LA MIGRACIÓN DE ENLACES POR TIEMPO A ENLACES POR CAPACIDAD DE LINCE TELECOMUNICACIONES, S.A.U., SEGÚN LO ESTABLECIDO EN EL MODELO DE INTERCONEXIÓN POR CAPACIDAD DISPUESTO EN LA OFERTA DE INTERCONEXIÓN DE REFERENCIA DE 2001.

En relación con la solicitud presentada por Telefónica de España, S.A.U. referida a la adopción de una medida cautelar de suspensión de la Resolución de fecha 28 de febrero de 2002 recaída en el expediente DT 2002/5954, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 12/02 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 4 de abril de 2002, recaída en el expediente AJ 2002/6442

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 28 de febrero de 2002, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó una Resolución relativa a la adopción de medidas cautelares sobre la obligación por parte de Telefónica de España, S.A.U. de proceder a la migración de enlaces por tiempo a enlaces por capacidad de Lince Telecomunicaciones, S.A.U., según lo establecido en el

modelo de interconexión por capacidad dispuesto en la Oferta de Interconexión de Referencia de 2001.

Dicha Resolución establece en su parte dispositiva lo siguiente:

RESUELVE:

Primero.- *Telefónica de España, S.A.U. y Lince Telecomunicaciones, S.A.U. harán sus mejores esfuerzos para que, en el plazo de 24 días hábiles a partir de la fecha de la presente Resolución, se haga efectiva la implantación operativa de aquellos enlaces por capacidad que solicite Lince Telecomunicaciones, S.A.U. en su proyecto técnico, de acuerdo a los términos publicados en la Oferta de Interconexión de Referencia vigente. Dicho plazo incluye la aprobación del proyecto técnico correspondiente, así como las pruebas de conformidad e interoperabilidad necesarias.*

Segundo.- *Sin perjuicio de ulteriores acuerdos por parte de ambos interesados, el dimensionamiento de los enlaces por capacidad, así como las condiciones de sobrecarga que aplicarán en el acuerdo objeto de esta medida cautelar, serán las que con carácter general determina la Oferta de Interconexión de Referencia actualmente vigente en su apartado 7.8.7.*

Tercero.- *En caso de que transcurra el plazo de 24 días hábiles para la implantación operativa de la migración sin que ésta se haya llevado a cabo, por causas imputables a Telefónica de España, S.A.U., el tráfico de interconexión demandado para ser cursado por los enlaces de interconexión por capacidad será facturado, a partir de ese momento, de acuerdo al modelo de interconexión por capacidad.*

SEGUNDO.- Con fecha 23 de marzo de 2002, Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) presentó ante la Sala de lo Contecioso-Administrativo de la Audiencia Nacional escrito por el que interpone contra la Resolución de esta Comisión a la que se refiere el Antecedente de Hecho anterior recurso contencioso-administrativo solicitando como medida cautelar la suspensión de la misma, al amparo de lo dispuesto en los artículos 129 y concordantes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

TERCERO.- En fecha 26 de marzo de 2002, Telefónica presentó un escrito en el Registro de esta Comisión por el que viene a solicitar la suspensión de la ejecutividad de la Resolución de continua referencia, "*en tanto se pronuncia la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional sobre las pretensiones de suspensión deducidas por mi representada*."

Telefónica basa su solicitud en el artículo 24 de la Constitución Española y en una jurisprudencia que cita, que permite concluir que *"(..) la Administración está sujeta a la decisión de los Tribunales sobre la concreta solicitud de la suspensión, por lo que no podrá decretar la ejecutividad del acto administrativo, hasta tanto se resuelva expresamente en sede jurisdiccional sobre la pretensión de suspensión; así lo impone el principio de la efectiva tutela judicial*".

CUARTO.- Por el momento, y de acuerdo con lo informado a los Servicios de esta Comisión por la Abogacía del Estado ante la Audiencia Nacional, la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional no se ha pronunciado en relación con la medida cautela solicitada por la representación procesal de Telefónica.

A los anteriores antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución se traduce en la eliminación de todo tipo de trabas a la posible adopción por parte de los órganos jurisdiccionales de las medidas provisionales que puedan habérseles solicitado. Esta conclusión debe cohonestar necesariamente con los privilegios de autotutela de la Administración, de modo que no pesa sobre la Administración un deber absoluto de abstenerse de ejecutar el acto recurrido mientras el órgano jurisdiccional decide sobre la adopción o no de las medidas cautelares, sino que tal abstención sólo será obligada en los términos y con el alcance en que dicha ejecución pudiera hacer inefectivas las medidas cautelares a adoptar por el órgano jurisdiccional.

A estos efectos, interesa transcribir los pronunciamientos del Tribunal en su sentencia 78/1996, de 20 de mayo, en la que se hace un repaso de su doctrina anterior para concluir lo siguiente:

> "3. Hemos declarado en relación con este género de cuestiones que «el privilegio de autotutela atribuido a la Administración Pública no es contrario a la Constitución, sino que engarza con el principio de eficacia enunciado en el art. 103 de la CE» (STC 22/1984), y la ejecutividad de sus actos en términos generales y abstractos tampoco puede estimarse como incompatible con el art. 24.1 de la CE (STC 66/1984 y AATC 458/1988, 930/1988 y 1095/1988), pero que de este mismo derecho fundamental deriva la potestad jurisdiccional para adoptar medidas cautelares y suspender la ejecución por los motivos que la Ley señala. Mas «la efectividad de la tutela judicial respecto de derechos o intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar medidas adecuadas para asegurar la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso» (STC 14/1992), evitando un daño irremediable de los mismos. «Es más, la fiscalización plena, sin inmunidades de poder, de la actuación administrativa impuesta por el art. 106.1 de la CE comporta que el control judicial se extienda también al carácter inmediatamente ejecutivo de sus actos» (STC 238/1992), doctrina conforme con la de la Sentencia 148/1993 antes citada.

> La ejecución inmediata de un acto administrativo es, pues, relevante desde la perspectiva del art. 24.1 de la CE ya que **si tiene lugar imposibilitando el acceso a la tutela judicial** puede suponer la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende o incluso prejuzgar irreparablemente la decisión final del proceso causando una real indefensión. En consecuencia, **el derecho a la tutela se extiende a la pretensión de suspensión de la ejecución de los actos administrativos** que, si formulada en el procedimiento administrativo, debe permitir la impugnación jurisdiccional de su denegación y si se ejercitó en el proceso debe dar lugar en el mismo a la correspondiente revisión específica. **«El derecho a la tutela se satisface, pues, facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión»** (STC 66/1984). Si, pues, hemos declarado que la tutela se satisface así, es lógico entender que **mientras se toma aquella decisión no pueda impedirse ejecutando el acto**, con lo cual la Administración se habría convertido en Juez. Los **obstáculos insalvables** a esta fiscalización lesionan, por tanto, el derecho a la tutela judicial y justifican que, desde el artículo 24.1 de la CE, se reinterpreten los preceptos aplicables (…)".

Esta Jurisprudencia constitucional -reiterada en sentencias posteriores como la 171/1997, de 14 de octubre y la 199/1998, de 13 de octubre- ha sido asumida, como no podía ser de otro modo, por el Tribunal Supremo en reiterados pronunciamientos como la sentencia de 18 de septiembre de 1995 (*Aranz.* 6609), la de 28 de febrero de 1997 (*Aranz.* 1591) y la de 12 de abril de 1999 (*Aranz.* 2811)

SEGUNDO.- Teniendo en cuenta las conclusiones alcanzadas en el Fundamento jurídico anterior, la solicitud de suspensión que es objeto del presente procedimiento no debe ser atendida de forma incondicionada, sino que se debe entrar a valorar si, efectivamente, la ejecución del acto que ha sido objeto de recurso contencioso-administrativo supondría -parafraseando al propio Tribunal Constitucional- un *"obstáculo insalvable"* a la fiscalización a llevar a cabo por la Audiencia Nacional, con la consiguiente lesión del derecho a la tutela judicial efectiva.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta de interés destacar con carácter previo que, en todo caso, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones estará sometida a lo que se acuerde por el órgano jurisdiccional a este respecto.

Para analizar el alcance de la ejecución del acto recurrido, debe tenerse en cuenta que el objeto del mismo es la adopción de medidas cautelares

necesarias y urgentes para asegurar la eficacia de la Resolución definitiva que se adopte en el procedimiento en el cual se enmarcan. En efecto, la adopción de las citadas medidas resulta necesaria para que la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público por parte de los operadores se pueda realizar en condiciones de verdadera competencia frente a la oferta minorista equivalente de Telefónica. En cualquier caso, debemos recordar que las medidas provisionales se extinguen con la eficacia de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento.

Así pues, la ejecución de la Resolución ahora impugnada depende en este momento de que Telefónica cumpla las medidas cautelares en ella impuestas, las cuales se derivan de la obligación que tiene este operador de prestar la modalidad mixta de enlaces según lo establecido en la Resolución de 9 de agosto de 2001, sobre la modificación de la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica de España, S.A.U. Esto es, el cumplimiento de la citada obligación por parte de Telefónica no hace ineficaz la resolución judicial que acuerde, en su caso, la medida cautelar.

Por último, cabe señalar que en el supuesto de que Telefónica cumpliera efectivamente con lo dispuesto en la Resolución, los hipotéticos perjuicios económicos que de la ejecución de la misma pudieran derivarse serían reparables mediante la Resolución administrativa que ponga fin al procedimiento en el que se encuadran las medidas cautelares recurridas. Ello, por cuanto las citadas medidas tienen carácter provisional, como se ha señalado anteriormente.

Como consecuencia de lo anterior, resulta meridianamente claro que no cumple atender la solicitud de suspensión de la referida Resolución de fecha 28 de febrero de 2002 en tanto en cuanto se pronuncie la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional sobre las medidas cautelares solicitadas en el contexto del recurso contencioso-administrativo ante ella interpuesto, dado que de la naturaleza misma del acto recurrido no se deduce que la no suspensión por parte de esta Comisión impida que la Audiencia Nacional se pronuncie con plena eficacia sobre las medidas cautelares solicitadas. Conclusión ésta que se ve corroborada por la propia actuación de TESAU, que -al no haber solicitado a la Audiencia Nacional la adopción de una medida cautelar provisionalísima- demuestra que ella misma no entiende que haya circunstancias de urgencia que justifiquen que esta Comisión se abstenga de forma inmediata de toda actuación ejecutiva de la que se derivarían para ella daños de imposible o difícil reparación.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

RESUELVE

Denegar la solicitud de Telefónica de España, S.A.U. de suspensión de la ejecutividad de la Resolución de fecha 28 de febrero de 2002, recaída en el expediente DT 2002/5954, relativa a la adopción de medidas cautelares sobre la obligación por parte de Telefónica de España, S.A.U. de proceder a la migración de enlaces por tiempo a enlaces por capacidad de Lince Telecomunicaciones, S.A.U., según lo establecido en el modelo de interconexión por capacidad dispuesto en la Oferta de Interconexión de Referencia de 2001.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso Contencioso -Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

José Mª Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes