



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 37/02 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 24 de octubre de 2002, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR AJ 2002/6623 INCOADO A LA ENTIDAD TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. POR ACUERDO DEL CONSEJO DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DE 29 DE ABRIL DE 2002.

Finalizada la instrucción del presente expediente sancionador incoado a la entidad Telefónica de España, S.A.U. por Acuerdo del Consejo de esta Comisión de 29 de abril de 2002 y, vista la propuesta de resolución elevada a este Consejo por el Instructor del citado procedimiento sancionador y las alegaciones presentadas por la entidad inculpada, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 37/02 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 24 de octubre de 2002, recaída en el expediente AJ 2002/6623

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en su sesión de fecha 9 de agosto de 2001, dictó una Resolución por la que se aprueba el nuevo texto para la Oferta de Interconexión de Referencia del operador dominante en el mercado de telefonía fija.

El resuelve primero de la citada Resolución manifiesta lo siguiente:

“Primero. Aprobar como texto para la Oferta de Interconexión de Referencia del operador dominante en el mercado de telefonía fija el resultante de incorporar en la OIR vigente de Telefónica de España, S.A.U. las modificaciones descritas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en los Fundamentos de Derecho de la presente Resolución. Telefónica de España, S.A.U. deberá redactar el texto consolidado de la OIR 2001 y presentarlo ante esta Comisión antes del 17 de septiembre de 2001. Esta Comisión una vez fijado el texto consolidado definitivo, lo publicará en el servidor hipertextual de esta Comisión en <http://www.cmt.es>. Telefónica de España, S.A.U., en el plazo de diez días a partir de que reciba un ejemplar de dicho texto, lo publicará en su servidor hipertextual en <http://www.telefonica.es> y lo pondrá a disposición de los interesados en, al menos, una de sus oficinas centrales en Madrid.

La nueva Oferta de Interconexión de Referencia entrará en vigor desde el día siguiente a la publicación de la parte dispositiva de la presente Resolución en el Boletín Oficial del Estado.”

En atención a este primer punto, la nueva Oferta de Interconexión de Referencia del operador dominante en el mercado de telefonía fija entró en vigor el día 19 de agosto de 2001, al haberse publicado la parte dispositiva de la Resolución anteriormente mencionada en el Boletín Oficial de Estado número 198 del día 18 de agosto del mismo año.

La nueva Oferta de Interconexión de Referencia recoge la implantación de un nuevo modelo de interconexión por capacidad para cuya introducción se determina expresamente en la citada Resolución de 9 de agosto de 2001 que:

“- Se establece un periodo de tiempo de 60 días naturales desde la entrada en vigor de la OIR para que TELEFÓNICA realice las adaptaciones necesarias en su red para la implantación del modelo de interconexión por capacidad.

- Las solicitudes que se realizaran por los operadores durante ese periodo de tiempo se encontrarán suspendidas hasta la expiración del citado periodo, momento en el cual comenzarán a contar los plazos.”

SEGUNDO.- Con fecha 12 de septiembre de 2001, tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito presentado del representante de la entidad Telefónica de España, S.A.U. (en adelante Telefónica), en virtud del cual interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a la que se refiere el antecedente de hecho anterior.

En su escrito la entidad recurrente tan sólo viene a impugnar desde un punto de vista económico que el establecimiento de un sistema de interconexión por capacidad (apartado III de la resolución recurrida), el sistema de aplicación de descuentos por volumen (apartado II.10 de la resolución recurrida), la revisión de los precios de interconexión que contienen el apartado II.20, así como la falta de concreción de precios en lo referente al acceso a Internet (apartado



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

II.17.3), imponen la prestación de servicios de interconexión por debajo de costes.

TERCERO. Mediante Acuerdo del Consejo de esta Comisión, adoptado en su sesión de fecha 22 de noviembre de 2001, se aprobó la Resolución por la que se resuelve el recurso potestativo de reposición interpuesto por Telefónica contra la citada Resolución de 9 de agosto de 2001, y en cuya parte dispositiva estableció lo siguiente:

RESUELVE

Primero. *Estimar parcialmente el recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. en lo relativo a la indeterminación en la fijación de los precios de interconexión para el acceso a números CASI establecidos en la Resolución impugnada, que quedan definidos en la tabla que figura en el Fundamento Jurídico Material primero de la presente resolución. Esta Comisión actualizará inmediatamente en los textos de la OIR publicados en su servidor hipertextual <http://www.cmt.es> la tabla de precios por minuto referidos al acceso a numeraciones CASI. Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal actualizará asimismo estos precios en la OIR publicada en su servidor hipertextual <http://telefonica.es>, y en los textos que ponga a disposición de los interesados en sus oficinas centrales de Madrid, en el plazo de seis días desde la notificación de la presente resolución.*

Segundo. *Desestimar las demás alegaciones del recurso de reposición.*

CUARTO. Con fecha 24 de enero de 2002 tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de la entidad Lince Telecomunicaciones, S.A.U. (en adelante Lince) por el que denuncia el incumplimiento de Telefónica en la adaptación a la OIR 2001 del Acuerdo General de Interconexión suscrito entre ambos y, en particular, de la aplicación del modelo de interconexión por capacidad, iniciándose un conflicto en materia de interconexión cuyo número de expediente es DT 2002/5954.

QUINTO. El día 1 de febrero de 2002 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito del representante legal de Telefónica en virtud del cual solicita que:

"teniendo por presentado este escrito, con las alegaciones que en el mismo se contienen, se sirva admitirlas y, en mérito a las mismas acuerde adaptar el actual modelo de interconexión por capacidad establecido en la resolución de la CMT de fecha 9 de agosto de 2000 a lo establecido en el artículo 87 de la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social de fecha 27 de diciembre de 2001, publicada en el Boletín Oficial del Estado el 31 de diciembre de 2001."



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Además, en dicho escrito Telefónica viene a señalar, entre otras cuestiones, que

“dado que dicha adaptación no invalida el concepto de interconexión por capacidad, Telefónica de España, al objeto de no paralizar la implantación de la interconexión por capacidad, presentará a los operadores que le soliciten negociaciones sobre interconexión por capacidad una oferta consistente en ofrecer dos ámbitos de interconexión por capacidad, la interconexión por capacidad para voz y la interconexión por capacidad para el tráfico dirigido al rango de numeración específica de acceso a Internet, aplicándose a la primera los precios de la opción voz+datos que figura en la Resolución de 9 de agosto de 2001”.

SEXO. En contestación a este escrito presentado por Telefónica, con fecha 21 de febrero de 2002, esta Comisión dicta una Resolución por la que deniega modificar el actual modelo de interconexión por capacidad establecido en la Resolución de la CMT de fecha 9 de agosto de 2001, acordando expresamente también lo siguiente:

“Segundo. Reafirmar que la modalidad de capacidad combinada (voz + Internet) debe continuar siendo ofrecida por Telefónica de España, S.A.U. a los restantes operadores, en las condiciones y precios establecidos para el modelo de interconexión por capacidad recogido en el apartado III de la Resolución de esta Comisión de 9 de agosto de 2001 sobre la modificación de la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica de España, S.A.U.”

SÉPTIMO. Con posterioridad, y en el marco del conflicto de interconexión (DT 2002/5954) suscitado entre las entidades Lince y Telefónica, se adoptó una medida cautelar mediante Resolución de fecha 28 de febrero de 2002 en cuya parte dispositiva se estableció lo siguiente:

“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 sobre carga que aplicarán en el acuerdo objeto de esta medida cautelar, serán las que con carácter general determina



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.”

OCTAVO.- Con fecha 26 de marzo de 2002, Telefónica presentó sendos escritos en el Registro de esta Comisión por el que vino a solicitar la suspensión de la ejecutividad de las Resoluciones de fecha 21 y 28 de febrero de 2002 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 basaba su solicitud en el artículo 24 de la Constitución Española y en la doctrina Constitucional que citaba.

NOVENO. Instruidos los correspondientes expedientes para resolver las solicitudes presentadas por Telefónica a las que se hace mención anteriormente, mediante Acuerdos del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 4 de abril de 2002, se dictaron dos Resoluciones por las que se denegaba las solicitudes de Telefónica respecto a que se acordara como medida cautelar la suspensión de la ejecutividad de las Resoluciones de fecha 21 y 28 de febrero de 2002.

Dichas resoluciones fueron notificadas a la entidad Telefónica mediante sendos escritos del Secretario de esta Comisión de fecha 4 de abril de 2002.

DÉCIMO. Mediante escrito de fecha 3 de abril de 2002 Lince pone en conocimiento de esta Comisión en el expediente que se está tramitando con la referencia DT 2002/5954 que, a partir del 6 de abril de 2002, se acoge a la previsión contenida en el resuelve tercero de la medida cautelar dictada en la Resolución de 28 de febrero de 2002 para iniciar la facturación del tráfico de interconexión por ella demandado para ser cursado por los enlaces de capacidad, de acuerdo con el modelo de interconexión por capacidad. Posteriormente, el 8 de abril de 2002 Lince vuelve a presentar un escrito ante esta Comisión en el que pone de manifiesto el claro incumplimiento de Telefónica a la medida cautelar dictada por medio de la Resolución de 28 de febrero de 2002 y solicita expresamente que se inicie expediente sancionador contra esta entidad.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 29 de abril de 2002, se ha iniciado el presente expediente sancionador contra la entidad Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica), como presunto responsable directo de una infracción administrativa de carácter muy grave tipificada en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones por un posible incumplimiento de la Resolución dictada por esta Comisión el día 9 de agosto de 2001 sobre modificación de la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica de España, S.A.U., de la Resolución de 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., según lo establecido en el modelo de interconexión por capacidad dispuesto en la oferta de interconexión de referencia de 2001 y de la Resolución de 21 de febrero de 2002 por la que se deniega la solicitud de Telefónica de España, S.A.U. de modificar el actual modelo de interconexión por capacidad establecido en la Resolución de la CMT de fecha 9 de agosto de 2001.

La imputación de la mencionada infracción tiene su origen tal y como viene descrito en los antecedentes del citado acuerdo de fecha 29 de abril del presente año por el que se inicia el presente procedimiento sancionador, en los distintos escritos presentados por la empresa Lince en el marco de conflicto de interconexión DT 2002/5954, acompañados de documentación acreditativa, en virtud de los cuales denunciaban la sistemática denegación por parte de la entidad Telefónica para realizar la solicitada migración al modelo de interconexión por capacidad en cumplimiento de las Resoluciones de la CMT a las que se hace mención anteriormente.

UNDÉCIMO. Según consta en el expediente (documentos núms. 2, 3 y 4), el acuerdo de iniciación fue debidamente notificado al Instructor del procedimiento sancionador, a Telefónica y al denunciante.

Asimismo, al amparo del artículo 16.2 del Reglamento del procedimiento sancionador, se practicaron de oficio por el Instructor del expediente diversas actuaciones que se consideraron necesarias para el examen de los hechos y la determinación de la eventual responsabilidad susceptible de sanción. Dichas actuaciones consistieron en lo siguiente:

A) Solicitudes dirigidas a los responsables de varias Direcciones de esta Comisión (Dirección de Regulación de Operadores y Dirección Técnica) para que remitieran al Instructor cualquier documentación o información, obrante en sus respectivas Direcciones, que pudiera ser de interés para la mejor instrucción del procedimiento sancionador (documentos núms. 5 y 6 del índice).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

B) Estas solicitudes fueron cumplimentadas mediante escritos de las citadas Direcciones de fechas 14 de mayo de 2002, la Dirección de Regulación de Operadores, y 18 de septiembre del presente año por la Dirección Técnica, acompañando este último escrito copias de la documentación solicitada (documentos núms. 7 y 14 del índice, respectivamente).

C) Solicitud dirigida al Director de Administración de esta Comisión para que remitiera copia compulsada de la declaración de ingresos brutos del ejercicio de 2001 presentada por Telefónica ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (documento núm. 12 del índice). Esta solicitud fue cumplimentada mediante escrito de la citada Dirección de fecha 17 de septiembre de 2002, al que acompaña copia del documento solicitado (documento núm. 13 del índice).

D) Solicitud dirigida al Secretario de esta Comisión para que remitiera copia de los distintos escritos de interposición de los recursos contencioso-administrativo presentados ante la Audiencia Nacional contra las Resoluciones de la CMT de fechas 9 de agosto de 2001, 21 y 28 de febrero de 2002 (documento núm. 11 del índice) y en los que se solicita la adopción como medida cautelar de la suspensión de la ejecutividad de las mismas. Esta solicitud fue cumplimentada mediante escrito de fecha 12 de septiembre de 2002, al que acompaña copia de la documentación solicitada (documento núm. 15 del índice).

DUODÉCIMO. Con fecha de 23 de mayo de 2002, se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de Telefónica (documento núm. 10 del índice) por el que se opone al inicio del procedimiento sancionador acordado contra ella esgrimiendo los motivos que básicamente se exponen seguidamente:

1º.- Que la relación de hechos que se hace en el Acuerdo de iniciación no obedece a la realidad, omitiendo hechos trascendentes para el examen de los hechos denunciados y de la conducta que se imputa a mi representada.

Telefónica alega que en la relación fáctica del acuerdo de inicio se omiten hechos de especial transcendencia para determinar si el comportamiento imputado a mi representada es o no susceptible de ser sancionado administrativamente, que sitúa a dicha entidad en un escenario no acorde con la realidad.

A su juicio, de la exposición fáctica de los hechos se desprende que Telefónica incumple las mencionadas resoluciones de esta Comisión de forma injustificada, teniendo en cuenta tan solo las manifestaciones interesadas vertidas por la empresa Lince Telecomunicaciones, S.A. (en adelante UNI2).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De los dos modelos de interconexión por capacidad que prevé la resolución de 9 de agosto de 2001, esto es, uno sobre tráfico de interconexión separado de internet en un haz dedicado y otro que prevé la entrega combinada de tráfico de interconexión de voz e internet en un mismo haz, Telefónica tan solo se opone al segundo modelo previsto, pues resulta contrario al ordenamiento jurídico y desaconsejable técnicamente al existir un riesgo de colapso en su red.

Por estas razones, se interpusieron por dicha entidad los correspondientes recursos contencioso- administrativos contra las mencionadas Resoluciones de esta Comisión y solicitándose al tiempo una medida cautelar consistente en la suspensión de las resoluciones recurridas, que está pendiente de resolver.

Precisamente, es este hecho relativo a la impugnación jurisdiccional de la resoluciones de la CMT, junto a la petición de suspensión de las mismas, que Telefónica alega que se ha omitido en la relación fáctica del acuerdo de inicio, invocando una falta de rigor en el presente procedimiento sancionador.

Asimismo, cuando en el hecho tercero del acuerdo de inicio se hace mención a la Resolución de 21 de febrero de 2002, no se refleja el motivo por el cual Telefónica presenta su solicitud ante esta Comisión, que resultaba ser la imposibilidad de adaptar el modelo de interconexión por capacidad previsto en la Resolución de 9 de agosto de 2001 al artículo 4.3 del Real Decreto-Ley 7/200 de 23 de junio. Tampoco tiene en cuenta que, una vez notificada la citada Resolución de 21 de febrero de 2002, Telefónica entendiendo que era contraria a Derecho interpuso contra la misma recurso contencioso-administrativo y solicitó su suspensión, estando pendiente de su resolución por la Audiencia Nacional.

A juicio de la recurrente, y en relación con la tercera Resolución de fecha 28 de febrero de 2002, en el acuerdo de inicio del presente expediente se vuelve a omitir como hechos transcendentales para la debida resolución del mismo que esta resolución también ha sido objeto de impugnación en la vía contencioso-administrativa solicitando igualmente su suspensión como medida cautelar.

Por otro lado, respecto a la mención que se hace en los hechos sexto a undécimo del acuerdo de iniciación sobre los escritos de las entidades UNI2 y Aló Comunicaciones, se alega de contrario que los mismos presentan un escenario que no se corresponde con la realidad.

Telefónica alega frente a los hechos que se le imputan que, en ningún momento ha existido un ánimo contumaz por su parte en incumplir las Resoluciones de la CMT que se citan en el acuerdo de iniciación.

Además, Telefónica manifiesta que en modo alguno ha rechazado sistemáticamente e injustificadamente las peticiones de la empresa UNI2, sino todo lo contrario, pues se dirigió por escrito al citado operador comunicando las



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

razones por las que no podía atender sus peticiones, que se refieren a que contra las Resoluciones de la CMT se han interpuesto los oportunos recursos contencioso- administrativos, y han solicitado como medida cautelar la suspensión de las mismas, debiéndose entender suspendidas la ejecutividad de aquéllas, en tanto en cuanto se pronuncia el Tribunal correspondiente.

Por último, respecto a la denuncia que hace UN2 de la existencia de maniobras dilatorias por parte de Telefónica, se alega en su descargo que no se han concretado en que consisten, lo que evidencia que tales afirmaciones no se correspondan con la realidad.

Por todo concluye alegando lo siguiente:

- *Que la relación de hechos que se hace en el Acuerdo de iniciación no obedece a la realidad, omitiendo hechos trascendentes para el examen de los hechos denunciados y de la conducta que se imputa a mi representada.*
- *Que el escenario que nos ofrece la exposición de hechos que se hace en el acuerdo de iniciación no es fiel a la realidad.*

2º.- Que la ejecutividad de las Resoluciones de la CMT deben entenderse suspendidas en aplicación de la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional en relación al derecho a la tutela judicial efectiva.

Telefónica en este apartado extrapola la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional, en relación al derecho a la tutela judicial efectiva, a la solicitud de medidas cautelares y particularmente de la suspensión de la ejecutividad de un acto administrativo en el procedimiento contencioso- administrativo.

En aplicación de la doctrina por ella expuesta al presente caso, alega en su descargo que el procedimiento sancionador incoado contra ella, vulnera el derecho de ésta a una tutela judicial efectiva, toda vez que se encuentran pendientes de resolver por la Audiencia Nacional las pretensiones deducidas por Telefónica de suspensión de las Resoluciones de la CMT, cuyo presunto incumplimiento es causa y origen del presente expediente sancionador.

Por lo tanto, la conducta que se le imputa a Telefónica en modo alguno tiene carácter antijurídico, al encontrarse amparada en una consolidada Doctrina del Tribunal Constitucional.

3º.- Que Telefónica ha actuado con plena creencia excluyente de toda culpabilidad.

Telefónica alega en este apartado que no concurre el elemento de culpabilidad exigido por la jurisprudencia por ella expuesta, al haber actuado con plena creencia excluyente de todo tipo de culpabilidad.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La consecuencia que obtiene Telefónica de la jurisprudencia citada en su escrito es que no podrá sancionarse a quien actúa de buena fe o en la creencia de actuar correctamente.

Como ha venido exponiendo a lo largo de sus alegaciones, Telefónica considera que ha actuado en todo momento de buena fe y en la plena creencia de estar actuando dentro de la más estricta legalidad, respaldada y amparada por una consolidada jurisprudencia constitucional, por lo que no se le puede imputar un actuar doloso ni culposos.

Por todo ello, Telefónica concluye su escrito manifestando que en modo alguno se han incumplido las Resoluciones de la CMT señaladas en el acuerdo por el que se inicia contra ella el presente procedimiento sancionador, por lo que solicita el archivo del mismo.

DÉCIMOTERCERO. En el marco de los distintos conflictos de interconexión suscitados ante esta Comisión entre las entidades Aló Comunicaciones, S.A., Jazz Telecom, S.A., Retevisión I, S.A.U., Euskaltel, S.A. y Telefónica (expetes. DT 2002/6538, 2002/6791, 2002/6868, 2002/7014), se adoptaron sendas medidas cautelares mediante Resoluciones de fechas 18 de abril, 30 de mayo, 20 de junio y 4 de julio de 2002, respectivamente, cuyas partes dispositivas eran idénticas de contenido salvo la fecha de inicio de la facturación establecido en el resuelve de las mismas, que se fijó en función de las circunstancias temporales de cada uno de los operadores. Básicamente los términos de la parte dispositiva eran los siguientes:

- Para que se haga efectiva la implantación operativa de aquellos enlaces por capacidad que hubieren solicitado en los proyectos técnicos los distintos operadores en cuestión, Telefónica de España, S.A.U. debe considerar como datos requeridos para la migración los aportados por esos operadores.

Seguidamente se aclaraba en todas las medidas cautelares el siguiente texto:

Sin perjuicio de ulteriores acuerdos por parte de ambos interesados, el dimensionamiento de los enlaces por capacidad, así como las condiciones de sobre carga 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.

- Por último, se establecía en las Resoluciones a las que nos hacemos referencia que, a partir de una fecha determinada en función de cuándo se solicitó la implantación del modelo por los distintos operadores, el tráfico de interconexión demandado para ser cursado



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

por los enlaces de interconexión por capacidad se facturaría de acuerdo al modelo de interconexión por capacidad.

DECIMOCUARTO. Con fecha de 24 de septiembre de 2002, se ha recibido en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de Telefónica (documento núm. 16 del índice) en virtud del cual pone en conocimiento de esta Comisión que, mediante cartas de fecha de 16 de septiembre de 2002, Telefónica ha comunicado a algunos de los operadores que le solicitaron la migración al modelo de interconexión por capacidad, su intención de convocar en breve una reunión para celebrar un Comité Técnico de Interconexión (CTI) extraordinario con el fin de acordar un calendario de implantación de dicho modelo en las centrales a las que se hicieron referencia en cada una de las solicitudes de migración al nuevo de modelo de interconexión por capacidad que presentaron los operadores interesados en ello.

DECIMOQUINTO. No habiendo propuesto Telefónica la práctica de prueba alguna, ni habiendo considerado necesario el Instructor la práctica de oficio de la misma de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80.2 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, no se ha acordado en el presente procedimiento la apertura de un período de prueba.

DÉCIMOSEXTO. Con fecha 24 de septiembre de 2002, el Instructor del procedimiento sancionador emitió la correspondiente propuesta de resolución en la que proponía lo siguiente (doc. núm. 17) :

"(..)

PRIMERO. Que se declare responsable directa a Telefónica de España, S.A.U. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, por el incumplimiento de las Resoluciones de esta Comisión dictadas en fechas 9 de agosto de 2001 y 21 de febrero de 2002 al negarse a proporcionar y al no tener aún implantado el nuevo modelo operativo de interconexión por capacidad en su modalidad combinada y, en particular, del resuelve primero y segundo de la medida cautelar impuesta mediante la Resolución de esta Comisión de 28 de febrero de 2002, al no cumplir con la obligación de hacer efectiva la implantación operativa de aquellos enlaces por capacidad que hubiere solicitado tanto Lince en su proyecto técnico como los otros operadores interesados en ello, de acuerdo con los términos publicados en la Oferta de Interconexión de Referencia vigente.

SEGUNDO. Que se imponga a Telefónica de España, S.A.U. una sanción por importe de VEINTE MILLONES de EUROS (20.000.000 euros).(..)".

Dicha propuesta de resolución se le notificó a Telefónica mediante escrito del Instructor de fecha 25 de septiembre de 2002 (doc. núm. 18).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DÉCIMOSÉPTIMO. Por medio de correo certificado de fecha 14 de octubre de 2002, el representante legal de Telefónica presentó escrito de alegaciones a la propuesta de resolución a la que se hace mención anteriormente. Dicho escrito de alegaciones tiene su entrada en el Registro de esta Comisión el 16 de octubre de 2002 (doc. núm. 21).

DÉCIMOCTAVO. Con fecha 17 de octubre de 2002, el Instructor del presente procedimiento sancionador dio traslado al Secretario de esta Comisión de la propuesta de resolución, junto con el expediente administrativo instruido y el escrito de alegaciones presentado por Telefónica (doc. núm. 22).

II HECHOS PROBADOS

De la documentación obrante en el expediente han quedado probados, a los efectos del procedimiento de referencia, los siguientes hechos:

PRIMERO. Desde la entrada en vigor de la Resolución de 9 de agosto de 2001 por la que se modifica la oferta de interconexión de referencia de 2001, la entidad Telefónica no ha implantado ni ofrecido el modelo de interconexión en su modalidad combinada (voz+datos).

De acuerdo con el primer punto del resuelve de la Resolución de 9 de agosto de 2001, la nueva Oferta de Interconexión de Referencia del operador dominante en el mercado de telefonía fija (OIR) entró en vigor el día 19 de agosto de 2001, al haberse publicado la parte dispositiva de la citada Resolución en el Boletín Oficial de Estado del día 18 de agosto del mismo año.

En cuanto a la implantación de un nuevo modelo de interconexión por capacidad que recoge dicha Resolución se establece un periodo de tiempo de 60 días naturales desde la entrada en vigor de la OIR para que Telefónica realice las adaptaciones necesarias en su red para tal implantación, entendiéndose suspendidas las solicitudes que se realicen por los operadores durante ese periodo de tiempo hasta la expiración del citado periodo, momento en el cual comenzarán a contar los plazos.

De acuerdo con ello, Telefónica contaba con 60 días naturales desde el 19 de agosto de 2001 para realizar en su red las adaptaciones necesarias para la implantación del nuevo modelo de interconexión por capacidad en su modalidad combinada.

En la Resolución de la OIR 2001 antes citada se reconoce el derecho de los operadores con licencia individual para la prestación del servicio telefónico disponible al público a adoptar para sus necesidades de interconexión



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cualquiera de los modelos (Temporal, Capacidad o Modelo mixto Capacidad/tiempo).

En el caso particular de Lince Telecomunicaciones, S.A., tras la entrada en vigor de la nueva oferta de interconexión de referencia de 2001, mediante carta de fecha 22 de agosto de 2001, solicitó a Telefónica la aplicación de las modificaciones económicas introducidas por dicha OIR. Posteriormente, mediante carta de fecha 26 de septiembre de 2001, Lince vuelve a dirigirse a Telefónica solicitando la adaptación de su Acuerdo General de Interconexión a la OIR 2001 en el que se incluya las provisiones referentes al modelo de interconexión por capacidad se refiere. De nuevo, este interés de Lince en modificar su AGI para adaptarlo a la OIR 2001 se pone una vez más en conocimiento a Telefónica por carta de 5 de noviembre de 2001.

Como consecuencia de las cartas mencionadas anteriormente, Telefónica y Lince inician las negociaciones para la implantación del modelo de interconexión por capacidad .

El 10 de diciembre de 2001 Lince comunica a Telefónica la necesidad de implementar el citado modelo lo antes posible y le informa de su intención de remitirle una serie de pedidos para iniciar la migración al nuevo modelo, aclarando también que, en caso de no realizarse transcurrido el plazo establecido para su migración, el tráfico deberá empezarse a facturar de acuerdo al nuevo modelo de capacidad establecido en la OIR 2001.

Mediante carta de fecha 10 de enero de 2002 Lince remitió a Telefónica formularios de pedidos de migración de enlaces del modelo de interconexión por tiempo al modelo de capacidad para tráfico de voz e Internet en cinco PDIs de los existentes entre ellos, así como una propuesta de procedimiento de migración al nuevo modelo de interconexión. Asimismo, Lince comunicó por escrito de fecha 11 de enero de 2002 un resumen del contenido de los mencionados pedidos y la propuesta de un procedimiento para su migración.

En contestación a esta cartas enviadas por Lince, el 18 de enero de 2002 Telefónica le informa de una serie de puntualizaciones y resalta la falta de tratamiento a problemas de indefinición de numerosos aspectos técnicos necesarios para la puesta en funcionamiento de la interconexión por capacidad, considerando que la propuesta de Lince adolece de falta de detalle e imprecisión con respecto a la inicialmente discutida, así como pone en conocimiento que Telefónica no ha mostrado aún su conformidad con respecto a la migración inmediata al modelo de interconexión por capacidad.

Con fecha 21 de enero de 2002, Lince contesta a las puntualizaciones que le indica Telefónica y argumenta los motivos por los que a dicha fecha no



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

puede demorarse la migración solicitada, por lo que muestra su disconformidad con la actitud de Telefónica y entiende que esta entidad le deniega injustificadamente la implantación del nuevo modelo de interconexión por capacidad.

De acuerdo con ello, y agotadas las vías de negociación, Lince considera que existe un conflicto de interconexión con Telefónica y con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión de 24 de enero de 2002 Lince presenta un escrito solicitando la intervención de este Organismo para la resolución del mismo.

Todas las cartas a las que se hace mención anteriormente se encuentran incorporadas al presente procedimiento como documento nº 14 del índice, las cuales se acompañaron al escrito de Lince de fecha 24-01-2002 presentado ante esta Comisión en el expediente DT 2002/5954 (doc. nº 1) como anexos I al V.

Posteriormente, mediante escrito de fecha 6 de febrero de 2002, Telefónica informa a Lince de la imposibilidad de ofrecer la modalidad de voz+datos del modelo de interconexión por capacidad como consecuencia de la nueva redacción dada al artículo 4.3 del Real decreto- Ley 7/200, de 23 de junio, por el artículo 87 de la Ley 24/2001 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Además, le aclara que Telefónica pondrá a disposición de los operadores dos ámbitos de interconexión por capacidad: La interconexión por capacidad para voz y la interconexión por capacidad para el tráfico dirigido al rango de numeración específica de internet. Dicho escrito de 6 de febrero de 2002 al que se hace mención anteriormente se encuentra incorporado al presente procedimiento como documento nº 14 del índice, el cual se acompañó al escrito de Lince de fecha 11-02-2002 presentado ante esta Comisión en el expediente DT 2002/5954 (doc. nº 5) como anexo II.

En respuesta a esta carta, Lince muestra su disconformidad con la misma enviando un escrito a Telefónica de fecha 8 de febrero de 2002. Este escrito se encuentra incorporado al presente procedimiento como documento nº 14 del índice, el cual se presentó por Lince ante esta Comisión en el expediente DT 2002/5954 (doc. núm. 4).

Además de Lince Telecomunicaciones, S.A., hasta el momento, esta Comisión tiene conocimiento de que han solicitado interconexión de acuerdo con el modelo de interconexión por capacidad, en su modalidad combinada, las entidades Aló Comunicaciones, S.A., Jazz Telecom, S.A., Retevisión I, S.A.U. y Euskaltel, S.A. Dado que dichas solicitudes no fueron efectivamente resueltas, por parte de cada uno de estos operadores se interpusieron ante esta Comisión los correspondientes conflictos de interconexión, que a esta fecha, salvo el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

primero, aún no han sido resueltos (expetes. DT 2002/5954, 2002/6538, 2002/6791, 2002/6868, 2002/7014).

En el marco de los distintos conflictos de interconexión suscitados entre los citados operadores y Telefónica, a los que se hace mención anteriormente, se adoptaron sendas medidas cautelares mediante Resoluciones de fechas 18 de abril, 30 de mayo, 20 de junio y 4 de julio de 2002, respectivamente, en cuyas partes dispositivas se imponía a Telefónica, como primer mandato, que hiciera efectiva la implantación operativa de aquellos enlaces por capacidad que hubieren solicitado en los proyectos técnicos los distintos operadores en cuestión. Además, en todas estas medidas cautelares se aclaraba que:

Sin perjuicio de ulteriores acuerdos por parte de ambos interesados, el dimensionamiento de los enlaces por capacidad, así como las condiciones de sobre carga 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.

Sin embargo, y a pesar del contenido de la Oferta de Interconexión de Referencia de 9 de agosto de 2001, de la resolución de 21 de febrero de 2002 (cuyo “resuelve” segundo reafirma la obligación de Telefónica de proporcionar interconexión por capacidad en su modalidad combinada) y de haberse ido adoptado varias medidas cautelares relativas todas a ellas a la obligación por parte de Telefónica de proceder a migración de enlaces por tiempo a enlaces por capacidad dispuesto en la Oferta de Interconexión de Referencia vigente, hasta fecha reciente, Telefónica aún no ha tomado en consideración en ningún momento dicho mandato.

Resulta un hecho indiscutible, reconocido por la propia operadora, que Telefónica en estos momentos no tiene aún implantado en su red el servicio de interconexión de capacidad combinada para ningún operador ni en ninguna parte del país, siendo su argumento de oposición, hasta fecha reciente, el consistente en el hecho de haber impugnado en sede jurisdiccional las Resoluciones dictadas por esta Comisión en materia de interconexión por capacidad (modalidad combinada voz+datos), habiendo solicitado la suspensión de las mismas lo que, a su entender, hasta que no haya un pronunciamiento expreso sobre esta cuestión por la Audiencia Nacional no estaría obligada a implementar la mencionada modalidad de interconexión. No obstante, Telefónica ha comunicado en fecha reciente que ha retomado la negociación con los distintos operadores a fin de proceder a tal implantación.

A la vista de las circunstancias de hecho y alegaciones recogidas en cada uno de los conflictos de interconexión tramitados ante esta Comisión, se puede concluir que, Telefónica, no ha realizado hasta fecha reciente ninguna



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

adaptación en su red para implantar el modelo de capacidad combinada ni, en consecuencia, lo ha ofrecido a los demás operadores.

SEGUNDO. Telefónica de España, S.A.U. no ha empleado sus mejores esfuerzos para la implantación operativa con Lince Telecomunicaciones del modelo de interconexión por capacidad en su modalidad combinada, incumpliendo el apartado primero de la parte dispositiva de la resolución de 28 de febrero de 2002.

Como se mencionó anteriormente, ante la evidente demora en la implantación operativa del nuevo modelo de interconexión por capacidad, Lince solicitó en su día se dictara por la CMT la correspondiente Resolución sobre el desacuerdo existente entre ambos operadores.

En el resuelve primero de la Resolución de 28 de febrero de 2002 por la que se adopta una medida cautelar sobre la obligación por parte de Telefónica de proceder a la migración enlaces por tiempo a enlaces por capacidad de Lince, según el modelo de interconexión por capacidad dispuesto en la vigente oferta de interconexión de referencia de Telefónica, se estableció lo siguiente:

"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 con 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."

En este resuelve primero se establece el plazo de 24 días hábiles contados *"a partir de la presente Resolución"*. De acuerdo con ello, y teniendo en cuenta que la Resolución de la CMT es de 28 de febrero de 2002, el último día hábil del citado plazo sería el 28 de marzo de 2002.

No obstante, y a los efectos del resuelve tercero de la citada Resolución en cuanto al transcurso del mencionado plazo se refiere, hay que tener en cuenta que el día 28 de marzo fue el último día hábil del plazo, y que el día siguiente 29 de marzo era día inhábil en todo el territorio nacional. Además, el día hábil siguiente, esto es, el 30 de marzo de 2002, resultó ser sábado por lo que, el 1 de abril de 2002 fue cuando finalizó el plazo de 24 días que se otorgaba a Telefónica para hacer sus mejores esfuerzos en implantar el modelo de interconexión por capacidad.

Una vez notificada la Resolución mencionada anteriormente, y con el objeto de proceder al cumplimiento de la parte dispositiva de la citada



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Resolución transcrita anteriormente, mediante carta de fecha 6 de marzo de 2002 (adelantada por fax), la entidad Lince solicitó a Telefónica la convocatoria de un Comité Técnico de Interconexión con carácter extraordinario y urgente para el siguiente día 7 de marzo de 2002, ofreciéndose esta empresa a que sus responsables técnicos se personen en las dependencias de Telefónica a tal efecto. Asimismo, Lince solicitaba a Telefónica la convocatoria urgente de la correspondiente mesa comercial. Esta carta con sello de entrada en Telefónica de 6 de marzo de 2002 se encuentra incorporada al presente procedimiento como documento nº 14 del índice, que se acompañó como anexo I al escrito de Lince de fecha 20-03-2002 presentado en el expediente DT 2002/5954 (doc. nº 14).

Telefónica no dio respuesta alguna a la carta de Lince y, por lo tanto, no se celebró el día 7 de marzo de 2002 la reunión urgente y extraordinaria en el Comité Técnico de Interconexión (en adelante CTI). En atención a ello, a las 18.30 horas de ese mismo día 7 de marzo de 2002, Lince envió a Telefónica mediante fax una nueva carta (que sería remitida por mensajero esa misma tarde) en la que se ponía de manifiesto la ausencia de respuesta de Telefónica a la convocatoria de una reunión urgente para tratar de los temas necesarios para iniciar las actividades con el objeto de dar cumplimiento a la Resolución de 28 de febrero de 2002, y reiteraba una nueva convocatoria del CTI para el día siguiente 8 de marzo de 2002. La citada carta con sello de entrada en Telefónica de 7 de marzo de 2002 se encuentra incorporada al presente procedimiento como documento nº 14 del índice, que se acompañó como anexo II al escrito de Lince de fecha 20-03-2002 presentado en el expediente DT 2002/5954 (doc. nº 14).

Ese mismo día 8 de marzo de 2002, la entidad Lince recibe una carta de Telefónica en virtud de la cual como respuesta a las anteriores cartas se limita a comunicar que se está analizando la adecuación de las peticiones de enlaces por capacidad recibidas de Lince hasta la fecha. La citada carta se encuentra incorporada al presente procedimiento como documento nº 14 del índice, que se acompañó como anexo III al escrito de Lince de fecha 20-03-2002 presentado en el expediente DT 2002/5954 (doc. nº 14).

Posteriormente, mediante carta remitida a Telefónica el 11 de marzo de 2002, Lince solicita que se prioricen los PDIs en el orden en que se propone se efectúe la migración y elabora a estos efectos una lista detallada.

Asimismo, mediante carta de fecha 11 de marzo de 2002, Lince informaba a Telefónica de su intención de tratar la migración de los enlaces al modelo de interconexión por capacidad en el CTI ordinario previsto para el día 12 de marzo de 2002. Celebrada la citada reunión ordinaria en ese día, los técnicos de Telefónica asistentes a la misma informaron a Lince que no



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

abordarían el tema propuesto por ellos por indicación expresa del Departamento comercial de los Servicios para Operadoras de Telefónica, por lo que no hubo discusión alguna sobre el mencionado punto. Finalizada la reunión de CTI, ese mismo día 12 de marzo Lince hizo constar por escrito este hecho al área comercial de Telefónica, Servicios para Operadores.

Los citados escritos enviados por Lince a los que se hace referencia en los párrafos anteriores se encuentran incorporados al presente procedimiento como documento nº 14 del índice, que se acompañaron como anexos IV, V y VI al escrito de Lince de fecha 20-03-2002 presentado en el expediente DT 2002/5954 (doc. nº 14).

De acuerdo con ello, en el periodo de tiempo que transcurren los hechos ahora descritos, Telefónica incurre en una conducta contradictoria al contestar por carta su supuesta intención de analizar la adecuación de las peticiones formuladas por Lince y luego, posteriormente, sin justificación alguna se opone a que en la reunión ordinaria de CTI celebrada el día 12 de marzo de 2002 se discuta el tema propuesto previamente por Lince sobre la migración de los enlaces al modelo de interconexión por capacidad.

Con posterioridad a la celebración de la reunión ordinaria de CTI, con fecha 22 de marzo, los Servicios de Operadores de Telefónica enviaron una carta a Lince en el que le informaban textualmente de lo siguiente:

"Como continuación a nuestra carta de fecha 8 de Marzo sobre sus solicitudes de Interconexión por Capacidad, y una vez analizada su adecuación a lo recogido en la resolución de la CMT de fecha 28 de febrero de 2002, le informamos que para poder dar cumplimiento a la misma es necesario que reenvíe sus solicitudes incluyendo el Proyecto Técnico que ampare los trabajos a realizar, y de acuerdo con el punto 7.8.7 de la Oferta de Interconexión de Referencia en lo que a dimensionamiento y condiciones de sobrecarga se refiere. (..)"

Dicha carta de Telefónica fue contestada por la entidad Lince mediante carta de fecha 25 de marzo de 2002 en virtud de la cual se le informa que dichas solicitudes ya fueron remitidas con anterioridad y que ya incluían todos los elementos necesarios para valorar su implementación, incluyendo una propuesta de Migración Operativa, así como el tratamiento de todos los aspectos técnicos necesarios para proceder a la migración. Además, se le pone de relieve que dichos pedidos estaban dimensionados de acuerdo con el punto 7.8.7 de la OIR y la tasa de bloqueo a aplicar para determinar la saturación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Los citados escritos se encuentran incorporados al presente procedimiento como documento nº 14 del índice, que se acompañaron como anexos I y II al escrito de Lince de fecha 26-03-2002 presentado en el expediente DT 2002/5954 (doc. nº 15).

Cabe señalar, que la carta de Telefónica viene a requerir a Lince una documentación que ya obraba en su poder (como ella misma reconoce al manifestar que ya había sido objeto de su oportuno análisis para *su adecuación* y que *reenvíe sus solicitudes*), como son las peticiones formuladas por esta entidad para proceder a la migración de los enlaces al nuevo modelo de interconexión por capacidad, por lo que resulta clara la demora de Telefónica en el cumplimiento de su obligación de cursar las peticiones de Lince y de implantar el servicio de interconexión por capacidad.

Si lo que pretendía Telefónica era aclarar algunos puntos respecto de las peticiones formuladas por Lince (las cuales, según ella misma, ya habían sido analizadas su adecuación), lo más correcto, al objeto de cumplir lo dispuesto en la Resolución de 28 de febrero de 2002, hubiera sido que se trataran todos los aspectos considerados oportunos en la reunión ordinaria de CTI celebrada el día 12 de marzo de 2002 (aparte de la que propuso Lince con anterioridad de carácter urgente), y no oponerse expresamente a hablar del asunto.

Además, cabe resaltar que a la fecha en que se envía dicha carta por la que Telefónica requiere de nuevo las solicitudes de Lince (y que ya obraban en su poder) han transcurrido 19 días hábiles de los 24 días que como plazo se establece en la Resolución de 28 de febrero de 2002 para hacer efectiva la implantación de los enlaces por capacidad, por lo que se aprecia claramente un retraso en el cumplimiento de lo establecido en la citada Resolución de la CMT. Nótese que el plazo de 24 días otorgado por la Resolución de 28 de febrero de 2002 incluía tanto la aprobación del proyecto técnico como la ejecución de las pruebas de conformidad e interoperabilidad.

La última actuación que realizó Telefónica durante el citado plazo de 24 días fue el envío de una carta a Lince de fecha 22 de marzo de 2002 solicitando que reenviara las solicitudes. Dicha carta fue contestada el día 25 de marzo siguiente por otra de Lince en la cual, entre otras cuestiones, al final se informaba a Telefónica de que a partir del 1 de abril de 2002 se iniciaría la facturación por capacidad de las solicitudes cursada a Telefónica (Estas cartas se encuentran incorporadas al presente procedimiento tal y como se ha señalado anteriormente).

Desde el día 25 de marzo de 2002, en el que la entidad Lince contesta por escrito a la carta que le envían los Servicios de Operadores de Telefónica, hasta el 1 de abril de 2002, fecha que finaliza el plazo de 24 días concedido al



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

efecto por la medida cautelar, Telefónica no volvió a realizar ninguna actuación tendente a dar cumplimiento a lo dispuesto en la medida cautelar.

Por ello, desde el principio hasta el final del mencionado plazo de 24 días la entidad Telefónica no ha hecho sus mejores esfuerzos para hacer efectiva la implantación operativa de los enlaces por capacidad que solicitó Lince en su proyecto técnico, resultando por su parte del todo infructuosas las actividades de este operador tendentes a tal fin.

Transcurrido el plazo de 24 días hábiles concedido al efecto desde la fecha de la Resolución de la CMT, sin que la implantación se llevara a cabo por culpa de Telefónica (como se ha acreditado en este hecho probado), la entidad Lince se acogió a los efectos establecidos en el resuelve tercero de la Resolución de 28 de febrero de 2002 de iniciar la facturación conforme al modelo de interconexión por capacidad. Por su parte, Telefónica continúa con su actitud pasiva y no da contestación alguna hasta el 16 de abril siguiente, en el que le comunica su negativa de dar cumplimiento a la Resolución de 28 de febrero de 2002, alegando que ha procedido a impugnar en vía contencioso administrativa las Resoluciones de esta Comisión.

En atención a todo lo anterior, junto a lo descrito en el precedente hecho probado, cabe concluir que ha quedado acreditado como Telefónica, una vez dictada la Resolución de 28 de febrero de 2002 por la que se adopta la medida cautelar, y durante el plazo de 24 días concedido al efecto, no ha hecho sus mejores esfuerzos para hacer efectiva la implantación operativa de aquellos enlaces por capacidad que le solicitó Lince, resultando infructuosas todas las acciones de Lince tendentes a tal fin. Es más, hasta la fecha no ha procedido a la implantación operativa ordenada en el Resuelve primero de la medida cautelar de 28 de febrero.

TERCERO.- Telefónica ha comenzado a facturar a Lince conforme al modelo de interconexión por capacidad desde el 8 de abril de 2002.

Como ya se indicó en los antecedentes de hecho, el resuelve tercero de la Resolución de 28 de febrero de 2002, por la que se adopta una medida cautelar sobre la obligación por parte de Telefónica de proceder a la migración enlaces por tiempo a enlaces por capacidad de Lince, estableció lo siguiente:

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."



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como ha quedado acreditado en los hechos probados anteriores, transcurrido el plazo de 24 días hábiles concedido al efecto desde la fecha de la Resolución de 28 de febrero de 2002, sin que la implantación se llevara a cabo por culpa de Telefónica, la entidad Lince se acogió a los efectos establecidos en el resuelve tercero de la citada Resolución consistente en iniciar la facturación de acuerdo al modelo de interconexión por capacidad.

De acuerdo con ello, y para los enlaces solicitados, Lince presentó a Telefónica la aplicación de los precios de interconexión por capacidad desde el 8 de abril de 2002, siendo aceptado por Telefónica mediante acta de consolidación que se adjuntó como anexo I al escrito de Lince de fecha 16 de julio de 2002 presentado en el expediente DT 2002/5954 (doc. nº 28), que se encuentra incorporado al presente procedimiento como documento nº 14 del índice.

Por todo ello, se puede concluir que, desde el 8 de abril de 2002, los enlaces solicitados por Lince para la migración operativa al modelo de interconexión por capacidad se facturan conforme a este nuevo modelo de interconexión, de conformidad con el resuelve tercero de la Resolución de 28 de febrero de 2002.

CUARTO. Telefónica de España ha ido cambiando de criterio para oponerse injustificadamente a la implantación del modelo de interconexión por capacidad en su modalidad combinada con el objetivo único de dilatar en el tiempo su aplicación efectiva.

Esta afirmación resulta de los siguientes hechos:

A. Interposición de recurso de reposición contra la resolución de 9 de agosto de 2001 que modifica la Oferta de Interconexión de Referencia.

El recurso de reposición de Telefónica contra la OIR, se basa tan sólo en sus discrepancias en cuanto a los precios fijados por minuto, que lógicamente afectan al nuevo modelo de interconexión por capacidad impuesto, pero no impugna el propio modelo ni se opone a su implantación. En definitiva Telefónica se opone en un primer momento con base en criterios económicos.

No se hace referencia alguna a dificultades de tipo técnico ni a potenciales daños a la integridad de su red.

B. Interposición el 1 de febrero de 2002 de recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional contra las Resoluciones de 9 de agosto de 2001 y 22 de noviembre de 2001 por la que se resuelve el recurso de reposición mencionado anteriormente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este recurso, Telefónica vuelve a oponerse al modelo de interconexión por capacidad (en general, no sólo la modalidad combinada) argumentando razones de tipo económico (documento núm. 15 del índice, páginas 10 y siguientes).

No se hace referencia alguna a dificultades de tipo técnico ni a potenciales daños a la integridad de su red. Tampoco se hace referencia la nueva redacción dada al artículo 4.3 del Real decreto- Ley 7/200, de 23 de junio, por el artículo 87 de la Ley 24/2001 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social de diciembre de 2002, que ya había entrado en vigor.

C. Actitud de Telefónica con Lince previamente a la adopción de la medida cautelar de 28 de febrero de 2001.

Como se ha indicado en el hecho probado primero, Lince Telecomunicaciones solicitó a Telefónica la adaptación de su Acuerdo General de Interconexión a la OIR 2001 en el que se incluya las provisiones referentes al modelo de interconexión por capacidad se refiere mediante cartas de 26 de septiembre y 5 de noviembre de 2001. Lince continuó precisando sus peticiones mediante cartas de 10 de diciembre de 2001, 10 de enero de 2002 y 11 de enero de 2002.

En contestación a esta cartas enviadas por Lince, el 18 de enero de 2002 Telefónica le informa de una serie de puntualizaciones y resalta la falta de tratamiento a problemas de indefinición de numerosos aspectos técnicos necesarios para la puesta en funcionamiento de la interconexión por capacidad, considerando que la propuesta de Lince adolece de falta de detalle e imprecisión con respecto a la inicialmente discutida, así como pone en conocimiento que Telefónica no ha mostrado aún su conformidad con respecto a la migración inmediata al modelo de interconexión por capacidad.

Tras la oposición de Lince, mediante escrito de fecha 6 de febrero de 2002, Telefónica informa a Lince de la imposibilidad de ofrecer la modalidad de voz+datos del modelo de interconexión por capacidad como consecuencia de la nueva redacción dada al artículo 4.3 del Real decreto- Ley 7/200, de 23 de junio, por el artículo 87 de la Ley 24/2001 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

Este argumento de carácter legal, derivado de una modificación operada en diciembre de 2001, no había sido invocado por Telefónica con anterioridad a esa fecha, donde sólo había invocado deficiencias en la documentación presentada por Lince. Debe destacarse que este argumento no se utilizó por



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telefónica en su carta de 18 de enero, cuando ya había entrado en vigor la modificación normativa del Real Decreto-Ley 7/2000.

Si bien inicialmente se pudiera apreciar en la conducta de Telefónica una actitud tendente a negociar la implantación del nuevo modelo de interconexión por capacidad, a pesar del tiempo que transcurre desde la fecha de entrada en vigor de la OIR 2001 sin que se materialice su implantación, posteriormente se demuestra su patente oposición al mencionado modelo de interconexión alegando ahora cuestiones de tipo jurídico, cuando, como se dijo, ni tan siquiera en el recurso de reposición que se interpone con anterioridad contra la Resolución de 9 de agosto de 2001 se alega motivo alguno de oposición al propio modelo de interconexión por capacidad.

Por resolución de 21 de febrero de 2002, esta Comisión, en contestación a la mencionada cuestión jurídica planteada por Telefónica reafirma el nuevo modelo de interconexión.

D. Actitud de Telefónica con Lince con posterioridad a la adopción de la medida cautelar de 28 de febrero de 2001.

El 28 de febrero del presente año esta Comisión dicta una medida cautelar en el marco del conflicto de interconexión al que se hace referencia anteriormente instando a las partes a la implantación del nuevo modelo de interconexión por capacidad y, en su defecto, a comenzar a facturar de acuerdo a dicho modelo.

Tras varias comunicaciones de Lince, relatadas en el hecho probado segundo, el día 8 de marzo de 2002, la entidad Lince recibe una carta de Telefónica en virtud de la cual como respuesta a las anteriores cartas se limita a comunicar que se está analizando la adecuación de la peticiones de enlaces por capacidad recibidas de Lince hasta la fecha. Telefónica parece aceptar negociar con Lince, en cumplimiento de la medida cautelar.

Tras diversas precisiones por parte de Lince se celebra el CTI ordinario previsto para el día 12 de marzo de 2002. Celebrada la citada reunión ordinaria en ese día, los técnicos de Telefónica asistentes a la misma informaron a Lince que no abordarían el tema propuesto por ellos por indicación expresa del Departamento comercial de los Servicios para Operadoras de Telefónica, por lo que no hubo discusión alguna sobre el mencionado punto.

De acuerdo con ello, en el periodo de tiempo que transcurren los hechos ahora descritos, Telefónica incurre en una conducta contradictoria al contestar por carta su supuesta intención de analizar la adecuación de las peticiones formuladas por Lince y luego, posteriormente, sin justificación alguna se opone



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

a que en la reunión ordinaria de CTI celebrada el día 12 de marzo de 2002 se discuta el tema propuesto previamente por Lince sobre la migración de los enlaces al modelo de interconexión por capacidad.

Con posterioridad a la celebración de la reunión ordinaria de CTI, con fecha 22 de marzo, los Servicios de Operadores de Telefónica enviaron una carta a Lince en el que le informaban textualmente de lo siguiente:

"Como continuación a nuestra carta de fecha 8 de Marzo sobre sus solicitudes de Interconexión por Capacidad, y una vez analizada su adecuación a lo recogido en la resolución de la CMT de fecha 28 de febrero de 2002, le informamos que para poder dar cumplimiento a la misma es necesario que reenvíe sus solicitudes incluyendo el Proyecto Técnico que ampare los trabajos a realizar, y de acuerdo con el punto 7.8.7 de la Oferta de Interconexión de Referencia en lo que a dimensionamiento y condiciones de sobrecarga se refiere. (..)"

Dicha carta de Telefónica, aparentemente reveladora de la intención de Telefónica de dar cumplimiento a la medida cautelar, fue contestada por la entidad Lince mediante carta de fecha 25 de marzo de 2002. La carta de Telefónica viene a requerir a Lince una documentación que ya obraba en su poder (como ella misma reconoce al manifestar que ya había sido objeto de su oportuno análisis para su adecuación y que reenvíe sus solicitudes), como son las peticiones formuladas por esta entidad para proceder a la migración de los enlaces al nuevo modelo de interconexión por capacidad, por lo que resulta clara la intención de Telefónica de demorar su obligación de cursar las peticiones de Lince y de implantar el servicio de interconexión por capacidad.

Por último, Telefónica no da contestación alguna al respecto hasta el 16 de abril siguiente, en el que confirma su abstención en cuanto al cumplimiento de la Resolución de 28 de febrero de 2002, por cuanto que ha procedido a impugnar en vía contencioso administrativa las Resoluciones de esta Comisión en materia de interconexión por capacidad, a la vez que ha solicitado como medida cautelar la suspensión de las mismas, por lo que considera que entretanto no recaiga el correspondiente pronunciamiento judicial resolviendo la citada solicitud de suspensión de las resoluciones aquéllas han de entenderse suspendidas, no estando por ello obligada a implementar la modalidad de interconexión combinada.

Con esta carta se aprecia claramente otro cambio en la actitud de Telefónica con respecto a la situación anterior, pasando de una clara pasividad a una expresa oposición a dar cumplimiento a la obligación impuesta por esta Comisión sin justificación legal alguna que la avale



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Esta carta de Telefónica fue contestada por Lince el 18 de abril de 2002 mediante escrito en virtud del cual manifestaba su postura en contra de lo informado por Telefónica y afirmaba la efectividad y ejecutividad de las Resoluciones de la CMT impugnadas. Las cartas a las que se hace mención se encuentran incorporadas al presente procedimiento como documento nº 14 del índice, las cuales se acompañaron al escrito de Lince de fecha 23-04-2002 presentado ante esta Comisión en el expediente DT 2002/5954 (doc. nº 18) como anexos I y II.

E. Interposición de recurso contencioso-administrativo contra la resolución de 21 de febrero de 2002 (que reafirma la vigencia del modelo de interconexión de capacidad combinada) y la resolución de 28 de febrero de 2002 (medida cautelar en el conflicto con Lince).

En estos recursos, interpuestos en fecha 22 de marzo de 2002, Telefónica recurre la interpretación que a la modificación operada en el Real Decreto-Ley 7/2000 da esta Comisión y la medida cautelar adoptada, y solicita la suspensión de las resoluciones invocando argumentos de tipo técnico derivados de una supuesta congestión de su red y peligro de degradación de la calidad de los servicios.

Como puede apreciarse, Telefónica prescinde de consideraciones de tipo económico y de tipo jurídico. Por primera vez, el 22 de marzo de 2002, ocho meses después de la introducción del modelo de interconexión en su modalidad combinada, Telefónica dice que ese modelo causará graves perjuicios a la integridad de la red.

Obsérvese que el recurso se interpone el mismo día (22 de marzo de 2002) que, conforme al apartado D) anterior, Telefónica solicitaba a Lince el reenvío de sus solicitudes, con aparente intención de implantar un modelo que, ese mismo día, estaba afirmando ante la Audiencia Nacional que ponía en peligro la integridad de su red.

Dichos recursos se incorporaron al expediente como documento núm. 15 del índice.

F) Conclusión

De todo lo anterior, y de lo que a continuación se expone, queda acreditado que Telefónica ha ido cambiando de criterio de oposición para implantar el modelo de interconexión por capacidad en una clara actitud obstruccionista en contra de la obligación impuesta por esta Comisión en las sucesivas Resoluciones que han dado lugar hasta la fecha:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Así, en un primer momento cuando se dicta la Resolución de 9 de agosto de 2001, muestra su intención de implantar el nuevo modelo de interconexión por capacidad, o al menos no se opone frontalmente, iniciando negociaciones con Lince. Discrepa sólo con las condiciones económicas de la resolución de la Comisión.
- Con posterioridad, y con base en la nueva redacción dada al artículo 4.3 del Real decreto- Ley 7/200, de 23 de junio, por el artículo 87 de la Ley 24/2001 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, Telefónica se opone por vez primera a la implantación del nuevo modelo alegando imposibilidad legal de ofrecer la modalidad de voz+datos del modelo de interconexión por capacidad. Dicha cuestión jurídica fue objeto de una Resolución de la CMT en fecha 21 de febrero de 2002 en la que viene a rechazar los argumentos esgrimidos por Telefónica y reafirma el nuevo modelo de interconexión.
- Iniciado el conflicto de interconexión, que dio lugar a la medida cautelar dictada el 28 de febrero de 2002, Telefónica insiste en oponerse al mismo alegando la falta de negociación por parte de Lince que viene a imponer unilateralmente su propuesta en contra de lo establecido en la OIR (criterios de interpretación del modelo establecido en la OIR 2001). Las alegaciones de Telefónica a este respecto se encuentran incorporadas al presente procedimiento con el documento nº 14 del índice, relativo al escrito de fecha 1-03-2002 presentado ante esta Comisión en el expediente DT 2002/5954 (doc. nº 11).
- Interpuestos los correspondientes recursos contencioso-administrativo contra las Resoluciones de 21 y 28 de febrero de 2002, en los que solicita la adopción de medidas cautelares de suspensión de las mismas, de nuevo Telefónica cambia el criterio de oposición ante la Audiencia Nacional a la implantación del nuevo servicio de interconexión por capacidad, con base ahora en criterios técnicos derivados de una supuesta congestión de su red. Dichos recursos se incorporaron al expediente como documento núm. 15 del índice.
- Por último, y en relación con lo anterior, Telefónica esgrime frente Lince otro nuevo argumento de tipo legal (criterio jurisprudencial) para oponerse a la implantación del nuevo modelo de interconexión por capacidad alegando la interposición de los oportunos recursos contenciosos administrativos contra las Resoluciones de esta Comisión en la materia que nos ocupa. Cabe recordar que, esta



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cuestión se resolvió expresamente (a petición de la propia Telefónica) en las Resoluciones de la CMT de fecha 4 de abril de 2002 en las que se aclaraba la no aplicación a este supuesto de la doctrina constitucional por ella alegada.

QUINTO.- Telefónica, en las peticiones de suspensión formuladas ante la Audiencia Nacional, no ha manifestado la urgencia de la medida ni ha utilizado el mecanismo previsto a tal efecto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Como se ha expuesto en el hecho probado cuarto (apartado E), Telefónica interpuso los correspondientes recursos contencioso-administrativo contra las Resoluciones de la CMT de fechas 21 y 28 de febrero de 2002, solicitando en el mismo escrito de interposición de cada uno de los recursos la adopción de medidas cautelares de suspensión de la ejecución de las resoluciones impugnadas.

No obstante, cabe señalar que Telefónica no ha alegado en ningún momento que en el presente caso concurriesen circunstancias de especial urgencia que justificaran la no aplicación de las Resoluciones impugnadas hasta tanto no se pronunciase el Tribunal sobre la adopción de las medidas cautelares solicitadas.

Además, y a tal efecto, dichas medidas cautelares tampoco fueron solicitadas mediante el cauce procesal del artículo 135 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa (las denominadas por la doctrina medidas cautelarisimas) en atención a las supuestas circunstancia de especial urgencia, cuya tramitación resulta más rápida pudiendo adoptarse por el Tribunal la medida pretendida en el menor tiempo posible.

Por el contrario, todas estas medidas cautelares se solicitaron mediante el cauce procesal ordinario establecido al efecto, tramitándose en la correspondiente pieza separa de suspensión, con audiencia de la parte contraria, lo que resulta más lenta y retrasa aún más, si cabe, el pronunciamiento expreso por parte de la Audiencia Nacional (documento núm. 15 del índice).

SEXTO. La Audiencia Nacional ha desestimado la petición de Telefónica de suspender la eficacia de la resolución de 18 de abril de 2002, de adopción de medidas cautelares en el conflicto de interconexión suscitado entre las entidades Aló Comunicaciones, S.A. y Telefónica (DT 2002/6538).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como ya se ha dicho anteriormente, como consecuencia de una conducta similar de Telefónica en cuanto a su reticencia y cambios de criterios para oponerse al efectivo cumplimiento de lo dispuesto en las distintas resoluciones de la CMT, también se iniciaron ante esta Comisión sendos conflictos de interconexión suscitados entre las entidades Aló Comunicaciones, S.A., Jazz Telecom, S.A., Retevisión I, S.A.U. y Euskaltel, S.A. y Telefónica que, a su vez, originaron idénticas medidas cautelares mediante Resoluciones de fechas 18 de abril, 30 de mayo, 20 de junio y 4 de julio de 2002, respectivamente, en cuyas partes dispositivas se imponía a Telefónica, como primer mandato, que hiciera efectiva la implantación operativa de aquellos enlaces por capacidad que hubieren solicitado en los proyectos técnicos los distintos operadores en cuestión (expetes. DT 2002/6538, 2002/6791, 2002/6868, 2002/7014).

En supuesto concreto de Aló Comunicaciones, mediante escrito de fecha 4 de abril de 2002, esta entidad denunció a la CMT determinados comportamientos de Telefónica que suponen incumplimiento de los plazos asociados a la migración al modelo solicitado por causas imputables a dicho operador, dictándose una medida cautelar el día 18 de abril de 2002 en el marco del conflicto de interconexión DT 2002/6538.

Contra la mencionada medida cautelar dictada el día 18 de abril de 2002, Telefónica interpone recurso contencioso-administrativo y se solicita también la suspensión de la resolución invocando argumentos de tipo técnico derivados de una supuesta congestión de su red y peligro de degradación de la calidad de los servicios, en términos idénticos a los ya mencionados en el escrito de interposición que se presentó contra la Resolución de 28 de febrero de 2002 relativa a la medida cautelar de Lince.

Posteriormente, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 8ª) de la Audiencia Nacional, en el marco de la pieza separada núm. 755/2002, ha dictado un Auto de fecha 3 de julio de 2002 por el que acuerda no adoptar medida cautelar alguna y desestima la petición de Telefónica de suspensión de la ejecución de la Resolución de esta Comisión de fecha 18 de abril de 2002 relativa a la medida cautelar adoptada en el conflicto de interconexión sobre la obligación de esa entidad de proceder a la migración de enlaces por tiempo a enlaces por capacidad de la empresa Aló Comunicaciones, S.A. Dicha resolución judicial se incorporó al expediente como documento núm. 15 del índice.

SÉPTIMO.- Telefónica ha manifestado con fecha 16 de septiembre de 2002 su intención de implantar el modelo de capacidad combinada.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con fecha de 24 de septiembre de 2002, se ha recibido en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de Telefónica (documento núm. 16 del índice) en virtud del cual pone en conocimiento de esta Comisión que, mediante cartas de fecha de 16 de septiembre de 2002, Telefónica ha comunicado a algunos de los operadores que le solicitaron la migración al modelo de interconexión por capacidad, su intención de convocar en breve una reunión para celebrar un Comité Técnico de Interconexión (CTI) extraordinario con el fin de acordar un calendario de implantación de dicho modelo en las centrales a las que se hicieron referencia en cada una de las solicitudes de migración al nuevo de modelo de interconexión por capacidad que presentaron los operadores interesados en ello. Asimismo, manifiesta que Retevisión, Lince y Jazztel han aceptado reunirse con Telefónica a tal efecto.

Con ello, Telefónica por vez primera manifiesta a los operadores su intención de implantar el nuevo modelo de interconexión por capacidad en su modalidad combinada.

OCTAVO. Que Telefónica de España, S.A.U. ha obtenido en el ejercicio de 2001 unos ingresos brutos de explotación anuales de 6.674.195.951,25 euros.

Tal hecho resulta de la declaración de los ingresos brutos obtenidos por Telefónica de España, S.A.U. en el ejercicio de 2001. La declaración de los ingresos brutos correspondientes a tales actividades fue presentada ante esta Comisión por el representante legal de Telefónica mediante escrito de 21 de marzo de 2001 (documento núm. 13 del índice), que tuvieron entrada en el Registro de esta Comisión el 27 del mismo mes y año. La cantidad que se toma en cuenta a los efectos del presente procedimiento es el resultado de restar de los ingresos totales declarados (6.845.914.136,34 euros) las provisiones para insolvencias también declaradas por la propia Telefónica (171.718.185,09).

III

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Habilitación competencial de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para resolver el presente procedimiento sancionador.

El Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador a tenor de lo establecido en los artículos artículo 76.1 y 84.1.a) de la Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones y el artículo 1, apartado Dos.2.I en relación con el apartado Tres del mismo, de la Ley 12/1997, de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Liberalización de las Telecomunicaciones según el cual, corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, a través de su Consejo, el ejercicio de la potestad sancionadora por el incumplimiento de las instrucciones dictadas para salvaguardar la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de 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 el ejercicio de sus funciones.

SEGUNDO. Tipificación de los hechos probados.

El presente procedimiento sancionador se inició ante la posible comisión de una infracción tipificada en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, que califica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral, previo sometimiento voluntario de las partes.

En el presente caso, la infracción al artículo 79.15 de la Ley 11/1998 se concreta en el incumplimiento de la obligación de implementar el nuevo modelo de interconexión por capacidad recogida en las Resoluciones anteriores de esta Comisión que seguidamente se indican:

- **Resolución de fecha 9 de agosto de 2001 por la que se aprueba el nuevo texto para la Oferta de Interconexión de Referencia** del operador dominante en el mercado de telefonía fija, así como la de fecha 22 de noviembre de 2001, por la que se resuelve el recurso potestativo de reposición interpuesto por Telefónica contra la citada Resolución de 9 de agosto de 2001.

La nueva Oferta de Interconexión de Referencia recoge la implantación de un nuevo modelo de interconexión por capacidad para cuya introducción se determina expresamente en la citada Resolución de 9 de agosto de 2001 que:

“- Se establece un periodo de tiempo de 60 días naturales desde la entrada en vigor de la OIR para que TELEFÓNICA realice las adaptaciones necesarias en su red para la implantación del modelo de interconexión por capacidad.

- Las solicitudes que se realizaran por los operadores durante ese periodo de tiempo se encontrarán suspendidas hasta la expiración del citado periodo, momento en el cual comenzarán a contar los plazos.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Como consecuencia del escrito de Telefónica presentado ante esta Comisión el día 1 de febrero de 2002, en virtud del cual solicitaba que se acordara adaptar el actual modelo de interconexión por capacidad establecido en la Resolución de fecha 9 de agosto de 2000 a lo establecido en el artículo 87 de la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social de fecha 27 de diciembre de 2001, con fecha **21 de febrero de 2002**, esta Comisión dicta una **Resolución por la que deniega modificar el actual modelo de interconexión por capacidad** establecido en la Resolución de la CMT de fecha 9 de agosto de 2001, acordando expresamente también lo siguiente:

“Segundo. Reafirmar que la modalidad de capacidad combinada (voz + Internet) debe continuar siendo ofrecida por Telefónica de España, S.A.U. a los restantes operadores, en las condiciones y precios establecidos para el modelo de interconexión por capacidad recogido en el apartado III de la Resolución de esta Comisión de 9 de agosto de 2001 sobre la modificación de la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica de España, S.A.U.”

- Finalmente, y en el marco del conflicto de interconexión suscitado entre Lince y Telefónica (DT 2002/5954), con fecha **28 de febrero de 2002 se dicta otra Resolución por la que se adopta una medida cautelar** relativa a la obligación por parte de Telefónica de proceder a la migración de enlaces por tiempo a enlaces por capacidad de Lince Telecomunicaciones, según el modelo de interconexión por capacidad dispuesto en la vigente oferta de interconexión de referencia de Telefónica.

Al objeto de determinar la tipificación de la actuación de Telefónica, es necesario analizar si, de alguna de sus actuaciones que han resultado probadas, puede inferirse que ha existido un incumplimiento de las anteriores Resoluciones y, por tanto, si constituyen una infracción muy grave tipificada en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.

Como se expone en el primero de los hechos probados, desde que entró en vigor la Resolución de 9 de agosto de 2001, por la que se modifica la OIR 2001 de Telefónica, esta entidad, sin justificación válida alguna, ha ido incumpliendo sistemáticamente los mandatos impuestos a este respecto por la CMT en las sucesivas Resoluciones que han sido aprobadas sobre la implantación del nuevo modelo de interconexión por capacidad en su modalidad combinada.

En la Resolución de la CMT del 9 de agosto de 2001, por la que se modifica la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica, se



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

establecieron los plazos para la implantación efectiva del nuevo modelo de interconexión por capacidad:

“Plazos de introducción del modelo

Se establece un período de tiempo de 60 días naturales desde la entrada en vigor de la OIR para que Telefónica de España realice las adaptaciones necesarias en su red para la implantación del modelo de interconexión por capacidad.”

La nueva Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica entró en vigor el día 19 de agosto de 2001, al haberse publicado la parte dispositiva de la Resolución anteriormente mencionada en el Boletín Oficial de Estado del día 18 de agosto del mismo año, por lo que, a fecha de hoy, el plazo de 60 días naturales establecido para la implantación del modelo se superó sin que por parte de Telefónica se haya realizado actividad alguna en su red para su efectiva implantación del mismo.

Además, como se describe en el hecho probado primero, mediante sendas cartas Lince solicitó a Telefónica la adaptación de su Acuerdo General de Interconexión a la OIR 2001 en cuanto al modelo de interconexión por capacidad se refiere.

En contestación a esta cartas enviadas por Lince, el 18 de enero de 2002 Telefónica pone en conocimiento a Lince que su propuesta adolece de falta de detalle e imprecisión con respecto a la inicialmente discutida. Esta carta de Telefónica fue contestada por Lince con fecha 21 de enero de 2002, que le muestra su disconformidad ante la actitud negociadora de Telefónica, por lo que agotadas las vías de negociación, Lince considera que existe un conflicto de interconexión con Telefónica y, con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión de 24 de enero de 2002, presenta un escrito solicitando la intervención de este Organismo para la resolución del mismo.

Posteriormente, mediante escrito de fecha 6 de febrero de 2002, Telefónica informa a Lince de la imposibilidad de ofrecer la modalidad de voz+datos del modelo de interconexión por capacidad como consecuencia de la nueva redacción dada al artículo 4.3 del Real decreto- Ley 7/200, de 23 de junio, por el artículo 87 de la Ley 24/2001 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Esta cuestión también es planteada ante esta Comisión que con fecha 21 de febrero de 2002, dicta una resolución en la que contesta a la mencionada cuestión de Telefónica y reafirma el nuevo modelo de interconexión.

Ante estos hechos, Telefónica no sólo no ha implantado dicho modelo en ese periodo de tiempo, sino que, además, no atendió adecuadamente la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

petición expresa que sobre esta cuestión le hizo Lince, con la clara intención de dilatar en el tiempo su aplicación efectiva.

Resulta indiscutible que desde que se aprobó el nuevo texto de la OIR 2001 hasta la fecha (sin perjuicio de que en las últimas semanas se hayan retomado las negociaciones) Telefónica no ha implantado el nuevo modelo a pesar de haberse solicitado de forma expresa por la empresa Lince.

A esta circunstancia se ha de añadir que Telefónica tampoco ha hecho efectivo este nuevo servicio de interconexión para ninguno de los operadores interesados en el mismo, a pesar de que en la Resolución de la OIR 2001 antes citada se reconoce el derecho de los operadores con licencia individual para la prestación del servicio telefónico disponible al público a adoptar para sus necesidades de interconexión cualquiera de los modelos (Temporal, Capacidad o Modelo mixto Capacidad/tiempo).

Así, como consecuencia de una conducta similar de Telefónica en cuanto a su reticencia y oposición al efectivo cumplimiento de lo dispuesto en las distintas resoluciones de la CMT, ante esta Comisión también se iniciaron sendos conflictos de interconexión suscitados entre las entidades Aló Comunicaciones, S.A., Jazz Telecom, S.A., Retevisión I, S.A.U. y Euskaltel, S.A. y Telefónica (expetes. DT 2002/6538, 2002/6791, 2002/6868, 2002/7014), a los que se hace mención en los antecedentes de hecho, adoptándose sendas medidas cautelares mediante Resoluciones de fechas 18 de abril, 30 de mayo, 20 de junio y 4 de julio de 2002, respectivamente, en cuyas partes dispositivas se imponía a Telefónica, como primer mandato, que hiciera efectiva la implantación operativa de aquellos enlaces por capacidad que hubieren solicitado en los proyectos técnicos los distintos operadores en cuestión.

Sin embargo, y a pesar de haberse ido adoptado varias medidas cautelares relativas todas a ellas a la obligación por parte de Telefónica de proceder a migración de enlaces por tiempo a enlaces por capacidad, a fecha de hoy, Telefónica no ha tomado en consideración dicho mandato. A la vista de las circunstancias de hecho y alegaciones recogidas en cada uno de los conflictos de interconexión tramitados ante esta Comisión, se puede afirmar que, Telefónica, no ha realizado hasta fecha reciente ninguna adaptación en su red para implantar el modelo de capacidad combinada.

En definitiva, se concluye que Telefónica no tiene aún implantado definitivamente en su red, pese al tiempo transcurrido, el servicio de interconexión de capacidad combinada para ningún operador, no siendo la conducta descrita en los anteriores hechos probados aislada y exclusiva respecto de la entidad Lince, sino que su oposición a la implantación efectiva



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

del nuevo modelo de interconexión por capacidad ha resultado generalizada con otros operadores interesados en dichos servicios.

Por todo ello, y respecto de todos los operadores, no sólo de Lince, esta conducta de Telefónica deja patente el claro incumplimiento que de las Resoluciones de 9 de agosto de 2001 y 21 de febrero de 2002 se ha cometido por la entidad inculpada.

Por otro lado, y solo en cuanto a Lince se refiere, resulta de interés resaltar la actuación de Telefónica frente a la medida cautelar dictada mediante Resolución de 28 de febrero de 2002 por la que se obliga a esta entidad a proceder a la migración de enlaces por tiempo a enlaces por capacidad de Lince, según el modelo de interconexión por capacidad dispuesto en la vigente oferta de interconexión de referencia de Telefónica.

En el resuelve primero de la Resolución de 28 de febrero de 2002 por la que se adopta la citada medida cautelar, se estableció lo siguiente:

"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 con 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 sobre carga 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."

Como ha quedado acreditado en el segundo hecho probado, una vez dictada la Resolución de 28 de febrero de 2002 por la que se adopta la mencionada medida cautelar, Telefónica no sólo no realizó "sus mejores esfuerzos" para hacer efectiva la implantación operativa de aquellos enlaces por capacidad que le solicitó Lince en el plazo de tiempo de 24 días hábiles concedido al efecto por la citada Resolución, sino que dilató y obstaculizó el proceso de implantación del nuevo modelo de interconexión por capacidad, resultando infructuosas todas las acciones de Lince tendentes a tal fin.

En efecto, durante ese plazo de tiempo Telefónica tan sólo viene a contestar a las peticiones de la empresa Lince con la clara intención de demorar en el tiempo la implantación del nuevo modelo, pues le informa de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

supuestos inconvenientes que pudieran darse en la implantación del mismo, sin que se aprecie lo más mínimo su intención de poner los medios adecuados para solventarlos.

Como quedó acreditado, Telefónica se contradice al contestar por carta a Lince su supuesta intención de analizar la adecuación de las peticiones formuladas por Lince, puesto que luego, sin justificación alguna, se opone a que en la reunión ordinaria de CTI celebrada el día 12 de marzo de 2002 se discuta el tema propuesto previamente por Lince sobre la migración de los enlaces al modelo de interconexión por capacidad.

Con esta conducta, además de demostrar una clara intención en demorar en el tiempo la implantación del nuevo modelo, también queda patente la falta de buena voluntad en poner todos los esfuerzos de su parte para dar cumplimiento a lo establecido en la parte dispositiva de la Resolución de 28 de febrero de 2002.

En este mismo sentido, resulta de interés destacar la carta de Telefónica enviada a Lince con posterioridad a la celebración de la reunión ordinaria de CTI, de fecha 22 de marzo de 2002, en el que le informa textualmente de lo siguiente:

"Como continuación a nuestra carta de fecha 8 de Marzo sobre sus solicitudes de Interconexión por Capacidad, y una vez analizada su adecuación a lo recogido en la resolución de la CMT de fecha 28 de febrero de 2002, le informamos que para poder dar cumplimiento a la misma es necesario que reenvíe sus solicitudes incluyendo el Proyecto Técnico que ampare los trabajos a realizar, y de acuerdo con el punto 7.8.7 de la Oferta de Interconexión de Referencia en lo que a dimensionamiento y condiciones de sobrecarga se refiere. (..)"

Como ya se puso de manifiesto anteriormente, por medio de esta carta Telefónica viene a requerir a Lince las peticiones formuladas por esta entidad para proceder a la migración de los enlaces al nuevo modelo de interconexión por capacidad, documentación que ya obraba en su poder, como ella misma reconoce al afirmar que ya han sido objeto de su oportuno análisis para la adecuación, y que ya incluían todos los elementos necesarios para valorar su implementación, incluyendo una propuesta de Migración Operativa, así como el tratamiento de todos los aspectos técnicos necesarios para proceder a la migración.

Nuevamente se aprecia que, la conducta de Telefónica consistente en poner trabas artificiales e injustificadas que no puede considerarse como un intento de buena fe en dar cumplimiento a la Resolución de la CMT de 28 de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

febrero de 2002, puesto que, si lo que pretendía Telefónica era aclarar algunos puntos respecto de las peticiones formuladas por Lince (analizadas ya su adecuación), lo correcto hubiera sido a la luz de la Resolución de 28 de febrero de 2002, que se trataran todos los aspectos que considerasen oportunos en la reunión ordinaria de CTI celebrada el día 12 de marzo de 2002 (a parte de la que propuso Lince con anterioridad de carácter urgente) y no oponerse expresamente a hablar del asunto.

Con la carta de fecha 22 de marzo de 2002, Telefónica pretende dar una apariencia de respuesta y voluntad de hacer efectiva la obligación impuesta, cuando demuestra no sólo que la entidad inculpada no ha puesto sus mayores esfuerzos para llevar a cabo la obligación que le impone la citada Resolución de la CMT, sino que, además, su verdadera intención es dilatar en el mayor tiempo posible la implantación de los enlaces por capacidad que Lince le solicita (habían transcurrido 19 días hábiles de los 24 días otorgados para tal fin), impidiendo de *facto* proceder a la migración de estos enlaces al modelo de interconexión por capacidad.

Desde el día 25 de marzo de 2002, en el que la entidad Lince contesta por escrito a la carta que le envían los Servicios de Operadores de Telefónica, hasta el 1 de abril de 2002, fecha que finaliza el plazo de 24 días concedido al efecto por la medida cautelar, Telefónica no volvió a realizar ninguna actuación tendente a dar cumplimiento a lo dispuesto en la medida cautelar, lo que demuestra la clara actitud de pasividad que ésta asume.

Por ello, desde el principio hasta el final del mencionado plazo de 24 días la entidad Telefónica no ha hecho "sus mejores esfuerzos" para hacer efectiva la implantación operativa de los enlaces por capacidad que solicitó Lince en su proyecto técnico, resultando por su parte del todo infructuosas las actividades de este operador tendentes a tal fin.

Transcurrido el plazo de 24 días hábiles concedido al efecto desde la fecha de la Resolución de la CMT, sin que la implantación se llevara a cabo por culpa de Telefónica (como se ha acreditado en el hecho probado segundo), la entidad Lince se acogió a los efectos establecidos en el resuelve tercero de la Resolución de 28 de febrero de 2002 de iniciar la facturación conforme al modelo de interconexión por capacidad.

Posteriormente, Telefónica continúa con su actitud pasiva y no da contestación a Lince hasta el 16 de abril siguiente (habiendo transcurrido ya el plazo de 24 días hábiles) en que le envía una carta, como se ha acreditado en el hecho probado segundo, comunicando su expresa negativa a dar cumplimiento de la Resolución de 28 de febrero de 2002, alegando que ha procedido a impugnar en vía jurisdiccional las mencionadas Resoluciones de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

esta Comisión. Cabe reiterar que, aún sabiendo que las peticiones sobre la suspensión de las referidas Resoluciones fueron desestimadas anteriormente por esta Comisión, mediante Acuerdos del Consejo de fecha 4 de abril de 2002 en los expedientes AJ 2002/6441 y AJ 2002/6442, Telefónica insistió en su negativa de no dar cumplimiento al mandato en ellas impuesto.

De esta manera, la CMT se reafirmaba en su postura sobre la ejecutividad de sus resoluciones desde el momento en el que se dictaron, sin olvidar además que dicho pronunciamiento fue a petición de la propia Telefónica.

Respecto de la tipificación de los hechos probados, Telefónica realiza una serie de alegaciones a la propuesta de resolución del Instructor:

1. Carece de relevancia la circunstancia de hecho que Telefónica alega en su escrito de alegaciones presentado frente a la propuesta de resolución del Instructor, consistente en la omisión que se hace de que las mencionadas resoluciones de la CMT de fecha 4 de abril de 2002 por las que se deniega la suspensión solicitada también han sido de objeto de impugnación en vía jurisdiccional, con solicitud de medida cautelar de suspensión incluida, puesto que lo que esta Comisión pretende poner de relevancia con ello es: Por un lado, la actitud de Telefónica que, conociendo que las peticiones sobre la suspensión de las referidas Resoluciones fueron desestimadas por esta Comisión, aunque estaban aún pendientes de resolver en sede jurisdiccional, insistió en su conducta de no dar cumplimiento al mandato en ellas impuesto.

Por otro, que Telefónica había ido cambiando de criterios de oposición siendo uno de ellos (el denominado por el Instructor "criterio jurisprudencial") basado en la doctrina jurisprudencial del derecho a la tutela judicial efectiva supuestamente de aplicación al presente caso, circunstancia que en nada cambia por el hecho (ahora puesto de relevancia por Telefónica en su escrito de alegaciones) de que las resoluciones de la CMT que resuelven las peticiones de suspensión también hubiesen sido objeto de impugnación contenciosa.

Finalmente, y con relación a esta alegación, resta por decir que esas resoluciones a que se hace referencia a lo largo del texto de la propuesta de resolución se refieren a unos sucesos cronológicamente acaecidos antes del 8 de mayo de 2002, momento de la interposición de los recursos a los que hace referencia Telefónica en su escrito (que adjuntan como documentos nº 1 y 2 de su escrito de alegaciones).

2. En el punto cuarto del escrito de alegaciones, Telefónica manifiesta que habiendo dado cumplimiento al resuelve tercero de la Resolución de 28 de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

febrero de 2002, no cabe predicar el incumplimiento de los otros dos puntos de la parte dispositiva, por cuanto que con dicho cumplimiento la medida cautelar en ella impuesta ha desplegado todos sus efectos y surtido la finalidad para la que fue acordada.

Frente a esta alegación cabe recordar a Telefónica que la parte dispositiva de la mencionada medida cautelar le impone dos obligaciones bien diferenciadas para que efectivamente despliegue todos sus efectos en el expediente en cuestión, que son: por un lado, que en el plazo de 24 días hábiles haga efectiva la implantación operativa de los enlaces por capacidad que le solicita Lince y, por otro, si transcurrido dicho plazo para la implantación no se hace, que se facture el tráfico de Lince de acuerdo al modelo de capacidad.

Del tenor literal de la propia parte dispositiva se puede apreciar claramente que no puede ser tener favorable acogida la alegación consistente en que el cumplimiento de la segunda de las obligaciones eximiría de cumplir la impuesta anteriormente por haber desplegado ya supuestamente los efectos de la medida cautelar, pues lo que esta medida impone a Telefónica es la obligación de implantar los enlaces de capacidad solicitados por Lince. Cuestión diferente es que, sin que desaparezca o pierda su vigencia la mencionada obligación, se refuerza la medida impuesta (garantizando, al menos, su efectividad desde el punto de vista económico) acordando un mecanismo que pasado el plazo establecido sin hacerse efectiva la misma se facturará de acuerdo con el nuevo modelo, pero -se insiste- sin que ello suponga que la primera obligación quede sin vigencia. La medida cautelar perseguía como primer objetivo la implantación operativa del modelo, imponiendo al respecto claras obligaciones; esta implantación operativa, la prevista además en la resolución de 9 de agosto de 2001, es la que permite desde el punto de vista técnico dar plena operatividad y funcionalidad al modelo de interconexión por capacidad, posibilitando que los operadores puedan hacer un uso de los enlaces contratados con toda la potencialidad que el modelo permite. La previsión del apartado tercero no es, pues, sino una forma adicional de garantizar que si la operatividad real del modelo (que, se insiste, es la prevista en la Oferta de Interconexión de Referencia) no se lleva a cabo en el plazo establecido, Lince se beneficie, al menos, de las condiciones económicas del mismo. En definitiva, el modelo de interconexión por capacidad en su modalidad combinada no implica sólo una forma distinta de pagar los recursos contratados con Telefónica, sino también la posibilidad de hacer mejor uso técnico y comercial de esos recursos; por ello, el cumplimiento del apartado tercero de la medida cautelar no supone un cumplimiento in natura ni de la Oferta de Interconexión de Referencia ni de los dos primeros apartados de la medida cautelar, que han de considerarse claramente incumplidos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por ello, hay que concluir que la media cautelar dictada ha sido cumplida parcialmente por Telefónica, sin que la obligación principal por ella impuesta se haya visto cumplida lo más mínimo por esa empresa, por lo que se ha de rechazar de plano las alegaciones vertidas en este apartado por carecer de justificación alguna que las avale.

3. Telefónica se opone a la propuesta de resolución por entender que yerra al afirmarse que no ha empleado sus mejores esfuerzos para la implantación operativa del modelo de interconexión por capacidad en su modalidad combinada.

Nuevamente, en el punto sexto de su escrito, Telefónica viene a repetir los motivos por lo que no ha implantado efectivamente el nuevo modelo de interconexión por capacidad en su modalidad combinada, esto es, la suspensión de las resoluciones de la CMT que les impone tales obligaciones al amparo de la doctrina jurisprudencial invocada, la imposibilidad técnica debida a los riesgos en la integridad de su red, la infracción al artículo 4.3 del Real Decreto-Ley 7/2000, el cumplimiento de la medida cautelar dictada por Resolución de 28 de febrero de 2002, circunstancias todas ellas que son objeto de la oportuna contestación a lo largo de la presente resolución sancionadora.

En concreto, todas aquellas referencias que se hacen en este apartado a los motivos mencionadas anteriormente son esgrimidas por Telefónica para justificar que no es cierto que no se haya realizado todos sus mayores esfuerzos para implantar el citado modelo de capacidad.

No obstante, esta alegación en nada desvirtúa los hechos probados segundo y cuarto de la presente resolución, por cuanto que en ellos se relatan y prueban unos hechos que evidencian una particular conducta de Telefónica en el presente supuesto, la cual se viene a reafirmar ahora a pesar de la invocación de nuevo de los motivos por los que no cumplió con sus obligaciones impuestas por esta Comisión. A pesar de ello, seguidamente se pasa a comentar los aspectos alegados por Telefónica en este apartado:

Se alega de contrario que el término "sus mejores esfuerzos" adolece de una falta de precisión en cuanto al contenido de la obligación que impone, el cual no es un concepto jurídico indeterminado, al no venir regulado en una norma, sino que se trata de un concepto creado ex novo por el regulador para enjuiciar y calificar si se ha materializado la obligación.

Cabe recordar a Telefónica que, cuando se impuso por esta Comisión que se hicieran los mejores esfuerzos para hacer efectiva la implantación operativa del nuevo modelo, lo que se le estaba imponiendo era una obligación clara y precisa respecto a dar el servicio de interconexión por capacidad a todo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

operador que se lo pidiese. Tal y como se relata en el hecho probado segundo de la presente resolución, Lince le solicitó la implantación de dicho modelo de capacidad y Telefónica tan sólo se limitó a ponerle trabas con la única intención de demorar en el tiempo su efectiva prestación.

No puede ampararse ahora Telefónica para no dar cumplimiento a la obligación de implantar la interconexión por capacidad en que el concepto utilizado por la resolución ("sus mejores esfuerzos") no se ha sido detallado, pues si bien no es necesario tal precisión se insiste que el contenido esencial de la obligación impuesta era, de un lado, la obligación en sí misma de negociar y, de otro, de negociar de buena fé. Ninguna de estas dos circunstancias se han dado en este caso. En primer lugar, no puede considerarse que Telefónica haya puesto sus "mejores esfuerzos" cuando ha concluido finalmente en una postura de negación de la negociación misma; en segundo lugar, no puede afirmarse que haya negociado de buena fe en la medida en que ha ido modificando su criterio en el proceso negociador, retrasándolo injustificadamente, solicitando información que ya se encontraba en su poder, etc.

En atención a lo anterior cabe concluir que, desde que se dictó la Resolución de 28 de febrero de 2002 y durante el periodo de tiempo indicado en la parte dispositiva de la misma y, aún más, hasta fecha muy reciente (recuérdese la carta de Telefónica de 16 de septiembre, donde reconoce su disposición a volver a negociar), Telefónica no ha hecho "*sus mejores esfuerzos*" para hacer efectiva la implantación del nuevo modelo de interconexión por capacidad (modalidad combinada) ante los intentos infructuosos de Lince descritos a lo largo del hecho probado segundo, lo que supone un incumplimiento de la Resolución de 28 de febrero de 2002.

De conformidad con todo lo actuado cabe concluir que Telefónica ha incurrido en una infracción administrativa de carácter muy grave tipificada en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones consistente en el incumplimiento de las Resoluciones de esta Comisión dictadas en fechas 9 de agosto de 2001 y 21 de febrero de 2002 al negarse a proporcionar a diversos operadores y al no haber implantado, en la forma prevista en esas resoluciones, el nuevo modelo operativo de interconexión por capacidad en su modalidad combinada y, además, del resuelve primero y segundo de la medida cautelar impuesta mediante la Resolución de esta Comisión de 28 de febrero de 2002, al no cumplir con la obligación de hacer sus mejores esfuerzos para hacer efectiva la implantación operativa de aquellos enlaces por capacidad que hubiere solicitado tanto Lince en su proyecto técnico, de acuerdo con los términos publicados en la Oferta de Interconexión de Referencia vigente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TERCERO. Culpabilidad de Telefónica en la comisión de la infracción.

Una vez acreditada la existencia de una infracción creada y tipificada por la Ley, el ejercicio efectivo de la potestad sancionadora precisa de un sujeto pasivo al que se impute su comisión. La realización de un hecho antijurídico debidamente tipificado ha de ser atribuida a un sujeto culpable.

La STS de 12 de diciembre de 1995 reconoce la aplicabilidad del principio de culpabilidad al ámbito del procedimiento administrativo sancionador:

“La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en línea con la del Tribunal Constitucional, ha establecido que la potestad sancionadora de la Administración, en tanto que manifestación del “ius puniendi” del Estado, se rige por los principios del Derecho penal, siendo principio estructural básico el de culpabilidad, incompatible con un régimen de culpabilidad objetiva, sin culpa, encontrándose esta exigencia expresamente determinada en el artículo 130.1 LRJPAC ...”.

De conformidad con esta doctrina jurisprudencial el legislador español ha recogido el principio de culpabilidad al regular la potestad sancionadora de la Administración. Así, el art. 130.1 LRJPAC establece:

“Sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.”

De este modo, para la imposición de una sanción por la Administración se exige que el sancionado sea culpable de los actos sancionados; es decir, que le sea imputable la autoría de la infracción, aún a título de simple inobservancia, tal y como establece el artículo 130,1 de la LRJPAC. En este sentido se expresa la STSJ Andalucía/Granada 28 noviembre 1994 (RJCA 1995/678):

“Asimismo se alega la inexistencia de culpabilidad a título de dolo o culpa. Pero es evidente que el incumplimiento por la Empresa de medidas de obligada observancia constituye al menos una negligencia y, como tal, debe ser calificada de conducta culposa.” (F.D. 5)

En todo caso, el elemento subjetivo que la culpabilidad supone se refiere a la acción en que la infracción consiste y no a la vulneración de la norma, tal y como ha declarado reiteradamente la Jurisprudencia. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 enero 1991 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1991/477) en su Fundamento de derecho 4 enuncia claramente la concepción del principio de culpabilidad:

“Por último en cuanto a la alegada ausencia de intencionalidad de incumplir las disposiciones legales, referidas en la resolución sancionadora, y a la necesidad del dolo o culpa como elemento de la infracción administrativa, debe señalarse, que, sin negar este elemento, no puede afirmarse que el dolo o la culpa deban entenderse como acto de voluntad directamente referido a la vulneración de la norma que define el tipo de falta, sino que con lo que debe relacionarse dicha voluntad, como elemento del dolo o culpa, es con la conducta y el resultado de ella que dicha norma contempla como supuesto del tipo de falta.

No es que se quiera vulnerar la norma, sino que se quiera realizar el acto que la norma prohíbe.”

Este elemento de la culpabilidad concurre en la actuación que ha llevado cabo Telefónica y que se ha calificado como constitutiva de infracción muy grave.

Partiendo de la citada doctrina jurisprudencial, según la cual, demostrada por la Administración la voluntariedad del sancionado en la realización de la infracción queda satisfecho el principio de culpabilidad y, del tenor de los hechos probados y del relato de los antecedentes de hecho, se aprecia la existencia de voluntad en Telefónica de no implantar el nuevo modelo de interconexión por capacidad establecido por las distintas Resoluciones dictadas por esta Comisión.

Como se ha expuesto en el hecho probado cuarto, si bien Telefónica mostró inicialmente una actitud de no oposición expresa a la negociación del nuevo modelo de interconexión por capacidad con la Resolución de 9 de agosto de 2001, posteriormente, y como ha quedado acreditado, demostró una clara actitud obstruccionista, variando de criterio reiteradamente para oponerse, sin justificación válida alguna, a la implantación del citado modelo solicitado por diversos operadores.

Estos cambios de criterio fueron esgrimidos por Telefónica con la única intención de demorar en el tiempo la implantación del citado modelo de interconexión por capacidad, pues, como ya se dijo anteriormente, resulta un hecho indiscutible que desde que se aprobó el nuevo texto de la OIR 2001 hasta la fecha Telefónica no ha implantado totalmente el nuevo modelo a pesar de haberse solicitado de forma expresa por la empresa Lince, así como por otros operadores.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En efecto, de entrada Telefónica excusó su aplicación alegando motivos económicos derivados de la aplicación de la OIR aprobada por la Resolución de 9 de agosto de 2001 (tanto en el recurso de reposición interpuesto contra la citada resolución como luego en el recurso contencioso administrativo al solicitar la adopción como medida cautelar de la suspensión de la misma); más adelante, se opuso a su aplicación argumentando motivos legales como consecuencia de la nueva redacción dada al artículo 4.3 del Real decreto- Ley 7/2000, de 23 de junio, la cual fue rechazada por esta Comisión dictándose al efecto la Resolución de 21 de febrero de 2002; nuevamente Telefónica varía de criterio como consecuencia de los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra las Resoluciones de fechas 21 y 28 de febrero de 2002 en los que se argumenta para solicitar la suspensión de las mismas perjuicios técnicos derivados de una supuesta congestión de su red. Entre tanto, en sus negociaciones con los demás operadores, y particularmente con Lince, intercalaba actuaciones aparentemente tendentes a negociar e implementar el modelo con negativas rotundas, fundadas en variados motivos, a tal implementación.

Finalmente la propia operadora ha reconocido expresamente que no procederá a dar cumplimiento al mandato recogido en las mencionadas Resoluciones de la CMT por considerarlas suspendidas como consecuencia de la solicitudes de suspensión realizadas en sede jurisdiccional al interponer los correspondientes recursos contenciosos contra las mismas, invocando la doctrina constitucional sobre la tutela judicial efectiva. Este constituye el principal argumento de Telefónica contra la propuesta del Instructor, por lo que ha de ser objeto de examen especial.

Alegación consistente en que la ejecutividad de las Resoluciones de la CMT deben entenderse suspendidas en aplicación de la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional en relación al derecho a la tutela judicial efectiva.

En aplicación de la doctrina por ella expuesta al presente caso, en relación al derecho a la tutela judicial efectiva, alega Telefónica en su descargo que el procedimiento sancionador incoado contra ella vulnera el derecho de ésta a una tutela judicial efectiva, toda vez que se encuentran pendientes de resolver por la Audiencia Nacional las pretensiones deducidas por Telefónica de suspensión de las Resoluciones de la CMT cuyo incumplimiento es objeto del presente procedimiento sancionador.

En apoyo de su tesis, manifiesta Telefónica lo siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (cita las Sentencias 238/92, 78/98 y 1998/199), en caso de petición de suspensión de la ejecución de un acto administrativo, “hasta que no se tome la decisión al respecto por el Tribunal competente, el acto no puede ser ejecutado por la Administración, porque en tal hipótesis ésta se habría convertido en Juez”.
- Frente a lo señalado en la propuesta de resolución sobre la falta de petición de la suspensión por la vía de urgencia prevista en el artículo 135 de la Ley de jurisdicción Contencioso-Administrativa, Telefónica alega que resulta de aplicación la doctrina jurisprudencial invocada con independencia del procedimiento por el que se haya solicitado ante la jurisdicción la medida de suspensión cautelar de las resoluciones incumplidas (el ordinario o el de urgencia), pues Telefónica entiende que la medida cautelar solicitada es una única e idéntica medida sin que influya el procedimiento por el cual se pida.
- Señala Telefónica que en el Otrosí tercero del escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo contra la resolución de 9 de agosto de 2001 (de modificación de la OIR) se solicitó la suspensión de la ejecución de tal resolución invocando los artículos 129 y 130 de la LJCA, haciéndose constar en la alegación sexta de ese otrosí que “concurren en el caso circunstancias de especial urgencia del art. 135 de la Ley Jurisdiccional que justifica la adopción de la medida de suspensión sin oír a la parte contraria”.
- Cita en apoyo de su tesis la sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Nacional de 5 de julio de 2000 (cuya existencia y firmeza es desconocida por esta Comisión), según la cual durante el tiempo en que se tramita la pieza separada de suspensión y hasta que se dicta auto susceptible de recurso de casación (es decir, hasta que se desestima el recurso de súplica interpuesto contra el auto de denegación de la suspensión), el acto administrativo no es susceptible de ejecución.

Respecto de esta alegación, esta Comisión entiende que la doctrina constitucional invocada por Telefónica no tiene el alcance expresado por ella, que la solicitud de adopción de medidas cautelares tiene un fundamento esencialmente distinto según se haga por los trámites ordinarios o por los trámites de urgencia y, finalmente, que la actuación de Telefónica ha revelado que la doctrina constitucional invocada no ha sido utilizada con la finalidad garantista con la que ha sido diseñada, sino como simple excusa para proceder a un incumplimiento doloso, deliberado e intencionado de resoluciones de esta Comisión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1. Alcance real de la doctrina constitucional invocada por Telefónica

De conformidad con el artículo 57 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los actos administrativos se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten.

Como ha declarado el Tribunal Supremo en su auto de 24 de enero de 2001 *“En reiterada doctrina de esta Sala, en torno al principio de eficacia de la actividad administrativa (artículo 103.1 de la Constitución), y al de la presunción de validez de los actos administrativos (artículo 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, precepto que no ha sido modificado dentro de las previsiones de la Ley 4/1999), la regla general es la ejecutividad inmediata de los actos y disposiciones y la posibilidad de suspensión se produce cuando se originen perjuicios de reparación imposible o difícil”*.

Este privilegio de ejecutividad de los actos administrativos ha de cohonestarse, en línea con lo alegado por Telefónica, con el derecho a la tutela cautelar como parte del derecho a la tutela judicial efectiva. Las manifestaciones jurisprudenciales de esta doctrina son muy variadas:

- Auto del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2001: *“La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en SSTC 22/1984, 66/1984, 238/1992, 148/1993 y 13 de octubre de 1998, al resolver el recurso de amparo núm. 486/1997) han reconocido el principio de autotutela administrativa, que no es incompatible con el artículo 24.1 de la CE, engarza con el principio de eficacia previsto en el artículo 103.1 de la CE y **se satisface facilitando que la ejecución se someta a la decisión de un Tribunal y éste resuelva sobre la suspensión**”*.

- Sentencia del Tribunal Constitucional 238/92, que cita la 14/1992: *“la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso ... Para que ésta se considere satisfecha es, pues, preciso **que se facilite** que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal, y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, pueda resolver sobre la eventual suspensión (STC 66/84)”*.

De esta doctrina constitucional extrae Telefónica la siguiente conclusión: **“hasta que no se tome la decisión al respecto por el Tribunal competente, el acto no puede ser ejecutado por la Administración, porque en tal hipótesis ésta se habría convertido en Juez”** y que **“la solicitud de suspensión de la ejecución del acto provoca tal suspensión hasta que se resuelva tal solicitud de suspensión”**.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como puede apreciarse, existe una sustancial diferencia entre las sentencias transcritas y la conclusión que Telefónica extrae de ellas. Según la referida 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.**

En este sentido, es sumamente ilustrativa la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2001, que señala lo siguiente:

“1) La ejecutividad de los actos administrativos no es en principio contraria al derecho reconocido en el art. 24 CE, y lo decisivo para que tal ejecutividad pueda ser considerada procedente, desde la perspectiva de dicho precepto constitucional, será su posibilidad de control jurisdiccional.

La sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 66/1984, de 6 de junio, que abordó la anterior cuestión, afirmó que la efectividad de las sanciones no entra en colisión con la presunción de inocencia; y, por lo que hace a su ejecutividad, dijo asimismo que el derecho a la tutela judicial se satisface facilitando que dicha 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.

*Y la posterior STC 78/1996, de 20 de mayo (RTC 1996\78), referida también a esta misma materia, afirmó: La ejecución inmediata de un acto administrativo es, pues, relevante desde la perspectiva del art. 24.1 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 de su denegación, y, si se ejercitó en el proceso, debe dar lugar en el mismo a la correspondiente revisión específica.

2) Debe diferenciarse, pues, tratándose de resoluciones administrativas, entre ejecutividad y actividad de ejecución. Lo primero expresa una calidad de dicha resolución, consistente en la posibilidad que permite de ser llevada a la práctica mediante actos materiales de ejecución. Mientras que lo segundo son esos propios actos materiales por los que se lleva a la práctica



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la resolución, y que son algo distinto de esta última, aunque arranquen de ella.

*El derecho a la tutela judicial efectiva se satisface, como se ha dicho, cuando, antes de la ejecución, se permite someter a la decisión de un Tribunal la ejecutividad, para que éste resuelva sobre la suspensión. Y, por tanto, se vulnera ese derecho fundamental, no cuando se dictan actos que gozan de ejecutividad, **sino cuando, en relación a los mismos, se inician actos materiales de ejecución, sin ofrecer al interesado la posibilidad de instar la suspensión de esa ejecutividad***.

Lo que impone el derecho a la tutela judicial efectiva es, pues, que la ejecutividad del acto pueda ser sometida a la decisión de los Tribunales, pero no afecta a tal ejecutividad. Lo que debe permitir la Administración, con carácter previo a la ejecución de sus actos, es que el particular afectado pueda solicitar la suspensión de su eficacia. En este sentido, pueden señalarse los siguientes ejemplos jurisprudenciales de aplicación práctica de esta doctrina constitucional:

- La Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de mayo de 1996 estima el recurso de amparo en un supuesto en que el día 13 de mayo se notificó que la ejecución de la sanción impuesta tendría lugar el día 20 de mayo. Afirma el Tribunal lo siguiente:

*“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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*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 art. 24.1 de la CE, se reinterpreten los preceptos aplicables como también dijimos en la STC 66/1984. «Por ello hemos declarado ... que el derecho a la tutela se satisface facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste resuelva sobre la suspensión» (STC 148/1993)...***

*Y aunque también es cierto que en el proceso de impugnación del acto sancionador (cuya situación procesal no consta) podría obtenerse no sólo una resolución de fondo sobre su legalidad, sino, eventualmente, un Acuerdo de suspensión, éste sería evidentemente tardío y entre tanto se habría consumado la indefensión del sancionado en cuanto a su solicitud de suspensión del acto que no hubiera podido ser ya revisada por el Tribunal competente. **Ello lesiona, de modo evidente, el art. 24.1 CE al impedir el acceso de dicha petición al Juez y, en consecuencia, hace que proceda la estimación del amparo**”.*

Lo que se declara contrario al derecho a la tutela judicial efectiva es que, por el escaso tiempo que medió entre la notificación del acto de ejecución y la fecha prevista para tal ejecución, la ejecutividad del acto no haya podido ser cuestionada ante los Tribunales.

Un supuesto parecido es el contemplado en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1997. La Administración dictó resolución con fecha 24 de noviembre, notificada el 9 de diciembre, comunicando la demolición de unas instalaciones el 10 de diciembre de 1992 a las 9 horas. Dice el Tribunal lo siguiente



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“el recurso deducido por doña Josefa S. B. se dirigió tanto contra el acto de ejecución como contra el momento en que se notificó, que impidió al administrado ejercitar su derecho a la tutela judicial efectiva que le concede el artículo 24.1 de la Constitución, que es también una tutela cautelar, de modo que la actuación de la Administración debe permitir siempre que, al acudir a los Tribunales, los interesados puedan solicitar y obtener dicha tutela cautelar, que el momento en que se notificó la comunicación de 24 de noviembre de 1992 (el día anterior a la demolición) hacía muy difícil si no imposible...

En efecto, reconocida por la Ley la ejecutoriedad de los actos administrativos, no puede la Administración con su actuación eliminar de manera absoluta la posibilidad de adoptar medidas cautelares dirigidas a asegurar la efectividad de una eventual sentencia estimatoria, cuando el interesado ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la actuación administrativa. A este respecto debemos reiterar que la notificación de la orden de demolición de unas instalaciones, verificada el día anterior al fijado para dicho acto de ejecución, dificulta extraordinariamente la posibilidad del ciudadano de obtener de los Tribunales una tutela cautelar, que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva que establece el artículo 24.1 de la Constitución”.

2. Consecuencias de la doctrina expuesta

La doctrina expuesta supone que, garantizada por la Administración la posibilidad de cuestionar ante la jurisdicción la ejecutividad de un acto, tal ejecutividad no se ve afectada. En este sentido, no puede admitirse la tesis de Telefónica, en los términos absolutos en que está formulada, de que solicitada la suspensión y mientras se tramita la pieza separada, el acto no es ejecutivo, pues tal tesis supondría:

- Que en tanto no se interponga recurso, el acto es plenamente ejecutable. Esta conclusión sería contraria al verdadero alcance de la doctrina jurisprudencial expuesta, que exige a la Administración no poner “obstáculos insalvables” a la revisión judicial de la ejecutividad inmediata de su acto administrativo. El acto será ejecutable transcurrido un tiempo razonablemente suficiente (a valorar en cada caso) para que el particular pueda cuestionar judicialmente su ejecutividad.
- Que la ejecutividad o no del acto dependería de la exclusiva voluntad del administrado. Teniendo en cuenta que el recurso contencioso-administrativo puede interponerse en un plazo de hasta dos meses



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

desde la notificación del acto, la Administración habría de abstenerse de ejecutar el acto en ese tiempo a la espera de que el particular decida (si es que lo decide) interponer el recurso y solicitar la suspensión del acto. Más aún, dado que la suspensión puede solicitarse en cualquier momento del procedimiento (no sólo en el escrito de interposición, ex artículo 129 de la LJCA) podría darse la paradójica situación de que la Administración hubiera comenzado la ejecución de un acto de efectos permanentes (por ejemplo, la Oferta de Interconexión de Referencia de 9 de agosto de 2001) y se viera obligada a suspender tal ejecución por el solo hecho de que, en el escrito de demanda o incluso inmediatamente antes de dictarse sentencia sobre el fondo del asunto, el interesado solicitara la suspensión de la ejecución. Lógicamente, el principio de autotutela administrativa (cuyo fundamento último, no se olvide, es la protección de los intereses generales inherentes a toda la actuación administrativa) se compadece muy mal con la tesis de Telefónica.

- Que el auto que estimara la petición de suspensión no habría de “acordar” la suspensión, sino “ratificarla”. Si el efecto suspensivo se produce con la simple petición de suspensión, el auto debería limitarse a confirmar esa suspensión; el que desestimara la suspensión no habría de “denegar” tal suspensión, sino “dejar sin efecto” la producida por la mera petición de suspensión. Sin embargo, la práctica de los Tribunales, como no podía ser de otra forma, no es esa. El acto es plenamente ejecutivo, no obstante la petición de suspensión (siempre que se haya dejado la posibilidad real de solicitar tal suspensión), por lo que el auto de suspensión acuerda la misma, dejando sin efecto tal ejecutividad, y el que deniega la suspensión deja subsistente tal ejecutividad.

En este sentido, resultaría superflua la cita por esa Comisión de supuesto concretos decididos por la jurisprudencia acerca del carácter constitutivo del auto de suspensión (que es el que modifica el estado de cosas, al suspender la ejecutividad) y del carácter declarativo de los autos de denegación de medidas cautelares (que se limitan a mantener el estado de cosas existente –ejecutividad-). Todos los autos de medidas cautelares adoptados por los Tribunales españoles tienen este alcance. A título de simple ejemplo, puede citarse el auto del Tribunal Supremo de 1 octubre 2001, que contempla un supuesto de petición de suspensión, articulada incluso por la vía de urgencia del artículo 135 de la LJCA, indicando que *“en el conflicto de intereses planteado se nos muestra como más digno de protección, en principio, el nuevo texto actualizado del Estatuto, en los términos que exponíamos, **cuya vigencia, en su caso, cesaría de modo inmediato, si fuere estimada la pretensión actualizada**, es por todo ello, por lo que y no*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

existiendo además circunstancias de especial urgencia, que puedan amparar la medida cautelar provisionalísima, procede concluir afirmando la improcedencia de la misma, lo cual no obsta, sin embargo, a que continúe en pieza separada el incidente cautelar ordinario, con audiencia de la parte contraria, en el que con mayor conocimiento de todas las circunstancias concurrentes y existiendo la necesaria contradicción procesal, que ahora no existe, podrá resolverse sobre la normal suspensión del acto impugnado en el recurso contencioso-administrativo, el cual desde luego deberá ser tenido por interpuesto y admitido para su tramitación". Es decir, la vigencia de la norma no se ve afectada por la petición de suspensión; sólo se vería afectada por el auto que la acordara.

A mayor abundamiento, baste decir que, de ser correcta la tesis de Telefónica, habría bastado al legislador, en cualquier momento posterior a la elaboración jurisprudencial de la doctrina de la tutela cautelar, disponer expresamente (en la propia Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) que "la solicitud de suspensión de la ejecución de la resolución recurrida produce tal suspensión". El hecho de que no exista norma alguna que prevea tal consecuencia es la mejor manifestación de lo erróneo de la citada tesis. Y es que cuando el legislador quiere, en materia de suspensión, imponer reglas especiales, lo hace de manera expresa. Así lo hizo el legislador constitucional, en un supuesto de legitimación extraordinariamente cualificada, al indicar en el artículo 161.2 de la Constitución que la impugnación por el Gobierno ante el Tribunal Constitucional de las disposiciones o resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas "producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses".

3. Alcance del artículo 135 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Hasta este momento se han sentado dos principios:

- Por una parte, el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a la tutela cautelar, obliga a la Administración a no poner obstáculos insalvables a la revisión judicial de la ejecutividad de sus actos. El particular ha de poder solicitar judicialmente la suspensión del acto.
- De otra parte, el acto es inmediatamente ejecutivo y sólo cesa tal ejecutividad con el auto de suspensión.

En este punto, debe traerse a colación el artículo 135 de la LJCA, que señala que "El Juez o Tribunal, atendidas las circunstancias de especial urgencia que concurren en el caso, adoptará la medida sin oír a la parte



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

contraria. Contra este acto no se dará recurso alguno. En la misma resolución, el Juez o Tribunal convocará a las partes a una comparecencia, que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes, sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada. Celebrada la comparecencia, el Juez o Tribunal dictará auto, el cual será recurrible conforme a las reglas generales”.

Este precepto regula lo que se han venido a denominar “medidas cautelares provisionálísimas”, figura no contemplada en la Ley de Jurisdicción de 1956 y que, sin embargo, fue objeto de creación y desarrollo jurisprudencial.

No obstante, antes de referirnos al alcance de este precepto, ha de rebatirse la tesis de Telefónica, para quien la solicitud de suspensión por el procedimiento ordinario o por el de urgencia no tiene relevancia alguna. Si así fuera, ¿qué sentido tendría la inclusión en la ley de este artículo 135 y qué sentido tiene la copiosa jurisprudencia que, antes de la Ley de 1998, permitió las medidas cautelares sin audiencia de la parte contraria en los casos de urgencia? Ninguno. En efecto, según la tesis de Telefónica, dado que la simple petición de suspensión suspende la eficacia del acto, no tendría ningún sentido este artículo: el acto ya estaría suspendido por la sola petición, por lo que, sea cual fuera la urgencia que el recurrente apreciara para solicitar tal suspensión, la misma ya se habría producido. El particular, pues, no tendría ningún interés en solicitar un pronunciamiento urgente del órgano jurisdiccional, pues la eficacia del acto ya estaría suspendida¹. Siguiendo la tesis de Telefónica, sólo tendría sentido articular una fórmula para que la Administración autora del acto reclamara de la autoridad judicial (en caso de daño grave para los intereses generales derivado de la suspensión de la ejecución del acto provocada por la simple petición de suspensión) un pronunciamiento urgente de levantamiento de la medida de suspensión.

No es este, lógicamente, el sentido y alcance del artículo 135 y de la sólida doctrina jurisprudencial que provocó su inclusión en la LJCA de 1998. El alcance del artículo 135 es, precisamente, **conciliar el principio de ejecutividad de los actos administrativos con el derecho a la tutela cautelar**. Es decir, siendo el acto administrativo ejecutivo desde el momento

¹ Sólo tendría sentido para el particular invocar el artículo 135 si solicitara medidas cautelares respecto de actos de contenido negativo (denegaciones de licencias, permisos o autorizaciones). Sólo en este caso, invocando razones de urgencia, tendría interés en obtener un pronunciamiento urgente del órgano jurisdiccional. Sin embargo, como ha declarado el Tribunal Supremo (auto de 14 de septiembre de 2000), estas “medidas cautelares positivas” (que se traducirían en un otorgamiento provisional de la licencia, autorización o permiso) se refieren a actos que “no comportan alteraciones en la situación jurídica de las recurrentes que merezcan la consideración de extraordinarias o imprevisibles, por lo que no pueden ser valoradas como una perturbación de tal entidad que se reparación exija una decisión inmediata sin esperar a la normal tramitación del incidente cautelar”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que se dicta, la vía abierta por el artículo 135 permite al particular instar la valoración urgente por el órgano jurisdiccional de su pretensión cautelar, evitando así que la ejecución material del acto pueda causarle perjuicios de naturaleza irreparable.

Esta interpretación del alcance del artículo 135 no es ni original ni novedosa, como indica Telefónica, sino sólidamente constatada a nivel doctrinal y jurisprudencial. Varios ejemplos pueden darse en este sentido:

- En una obra de comentarios a la elaboración parlamentaria de la LJCA, uno de sus ponentes² indica lo siguiente: *“Se estimaba que **la finalidad de las medidas precautelares no es otra que dotar de eficacia a la tutela cautelar, impidiendo que ésta llegue demasiado tarde** y valorábamos que lo más adecuado para esta finalidad no es el juicio precautelar generalizado sino un juicio cautelar rápido para lo cual debe otorgarse al Juzgador la facultad de flexibilizar el procedimiento, pudiéndole dar la configuración que exija cada caso concreto en atención a la urgencia de la tutela cautelar. Por ello, nos parecía más correcto introducir la posible adopción de medidas “in audita parte” pero siempre y cuando concurran o se atiendan “circunstancias de especial urgencia”, convocando en este caso inmediatamente a las partes a una comparecencia, de modo que se posibilita que el órgano jurisdiccional pueda apreciar y justificar tal urgencia y, en razón de la misma, no sólo acortar los plazos de alegaciones sino incluso suprimir es trámite, si bien el derecho de defensa se salvaguarda concediendo un trámite de alegaciones tras el que el Juzgador ratificará, levantará o modificará la medida adoptada “in audita parte””.*

Si se trata de evitar que la tutela cautelar “llegue demasiado tarde” es porque el acto recurrido es ejecutivo y ejecutable; si se admitiera la tesis de Telefónica, no serían necesarias medidas precautelares, pues la sola solicitud de suspensión suspendería la ejecución y nunca la tutela cautelar “llegaría tarde”.

- En una obra de comentarios a la Ley de la Jurisdicción³, se indica lo siguiente:

*“La justificación de las denominaciones medidas cautelares provisionales **enlaza con la efectividad predicable del derecho a la tutela judicial efectiva y, consecuentemente, del derecho a la tutela cautelada.** En efecto, la tutela judicial ha de ser, por imperativa constitucional “efectiva” y la medida en que lo sea o no depende, como*

² López Medel: “La elaboración parlamentaria de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, páginas 187 y 188.

³ Enrique Arnaldo y Rafael Fernández. El Consultor. 1998. Pags. 1343 y 1344



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

manifiesta el Tribunal Constitucional en su sentencia 238/1992, de 17 de diciembre, de la “suficiencia de las potestades atribuidas por la Ley a los órganos del poder judicial para, efectivamente, salvaguardar los intereses y derechos cuya protección se demanda”.

*La adopción de cualquier medida cautelar exige un procedimiento contradictorio en el que, tras dar audiencia a todos los interesados, el órgano jurisdiccional concluye dictando la correspondiente resolución accediendo o denegando la medida solicitada. El referido procedimiento requiere a su vez un período de tiempo para su tramitación y resolución – 10 días para la sustanciación y 5 días para la resolución, según el artículo 131 de la nueva Ley-. **Durante dicho plazo el acto o disposición administrativa siguen produciendo efectos de conformidad con el principio de ejecutividad.** En definitiva, el derecho del recurrente a obtener una resolución sobre su petición de tutela cautelar puede verse frustrado si la Administración procede a ejecutar el acto antes de que el Tribunal se pronuncie sobre la medida cautelar instada.*

El problema puede adquirir mayores dimensiones si la Administración notifica la resolución con escasa antelación a la fecha en que pretende su ejecución, o la propia naturaleza de la actuación administrativa impone su inmediata ejecutividad (por ej. Una declaración de ruina inminente), o, en fin, si la Administración no fija fecha para la ejecución del acto. Puede suceder también que el administrado, fraudulentamente, interponga el recurso en el último momento buscando forzar al órgano jurisdiccional a adoptar la medida cautelar sin dar audiencia a la Administración o el resto de los interesados.

Algunos ordenamientos disponen, con carácter general, la suspensión automática de la ejecutividad del acto administrativo una vez que se interpone el recurso jurisdiccional (66), asegurado así que el órgano judicial pueda pronunciarse sobre las medidas cautelares instadas, criterio que no acogió la Ley de la Jurisdicción de 1956 donde, por el contrario, se estableció expresamente en el artículo 122 que la interposición del recurso no impediría a la Administración ejecutar el acto o la disposición objeto del mismo, salvo que el Tribunal acordara, a instancia del actor, la suspensión.

Sin embargo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, apoyándose en la disposición adicional sexta de la Ley Jurisdiccional –que prevenía la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil en lo no previsto en su texto- dio carta de naturaleza a una práctica, ya generalizada en algunos tribunales inferiores, consistente en aplicar supletoriamente el artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para reconocer expresamente la posibilidad de acordar la suspensión con carácter provisionalísimo, incluso inaudita parte, siempre que la eficacia de la medida de suspensión así lo exigiera, a



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

los efectos de no frustrar la pretensión suspensiva instada al interponer el recurso, y entre tanto se tramitaba y resolvía la correspondiente pieza de suspensión”.

- El Consejo de Estado, en su informe al Anteproyecto de LJCA señaló lo siguiente en los comentarios al (entonces) artículo 126: ***“Su apartado 2 regula las llamadas “medidas cautelares provisionálísimas, cuya razón de ser está en asegurar la efectividad de la medida cautelar de suspensión que pudiera, en su caso, adoptarse... Aun valorando muy positivamente la previsión de estas medidas provisionálísimas, convendría retocar la redacción del precepto a fin de que recogiera los siguientes extremos: ... c) mayor flexibilidad en cuanto al plazo de tres días para la audiencia, pues puede hacer ineficaz lo pretendido en casos de peligro urgente e inminente que no admiten dilación”.*** Ningún perjuicio se causaría si la sola solicitud de suspensión, como dice Telefónica, suspendiera la ejecución.

- El Consejo General del Poder Judicial, en su informe al Anteproyecto de LJCA señaló lo siguiente: ***“La suspensión provisionálísima tiene su origen en sendos autos del Tribunal Supremo de 2 y 19 de noviembre de 1993 respectivamente. En dichas resoluciones el alto Tribunal, tras declarar la aplicación supletoria del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, concluye, no sin discrepancias, en la posibilidad de acordar la medida de suspensión con carácter provisionálísimo, incluso “inaudita parte” cuando su eficacia así lo exija, a los efectos de no frustrar la resolución de la pretensión suspensiva instada al interponer el recurso y entre tanto se tramite y resuelve sobre la medida cautelar definitiva en la correspondiente pieza de suspensión. Los presupuestos a los que ha de atenderse el Tribunal para acordar la suspensión, según el Tribunal Supremo, son los propios de la suspensión ordinaria, a saber, la ponderación de intereses, la apariencia de buen derecho, la nulidad del acto, la irreparabilidad de los perjuicios, el quebranto para los intereses públicos... etc⁴”.***

Añade el Consejo General del Poder Judicial que ***“El problema fundamental que plantea la suspensión provisionálísima, extensivo además al resto de las medidas cautelares, es el relativo al cumplimiento del trámite de audiencia. La imposibilidad de articular el trámite de audiencia puede ser imputable a la propia Administración –que, en ocasiones, notifica el acto***

⁴ En igual sentido, el Auto del Tribunal Supremo de 2 marzo 2000 indica que “La medida provisionálísima que regula el artículo 135 de la Ley de la Jurisdicción ha de conectarse con lo establecido en el artículo 130, según el cual: la medida cautelar, en este caso de suspensión, se adoptará únicamente cuando la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso; dicha medida debe acordarse previa valoración de todos los intereses en conflicto; y podrá denegarse cuando de su adopción pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Tribunal ponderará de forma circunstanciada”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

administrativo pocos días antes de la fecha en que pretende su ejecución- o al particular –que, a veces, espera a los últimos días del plazo para interponer el recurso y solicitar la medida cautelar, pretendiendo así la suspensión provisionalísima de una resolución inmediatamente ejecutiva-. También es posible que en algunos supuestos la propia naturaleza de la actuación administrativa imponga su inmediata ejecución (piénsese en un declaración de ruina inminente”.

El Consejo General del Poder Judicial, partiendo de la esencia de estas medidas provisionalísimas (que no es otra que posibilitar un rápido enjuiciamiento de la ejecutividad de un acto), se cuestiona su posible supresión, indicando que **“habría que cuestionarse si la referida prohibición sería contraria al artículo 24 de la Constitución**, ya que el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto expresamente que “la tutela judicial ha de ser, por imperativo constitucional, efectiva, y que la medida en que lo sea o no ha de hallarse en la suficiencia de las potestades atribuidas por la Ley a los órganos del Poder Judicial para, efectivamente, salvaguardar los intereses y derechos cuya protección se demanda” (STC 238/1992), de tal forma que la tutela judicial no es tal “sin las medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso””.

Finalmente, recomienda que se de audiencia a todos los interesados “siempre que no se desvirtuara con ello la propia esencia del instituto cautelar”.

Para concluir con este análisis del alcance del artículo 135 de la Ley Jurisdiccional y del alcance del derecho a la tutela cautelar, puede traerse a colación el auto del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1999, dictado en un recurso interpuesto por la propia Telefónica. Telefónica recurre el Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de diciembre de 1998, sobre ampliación de dieciséis a veinticuatro meses de la moratoria que, en el sector de las telecomunicaciones por cable, dispuso la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, que modificó la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de Telecomunicaciones por Cable (acuerdo previamente informado por esta Comisión).

En el escrito de demanda presentado el 10 de abril de 1999, y al amparo del artículo 135 de la Ley Jurisdiccional, solicita la medida cautelar consistente en la suspensión de la eficacia jurídica del Acuerdo impugnado, justificando la urgencia de su adopción por haber entrado en vigor, en determinadas circunscripciones, con fecha 7 de diciembre de 1998, en que le fue notificado dicho Acuerdo, el plazo de la moratoria.

Dice el Tribunal Supremo lo siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*TERCERO.- El otorgamiento de las medidas cautelares según la previsión contenida en el artículo 135 de la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que esta Sala puede dispensar (a reserva de su ulterior ratificación, modificación o levantamiento) sin oír a la Administración ni a las partes codemandadas, tiene como presupuesto habilitante que concurra una «especial urgencia» en la necesidad de su adopción. La tutela cautelar «inaudita altera parte» a que se refiere el artículo 135 citado sólo es posible, pues, **ante circunstancias que pongan de manifiesto una urgencia excepcional o extraordinaria, esto es, de mayor intensidad que la normalmente exigible para la adopción de medidas cautelares que, según los trámites ordinarios, se produce al término del incidente correspondiente**, con respeto del principio general de audiencia de la otra parte. La nueva ley consiente que se sacrifique, de manera provisional, dicho principio de contradicción sólo **cuando las circunstancias de hecho no permitan, dada su naturaleza, esperar ni siquiera a la sustanciación de aquel incidente procesal.***

CUARTO.- Al margen de otras consideraciones que pudieran hacerse, la propia conducta procesal de la empresa recurrente pone de manifiesto que no existe, en este caso, dicha urgencia especial. «Telefónica, SA» tuvo conocimiento ya en octubre de 1998 de la propuesta formulada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones respecto a la prórroga de la moratoria, sobre la que formuló observaciones. Recibió la notificación del Acuerdo del Consejo de Ministros, consecuente a la propuesta de aquella Comisión, el 7 de diciembre de 1998 y no lo recurrió hasta el 11 de enero del año siguiente. En su escrito de interposición del recurso no solicitó -como podía haberlo hecho- medida cautelar alguna. Recibió asimismo el traslado para demanda el 17 de marzo de 1999 y no formuló dicho escrito -en cuyo otrosí pide la adopción de la medida- hasta el 10 de abril del mismo año. La consecuencia de todo ello es que, de los ocho meses de prórroga de la moratoria, han transcurrido ya cuatro sin que la empresa actora haya considerado necesario recabar la tutela cautelar otorgable en casos de especial urgencia, a través del artículo 135 de la nueva Ley Jurisdiccional. Esta demora en recabar la aplicación de la posibilidad excepcional prevista en el artículo 135 de la nueva Ley no casa bien con los motivos en que se apoya ahora dicha pretensión cautelar, que se refieren a las mismas circunstancias de hecho existentes ya en diciembre de 1998: si había especial urgencia, la había entonces y, si no existía en aquella fecha, tampoco existe ahora, no habiéndose modificado -repetimos- las circunstancias concurrentes

QUINTO.- La defensa de la empresa recurrente es consciente de esta realidad, que trata de justificar aduciendo que, si no solicitó en el escrito inicial la medida cautelar, fue debido a su voluntad de conocer previamente



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*el expediente administrativo para fundar con rigor su pretensión. Tal alegación no es de recibo pues, de un lado, el documento básico de dicho expediente (la propuesta preceptiva de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones) lo tenía en su poder desde octubre de 1998; de otro lado, el conocimiento del expediente administrativo puede ser útil, en efecto, para fundamentar adecuadamente la demanda, pero no es necesario en absoluto para recabar el otorgamiento de la tutela cautelar y menos aún de la tutela cautelar especial a que se refiere el artículo 135 tan citado. **Si la razón de ser de este último es, ante una situación de urgencia especial, evitar las consecuencias irreparables eventualmente derivadas de tramitar el incidente cautelar ordinario (diez días, como máximo, para sustanciar y cinco para resolver), no parece lógico ni coherente con la invocación de aquella especial urgencia dejar que transcurran cuatro de los ocho meses de prórroga de la moratoria para, sólo entonces, solicitar de la Sala la suspensión cautelar de aquélla antes de oír a la Administración y a las demás partes personadas, a quienes beneficia la prórroga y perjudica directamente su suspensión.***

SEXTO.- No es posible, pues, apreciar la concurrencia en este caso de la «especial urgencia» a que se refiere el artículo 135 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Procede, por el contrario, de conformidad con lo también solicitado en el otrosí del escrito de demanda, sustanciar en pieza separada el incidente cautelar ordinario según lo dispuesto en el artículo 131 de aquella Ley”.

Como es lógico, desde la fecha de la moratoria y durante la sustanciación de esa pieza cautelar ordinaria, el acto recurrido, es decir, la citada moratoria, fue plenamente ejecutivo, sin que Telefónica pudiera prestar sus servicios.

Finalmente, ha de hacerse una observación especial respecto de las resoluciones por las que se adoptan medidas cautelares (como es una de las resoluciones infringidas a que se refiere el presente procedimiento). La adopción de una medida cautelar tiene, como presupuesto inexcusable, por imperativo del artículo 72 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, la urgencia en su adopción para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer. La ejecutividad inmediata (a salvo del derecho a solicitar la tutela cautelar), intrínseca a la medida cautelar, se compadece muy mal con la tesis de Telefónica pues, si como ella sostiene, la mera solicitud de suspensión suspende la ejecución, bastaría solicitar la medida cautelar, por los trámites ordinarios, poco antes de vencer el plazo de dos meses de interposición del recurso, y esperar a la resolución de la pieza separada de medidas cautelares. En tales supuestos, podría ocurrir que la medida cautelar no fuera nunca eficaz, pues la resolución final del procedimiento (que extingue la eficacia de la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

medida cautelar, ex artículo 72.4 de la LRJPAC) podría llegar a dictarse (de hecho se dictó el pasado 10 de octubre) antes de resolverse la petición de la medida cautelar (que a día de hoy no ha sido resuelta). Si es inherente a la adopción de la medida cautelar la urgencia de tal adopción, es inexcusable que el interesado se oponga a tal ejecución, si es que realmente le perjudica, utilizando la vía de urgencia del artículo 135 de la LJCA; en otro caso, mientras se tramita la pieza separada de suspensión por los trámites ordinarios, la medida cautelar ha de ser, por su propia naturaleza, ejecutable.

4. Conclusión

A la luz de lo expuesto, puede concluirse lo siguiente:

- El derecho a la tutela judicial efectiva se satisface posibilitando que el interesado puede someter la ejecutividad del acto a la revisión judicial. Toda actuación administrativa que haga realmente imposible esa revisión judicial atenta al derecho a la tutela judicial efectiva.
- El acto administrativo es plenamente ejecutivo desde que se dicta, sin perjuicio de que la Administración debe abstenerse de realizar actos materiales de ejecución en tanto en cuanto no se haya dado al interesado la oportunidad de solicitar judicialmente la medida cautelar.
- El interesado, dado el interés público inherente a la ejecución de los actos administrativos, ha de actuar diligentemente en la solicitud de adopción de medidas cautelares.
- La vía prevista en nuestro ordenamiento jurídico para obtener el inmediato pronunciamiento judicial en los supuestos en que la ejecución inmediata del acto pudiera hacer ineficaz la tutela cautelar, dando satisfacción a este derecho, es la solicitud de medidas cautelares provisionalísimas del artículo 135 de la Ley Jurisdiccional. A través de ese cauce, sin audiencia de la parte contraria si las circunstancias lo aconsejan, se podrá acordar la suspensión de la ejecución del acto.
- La solicitud de suspensión por la vía ordinaria presupone que no existe una situación de urgencia especial ni hay que **“evitar las consecuencias irreparables eventualmente derivadas de tramitar el incidente cautelar ordinario”**, como indicó el Tribunal Supremo al denegar la suspensión provisionalísima solicitada por Telefónica. Esas “consecuencias irreparables” no son otras que las que se pudieran derivar de la ejecución del acto, que es posible y legítima mientras se tramita la pieza separada.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

5. Aplicación de la citada doctrina constitucional al presente expediente

Esta Comisión entiende que su actuación en el presente procedimiento no ha vulnerado el derecho de Telefónica a la tutela cautelar, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva.

A este respecto, conviene sumariamente recordar los siguientes hechos (que figuran como hechos probados de esta resolución):

- La primera de las resoluciones infringidas se aprobó el 9 de agosto de 2001 y entró en vigor, en lo que a la interconexión por capacidad se refiere, sesenta días naturales después de su entrada en vigor el 18 de agosto de 2001 (fecha de su publicación en el BOE). En ese periodo de tiempo (casi dos meses y medio), Telefónica no solicitó su suspensión, ni la administrativa (en el recurso de reposición que interpuso ante esta Comisión), ni la judicial (ni por la vía ordinaria ni la urgente del artículo 135 de la LJCA). La petición de suspensión se produjo cinco meses y medio después, el día 1 de febrero de 2002, con ocasión de la interposición del recurso contencioso-administrativo. Telefónica solicitó la suspensión por los trámites ordinarios, si bien es cierto que en la alegación sexta del otrosí tercero invoca el artículo 135. Sin embargo, como conoce Telefónica, la práctica forense exige que la suspensión provisionalísima se solicite en otrosí distinto e independiente de la suspensión ordinaria (razón por la cual, previsiblemente, la Audiencia Nacional, a día de hoy, no se ha apercibido de tal solicitud ni se ha pronunciado aún sobre esa solicitud de suspensión provisionalísima formulada el día 1 de febrero). Además, Telefónica en ningún momento ha reiterado ante la Audiencia su petición. En cualquier caso, ha de indicarse que Telefónica invoca la urgencia en la adopción de la medida cautelar cinco meses y medio después de conocer el acto recurrido. Tomando en cuenta el auto del Tribunal Supremo antes transcrito, relativo al recurso de Telefónica contra la prórroga del plazo de la moratoria, *“esta demora en recabar la aplicación de la posibilidad excepcional prevista en el artículo 135 de la nueva Ley no casa bien con los motivos en que se apoya ahora dicha pretensión cautelar, que se refieren a las mismas circunstancias de hecho existentes ya en diciembre de 1998: si había especial urgencia, la había entonces y, si no existía en aquella fecha, tampoco existe ahora, no habiéndose modificado -repetimos- las circunstancias concurrentes”*. La conclusión de ello, no lo olvidemos, es la tramitación de la pieza por los cauces ordinarios, subsistiendo entre tanto la posibilidad de ejecutar el acto recurrido.

La resolución de 22 de noviembre de 2001, que desestima el recurso de reposición contra la OIR (Telefónica no había solicitado, al amparo del artículo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

111, su suspensión) es también recurrida, conjuntamente con la OIR, el 1 de febrero de 2002.

La conclusión que puede extraerse, de la doctrina constitucional expuesta es que, a día de hoy, esta resolución es susceptible de ejecución, y su incumplimiento es sancionable por esta Comisión.

- La ejecutividad de la resolución es ratificada en la resolución de 21 de febrero de 2002, también incumplida. Esta resolución es recurrida el 22 de marzo de 2002, con solicitud de suspensión pero sin invocar motivos de urgencia al amparo del artículo 135 de la LJCA. Por lo tanto, al no haber apreciado Telefónica razones de urgencia, derivadas de la ejecución inmediata del acto, que pudieran frustrar la decisión que sobre la suspensión se adoptara en la pieza separada, la resolución es inmediatamente ejecutable y no obsta a esa ejecutividad el hecho de que (aún a día de hoy) siga sustanciándose la pieza separada de medidas cautelares.

Se ha respetado plenamente por esta Comisión el derecho a la tutela cautelar de Telefónica, principalmente porque esta resolución se limita a ratificar la de 9 de agosto de 2001.

- La tercera resolución infringida (medidas cautelares en el conflicto con Lince) se adoptaron el 28 de febrero de 2002. Esta resolución es recurrida el 22 de marzo de 2002, con solicitud de suspensión pero sin invocar motivos de urgencia al amparo del artículo 135 de la LJCA. Por lo tanto, la resolución es inmediatamente ejecutable y no obsta a esa ejecutividad el hecho de que (aún a día de hoy) siga sustanciándose la pieza separada de medidas cautelares.

Debe destacarse que lo que prohíbe la doctrina constitucional a que se refiere el presente fundamento de derecho es que la Administración realice actos de ejecución material antes de posibilitar al interesado el enjuiciamiento por los Tribunales de la ejecutividad inmediata del acto. Esta Comisión, como bien destaca Telefónica, no ha ejecutado forzosamente ninguna de esas resoluciones hasta la fecha (entre otras razones, por la falta de habilitación legal para imponer multas coercitivas y porque los demás medios de ejecución se compadecen mal con el contenido de los citados actos, que exigen delicadas actuaciones materiales en la red de Telefónica).

No obstante, ha de reconocerse que puede equipararse a esos actos de actuación material (en cuanto presupone la ejecutividad inmediata de los actos) la apertura, tramitación y resolución por esta Comisión del presente procedimiento sancionador. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta lo siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- El presente expediente sancionador se ha abierto con fecha 29 de abril de 2002, es decir, ocho meses después de la resolución de 9 de agosto de 2001, que introduce el modelo de interconexión por capacidad en su modalidad combinada, y dos meses después de las otras dos resoluciones (que, no lo olvidemos, se limitan a recordar, la primera con carácter general y la segunda en el supuesto peculiar de Lince, la vigencia del modelo de interconexión por capacidad en su modalidad combinada). Se ha dado, pues, a Telefónica, tiempo más que suficiente para recabar la tutela cautelar.

- A partir de 29 de abril de 2002 y hasta la fecha, Telefónica no ha puesto de manifiesto ante la Audiencia Nacional que circunstancias sobrevenidas (como pudiera ser la apertura de este expediente sancionador, en cuanto revela la ejecutividad de las tres resoluciones recurridas) exigen el inmediato pronunciamiento de una medida cautelar de suspensión. Simplemente, ha esperado la tramitación de las piezas separadas por los cauces ordinarios.

En definitiva, ha de afirmarse que esta Comisión ha respetado escrupulosamente el derecho a la tutela cautelar de Telefónica. Telefónica, además, no ha manifestado especial interés ni ha mostrado diligencia alguna en obtener un rápido pronunciamiento que suspendiera la ejecución de los actos que, como se ha justificado, **son y han sido plenamente ejecutivos y ejecutables.**

Como consecuencia de lo anterior, resulta meridianamente claro que no hay que entender suspendidas las citadas Resoluciones de la CMT, en tanto en cuanto se pronuncie la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional sobre las medidas cautelares solicitadas en el contexto de los correspondientes recursos contencioso-administrativo ante ella interpuestos. **Esta ejecutividad hace que su incumplimiento, por imperativo de la Ley General de Telecomunicaciones, pueda y deba ser sancionado por esta Comisión.**

6. Consideraciones adicionales.

Finalmente, y a mayor abundamiento, han de destacarse una serie de hechos que permiten concluir que Telefónica, en todas las incidencias que son objeto de este procedimiento, ha mostrado una sistemática actitud obstruccionista de la efectividad de las resoluciones dictadas por esta Comisión y que su invocación (incorrecta) de la doctrina constitucional acerca de la tutela cautelar no ha sido utilizada con la finalidad garantista con la que fue diseñada, sino que ha sido sino una pieza más de esa estrategia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A este respecto debe hacerse referencia al hecho probado cuarto de esa resolución, donde se indican los cambios de criterio de Telefónica respecto de la implantación del modelo de interconexión por capacidad. Es cierto, como alega Telefónica, que nada le impide variar sus alegaciones en las sucesivas actuaciones procesales, pero no es menos cierto también que el enérgico mantenimiento de una alegación, que después es abandonado en actuaciones posteriores, revela la poca credibilidad de la misma. Destacaremos, muy sumariamente, algunos de los hechos probados de esta resolución:

- Telefónica ha ejecutado la resolución de 9 de agosto de 2001 en algunos aspectos objeto de su petición de suspensión. Sirva a título de ejemplo el modelo de interconexión por capacidad en su modalidad "sólo Internet", cuya suspensión se solicitó y que, según la tesis de Telefónica, estaría suspendido en su ejecutividad. Sin embargo, Telefónica ha suscrito, como indica en su escrito de alegaciones, dos acuerdos de interconexión con relación a este servicio.
- Telefónica ha ejecutado el resuelve tercero de la medida cautelar adoptada en el conflicto con Lince, cuya suspensión también solicitó.

La conclusión que cabe extraer de estos hechos es que Telefónica sólo considera de aplicación la doctrina constitucional sobre la tutela cautelar en aquellos aspectos que tiene por conveniente, lo cual es inadmisibile.

- La primera vez que Telefónica se opone frontalmente al modelo de interconexión por capacidad en su modalidad combinada es el día 6 de febrero de 2002, cuando invoca la modificación operada en el Real Decreto-Ley 7/2000. Es decir, seis meses después de la aprobación de la O.I.R.
- Después de la interposición de recurso contra la resolución de 9 de agosto, con petición de suspensión (lo que, según Telefónica, provoca de manera inmediata la suspensión misma) ha aparentado negociar el modelo con diversos operadores, en una actitud que pretendía aparentar intención de negociar pero que, en realidad, se ha revelado como parte de la estrategia de bloqueo del modelo. Así, después del recurso de 1 de febrero de 2002, como resulta del hecho probado cuarto, ha mantenido negociaciones que, sin causa legítima, se han visto interrumpidas bruscamente por su exclusiva voluntad.
- El mismo día 22 de marzo de 2002 solicita a Lince información adicional (lo que da a entender voluntad de negociar) y alega ante la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Audiencia Nacional que la implantación del modelo (que se supone que negociaba ese mismo día con Lince) causa daños irreparables a la integridad de su red.

- Telefónica invoca por primera vez la doctrina constitucional sobre la tutela cautelar el 16 de abril de 2002, dos meses y medio después de solicitada la suspensión.

Estos hechos, detalladamente recogidos en el hecho probado cuarto, revelan una actitud obstruccionista de Telefónica a cumplir con las sucesivas resoluciones de esta Comisión. Permiten llegar a la conclusión de que Telefónica ha cambiado de criterio (manifestando voluntad de negociar en unos momentos, invocando en otros dificultades jurídicas, técnicas o económicas para interrumpir el proceso negociador) para oponerse a la implantación del nuevo modelo de interconexión por capacidad combinada con el fin de dilatar en el tiempo su aplicación efectiva, a sabiendas que con esa conducta obstruccionista no daría este nuevo servicio de interconexión en claro perjuicio para los operadores interesados en dicho servicio. La alegación de la doctrina constitucional sobre la tutela cautelar es un elemento más de esa estrategia dilatoria, pues no parece que pretendiera realmente que se suspendiera la ejecutividad de los actos (si así fuera, hubiera solicitado de la Audiencia Nacional un pronunciamiento urgente) sino justificar su actuación.

Concurre, por tanto, el requisito de culpabilidad en la actuación llevada a cabo por Telefónica, pues ha existido una clara actitud dilatoria y carente de buena fe para dar cumplimiento al mandato por ellas impuesto, así como la inexistencia de justificación legal alguna que avale dicha conducta, dando como resultado una clara culpabilidad en la realización de la infracción típica y sin que concurra causa alguna de exención de responsabilidad.

Por todo cuanto antecede cabe concluir que Telefónica es responsable directa de la infracción a la que se refiere el fundamento de derecho anterior.

CUARTO. Contestación a otras alegaciones de Telefónica en su escrito de fecha 23 de mayo de 2002.

En relación con las alegaciones presentadas por Telefónica en su escrito de fecha 21 de mayo de 2002, recibidos en esta Comisión el 23 del mismo mes y año (documento núm. 10), cabe significar lo siguiente:

1ª.- Alegación consistente en que, la relación de hechos que se hace en el Acuerdo de iniciación **no obedece a la realidad, y que se han omitido hechos** trascendentes para el examen de la conducta denunciada que se le imputa a Telefónica.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De los dos modelos de interconexión por capacidad que prevé la Resolución de 9 de agosto de 2001, uno sobre tráfico de interconexión separado de internet en un haz dedicado y otro que prevé la entrega combinada de tráfico de interconexión de voz e internet en un mismo haz, Telefónica tan solo se opone al segundo modelo previsto, pues considera que dicho modelo resulta contrario al ordenamiento jurídico y desaconsejable técnicamente su implantación al existir un riesgo de colapso en su red.

Por estas razones, se interpusieron por dicha entidad los correspondientes recursos contencioso-administrativos contra las mencionadas Resoluciones de esta Comisión y solicitándose al tiempo una medida cautelar consistente en la suspensión de las resoluciones recurridas, que está pendiente de resolver.

Precisamente, es este hecho relativo a la impugnación jurisdiccional de las Resoluciones de la CMT, junto a la petición de suspensión de las mismas, el que alega Telefónica que se ha omitido en la relación fáctica del acuerdo de inicio, invocando una falta de rigor en el presente procedimiento sancionador por considerar hechos de especial transcendencia para determinar si el comportamiento imputado es o no susceptible de ser sancionado administrativamente.

Esta alegación ha de ser rechazada por cuanto carece de objetividad la afirmación de que tales circunstancias son trascendentes para determinar si se ha producido la conducta infractora o no. En efecto, se trata de unos hechos cuya única relevancia a los efectos del presente procedimiento sancionador consiste simplemente en justificar la conducta realizada por Telefónica. Tal justificación podrá ser alegada por la parte inculpada en el seno del presente expediente como un argumento en su defensa, pero eso no significa que por ello sea necesario incluirlas en el acuerdo de inicio como un elemento fáctico imprescindible que haga que el mismo adolezca de una supuesta falta de rigor que la invalide.

El artículo 13.1 del Reglamento por el que se aprueba el Procedimiento Sancionador cuando regula la iniciación del procedimiento sancionador establece que: *"La iniciación de los procedimientos sancionadores se formalizarán con el contenido mínimo siguiente: (..) b) Los hechos sucintamente expuestos que motivan la incoación del procedimiento, su posible calificación y las sanciones que pudieran corresponder, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción."*

De acuerdo con este artículo, y como contenido mínimo, se establece que la relación fáctica del acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador consistirá en la exposición sucinta de los hechos que motivan la incoación del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mismo, con su calificación correspondiente, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción.

En el presente procedimiento, se acordó iniciar procedimiento sancionador con base en los hechos que se expusieron en la Resolución de fecha 29 de abril de 2002, los cuales a juicio de esta Comisión podrían ser constitutivos de una supuesta infracción administrativa.

Como ya se ha visto en el citado artículo 13.1 el contenido de la relación fáctica que en un principio se exponga en el acuerdo será sin perjuicio de los que resulten de la instrucción.

Por ello, cuestión diferente resulta si de la instrucción del procedimiento en cuestión se alegaran otros hechos que debieran ser tenidos en cuenta por el órgano instructor para su propuesta, pues en este caso se deberán valorar los mismos para realizar la propuesta que se elevará para su resolución, máxime si se trata como en este caso del argumento de su defensa, sin que por ello haya sido necesario haberlos incluido necesariamente en el acuerdo que dio origen al procedimiento.

En atención a ello, la omisión en la relación fáctica del acuerdo de iniciación de la circunstancia relativa a que por Telefónica se han interpuesto los correspondientes recursos contencioso-administrativos contra las mencionadas Resoluciones de esta Comisión, solicitándose al tiempo una medida cautelar consistente en la suspensión de las mismas, no hace que el presente procedimiento adolezca de falta de rigor, además de que, como más adelante se contestará, tales hechos no tienen trascendencia alguna y menos de carácter exculpatoria como la inculpada pretende darles a los efectos del presente expediente.

Finalmente, cabe recordar a Telefónica que en sus alegaciones también omite un hecho relacionado con los que ella ahora alega que es, la circunstancia de que mediante Acuerdos del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 4 de abril de 2002, se dictaron dos Resoluciones por las que se denegó sus dos solicitudes respecto a que se acordara como medida cautelar la suspensión de la ejecutividad de las Resoluciones de fecha 21 y 28 de febrero de 2002.

Por otro lado, Telefónica alega frente a los hechos que se le imputan que, en ningún momento ha existido un ánimo contumaz por su parte en incumplir las Resoluciones de la CMT que se citan en el acuerdo de iniciación ni se ha concretado en que consisten las maniobras dilatorias de Telefónica, teniendo en cuenta tan solo las manifestaciones interesadas vertidas por las empresas Lince Telecomunicaciones, S.A. (en adelante UNI2) y Aló



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Comunicaciones, las cuales presentan un escenario que no se corresponde con la realidad. Además, Telefónica manifiesta que en modo alguno ha rechazado sistemáticamente e injustificadamente las peticiones de la empresa UNI2, sino todo lo contrario, pues se dirigió por escrito al citado operador comunicando las razones por las que no podía atender sus peticiones, que se refieren a que contra las Resoluciones de la CMT se han interpuesto los oportunos recursos contencioso- administrativos, y han solicitado como medida cautelar la suspensión de las mismas, debiéndose entender suspendidas la ejecutividad de aquéllas, en tanto en cuanto se pronuncia el Tribunal correspondiente.

Como ha quedado acreditado en los hechos probados, Telefónica no realizó todos sus mejores esfuerzos para hacer efectiva la implantación de los enlaces por capacidad que le solicitó Lince y los demás operadores, resultando por ello del todo infructuosas las acciones de este operador tendentes a tal fin. Además, como ha quedado acreditado en el hecho probado segundo, en la conducta de Telefónica se aprecia claramente una actitud dilatoria y carente de buena fe para proceder a la migración de los enlaces pedidos por Lince al modelo de interconexión por capacidad.

Por último, respecto a los hechos que ahora se alegan relativos a los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra las resoluciones incumplidas en nada justifican la conducta que ahora se les imputa, pues carecen de base legal alguna que lo justifique como más adelante se contestará en el siguiente apartado.

2ª.- Alegación consistente en que Telefónica ha actuado con plena creencia **excluyente de toda culpabilidad.**

Telefónica alega en este apartado que no concurre el elemento de culpabilidad exigido por la jurisprudencia por ella expuesta, al haber actuado con plena creencia excluyente de todo tipo de culpabilidad.

Como ha venido exponiendo a lo largo de sus alegaciones, Telefónica considera que ha actuado en todo momento de buena fe y en la plena creencia de estar actuando dentro de la más estricta legalidad, respaldada y amparada por una consolidada jurisprudencia constitucional, por lo que no se le puede imputar un actuar doloso ni culposo (incluida la objetiva) y, por tanto, no podrá ser objeto de sanción alguna.

Cabe recordar que para la imposición de una sanción por la Administración se exige que el sancionado sea culpable de los actos sancionados; es decir, que le sea imputable la autoría de la infracción, aún a título de simple inobservancia, tal y como establece el artículo 130.1 de la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

LRJPAC. Además, en todo caso, el elemento subjetivo que la culpabilidad supone se refiere a la acción en que la infracción consiste y no a la vulneración de la norma, tal y como ha declarado reiteradamente la Jurisprudencia.

En el presente caso, además de esa voluntad del infractor necesaria para estimar la concurrencia de culpabilidad, concurre esa intención específica de infringir de forma consciente los mandatos impuestos por esta Comisión.

Como ya se ha dicho en el anterior fundamento jurídico de la presente propuesta de resolución, y que damos aquí por íntegramente reproducido en aras de la economía procesal, este elemento de la culpabilidad concurre en la actuación que ha llevado cabo Telefónica relativa a no dar cumplimiento a las citadas resoluciones de la CMT, y que resulta constitutiva de infracción muy grave, pues se ha demostrado una clara actitud obstruccionista de Telefónica al oponerse reiteradamente a la implantación del citado modelo solicitado por diversos operadores, sin justificación válida alguna y con la única intención de demorar en el tiempo la implantación operativa, dando como resultado una clara negligencia en la realización de la infracción típica y sin que concurra causa alguna de exención de responsabilidad.

Por todo ello, cabe concluir que las alegaciones presentadas por Telefónica ante esta Comisión no desvirtúan los hechos que le han sido imputados en el presente procedimiento sancionador.

QUINTO. Circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora.

a) Circunstancias agravantes.

De acuerdo con los criterios de graduación contenidos tanto en el artículo 82 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), como en el artículo 131.3 de la LRJPAC se aprecia en el caso presente las siguientes circunstancias agravantes:

a.1 La intencionalidad demostrada en la comisión de la infracción (art. 131.3 de la LRJPAC)

En el fundamento de derecho tercero se ha dejado claro, que el principio de culpabilidad vincula la voluntariedad a la realización del acto que la norma prohíbe y, por lo tanto, no exige la voluntad de vulnerar la norma. Ahora bien, esta otra intencionalidad es causa de agravación de la responsabilidad.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 noviembre 1981, (RJ 1981/5332) manifiesta lo siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

"... Las sanciones administrativas... corresponden a infracciones de índole ciertamente subjetiva pero limitada a voluntariedad de la acción o vínculo entre ésta y el sujeto agente como presupuesto de constitución a nivel social de la relación de base individual de imputabilidad propia de la personalidad consciente sujeta por el ordenamiento Jurídico a conocer no sólo las típicas disposiciones que con rango de Ley formal autorizan a la Administración a sancionar sino también a aquéllas que en forma de reglamentos administrativos debidamente publicados las desarrolla, mientras que la culpabilidad, en cuanto relación psicológica de causalidad entre la acción imputable y la infracción de las referidas disposiciones administrativas -no confundible con la causación empírica o material del resultado lesivo para los intereses públicos protegidos por la norma tipificante- es factor, en cualquiera de sus modos doloso o culposo, que actúa sobre la graduación de las sanciones administrativas, o sea, no ya sobre la infracción en cuanto ente jurídico, sino sobre su consecuencia o sanción a imponer por los órganos u organismos de la administración Pública en proporcional medida..." (Considerando primero).

La consideración de que esta otra voluntariedad (como intención o voluntad consciente de vulnerar la norma) es causa de agravación, lo avala el art. 131.3 de la LRJPAC:

"En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:

a. La existencia de intencionalidad o reiteración. (...)"

En el presente caso, además de esa voluntad del infractor necesaria para estimar la concurrencia de culpabilidad de acuerdo a una consideración subjetivista, concurre esa intención específica de infringir de forma consciente el ordenamiento jurídico.

Como se ha expuesto anteriormente, Telefónica demostró una clara actitud obstruccionista al oponerse reiteradamente a la implantación del citado modelo solicitado por diversos operadores sin justificación válida alguna, con la única intención de demorar en el tiempo la implantación operativa.

En el presente expediente ha quedado acreditado el incumplimiento de un mandato claro y reiterado de esta Comisión en cuanto a la implantación del nuevo modelo de interconexión por capacidad en su modalidad combinada, sobre la que se ha pronunciado con absoluta claridad desde el 9 de agosto de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2001, cuya obligación se volvió a reiterar en la resolución de 21 de febrero de 2002 y, finalmente, se volvió a exigir en el marco de una medida cautelar dictada en el correspondiente conflicto de interconexión. A pesar de todo, ha seguido sin respetar, como resulta de los hechos probados de esta resolución, el explícito mandato de las resoluciones de esta Comisión.

Lo anterior es indicativo que Telefónica siendo plenamente consciente del contenido de la Resolución de 28 de febrero de 2002 y de su carácter inmediatamente ejecutivo ha eludido conscientemente su cumplimiento. A esto se ha de añadir el conocimiento pleno de las obligaciones impuestas en la Resolución por la que se modifica el texto de la OIR en relación con la implantación del nuevo modelo de interconexión por capacidad, reiterado posteriormente en la Resolución de 21 de febrero de 2002, cuyo cumplimiento como ha quedado probado en el presente procedimiento sancionador ha sido consciente e intencionadamente excusado con base en criterios cambiantes de acuerdo en cada momento al interés de Telefónica y en su propio beneficio.

En el punto noveno de su escrito de alegaciones Telefónica viene a oponerse al fundamento de derecho quinto de la propuesta de resolución por considerar que no concurren como circunstancias agravantes la intencionalidad ni los perjuicios a la competencia.

Respecto a la intencionalidad en la comisión de la infracción, Telefónica niega que haya tal agravante en su conducta con remisión a los argumentos esgrimidos anteriormente para manifestar que no concurre el elemento de culpabilidad.

Como queda dicho anteriormente, el elemento de culpabilidad se ha dado en la conducta de Telefónica, no siendo necesario entrar en más consideraciones al respecto. Pero, precisamente, esta remisión a la culpabilidad es la que Telefónica denuncia en que ha incurrido el Instructor para defender que hay intencionalidad en la conducta infractora de esta entidad.

De la lectura de este fundamento derecho quinto de la propuesta de resolución se aprecia claramente que la motivación que empleó el Instructor a la hora de imputar la agravante de la intencionalidad no es la que ahora alega Telefónica consistente en la remisión a los argumentos de la culpabilidad. Además, si bien el Instructor debe partir de la premisa de que en la actuación de Telefónica concurre el elemento de la culpabilidad, con ello no significa que se estén empleando los mismos argumentos de la culpabilidad, pues se trata de dos cuestiones bien diferenciadas que la propia Telefónica confunde.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Los argumentos en los que se apoyó el Instructor consisten básicamente en los siguientes: Ante un mandato claro de esta Comisión en cuanto a la implantación del nuevo modelo de interconexión por capacidad en su modalidad combinada, sobre la que se ha pronunciado con absoluta claridad desde el 9 de agosto de 2001, cuya obligación se volvió a reiterar en la resolución de 21 de febrero de 2002 y, finalmente, se volvió a exigir en el marco de una medida cautelar dictada en el correspondiente conflicto de interconexión, Telefónica de forma intencionada no ha seguido el explícito mandato de tales resoluciones. En este caso, Telefónica ha demostrado una clara actitud obstruccionista con la única intención de demorar en el tiempo la implantación operativa del citado modelo solicitado por diversos operadores.

a.2 La naturaleza de los perjuicios causados (artículos 131.3 LRJPAC y 82 LGTel). Perjuicios a la competencia.

Como ya ha tenido oportunidad de manifestar anteriormente esta Comisión, el cumplimiento de las resoluciones dictadas por ella en el ejercicio de sus competencias para la salvaguarda de las condiciones de competencia en el mercado constituye uno de los pilares esenciales sobre los que se asienta todo el marco regulatorio en el que se desarrolla la apertura y establecimiento de la competencia en estos mercados.

En efecto, el cumplimiento escrupuloso, en la forma y en el tiempo, de las resoluciones de la CMT resulta vital para el desarrollo de la competencia. Por el contrario, la falta de cumplimiento de las resoluciones de la CMT es capaz de producir perjuicios para el mercado, en cuanto priva al desarrollo de los competidores de concretas condiciones esenciales, exigidas en las decisiones del regulador pero inoperativas en la práctica, daños que de ningún modo quedan reparados por la imposición de una sanción posteriormente.

Concretamente, se ha venido verificando que desde la apertura del mercado de las telecomunicaciones a la competencia, la interconexión a la red de Telefónica constituye un recurso fundamental para los operadores alternativos. A falta de redes de telecomunicación lo suficientemente extendidas como para suponer una verdadera alternativa a la red de Telefónica, el acceso indirecto a los servicios de otros operadores, desde clientes conectados físicamente a la red de Telefónica, constituye una facilidad de interconexión esencial sobre la que se fundamenta la competencia en los servicios finales de telecomunicación ofrecidos a los ciudadanos.

Asimismo, la interconexión con Telefónica juega un importante papel en la generalización de Internet entre la población, puesto que los operadores compiten por atraer hacia su red el tráfico generado por los usuarios que, a



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

través de un módem conectado a la red telefónica convencional, acceden a Internet.

Por lo tanto, el peso específico de los servicios de interconexión de Telefónica en el mercado hace que los términos en los que se define la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica sean objeto de un minucioso análisis por parte de la CMT. De esta forma, una de las razones fundamentales que motivó que la CMT resolviera la inclusión del modelo de interconexión por capacidad en la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica, fue la distorsión que el modelo de interconexión existente, el modelo por tiempo, introducía en las condiciones en las que se desarrollaba la competencia entre Telefónica y el resto de los operadores que hacía uso de la red de aquella.

La CMT pudo corroborar que la configuración existente del mercado de los servicios de interconexión provocaba la aparición de estrangulamiento de márgenes en los servicios finales prestados por los operadores interconectados a Telefónica, y comprometía la libertad de la oferta de servicios finales de estos operadores. Y esto debido a que Telefónica operaba su red bajo un modelo por capacidad mientras que los demás operadores utilizaban la misma red bajo un modelo por tiempo.

Así pues, las condiciones de utilización de la red de Telefónica eran diferentes según se tratara de un operador alternativo o de la propia Telefónica, a lo que se añadía la existencia de un conjunto de planes de descuentos o tarifas planas para acceso a Internet ofrecidos por Telefónica a los usuarios, que eran difícilmente emulables por los operadores alternativos con el único esquema de interconexión vigente en aquel momento. Todo ello determinaba la necesidad de introducir una nueva concepción de la interconexión, materializada en el modelo de interconexión por capacidad.

La adopción de un modelo de interconexión por capacidad se ha considerado fundamental por parte de esta Comisión para que aquellos operadores puedan competir en unas condiciones que se aproximan en gran medida a las de Telefónica, y les permite desarrollar libremente políticas de fomento de la demanda que reduzcan el coste medio que soportan para prestar el servicio. Esta disminución de los costes medios estimula a los operadores a realizar un uso más eficiente de la red, y repercute favorablemente en la variedad y solidez de su oferta de servicios a los ciudadanos.

Aún más, la modalidad de enlaces por capacidad que permite cursar tráfico tanto vocal como de acceso a Internet por esos enlaces, a la que pretendía acceder Uni2, ha sido establecida por esta Comisión con objeto de que los operadores con intereses de negocio globales, tanto en servicios de voz como en servicios de acceso a Internet, se beneficien de la optimización de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

recursos de capacidad que supone la modalidad combinada de enlaces. La obligación que tiene Telefónica de prestar dicha modalidad, según lo establecido en su propia Oferta de Interconexión de Referencia, fue confirmada por esta Comisión en su Resolución de fecha 21 de febrero de 2002, por la cual se deniega la solicitud de Telefónica de modificar el actual modelo de interconexión por capacidad.

Como se ha expuesto anteriormente, la conducta de Telefónica descrita a lo largo de la presente propuesta de resolución no resulta aislada y exclusiva respecto de la entidad Lince, sino que su oposición a la implantación efectiva del nuevo modelo de interconexión por capacidad en su modalidad combinada ha resultado generalizada con otros operadores interesados en dichos servicios.

Además, a diferencia de Telefónica que no ha realizado la implantación operativa del modelo de interconexión por capacidad combinada, otros operadores interconectados sí lo han hecho, habiendo implantado técnicamente en sus centrales frontera las rutas y haces de interconexión separados por tiempo y capacidad.

Esto significa que, mientras que el tráfico enviado por el operador a Telefónica se hace de acuerdo con los enlaces correspondientes, el tráfico enviado por Telefónica al operador toma los enlaces sin tener en cuenta si se trata de enlaces de tiempo o de capacidad.

En definitiva, la puesta en marcha de una oferta competitiva por parte de los operadores que utilizan los servicios de interconexión de Telefónica, requiere la realización de un detallado análisis de mercado y previsiones de demanda para concluir en un plan de negocio que se fundamenta sobre los precios y condiciones incluidas en la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica. En consecuencia, limitaciones o restricciones eventuales de los términos publicados en la Oferta de Telefónica, que no se fundamenten en un estricto incumplimiento de los requisitos esenciales en la prestación de los servicios de interconexión, pueden afectar severamente a los intereses económicos de los operadores, y devenir en una ventaja competitiva para Telefónica.

Por otro lado, respecto a la naturaleza de los perjuicios causados y los perjuicios a la competencia, Telefónica alega la propuesta de resolución no identifica ni justifica en que consisten tales perjuicios, limitándose a destacar las bondades del modelo. Asimismo, reitera que la medida cautelar dictada mediante resolución de 28 de febrero de 2002 ha sido cumplida evitando con ello los perjuicios que pudieran derivarse a Lince, desplegando todos sus



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

efectos, además de que los hechos descritos en la presente resolución no le ha reportado ningún tipo de beneficio.

Con carácter previo, cabe señalar que la referencia que de nuevo se hace sobre el supuesto despliegue de la plena eficacia de la media cautelar dictada por la CMT, y con independencia de que ya ha sido objeto de su oportuna contestación anteriormente negando tal afirmación, carece de relevancia a los efectos de los perjuicios que se han derivado a todos operadores como consecuencia de la conducta infractora de Telefónica, pues dicha medida se refiere tan solo al aseguramiento de la resolución definitiva ya dictada en el marco del conflicto de interconexión de Lince y, además, cabe recordar a Telefónica que los perjuicios ahora establecidos por esta Comisión no se circunscriben exclusivamente al incumplimiento de la Resolución de 28 de febrero de 2002, como pretende erróneamente la inculpada, sino también al mandato expreso de que se implante el nuevo modelo de capacidad establecido por la CMT desde la Resolución de 9 de agosto de 2001.

En cuanto a la supuesta falta de concreción de los perjuicios causados tan sólo basta recordar para rechazar tal alegación que los mismos han sido perfectamente detallados en este fundamento de derecho quinto de la presente resolución. En efecto, la negativa a implantar el nuevo modelo manteniendo el actual sistema de interconexión producen perjuicios a los operadores interesados en ella, entre los que se pueden citar sucintamente los siguientes:

- La aparición de estrangulamientos de márgenes en los servicios finales prestados por los operadores interconectados a Telefónica.
- Los operadores con intereses de negocio globales, tanto en servicios de voz como en servicios de acceso a Internet, no se benefician de la optimización de recursos de capacidad que supone la modalidad combinada de enlaces.
- Se restringe e imposibilita la capacidad de todos los operadores entrantes interesados en el mismo para competir eficazmente y ofrecer una serie de servicios comerciales en unas condiciones económicas más favorables en clara competencia con el operador dominante

No se llega a comprender cómo Telefónica, si se muestra a favor de las bondades del nuevo modelo, niegue ahora, al menos, los beneficios a los que se han visto privados los operadores interesados en la implantación del modelo, pues ello significa, en definitiva, que si se priva de unos beneficios se incurre en un perjuicio a los mismos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por último, cabe señalar que resulta carente de sentido la alegación que hace Telefónica en relación a que los otros operadores no podían haber implantado la modalidad combinada, pues nada de ello tiene que ver que considere al único obligado por la normativa a separar el tráfico dirigido a la numeración específica de internet del tráfico de voz a Telefónica.

Telefónica intenta de nuevo tergiversar lo que se dice en la propuesta de resolución, pues lo que en realidad se establece en la misma es que, mientras que el tráfico enviado por el operador a Telefónica se hace de acuerdo con los enlaces correspondientes (los operadores interconectados han implantado técnicamente en sus centrales frontera las rutas y haces de interconexión separados por tiempo y capacidad), el tráfico enviado por Telefónica al operador toma los enlaces sin tener en cuenta si se trata de enlaces de tiempo o de capacidad, lo que afecta a los intereses económicos de los operadores, en cuanto a la puesta en marcha de una oferta se refiere, que deviene en una ventaja competitiva para Telefónica.

Con ello, esta Comisión tan sólo está poniendo de relieve la existencia de otro perjuicio que se ha dado como consecuencia del incumplimiento que ahora se le imputa a Telefónica, por lo que no ha lugar a las alegaciones vertidas ahora de contrario por carecer de motivación y relación alguna al perjuicio señalado.

Por todo ello, cabe concluir que, el incumplimiento por parte de Telefónica de las Resoluciones de esta Comisión relativas a la obligación de implantar el nuevo modelo de interconexión por capacidad en su modalidad combinada ha provocado graves perjuicios a la competencia, por cuanto ha restringido e imposibilitado la capacidad de todos los operadores entrantes interesados en el mismo para competir eficazmente y ofrecer una serie de servicios comerciales en unas condiciones económicas más favorables en clara competencia con el operador dominante.

SEXTO. Sanción aplicable a la infracción

De conformidad con lo establecido en el artículo 82.1.A) de la LGTel, las sanciones que pueden ser impuestas por la mencionada infracción son las siguientes:

Multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción; o, en caso de que no resulte posible aplicar este criterio o de su aplicación resultare una cantidad inferior a la mayor de las que a continuación se indican, esta última constituirá el límite del importe de la sanción pecuniaria. A estos efectos, se considerarán las siguientes cantidades;



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el 1 por 100 de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio o, en caso de inexistencia de éstos, en el ejercicio actual; el 5 por 100 de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o 100.000.000 de pesetas (601.012,10 euros).

El artículo 131.2 de la LRJPAC, prevé que el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.

En aplicación de los anteriores criterios de graduación de las sanciones y de las actuaciones habidas en el presente procedimiento, los límites de la sanción que puede ser impuesta a Telefónica por la comisión de la infracción objeto del presente procedimiento son los siguientes:

El límite de la cuantía de la sanción máxima será el 1 por 100 de los ingresos brutos obtenidos por Telefónica en el ejercicio de 2001, esto es 66.741.959,51 euros, teniendo en cuenta que ha quedado acreditado que Telefónica ha obtenido en 2001 unos ingresos brutos de 6.674.195.951,25 euros, pues es la mayor de las tres cantidades a las que se refiere el artículo 82.1.A) de la LGTel, ya que, por un lado resulta imposible determinar el 5 por 100 de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, al tratarse de una infracción por omisión, y, por otro, es mayor a la cantidad fija que se establece de 100.000.000 de pesetas (601.012,10 euros).

La cuantía de la sanción mínima es la que resulta de cuantificar el beneficio que haya podido obtener la entidad infractora por la comisión de la infracción. Tal y como se ha señalado en el fundamento de derecho anterior, no se tiene conocimiento del beneficio que ha obtenido Telefónica por la comisión de la infracción, por lo que la cuantía de la sanción mínima es de 0,001 euro (1 peseta).

En todo caso, ha de tenerse en cuenta la concurrencia de las circunstancias agravantes mencionadas en el fundamento de derecho anterior, por lo que la cuantía de la sanción habría de realizarse de conformidad con la regla establecida en el artículo 66.3ª del Código Penal, en atención a la aplicación de los principios del orden penal al procedimiento administrativo sancionador, como ya queda dicho en la presente propuesta de resolución (vid. Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1987 RJ1987/537 y de 26 de julio de 1996 RJ1996/6401).

El citado precepto del Código Penal determina que cuando concurren una o varias circunstancias agravantes, los Jueces o Tribunales, impondrán la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

pena en la mitad superior de la señalada por la Ley, razonándolo en la correspondiente resolución.

En contestación a las alegaciones de Telefónica acerca de la infracción del principio de proporcionalidad, cabe recordar a la inculpada que, en aplicación de tal principio, en este caso se ha fijado la sanción teniendo en cuenta el ilícito realizado y los bienes jurídicos protegidos relativos a la integridad de las resoluciones de esta Comisión para la adecuada ordenación del mercado de las telecomunicaciones y al derecho a la interconexión de los operadores alternativos recogido como principio fundamental en la Ley General de Telecomunicaciones, tal y como se ha expuesto a lo largo de este procedimiento sancionador.

Finalmente, y en relación a la exorbitante cuantía de la multa, cabe señalar que, para la imposición de la presente sanción se ha aplicado una cantidad inferior a lo que estaría permitido por el artículo 82.1 de la Ley General de Telecomunicaciones, y ello precisamente en virtud del principio de proporcionalidad y considerando los criterios a aplicar para la graduación de la sanción de conformidad con los establecidos en el artículo 131 de la LRJPAC.

En aplicación de los indicados criterios, el Instructor, a la vista de la declaración de ingresos brutos de Telefónica con respecto al ejercicio de 2001 y teniendo en cuenta que concurrían dos circunstancias agravantes y ninguna atenuante, estimó que procedía imponer una sanción de 20.000.000 de euros.

Como se ha indicado anteriormente, el cumplimiento de las resoluciones dictadas por esta Comisión en el ejercicio de sus funciones para la salvaguarda de las condiciones de competencia en el mercado constituye uno de los pilares esenciales sobre los que se asienta todo el marco regulatorio en el que se desarrolla la apertura y establecimiento de la competencia en estos mercados. Por ello, entiende que la falta de cumplimiento de las resoluciones de la CMT es capaz de producir perjuicios para los usuarios, en cuanto priva al desarrollo de los competidores de concretas condiciones esenciales, exigidas en las decisiones del regulador pero inoperativas en la práctica, daños que de ningún modo quedan reparados por la imposición de una sanción posteriormente.

No obstante, en el presente caso, este Consejo no puede desconocer que, pese a los obstáculos inicialmente puestos al desarrollo del modelo de interconexión por capacidad en su modalidad combinada, que indudablemente han de ser sancionados, desde mediados del mes de septiembre Telefónica ha modificado su postura y ha mostrado voluntad de cumplir con los mandatos de la Comisión y de implantar de manera efectiva el modelo. La adecuada aplicación del principio de proporcionalidad exige tener en cuenta este cambio de actitud, por lo que se considera adecuado rebajar la cuantía de la sanción



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

propuesta por el instructor, fijándola en un importe de TRECE MILLONES Y MEDIO DE EUROS (13.500.000 euros).

SÉPTIMO. Contestación a otras alegaciones de Telefónica presentadas a la propuesta de resolución.

Mediante escrito de fecha 14 de octubre de 2002, Telefónica presenta un escrito de alegaciones a la propuesta de resolución sancionadora notificada por el Instructor, en virtud del cual se opone a la misma y solicita el archivo del expediente por la inexistencia de conducta sancionable. Además de las ya contestadas, presenta Telefónica las siguientes:

1ª. Respecto a la improcedente actuación de la Comisión al denegar la suspensión de la ejecución de las resoluciones impugnadas en la vía jurisdiccional.

En el punto tercero del escrito de alegaciones, Telefónica indica que, al denegar las solicitudes de suspensión, la CMT está ponderando si la ejecución puede hacer ineficaz la medida cautelar solicitada (convirtiéndose en juez), lo cual está proscrito por la doctrina invocada.

Frente a esta alegación, y para evitar repeticiones innecesarias, esta Comisión da por íntegramente reproducidas los argumentos vertidos en el fundamento de derecho cuarto de la presente resolución por cuanto que ya se contestaron anteriormente a las mismas alegaciones y se mantienen ahora por no ser de aplicación la supuesta doctrina invocada al presente caso.

No obstante, y a este respecto, cabe recordar a Telefónica que fue ella misma la que en contra de la tesis que ahora argumenta presentó ante esta Comisión solicitud expresa para que se pronunciara sobre la suspensión de las Resoluciones de la CMT a las que había impugnado en vía jurisdiccional, invocando la doctrina constitucional a la que se hace referencia de nuevo en su escrito de alegaciones.

Esta Comisión tan solo se limitó a dar la oportuna contestación a lo que se pretendía por Telefónica, reafirmando la plena ejecutividad de las resoluciones impugnadas hasta que por el Tribunal correspondiente se hiciera un pronunciamiento al respecto adoptando la suspensión. Por ello, no puede tener favorable acogida las alegaciones que ahora se esgrimen de contrario sin que resulte necesario hacer más consideraciones, pues se evidencia por parte de Telefónica una clara intención de confundir pretendiendo hacer creer que esta Comisión ha suplantado al Tribunal que deberá enjuiciar sobre las medidas cautelares solicitadas pronunciándose sobre la suspensión y no ha aplicado la doctrina invocada por Telefónica sobre el derecho a la tutela judicial



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

efectiva, lo que no resulta ajustado a la realidad por ser incuestionablemente funciones jurisdiccionales que le competen, en este caso, a la Audiencia Nacional.

2ª. Respecto a que Telefónica se ha opuesto, mediante el ejercicio de su derecho a recurrir las Resoluciones de la CMT, a la prestación del servicio de interconexión por capacidad en su modalidad combinada por ser contraria a Derecho y comportar un riesgo cierto para integridad de la red.

Con carácter previo, Telefónica alega que la propuesta de resolución incurre en una imprecisión consistente en que se le imputa el incumplimiento de la implantación del modelo de interconexión por capacidad, cuando la realidad es que sólo se le puede imputar respecto del modelo de interconexión por capacidad en su modalidad combinada.

A este respecto, no cabe más que decir que no se ajusta a la realidad la supuesta imprecisión de la que adolece la propuesta de resolución, pues a lo largo de la extensa resolución el Instructor se está refiriendo expresamente a esa modalidad combinada de interconexión por capacidad, además de que no hay nada más que leer el propio resuelve de la misma para evidenciar el error en el que incurre Telefónica.

Una vez visto lo anterior, en el punto quinto del escrito de alegaciones, Telefónica expresa los motivos por los que, mediante los correspondientes recursos contencioso-administrativos interpuestos contra las resoluciones de la CMT, se opone a la implantación de la interconexión por capacidad con base en dos argumentos: Jurídicos y técnicos.

Con respecto al primer argumento, Telefónica vuelve a insistir en la no conformidad a Derecho del mencionado molde de interconexión exigido por la CMT por entender que se opone al artículo 4.3 del Real Decreto-Ley 7/2000, en su nueva redacción dada por la Ley Medidas 23/2001. Frente a este argumento esta Comisión ya tuvo oportunidad de pronunciarse en la Resolución de 21 de febrero de 2002, siendo esta discusión el objeto del propio expediente, por lo que los mismos se dan aquí por íntegramente reproducidos en aras de la economía procesal.

En cuanto a los argumentos técnicos, consistentes en que el mencionado modelo de interconexión por capacidad en su modalidad combinada supone un riesgo cierto para la integridad de la red y pérdida en la calidad de la prestación de los servicios (con base en el informe técnico aportado con su escrito con el núm. 3), cabe recordar que los mismos son los



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

utilizados por esta entidad en la pieza separada de suspensión incoada en los recursos contencioso- administrativo que se están tramitando ante la Audiencia Nacional, para hacer valer su pretensión suspensiva. La Audiencia Nacional, en la pieza separada de suspensión del recurso de Telefónica contra la medida cautelar adoptada en el expediente de conflicto con Aló ha desestimado estas razones técnicas como justificativas de una eventual suspensión de la ejecutividad de la medida cautelar.

De acuerdo con ello, tales motivos tan sólo tienen relevancia en el ámbito jurisdiccional como argumentos para conseguir la adopción de la medida cautelar solicitada, sin que los mismos desvirtúen los hechos probados por la presente resolución y sí, en cambio, evidencien, una vez más, que Telefónica se ha opuesto a la implantación del nuevo modelo de interconexión por capacidad (modalidad combinada) en claro incumplimiento con las obligaciones impuestas por las Resoluciones de la CMT .

No obstante, frente a los mismos cabe señalar que Telefónica no puede alegar pérdida de integridad de la red por el mero hecho de estar obligada a ofrecer una nueva modalidad de interconexión, puesto que su estructura de red interna debe adecuarse a ello, habiendo dispuesto de tiempo suficiente para su adaptación y eliminando cualquier riesgo en su red. Además, los posibles riesgos de bloqueo vienen derivados de la actual estructura realizada por Telefónica.

Con carácter general cabe señalar que, para evitar problemas en cualquier red, es necesario realizar un adecuado dimensionamiento y el correspondiente seguimiento del mismo con el objeto de que se realicen las ampliaciones oportunas, si resultara conveniente.

Se reitera que, en virtud del principio de ejecutividad del actos administrativas, una vez dictadas las resoluciones de la CMT Telefónica debió adaptar su estructura de red interna para poder ofrecer esta nueva modalidad de servicio de interconexión. Telefónica no puede olvidar que ha dispuesto de tiempo suficiente para adaptar la estructura de encaminamiento, eliminando o previendo cualquier riesgo a su red, con el objeto de proporcionar interconexión por capacidad combinada de voz e internet.

Por otro lado, cabe señalar de interés que el escenario óptimo propuesto por el informe presentado de contrario por Telefónica no ha sido implantado por esta entidad en ningún lugar del territorio nacional, esto es, no coincide con la actual implantación que Telefónica ha hecho de su red. Los supuestos riesgos que soportaría su red viene derivados de la estructura por ella misma realizada, en beneficio tan sólo de sus propios intereses, sin haber tenido en cuenta pronunciamientos anteriores de la CMT en contra de la especialización de las



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

centrales frontera por tipo de tráfico, y es por la cual Telefónica estima que no puede ofrecer interconexión por capacidad conmutada del modo más adecuado.

Finalmente cabe señalar que el informe presentado por Telefónica establece que la separación de tráfico de voz e Internet implica una mejora respecto de la congestión a nivel local. No obstante, esta Comisión considera que ocurre todo lo contrario a este respecto, puesto que la teoría básica de tráfico demuestra que el establecer más rutas de menor volumen da lugar a ineficiencia y produce un incremento de los recursos en interconexión. Para interconexión a nivel de tránsito puede concluirse que, identificar a nivel local el tráfico de Internet de cada operador y encaminarlo hacia los puntos de interconexión de cada operador por haces diferenciados (uno por operador), sin conmutar más en la red de Telefónica, resulta ineficiente en el uso de recursos en las centrales de conmutación local y de transmisión.

En definitiva se ha de manifestar que la implantación por parte de Telefónica de una estructura interna de red específica para el tratamiento del tráfico de acceso a Internet, cuyas consecuencias en interconexión conllevan ineficiencias al resto de operadores en el mercado, no debe condicionar la obligación que tiene de ofrecer la modalidad de interconexión por capacidad combinadas incluida en la vigente Oferta de Interconexión de Referencia, sin olvidar que deberá realizarse de forma que se mantenga la calidad en la prestación del servicio telefónico al mismo tiempo que se ofrece el servicio de interconexión por capacidad en todas sus modalidades.

3ª. Telefónica se opone a la propuesta de resolución por entender que no es cierto que haya cambiado de criterio para oponerse injustificadamente a dicha implantación con el objeto de dilatar en el tiempo su aplicación efectiva.

Respecto a los cambios de criterio a los que se hace mención en el hecho probado cuarto, Telefónica alega que adolece de imprecisión la propuesta de resolución al poner de relieve por parte del Instructor los motivos de oposición que se han planteado en los distintos recursos contenciosos-administrativos, cuando los mismo aún no han sido esgrimidos por haberse formalizado las correspondientes demandas.

Ante esta alegación, cabe recordar a Telefónica que en la propuesta de resolución se especifica claramente que los motivos que pone de relieve el Instructor son los alegados en las piezas de suspensión que se ha iniciado en virtud de las correspondientes solicitudes de adopción de medidas cautelares en los escritos de interposición del recurso (documento núm. 15 del índice) , los



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cuales se refieren a criterios técnicos, por lo que tampoco es cierto que la presente resolución adolezca de imprecisión a este respecto.

4ª. Telefónica alega que el presente procedimiento sancionador supone un ejercicio desproporcionado y desviado de la potestad sancionadora de esta Comisión.

Telefónica viene a alegar en el punto séptimo de su escrito de alegaciones que esta Comisión, con el ejercicio de su potestad sancionadora, persigue una finalidad distinta a la que el ordenamiento jurídico le atribuye, como es compeler a Telefónica a renunciar y desistir del legítimo y pleno ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva en cuanto a las resoluciones de la CMT que ha recurrido vía contenciosa y que están pendiente de que se pronuncien sobre su suspensión.

Pues bien, esta supuesta desviación de poder que alega ahora Telefónica no puede tener favorable acogida pues no resulta ajustado a la realidad que con el inicio del presente procedimiento se esté impidiendo ejercitar el derecho a tutela judicial acudiendo a los recursos que establece la Ley. En este caso, las Resoluciones de la CMT gozan de plena ejecutividad y acreditado en la presente resolución sancionadora la comisión de una infracción por el incumplimiento de las mismas, es esta Comisión la que deberá ejercitar su potestad sancionadora frente a la entidad incumplidora, sin que ese ejercicio de sus funciones en cumplimiento de la ley impida el derecho a impugnar las mismas ante la jurisdicción competente.

A mayor abundamiento, con relación a la supuesta desviación de poder, cabe concluir que la misma no ha de ser tenida en cuenta por cuanto que la parte inculpada no ha acreditado ni siquiera indiciariamente la concurrencia de esta circunstancia, cuando la jurisprudencia es clara y pacífica en este sentido al exigir que se acrediten hechos suficientes para formar en el juzgador la convicción de que la Administración acomodó su actuación a la legalidad, pero con finalidad distinta de la pretendida por la norma.

Por último, se alega por Telefónica que la CMT debería haber prescindido de la incoación del presente procedimiento sancionador a favor de la adopción de medidas de ejecución forzosa proporcionadas y adecuadas con el fin de garantizar la mejor tutela del bien jurídico que se dice violentado, esto es, el cumplimiento de las obligaciones impuesta por la CMT en sus Resoluciones.

En relación con esta cuestión de la ejecución forzosa de los actos administrativos a la que alude Telefónica en la presente alegación, hay que indicar que el artículo 95 de la Ley 30/1992 dispone que las Administraciones



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Públicas *“podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la ley, o cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los Tribunales”*. Por su parte, los medios de ejecución forzosa se concretan en el artículo 96 de la Ley 30/1992, a tenor del cual, los mencionados medios consisten en el apremio sobre el patrimonio, la ejecución subsidiaria, la multa coercitiva y la compulsión sobre las personas.

Una vez señalado lo anterior, en este punto conviene aclarar la diferencia existente entre los medios de ejecución forzosa y el ejercicio de la potestad sancionadora.

Con carácter general, los medios de ejecución forzosa se inscriben en el ejercicio de la potestad de autotutela ejecutiva que permite a la Administración obtener la efectividad de sus resoluciones por sí misma, sin necesidad de auxilio judicial y que es completamente independiente de la potestad sancionadora.

De este modo, los medios de ejecución forzosa se configuran como medidas de constreñimiento que, adoptadas previo el oportuno apercibimiento, tienen como fin obtener la acomodación de un comportamiento obstativo del destinatario del acto a lo dispuesto en una decisión administrativa previa. En cambio, la potestad sancionadora tiene un fin represivo de la realización de una conducta que se considera administrativamente ilícita.

Precisamente, en este sentido se ha manifestado el Tribunal Constitucional, al afirmar que al ejercer la potestad sancionadora se castiga una conducta realizada porque es antijurídica, mientras que con el ejercicio de la potestad de autotutela ejecutiva de la Administración *“se constriñe a la realización de una prestación o al cumplimiento de una obligación concreta previamente fijada por el acto administrativo que se trata de ejecutar, y mediando la oportuna conminación o apercibimiento”* (Sentencia nº 239/1988, de 14 de diciembre, FJ 2).

En relación con la independencia que se predica de ambas potestades, únicamente señalar que la propia Ley del procedimiento administrativo la establece expresamente en su artículo 99.2 en el que dispone que las multas coercitivas son independientes de las sanciones que puedan imponerse con tal carácter y compatibles con ellas. A tenor de lo anterior, y siendo la potestad de autotutela ejecutiva y la potestad sancionadora de la Administración completamente distintas e independientes, es obvio que el ejercicio de una de ellas, no requiere el ejercicio de la otra.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Es más, por lo que se refiere al supuesto concreto objeto del presente procedimiento, no se encuentra en la LGTel ni en el Reglamento potestad sancionadora precepto alguno que establezca como requisito imprescindible para iniciar un procedimiento sancionador por incumplimiento de las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el hecho de que previamente se haya recurrido a la ejecución forzosa de la resolución incumplida.

Por último, en cuanto a la supuesta renuncia de la potestad de autotutela ejecutiva por parte de esta Comisión alegada por TESAÚ, únicamente señalar que en el presente procedimiento la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones está ejerciendo la potestad sancionadora atribuida por la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones y por la LGTel, sin que se pueda entender que dicho ejercicio sea sinónimo de renuncia a la potestad de autotutela ejecutiva atribuida a las Administraciones Públicas.

5ª. Respecto a que Telefónica ha actuado con plena y fundada creencia excluyente de toda culpabilidad, sin que haya tenido ánimo ni voluntad infractora.

Telefónica viene a alegar en el punto octavo de su escrito de alegaciones que, en el ámbito de la responsabilidad administrativa, no basta que la conducta sea típica y antijurídica, sino que también es necesario que el sujeto sea culpable, esto es, que nadie puede ser sancionado sino por hechos que le puedan ser imputados a título de dolo o culpa, sin que sea de aplicación la responsabilidad objetiva. Consecuentemente con ello, en el presente caso a Telefónica no se le puede sancionar por haber actuado en todo momento correctamente (o en la creencia de haber actuado de buena fe) al amparo de la jurisprudencia constitucional por ella invocada del derecho a la tutela judicial efectiva y, por tanto, por no concurrir el elemento de culpabilidad.

Con carácter previo, cabe señalar que con relación a esta alegación ya ha quedado adecuadamente contestada con el fundamento de derecho tercero de la presente resolución, pues no se aportan ni se acreditan circunstancias nuevas que puedan hacer cambiar la calificación jurídica de la culpabilidad de Telefónica. A estos efectos, la circunstancia de que supuestamente se haya demostrado la intención de implementar el modelo con la entidad tras el Auto desestimatorio de la media cautelar solicitada, podrá influir en la graduación de la sanción, pero no obsta para nada ni a la tipicidad de la conducta ni a la culpabilidad del infractor.

En este sentido, esta Comisión considera conveniente recordar de nuevo a Telefónica que para la imposición de una sanción por la Administración se



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

exige que el sancionado le sea imputable la autoría de la infracción, aún a título de simple inobservancia, tal y como establece el artículo 130.1 de la LRJPAC.

Además, no puede afirmarse que el dolo o la culpa deban entenderse como acto de voluntad directamente referido a la vulneración de la norma, sino que con lo que debe relacionarse dicha voluntad, como elemento del dolo o culpa, es con la conducta y el resultado de ella que dicha norma contempla como supuesto del tipo de falta. De acuerdo con ello, el elemento subjetivo que la culpabilidad supone se refiere a la acción en que la infracción consiste y no a la vulneración de la norma, tal y como ha declarado reiteradamente la Jurisprudencia.

Tampoco resulta de aplicación en el presente supuesto, la consecuencia que de la jurisprudencia a la que se hace mención en el escrito de alegaciones pueda suponer para Telefónica consistente en no poder sancionar a quién ha actuado de buena fe o en la creencia de actuar correctamente.

Así, demostrada por esta Comisión la voluntariedad del sancionado en no cumplir las Resoluciones de la CMT, al amparo de la jurisprudencia sobre la tutela judicial efectiva y, del tenor de los hechos probados y del relato de los antecedentes de hecho que demuestran que no ha actuado de buena fe (en clara actitud obstruccionista y variando de criterio reiteradamente), se aprecia claramente la existencia de voluntad en Telefónica de no implantar el nuevo modelo de interconexión por capacidad establecido por las distintas Resoluciones dictadas por esta Comisión, lo que permite concluir que queda satisfecho el principio de culpabilidad de Telefónica.

6ª. Sobre que la sanción impuesta es arbitraria.

Telefónica considera que la sanción que se propone por el Instructor resultó arbitraria en su determinación. Para ello, vuelve de nuevo a argumentar que Telefónica ha actuado en todo momento de buena fe y con plena y fundada creencia excluyente de toda culpabilidad al amparo de la doctrina por ella invocada, así como la falta de culpabilidad, intencionalidad y perjuicios.

Dado que estas alegaciones han sido adecuadamente contestadas ya en el hecho probado cuarto y en los fundamentos de derecho relativos a la tipicidad de la infracción, culpabilidad y las circunstancias agravantes concurrentes, no se hace necesario volver a exponer la posición que frente a las mismas tiene esta Comisión, las cuales como ya se ha visto no han sido desvirtuadas por las alegaciones presentadas de contrario.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Vistos los antecedentes de hecho, hechos probados y fundamentos de derecho y, vistas, asimismo, la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto y demás normas de aplicación, esta Comisión

RESUELVE

PRIMERO. Declarar responsable directo a Telefónica de España, S.A.U. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, por el incumplimiento de las Resoluciones de esta Comisión dictadas en fechas 9 de agosto de 2001 y 21 de febrero de 2002 al negarse a proporcionar a todos los operadores interesados en ello y al no tener aún totalmente implantado el nuevo modelo operativo de interconexión por capacidad en su modalidad combinada, así como de los apartados primero y segundo de la parte dispositiva de la medida cautelar impuesta mediante la Resolución de esta Comisión de 28 de febrero de 2002, al no cumplir con la obligación de hacer efectiva la implantación operativa de aquellos enlaces por capacidad que hubiere solicitado Lince en su proyecto técnico, de acuerdo con los términos publicados en la Oferta de Interconexión de Referencia vigente.

SEGUNDO. Imponer a Telefónica de España, S.A.U. una sanción por importe de TRECE MILLONES, QUINIENTOS MIL EUROS (13.500.000 euros).

El pago de la sanción deberá efectuarse mediante ingreso en la cuenta número 0182 2370 42 0011505747 abierta al efecto en el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA). Una vez efectuado el ingreso, se remitirá un ejemplar del recibo de ingreso a esta Comisión para su archivo. El plazo para realizar el pago en período voluntario es el establecido en el artículo 20.2, apartados a y b, del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre, dependiendo del día en que se reciba la notificación de presente resolución. En el supuesto de no efectuar el ingreso en el plazo concedido se procederá a su exacción por la vía de apremio.

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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 del 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 M^º Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes