



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON JOSÉ GIMÉNEZ 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 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 14 de noviembre de 2002, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN RELATIVA AL REQUERIMIENTO EFECTUADO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. INTIMANDO LA RETIRADA DEL COMUNICADO DE PRENSA DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DE 24 DE OCTUBRE DE 2002 Y DEL ACUERDO DE MISMA FECHA POR EL QUE SE PUSO FIN AL EXPEDIENTE SANCIONADOR AJ 2002/6623, AMBOS RECOGIDOS EN LA PÁGINA WEB WWW.CMT.ES.

En relación con el requerimiento de Telefónica de España, S.A.U. intimando la retirada del comunicado de prensa de 24 de octubre de 2002 y del Acuerdo de misma fecha por el que se puso fin al expediente sancionador AJ 2002/6623, ambos recogidos en la página web www.cmt.es, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 40/2002, la siguiente Resolución:

Resolución de 14 de noviembre de 2002, recaída en el expediente AJ 2002/7773.

HECHOS

PRIMERO. En fecha 24 de octubre de 2002, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó una Resolución por la que se ponía fin al procedimiento sancionador con referencia AJ 2002/6623, incoado a Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) por Acuerdo de 29 de abril de 2002.

En la citada Resolución de 24 de octubre de 2002 se acordó declarar responsable directo a TESAU 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), 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 la entidad Lince Telecomunicaciones, S.A. en su proyecto técnico, de acuerdo con los términos publicados en la Oferta de Interconexión de Referencia vigente.

Como consecuencia de la citada declaración de responsabilidad, se resolvió Imponer a TESAU una sanción por importe de 13.500.000 euros.

SEGUNDO. En la misma fecha de 24 de octubre de 2002, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dio curso a un comunicado de prensa con el título “La CMT sanciona a Telefónica con 13,5 millones de euros por demorar la interconexión por capacidad”. Dicho comunicado de prensa fue recogido, asimismo, en la página web www.cmt.es.

TERCERO. En fecha 31 de octubre de 2002 se recogió en la página web www.cmt.es la Resolución de 24 de octubre de 2002, referida en el antecedente primero.

CUARTO. Mediante escrito de fecha 6 de noviembre de 2002, con entrada en el Registro de esta Comisión el mismo día, TESAU ha requerido a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la retirada inmediata de la página web www.cmt.es tanto del comunicado de prensa expresado en el antecedente segundo como de la Resolución de continua referencia.

Asimismo, solicita el reconocimiento del derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios señalados en el escrito y el abono de la correspondiente indemnización.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A. Fundamentos jurídicos procedimentales.

PRIMERO. Calificación del escrito presentado por TESAU.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Conforme consta en el antecedente cuarto y alegación segunda del escrito de TESAU, el requerimiento se presenta al amparo de lo establecido en el artículo 30 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (en adelante, LJCA).

En consecuencia, analizado el documento y visto el citado artículo 30 de la LJCA, procede calificar el escrito de TESAU de fecha 6 de noviembre de 2002 como un requerimiento intimando la cesación de una supuesta actuación material en vía de hecho en la que habría incurrido la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de modo que si no fuese atendido dentro de los diez días siguientes a su presentación, podrá deducirse directamente recurso contencioso-administrativo.

En concreto, la intimación de cesación se refiere a lo siguiente, según consta en el requerimiento:

“1. Retire inmediatamente, y en todo caso en el plazo de diez días, de la página web www.cmt.es, el comunicado de prensa fechado el 24 de octubre de 2002, referido a la sanción impuesta a TESAU por el Consejo de la Comisión en esa fecha.

2. Retire inmediatamente, y en todo caso en el plazo de diez días, de la página web www.cmt.es, la Resolución del Consejo de la CMT de 24 octubre de 2002 por la que se sanciona a TESAU.”

SEGUNDO. Inadmisión de la pretensión de TESAU relativa al reconocimiento del derecho a ser indemnizado por los supuestos daños y perjuicios derivados de la actuación material en vía de hecho en el marco del Título X de la LRJPAC.

El escrito incorpora, asimismo, una solicitud de reconocimiento del derecho a ser indemnizada por los daños y perjuicios apuntados en el mismo, expresada en los términos siguientes:

“3. Reconozca el derecho de TESAU a ser indemnizado por los daños y perjuicios señalados en este escrito y le abone la correspondiente indemnización en la cuantía que se determinará en los términos indicados en el escrito.”

Al respecto ha de precisarse que, si bien la solicitud de reconocimiento del derecho de TESAU se pretende apoyar en la regulación establecida en el Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), es necesario ubicar procesalmente dicha solicitud en el marco configurado por los artículos 30, 31.2 y 32.2 de la LJCA, sin que se estime aplicable a estos efectos el cauce formal de sustanciación previsto en el artículo 142 de la LRJPAC y en el Reglamento de los procedimientos de las



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

En efecto, esta Comisión considera que la solicitud de reconocimiento del derecho de TESAU a ser indemnizado por los daños y perjuicios señalados en el escrito que trae causa resulta inescindible y tributaria de la pretensión principal, esto es, que la supuesta actuación material constitutiva de vía de hecho se declare contraria a Derecho y que se ordene el cese de dicha actuación, en los términos expresados en el artículo 32.2 de la LJCA. Tal y como establece el citado artículo, junto a la pretensión de orden de cese en la actuación material en vía de hecho, la acción ejercitada al amparo del artículo 30 de la Ley procesal puede incorporar la solicitud de adopción, en su caso, de las demás medidas previstas en el artículo 31.2 de la LJCA.

Pues bien, habida cuenta que el referido artículo 31.2 regula la posibilidad de que el demandante, junto a la pretensión de declaración de no conformidad a Derecho y, en su caso, anulación de los actos y disposiciones administrativas susceptibles de impugnación, pretenda también el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda, cabe entender que esta segunda pretensión es accesoria de la principal, cuando ambas se ejercitan simultáneamente en la misma demanda.

Dado que, en el presente caso, la pretensión principal de TESAU es que se declare contraria a Derecho la presunta actuación material en vía de hecho de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y que, accesoriamente, se reconozca su derecho a ser indemnizada por los daños y perjuicios supuestamente causados, y que TESAU ha optado por el cauce procesal establecido en el artículo 30 de la LJCA, esta Comisión considera que la sustanciación de dicha pretensión accesoria ha de ser la establecida en el artículo 32.2 de la LJCA, a través del recurso contencioso-administrativo correspondiente.

A mayor abundamiento, la propia entidad requirente así lo tiene manifestado en su escrito, según consta en su cuarta alegación:

“Por tanto, en caso que la pretensión de cese de la actuación de la Comisión (que tiene como presupuesto su antijuridicidad) no sea estimada en vía administrativa, la reclamación de responsabilidad se incluirá como una de las pretensiones del recurso contencioso-administrativo que deba interponerse, contra la desestimación de las peticiones contenidas en este escrito.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Así las cosas, toda vez que la intimación requerida por TESAU no va a ser atendida en vía administrativa por los fundamentos jurídicos que a continuación se expondrán, se concluye que no ha de admitirse procedimentalmente en esta vía la pretensión accesoria de reconocimiento del derecho a ser indemnizada por los supuestos daños y perjuicios derivados de la actuación material en vía de hecho cuya cesación se intima, sin que resulte de aplicación el procedimiento previsto en el artículo 142 de la LRJPAC. Ello, sin perjuicio del derecho de la entidad requirente a reiterar su pretensión en vía jurisdiccional al amparo de lo dispuesto en el artículo 32.2 de la LJCA, como es obvio.

B. Fundamentos jurídicos materiales.

PREVIO. La publicidad de las resoluciones de la CMT.

El Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en su sesión de 6 de noviembre de 1997 adoptó un acuerdo sobre “Política de comunicación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”, con objeto de asegurar un nivel adecuado de transparencia en sus actividades y resoluciones, en beneficio de los intereses de los agentes del mercado y del sector en general. Así, se acordó, entre otros extremos, hacer públicas de manera inmediata y de forma resumida las principales decisiones y acuerdos tomados por el Consejo y dar publicidad o poner a disposición del público a los acuerdos, resoluciones e instrucciones adoptadas por esta Comisión.

El principio fundamental que inspiró este acuerdo, derivado de la legislación sobre régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común y de la legislación sectorial de telecomunicaciones, es el principio de transparencia de la actuación administrativa, especialmente aplicable a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por las siguientes razones principales, que serán objeto de desarrollo en la presente resolución:

- a) Constituye un corolario lógico de sus funciones de salvaguarda de la libre competencia en el mercado. Es preciso que los criterios de la CMT, en su papel de órgano regulador y de disciplina del mercado, sean conocidos por todos los agentes con independencia de que las resoluciones afecten o se refieran a determinados interesados perfectamente identificados. De esta manera se evitan conflictos futuros, al fijarse criterio, y se permite a las empresas tomar decisiones estratégicas en materias como precios o servicios ofrecidos al mercado.
- b) Es habitual que los agentes invoquen de manera reiterada decisiones tomadas por el Consejo de la CMT, dando a entender de esta manera que, además del efecto inmediato y directo de las resoluciones, éstas presentan un perfil doctrinal y de fijación de criterio que debe ser resaltado. No se olvide que la CMT es ante todo un órgano arbitral para resolver conflictos



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

entre operadores, con lo que reviste gran importancia el criterio que mantenga sobre determinados asuntos que, aún cuando el conflicto se residencie entre unos pocos, afecta a otros muchos.

- c) Las telecomunicaciones son mercados dinámicos, que se están abriendo a la competencia, lo que exige resoluciones rápidas y criterios seguros y ciertos, habiéndose otorgado además a la CMT la característica singular respecto de otro tipo de organismos de que sus resoluciones agotan la vía administrativa. Añádase a lo anterior su carácter, ampliamente resaltado en su estatuto jurídico, de órgano independiente y autónomo respecto de la Administración del Estado, que implica necesariamente, al igual que acontece con otro tipo de organismos similares, una especial transparencia en la divulgación de su actividad, que se materializa en las resoluciones que aprueba su Consejo.
- d) El fin último de la salvaguarda de la competencia es el beneficio de los usuarios, aspecto éste que es siempre considerado, en última instancia, en la toma de decisiones. Esta finalidad impulsa en mayor medida si cabe la necesidad de transparencia, para que los ciudadanos en general puedan calibrar los efectos beneficiosos que la situación de competencia entre empresas y los riesgos innatos derivados de prácticas anticompetitivas que puedan producirse.
- e) Este principio de transparencia es predicable de las resoluciones dictadas en expedientes sancionadores. Hay un interés general, especialmente entre los agentes competidores (que incluso han querido personarse en estos expedientes), por conocer si la CMT tolera o no situaciones de incumplimiento de resoluciones, y en caso de no hacerlo, como es lógico que suceda, de que manera ataja este tipo de comportamientos. Ante prácticas anticompetitivas, la firmeza del regulador y el cumplimiento de sus resoluciones constituye una garantía para el desarrollo de negocio de los competidores del operador que incurra en ese tipo de comportamientos.

En definitiva, existe un interés de la colectividad en su conjunto y de los agentes que actúan de manera directa en el mercado por acceder al contenido de los acuerdos de la CMT. Este interés es el que se trató de salvaguardar con el Acuerdo adoptado en el año 1997, respetuoso con el ordenamiento jurídico en la medida en que, en cualquier caso, se permitió excepcionar de la publicidad cuanto pudiera ser considerado confidencial.

Finalmente, resulta preciso indicar que los agentes económicos, incluida Telefónica, no han cuestionado en todo el tiempo de funcionamiento de la CMT esta materialización del principio de transparencia; al contrario, han reconocido su utilidad. No es admisible que sea ahora, respecto de una resolución particular (todas las resoluciones sancionadoras han sido



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

publicadas en la página web de la Comisión y prácticamente todas han sido objeto de nota de prensa), cuando se pretenda cuestionar este principio.

PRIMERO. Contestación a las alegaciones de TESAU sobre el comunicado de prensa de esta Comisión recogido en la página web.

A. Sobre el comunicado de prensa, su contenido y publicidad.

La primera alegación de TESAU se refiere al contenido y publicidad del comunicado de prensa de fecha 24 de octubre de 2002, así como su supuesta naturaleza sancionadora, partiendo de que dicho comunicado, si bien trae causa de la Resolución sancionadora, no constituye acto de ejecución de la misma, sino una actuación material diferenciada y autónoma. Para llegar a tal conclusión, TESAU considera que el hecho de recoger el comunicado de prensa en la página web www.cmt.es inflige un daño a su imagen, constituyendo una actuación antijurídica de esta Comisión y teniendo como finalidad la de castigar la infracción supuestamente cometida.

Con respecto a la expresada alegación resulta preciso detenerse, en primer lugar, en la pretendida autonomía del comunicado de prensa respecto de la Resolución sancionadora de 24 de octubre de 2002. Para ello, ha de partirse de la naturaleza del comunicado única y exclusivamente como publicidad de la resolución administrativa recaída en el correspondiente procedimiento administrativo, atendiendo a su especial relevancia en general para el mercado de las telecomunicaciones y en particular sobre las condiciones de interconexión de redes y al principio de transparencia.

Por ello, cabe afirmar que el comunicado no puede considerarse en absoluto como un acto de ejecución de la Resolución sancionadora, coincidiendo con TESAU en este punto, puesto que la misma se limita a imponer una sanción económica a la entidad declarada responsable directa de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 79.15 de la LGTel. De este modo, siendo los medios de ejecución forzosa de la Resolución los previstos en el artículo 96 de la LRJPAC, más concretamente el apremio sobre el patrimonio al que se refiere el artículo 97 de la citada Ley, ha de concluirse que la publicidad del comunicado en cuestión no puede, en caso alguno, entenderse como un acto de ejecución de tal resolución.

Ahora bien, sentado el anterior argumento, lo que en modo alguno puede compartirse con la requirente es la pretensión de que el comunicado de prensa constituye una actuación material de esta Comisión, diferenciada y al margen, por tanto, de la Resolución sancionadora.

Sin entrar ahora en el contenido del comunicado de continua referencia, cuestión sobre la que se volverá más adelante, ha de rechazarse de plano el supuesto carácter de actuación material. Ello, por cuanto el comunicado



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

constituye un medio de publicidad de la Resolución aprobada utilizado en estricto y obligado cumplimiento del principio de transparencia, no sólo en su condición de principio general de la actuación administrativa, sino también del principio sectorial de transparencia que incumbe a esta Comisión en su condición de Autoridad regulatoria del mercado de las telecomunicaciones.

En efecto, la transparencia y publicidad están consagradas en el ordenamiento jurídico como principio general de actuación de las Administraciones Públicas, no sólo en sede constitucional a través de los derechos fundamentales a participar en los asuntos públicos y a comunicar y recibir libremente información veraz (artículos 20.1 d y 23.1 de la Constitución), entre otros, sino también en la manifestación más concreta plasmada en el artículo 105 b) del texto constitucional.

La Ley procedimental administrativa ha recogido, asimismo, este principio general, establecido en el artículo 3.5 de la LRJPAC:

“5. En sus relaciones con los ciudadanos las Administraciones públicas actúan de conformidad con los principios de transparencia y de participación.”

Pero es en la regulación sectorial de las telecomunicaciones donde este principio general se plasma, si cabe, con una mayor intensidad, atendiendo a las especiales características de los mercados regulados. Sin perjuicio de lo que más adelante se expresa con respecto a la interconexión de redes como instrumento indispensable y capital de la liberalización del mercado de las telecomunicaciones, es preciso citar someramente las normas sectoriales que imponen a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un plus en la observancia del principio de transparencia y publicidad en su actividad administrativa.

Ya la Directiva 90/387/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al establecimiento del mercado interior de los servicios de telecomunicaciones mediante la realización de la oferta de una red abierta de telecomunicaciones, vino a establecer en su artículo 3 que las condiciones de oferta de red abierta deberán, en concepto de requisito básico, ser claras y ser publicadas de forma adecuada, entendiéndose por condiciones de oferta de la red abierta el conjunto de condiciones armonizadas con arreglo a las disposiciones de la Directiva 90/387, entre ellas las condiciones de uso, que se refieren al acceso abierto y eficaz a las redes públicas de telecomunicaciones.

En el mismo sentido y en un momento inicial del proceso de liberalización del sector, el artículo 4 de la Directiva 90/388/CEE de la Comisión, de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones incorporó el principio de publicidad respecto de las condiciones que rijan el acceso a las redes cuando se mantuvieran derechos



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

exclusivos o especiales para el establecimiento y la explotación de las redes de telecomunicaciones.

En idéntica línea, y sin ánimo de exhaustividad, se pronuncian el artículo 3 de la Directiva 92/44/CEE del Consejo, de 5 de junio de 1992, relativa a la aplicación de la oferta de red abierta a las líneas arrendadas; el artículo 4 de la Directiva 95/62/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1995, relativa a la aplicación de la oferta de red abierta a la telefonía vocal; y, especialmente en lo que aquí interesa, la Directiva 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, relativa a la interconexión en las telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la oferta de red abierta, que considera que *“unas condiciones de interconexión e interoperabilidad equitativas, proporcionadas y no discriminatorias constituye un factor clave para facilitar el desarrollo de unos mercados abiertos y competitivos”* (Considerando 4), recogiendo el principio de transparencia de forma expresa en su artículo 6, de modo que los operadores con obligación de interconexión de sus redes han de atenerse *“al principio de no discriminación con respecto a la interconexión que ofrezcan a los demás. Deberán aplicar condiciones similares en circunstancias similares a los organismos interconectados que presten servicios similares y proporcionar medios e información relacionados con la interconexión a los demás en las mismas condiciones y de la misma calidad en que los proporcionan para sus propios servicios o los de sus filiales y asociados;”*.

Finalmente, no puede pasarse por alto una mínima referencia al nuevo marco normativo comunitario en materia de comunicaciones electrónicas, constituido por las nuevas Directivas del año 2002, cuyo plazo de transposición concluye el día 24 de julio de 2003. Pues bien, el nuevo marco profundiza aún más en el principio de publicidad y transparencia de la actividad administrativa en la materia. Baste citar, como ejemplo significativo, lo dispuesto por el artículo 5.4 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas:

“4. Los Estados miembros velarán por que, de conformidad con la normativa nacional sobre acceso público a la información y respetando la normativa comunitaria y nacional sobre secreto comercial, las autoridades nacionales de reglamentación publiquen la información que pueda contribuir al mantenimiento de un mercado competitivo y abierto.”

Desde luego, las normas sectoriales nacionales en vigor vienen a acoger los mencionados principios de publicidad y transparencia en la actuación administrativa.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Así, el artículo 22 de la LGTel impone a los titulares de redes públicas de telecomunicaciones la obligación de facilitar la interconexión en condiciones no discriminatorias, transparentes, proporcionales y basadas en criterios objetivos. Igualmente, el artículo 24.1 de la citada Ley, dentro de los principios aplicables al acceso a las redes, dispone que los titulares de redes públicas de telecomunicaciones que tengan la consideración de dominantes deberán facilitar el acceso a sus redes en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias.

En su desarrollo, dichos principios aparecen recogidos, asimismo, en el artículo 6 del Reglamento por el que se desarrolla el Título II de la LGTel en lo relativo a la interconexión y acceso a las redes públicas y a la numeración, aprobado por Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio. Del mismo modo, el artículo 9 del citado Reglamento de Interconexión prevé que los operadores de redes públicas de telecomunicaciones que tengan la consideración de dominantes, deberán facilitar la interconexión en condiciones no discriminatorias, transparentes, proporcionales y fundadas en criterios objetivos. Asimismo, establece que, para facilitar la interconexión en tales condiciones, los operadores dominantes deberán ofrecer a los restantes operadores, las mismas condiciones técnicas y económicas que ofrezcan a sus propios servicios o a los de sus filiales o asociadas.

Como es obvio, estos principios han de informar necesariamente la actuación administrativa de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en relación con la interconexión y el acceso a las redes, dentro de su objeto general, que no es otro que la salvaguarda, en beneficio de los ciudadanos, de las condiciones de competencia efectiva en este mercado.

En consecuencia, cabe concluir que la publicidad de la Resolución de referencia a través de la página web www.cmt.es, así como el hecho de recoger en dicha página el comunicado de prensa, no sólo no constituye actuación material alguna en vía de hecho por parte de esta Comisión, diferenciada y al margen de dicha Resolución, sino que ha venido a dar exacto cumplimiento al principio de transparencia y publicidad en su actuación administrativa, al que viene obligada por la normativa general y sectorial de aplicación que se ha puesto de relieve, todo ello recogido en el Acuerdo del Consejo de esta Comisión relativo a su política de comunicaciones mencionado anteriormente, que ha sido cumplido escrupulosamente en este caso por los órganos competentes de esta Comisión. Procede, por tanto, rechazar de plano la alegación relativa a que esta actuación se haya constituido en vía de hecho, así como su supuesto carácter autónomo respecto de la Resolución sancionadora.

Sentada la anterior conclusión ha de rechazarse, en segundo lugar, la pretensión de la requirente relativa a que la publicidad del comunicado tenga un carácter sancionador. Ello, por cuanto los requisitos analizados por TESAÚ



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

con el fin de llegar a la conclusión de la naturaleza sancionadora de la publicidad del comunicado de prensa no pueden acogerse.

El primer requisito del citado análisis se contrae al daño que la publicidad infligiría a TESAU. Al respecto, la entidad requirente invoca determinada Jurisprudencia incurriendo en un manifiesto error que se reproduce a lo largo de todo el requerimiento efectuado, consistente en confundir la publicidad con la publicación de una resolución administrativa, conceptos jurídicos distintos, como a continuación se pone de relieve.

En efecto, no cabe confundir la publicidad de las resoluciones, como expresión del principio de transparencia en la actuación administrativa, cuya regulación normativa se ha analizado, con el régimen jurídico específico de la publicación de determinadas resoluciones sancionadoras, cuando así lo establezca una norma jurídica.

Así, por citar algún ejemplo ilustrativo, el artículo 46.5 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, dispone lo siguiente:

“5. Las resoluciones sancionadoras del Tribunal, una vez notificadas a los interesados, se publicarán en el Boletín Oficial del Estado y, en la forma que aquél estime adecuada, en uno o varios diarios de ámbito nacional y de las provincias donde tengan el domicilio o realicen las prácticas las personas o empresas sancionadas. El coste de la inserción de las resoluciones correrá a cargo de la persona o empresa sancionada.”

Por su parte, el artículo 18.1 de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, al que se refiere la Sentencia esgrimida por TESAU, establece que:

“1. Las resoluciones mediante las que se impongan cualesquiera de las sanciones enumeradas en las letras b) y c) del apartado 1 del artículo 17 sólo serán ejecutivas cuando hubieran ganado firmeza en vía administrativa; cuando se trate de infracciones graves se inscribirán íntegramente en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas, publicándose en el Boletín del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.”

Por último la LGTel, precisamente, establece la amonestación pública como acción aparejada a las infracciones graves, en su artículo 82.1 B) in fine, del siguiente tenor:

“Las infracciones graves, en función de sus circunstancias, podrán llevar aparejada amonestación pública, con publicación en el Boletín Oficial del Estado y en dos periódicos de difusión nacional, una vez que la resolución sancionadora tenga carácter firme.”

Por consiguiente, resulta clara y manifiesta la diferencia existente entre la publicidad general de la actuación administrativa y la publicación de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

determinadas resoluciones sancionadoras impuesta legalmente, y ello no sólo en su naturaleza, sino también en los medios empleados, pues es obvio que la publicación se produce en Diarios y Registros oficiales, así como en periódicos de difusión en un determinado ámbito territorial. Es evidente que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, al recoger en su página web www.cmt.es tanto la Resolución sancionadora como el comunicado de prensa, se limitó a dar publicidad a su actuación administrativa, como viene haciendo continuamente y para todo tipo de resoluciones conforme al citado Acuerdo de noviembre de 1997, sean sancionadoras o no y con el único límite en la información constitutiva de secreto comercial o industrial, sin que pueda confundirse en absoluto con la publicación referida.

Sentada esta diferencia, ha de concluirse que la única sanción que ha impuesto esta Comisión, en ejercicio irrenunciable de sus competencias, es la multa que consta en la Resolución que trae causa, al encontrar a TESAU como responsable directo de la comisión de una infracción muy grave, de modo que la obligada publicidad de dicha Resolución no puede considerarse que inflija un mal a TESAU de forma autónoma y diferenciada, por lo que ha de rechazarse la concurrencia del primer requisito.

En relación con el segundo requisito, relativo a la supuesta actuación antijurídica de esta Comisión, ha de decaer necesariamente por la profusa normativa que sirve de base a la actuación en cuestión, como ha quedado suficientemente motivado.

Igualmente, debe rechazarse la supuesta concurrencia del tercer requisito dentro del análisis sui generis efectuado por TESAU con respecto al supuesto carácter sancionador del comunicado, relativo a que la finalidad del hecho de recoger el comunicado en la página web fuese castigar la infracción cometida por la requirente. Como ya se ha expuesto en la presente Resolución, el único fin de tal actuación fue dar exacto cumplimiento al principio de publicidad y transparencia en la actuación de esta Comisión, por cuya sola razón habría ya de desestimarse la alegación al respecto.

Ahora bien, al margen de la anterior conclusión, resulta preciso detenerse sobre el argumento incluido en esta alegación por parte de la entidad requirente, en el sentido de que no cabe que la finalidad del comunicado sea publicitaria de la actividad sancionadora de esta Comisión, por cuanto esta afirmación, sobre la cual pasa TESAU de forma calculadamente residual, encierra precisamente el fundamento de la actuación cuestionada.

En efecto, TESAU alega que el referido comunicado no tiene una función preventiva de la comisión de nuevas infracciones, mediante la difusión al público de la ahora cometida, puesto que este tipo de infracción no se comete en las relaciones de la sociedad con el público o con terceros operadores, sino en el ámbito de sus relaciones con esta Comisión. A su entender, estas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

apreciaciones fueron tenidas en cuenta también por esta Comisión cuando se denegó el carácter de interesado a Lince Telecomunicaciones, S.A. en el expediente sancionador, argumentando que la finalidad de ese expediente era simplemente sancionar la infracción cometida y no la de reparar algún perjuicio causado o asegurar el cumplimiento de las resoluciones.

De esta manera, considera la requirente que la publicación del comunicado no tiene más justificación que la de "castigar" públicamente a TESAU por su actuación infractora, como ya queda dicho y debidamente contestado.

Pues bien, de acuerdo con el criterio de esta Comisión, reiterado en Resoluciones anteriores, el cumplimiento de las resoluciones dictadas por ella en el ejercicio de sus competencias 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 este sentido, la falta de cumplimiento de las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones 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.

El nuevo marco normativo sobre el que se asienta la liberalización de este mercado cuenta con el papel relevante de intervención del organismo regulador, sometido al control de los Tribunales, pues de lo que se trata es de garantizar la creación y consolidación de la competencia en mercados que arrancan de una situación monopolística. En tal situación, es claro que el cometido del regulador queda gravemente comprometido por la inejecución o la ejecución incompleta de sus decisiones.

El presente caso adquiere mayor transcendencia -aún si cabe- por el hecho de que se trata de una decisión que afecta al derecho de interconexión.

Como es bien sabido por TESAU, con la liberalización del mercado de las telecomunicaciones, la interconexión a la red del operador dominante constituye un recurso fundamental para los operadores alternativos. No existiendo redes de telecomunicación lo suficientemente extendidas por los operadores alternativos que supongan una alternativa a la red del operador dominante, el acceso a los servicios que pudieran ofrecer otros operadores por los clientes conectados físicamente a la red de TESAU, resulta posible a través de la interconexión de las redes, por lo que se constituye como un derecho esencial sobre el que se fundamenta la competencia en los servicios finales de telecomunicación ofrecidos a los ciudadanos.

En atención a lo anterior, los servicios de interconexión prestados por TESAU establecidos en su Oferta de Interconexión de Referencia, resultan en la práctica objeto de numerosas intervenciones por parte de esta Comisión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A este respecto, cabe reiterar que una de las razones que motivó la inclusión del nuevo modelo de interconexión por capacidad, precedido de un minucioso análisis, fue la distorsión que el modelo de interconexión por tiempo existente producía en las condiciones de competencia entre TESAU y el resto de los operadores que hacía uso de la red de aquélla.

Así pues, una vez vista la necesaria intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, es preciso reiterar la obligación de esta Comisión de velar por la efectiva interconexión de las redes de telecomunicaciones, debiéndose conjugar con la puesta en conocimiento a los operadores de las decisiones que se tomen al respecto, por ser de todo punto necesario para asegurar los principios que deben presidir la interconexión de redes de telecomunicaciones de conformidad con la normativa anteriormente citada, entre los que se destaca el de transparencia.

A este respecto ha de señalarse que esta Comisión, en el ejercicio de sus funciones, velará para que se facilite dicha interconexión y que se apliquen tales principios, dictando para ello las oportunas Resoluciones, entre las que se encuentran obviamente las sancionadoras, para el caso de que se incumplan las mismas.

Desde luego, los operadores que intervienen en el mercado deben conocer las decisiones y los criterios que se adopten por el regulador en esta materia, incluida las consecuencias de su incumplimiento por el obligado a ellas, para poder actuar ante ello en consecuencia y sin que quepa confundir esta consecuencia del principio de transparencia y publicidad con una cuestión distinta, como es el reconocimiento de la condición de interesado que pudiera otorgarse en virtud del artículo 31 de la LRJPAC, y cuyos fundamentos jurídicos se establecieron en la resolución de esta Comisión por la que se denegó a Lince Telecomunicaciones, S.A. tal condición en el procedimiento sancionador, que nada tiene que ver con la puesta en conocimiento de carácter general a la que se hace ahora alusión.

Cabe reiterar, pues, que se hace necesario que la actuación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones resulte de una absoluta transparencia, no ya solo por el principio general establecido en el citado artículo 3.5 de la LRJPAC, sino sobre todo por la particularidad del nuevo marco sectorial liberalizado, como queda dicho, por lo que se rechazan las alegaciones sobre cualquier otra finalidad o naturaleza de la actuación en cuestión.

Queda, por último, una alegación por contestar a TESAU, relativa al contenido del comunicado de prensa. Al respecto, alega la requirente que la publicidad del comunicado, para conocimiento general, le ha producido un daño a su imagen que se ha visto agravado por el hecho de que su contenido no se corresponde con la Resolución sancionadora y que contiene determinadas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

valoraciones de la actuación de TESAU en relación con los usuarios. Además, alega que dicho comunicado no hace mención alguna a las razones que justificaron su actuación.

Con carácter previo, cabe recordar a TESAU que el primer párrafo del comunicado se corresponde con el contenido de la parte dispositiva de la Resolución sancionadora, limitándose seguidamente tan solo a señalar las resoluciones dictadas por esta Comisión que han sido incumplidas por TESAU, relativas al nuevo modelo de interconexión por capacidad, por lo que se ha de rechazar la alegación de que el contenido del comunicado no se corresponde con la Resolución sancionadora, por no ajustarse a la realidad.

En cuanto a la referencia que se hace en el comunicado sobre que con la actuación de TESAU se priva a los usuarios de la posibilidad de nuevas ofertas, cabe aclarar que no se trata de una valoración u opinión de esta Comisión incluida *ex novo* en la referida comunicación, sino que se refiere a una circunstancia recogida en la Resolución sancionadora, ampliamente motivada en el fundamento de derecho quinto, en el apartado relativo a la naturaleza de los perjuicios causados (perjuicios a la competencia), como una circunstancia agravante en la que incurre la imputada con su actuación infractora, de la misma manera que se hace mención en el comunicado a un cambio de actitud en la conducta de TESAU que, en aplicación del principio de la proporcionalidad, se tiene en cuenta para reducir la cuantía de la multa inicialmente propuesta por el instructor, y de la que la requirente nada alega al respecto.

Por último, en cuanto a la alegación sobre que en el comunicado nada se dice sobre las razones que justificaron la actuación de TESAU, cabe señalar que las mismas fueron objeto del comunicado de prensa que, a su vez, emitió la entidad sancionada, siendo debidamente recogidas en todos los artículos de prensa escrita publicados en los periódicos a los que hace alusión en su requerimiento, impidiendo con ello que se diera la supuesta agravación de su situación.

Por ello, no puede tener favorable acogida la alegación que ahora se formula, por cuanto que la misma no se ajusta a la realidad y carece de justificación alguna que la sustente.

Como consecuencia de todo lo anterior, procede desestimar cada una de las alegaciones de TESAU vertidas en relación con el comunicado de prensa, su contenido y publicidad.

B. Sobre la falta de cobertura procedimental e infracción del principio de tipicidad, que implicaría la vía de hecho.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Expresado ya en la presente Resolución el marco normativo de transparencia y publicidad que da cobertura a la actuación cuestionada de esta Comisión, y fundamentada debidamente la total ausencia de su pretendida naturaleza sancionadora, han de rechazarse las alegaciones relativas a la falta de dicha cobertura procedimental y de tipicidad. Por ello ha de decaer, igualmente, la alegación sobre la presunta actuación material en vía de hecho de esta Comisión, por las razones expuestas.

Ahora bien, es necesario señalar en este punto que, junto a la obligación general y sectorial de transparencia y publicidad en la actuación administrativa que pesa sobre esta Comisión, en relación con el comunicado viene a colación una manifestación específica de la citada publicidad y transparencia que enlaza, directamente, con el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz, establecido en el artículo 20.1 d) de la Constitución, máxime si tenemos en cuenta el especial seguimiento que de esta actividad de la Comisión realizan los medios de comunicación social. Mediante estos comunicados se facilita, respondiendo a una genérica petición de los medios de comunicación social, la divulgación y difusión de acuerdos de especial trascendencia. Cuestionar estos comunicados de prensa, en absoluto prohibidos por las leyes de procedimiento administrativo, constituiría, además de un precedente singular respecto del resto de Administraciones Públicas (hasta ahora no parece haberse discutido la posibilidad de que las Administraciones Públicas realicen estos comunicados), una vulneración flagrante y no justificada del principio de transparencia que se debe exigir a organismos como esta Comisión.

Sobre el particular cabe señalar el hecho de que TESAU alega que una prueba de que la publicación del comunicado tiene como objeto "castigar" públicamente a dicha entidad es que, de los doce Acuerdos que se aprobaron el 24 de octubre de 2002, el único que motivó un comunicado de prensa fue la Resolución sancionadora.

En relación a esta cuestión, cabe reiterar la trascendencia que para el mercado de las telecomunicaciones supone el incumplimiento por parte de TESAU de la obligación de implantar el nuevo modelo de interconexión por capacidad y, consecuentemente con ello, la necesaria publicidad para conocimiento de todos, como queda dicho. A esto hay que sumar la obligación que pesa sobre la propia Comisión de poner en conocimiento de los ciudadanos información veraz, como manifestación ineludible del principio de transparencia y sin olvidar que resulta un derecho reconocido constitucionalmente.

De esta manera, esta Comisión estaba obligada a poner en conocimiento la Resolución sancionadora adoptada por las razones expuestas y según los criterios recogidos en el citado Acuerdo del Consejo relativo a su política de comunicaciones, garantizando con ello el principio de transparencia. Por ello, dada la especial relevancia del asunto, emitió una nota de prensa para



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

asegurar el derecho de todos los ciudadanos a recibir una información veraz sobre la materia en cuestión, complementaria de otra realizada al efecto por la propia TESAU, como así fue recogido en todos los medios de comunicación escrita y consta en el propio requerimiento que trae causa.

Al respecto no cabe olvidar el precedente existente, en el sentido de que la propia TESAU procedió en fecha 23 de julio de 2002 a emitir un comunicado de prensa relacionado con las Resoluciones sancionadoras de esta Comisión de la misma fecha (expedientes AJ 2002/5952 y AJ 2001/5318), con gran trascendencia en los medios de comunicación, según consta a esta Comisión de forma debidamente documentada. Respecto de esas resoluciones, la CMT decidió no emitir comunicado de prensa, por lo que fue la propia TESAU la que puso en conocimiento de los medios de comunicación social que había sido sancionada.

Por todo ello, se ha de rechazar la conclusión de TESAU a la que se hace referencia en este punto sobre publicidad de una sola resolución, sobre que la única finalidad que cabe apreciar en el contenido y publicación del comunicado de prensa es la de castigar a la entidad sancionada, pues de acuerdo con lo dicho anteriormente carece de justificación alguna que la sustente.

Por lo que se refiere a la alegación sobre el hecho de que la actuación de la Comisión no ha venido precedida de procedimiento alguno ni de acto administrativo que la habilite, resulta evidente que la publicidad deriva directamente de la aprobación misma de la Resolución sancionadora y de los criterios aprobados por esta Comisión en el año 1997.

Como ya se ha fundamentado en la presente Resolución, el hecho de recoger en la página web www.cmt.es tanto el comunicado de prensa como la Resolución sancionadora son manifestación inequívoca del principio de publicidad y transparencia, por lo que no puede pretenderse en modo alguno que dicha actuación no haya venido precedida de procedimiento ni de acto alguno, cuando es la propia Resolución de 24 de octubre de 2002, que pone fin a un procedimiento sancionador, la que constituye el presupuesto de hecho para que proceda tal publicación. Procede, por ello, rechazar esta alegación.

Con respecto a la alegación relativa al hecho de que el comunicado constituye una sanción no tipificada en el ordenamiento, lo que supondría una quiebra del principio establecido en el artículo 129 de la LRJPAC, ha de insistirse aquí que en caso alguno procede atribuir a la publicidad cuestionada el carácter sancionador pretendido por TESAU, por todos y cada uno de los fundamentos ya expuestos en la presente Resolución.

Procediendo rechazar, por tanto, el presupuesto de la alegación de la entidad requirente, no cabe apreciar infracción alguna del principio de tipicidad, en el sentido de que únicamente por la comisión de infracciones administrativas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la Ley. Ello, puesto que en los antecedentes que traen causa la única sanción impuesta a TESAU por la infracción cometida es la multa tipificada en el artículo 82.1 A) de la LGTel, de modo que el principio invocado ha sido escrupulosamente observado por esta Comisión, razón por la cual no puede prosperar la pretensión de TESAU en este aspecto.

Por último, alega TESAU una supuesta infracción del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de tutela cautelar, por cuanto se habría impedido materialmente ejercitar cualquier pretensión cautelar dirigida a impedir la publicidad de la sanción.

Para justificar la supuesta infracción ahora denunciada, TESAU cita alguno de los pronunciamientos que ha hecho el Tribunal Constitucional en el sentido de manifestar que *"la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso"*. A su entender, en este caso la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones viene a ejecutar una actuación materialmente sancionadora sin dar la posibilidad de solicitar una media cautelar.

Pues bien, la presente alegación se ha de rechazar de plano por cuanto que se parte de una premisa errónea (contestada ampliamente en el apartado anterior de esta Resolución), consistente en considerar al comunicado de prensa como una auténtica sanción. En efecto, es la propia entidad requirente la que reconoce este hecho y comienza afirmando en este punto que la infracción que ahora denuncia ya ha quedado apuntada en el apartado 2 de la segunda alegación de su escrito. Precisamente en este apartado 2 manifiesta claramente que *"Bajo ningún concepto puede entenderse que el Comunicado es una suerte de ejecución de la Resolución"*.

Una vez aclarado que no se está en presencia de una actuación sancionadora, independiente y autónoma de la propia Resolución sancionadora dictada el 24 de octubre de 2002, ni que se trata de actos de ejecución de la misma, decae cualquier pretensión en relación a la supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ahora planteada, pues esta infracción sólo podría invocarse respecto de la Resolución sancionadora y sus actos de ejecución material y no, como se pretende, para el comunicado que se emitió, al carecer de tal naturaleza.

Como ya se expuso en la propia Resolución sancionadora, en contestación a lo alegado por TESAU a este respecto, este privilegio de ejecutividad de los actos administrativos ha de cohonestarse con el derecho a la tutela cautelar como parte del derecho a la tutela judicial efectiva. A pesar de ser muy abundantes las manifestaciones jurisprudenciales de esta doctrina, todas ellas tienen un elemento común consistente en declarar que el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface facilitando que dicha ejecutividad pueda ser sometida a la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

decisión de un tribunal, y que éste, con la información y contradicción necesaria, resuelva sobre la suspensión.

En el presente caso, al dictarse la Resolución de continua referencia esta Comisión ha dado fiel cumplimiento a dicha doctrina, preservando el derecho a la tutela judicial efectiva a la que tiene derecho la entidad sancionada, por cuanto que se ha informado de los distintos recursos procedentes que contra la misma pudieran interponerse y no se ha realizado actividad de ejecución alguna de la resolución sancionadora (como la propia TESAU reconoce en su escrito) y menos aún impidiendo la interposición de los mismos.

Por ello, y en cuanto a la alegación relativa a que se ha impedido a TESAU ejercitar cualquier pretensión cautelar para impedir la publicación de la sanción y los perjuicios que se pudieran ocasionar, cabe recordar a esta entidad que, con fecha de entrada en el Registro 8 de noviembre de 2002, se ha interpuesto contra la resolución sancionadora dictada el 23 de octubre de 2002 el correspondiente recurso potestativo de reposición y se ha solicitado la suspensión de su ejecutividad (tutela cautelar), por lo que no resulta ajustada a la realidad la afirmación que ahora se hace por la requirente de haberse visto impedida de la tutela cautelar a la que tiene derecho.

Es más, a efectos puramente dialécticos y aunque se trate de una cuestión que no tenga que ver con la ahora debatida por las diferencias ya puestas de manifiesto, esto es, sobre la publicación propiamente dicha de las sanciones, el Tribunal Supremo viene manteniendo, en una doctrina plenamente consolidada, la preponderancia del interés general a la hora de pronunciarse sobre la cuestión relativa a la publicación de la sanción, siempre que se trate de bienes jurídicos de especial relevancia, sin perjuicio de que, en cualquier caso, sería reparable si se obtuviese sentencia favorable a su pretensión anulatoria.

Así, cabe citar aquí por su especial trascendencia la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2000 (RJ 2000\72), la cual, en su fundamento jurídico sexto, expresa lo siguiente:

“(…) De un lado, porque los derechos fundamentales que consagra el artículo 24.1 de la Constitución quedan satisfechos, en la materia ahora concernida, desde el momento en que se posibilita el sometimiento de la pretensión cautelar al conocimiento de los órganos judiciales y se obtiene de éstos una respuesta fundada en derecho; de tal suerte que aquella satisfacción, en sí misma, no queda subordinada al acierto o desacierto hipotético de la respuesta obtenida. En otras palabras, una vez producida la respuesta fundada en derecho, el eventual precepto infringido no lo sería el único que como tal se denuncia en el motivo - artículo 24.1 de la Constitución-, sino el que establece el criterio material determinante del acierto o desacierto de la respuesta. Y de otro (aunque esto se añade tan sólo a efectos dialécticos, pues lo antes dicho es suficiente en sede de un recurso de casación para imponer el pronunciamiento desestimatorio), porque



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el elenco de pretensiones deducibles en el recurso contencioso-administrativo posibilita el pleno restablecimiento de la situación jurídica conculcada y, por tanto, no se opone a una hipotética publicación de un fallo estimatorio del recurso que contrarrestara los efectos negativos de la publicación ordenada en la Resolución recurrida (v. artículo 107 de la Ley 29/1998), ni al reintegro de los gastos derivados de la publicación ordenada (v. artículo 71 de la misma Ley); y porque para juzgar sobre si la publicación de la parte dispositiva de una resolución sancionadora causa o no un daño irreparable a la imagen de la empresa sancionada ha de valorarse, más que el solo dato de la publicación, único en el que se fija la parte recurrente, el contenido o naturaleza de la conducta que se sanciona y se hace pública. En otras palabras, tampoco hay en el desarrollo del motivo argumentos para llegar a la conclusión de que fuera errónea la afirmación hecha en el Auto recurrido de que la publicación no causa perjuicios irreparables.”

Cabe concluir, pues, que esta doctrina es claramente trasladable al presente caso, pues el bien jurídico que está en juego es la competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones, en el que el derecho a la interconexión ostenta un papel relevante, como ya se ha puesto de relieve suficientemente.

Por todo ello, ha de rechazarse la pretensión de TESAU relativa a la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, desestimándose la referida alegación.

SEGUNDO. Contestación a las alegaciones de TESAU sobre el hecho de que la Resolución sancionadora de 24 de octubre de 2002 esté recogida en la página web www.cmt.es.

Con respecto a la presente alegación de TESAU, la requirente sostiene que la publicidad de la Resolución sancionadora a través de la página web de continua referencia es contraria a Derecho por las mismas razones expuestas con anterioridad en su escrito. En aras de la brevedad y en consonancia con la reiteración de las alegaciones, esta Comisión se remite a los fundamentos expuestos anteriormente en la presente Resolución.

No obstante lo anterior, TESAU aporta en este punto una alegación adicional, cual es el supuesto carácter confidencial de la Resolución recurrida, según se derivaría de la regulación establecida en el artículo 37 de la LRJPAC sobre el derecho de acceso a Archivos y Registros administrativos.

Sobre este particular es preciso destacar, en primer lugar, que el artículo invocado no resulta en el presente caso de aplicación a la publicidad y transparencia de la actuación administrativa, principio en el cual se asienta el fundamento legal de la actuación de esta Comisión cuya cesación se intima, como ha quedado expuesto en la presente Resolución.

En efecto, la publicidad de la Resolución sancionadora encuentra su apoyo no sólo en su condición de principio general de la actuación administrativa, sino también en el principio sectorial de transparencia que incumbe a esta Comisión



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en su condición de Autoridad regulatoria del mercado de las telecomunicaciones, máxime cuando la materia de fondo afecta a una herramienta fundamental en la instauración de la competencia en el sector, tal y como concurre en la interconexión de redes del operador dominante, como ya se ha expuesto.

Sólo en el hipotético caso de que se hubiese pretendido por un tercero ejercer el derecho de acceso regulado en el artículo 37 de la LRJPAC, hubieran sido oponibles las excepciones establecidas en el mismo artículo, como parece pretender la requirente. Pero sucede que nos encontramos en un supuesto distinto, como queda dicho, de modo que la publicidad de la Resolución sancionadora no se fundamenta en el citado precepto legal por la simple razón de que ningún tercero ha solicitado el ejercicio de este derecho, motivo por el cual no se pueden pretender esgrimir las citadas excepciones.

Ahora bien, en segundo lugar y haciendo abstracción de lo expuesto como fundamento por sí solo suficiente para rechazar la alegación de TESAU, sucede que en el presente caso, a efectos de valorar la invocada confidencialidad frente al principio general de publicidad en la actuación administrativa, habría de traerse a colación el interés general en dicha publicidad frente al interés particular del operador dominante en que la Resolución sancionadora tuviese el carácter de confidencial.

En efecto, es doctrina asentada de esta Comisión la aplicación del principio de proporcionalidad en la resolución de las pretensiones de confidencialidad sostenidas por los operadores en los diferentes procedimientos de modo que, en caso de conflicto, ha de ponderarse en aplicación de dicho criterio el interés del operador en que dicha información tenga el citado carácter confidencial y el beneficio posible del resto de operadores al conocer la información considerada relevante, en aras del principio de no discriminación y de transparencia en relación con la información de que se trate.

Pues bien, en el presente caso la aplicación del principio de proporcionalidad habría de decantarse indudablemente del lado del interés general, atendiendo a la importancia de la interconexión como instrumento clave de la introducción de competencia en el mercado, por las razones ya expuestas.

A mayor abundamiento, esta aplicación del interés general como criterio de discernimiento es aplicado por la Jurisprudencia no sólo en el caso de resolver sobre pretensiones de confidencialidad en general, sino de forma muy especial en materia de publicación de resoluciones sancionadoras como ya se puso de manifiesto, por lo que resulta de especial interés citar aquí la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2000 (RJ 2000\220), la cual, en su fundamento jurídico segundo, sostiene lo siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“(...) para juzgar sobre si la publicación de la parte dispositiva de una resolución sancionadora causa o no un daño irreparable a la imagen de la empresa sancionada ha de valorarse, más que el solo dato de la publicación, el contenido o naturaleza de la conducta que se sanciona y se hace pública; y, también, que el interés público representado por hacer llegar a los consumidores el acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia, en aras del beneficio del mercado, es prevalente al daño que puede ocasionarse a la empresa con la publicación, el cual, en cualquier caso, sería reparable si obtuviese Sentencia favorable a su pretensión anulatoria.”

Existe aún un tercer argumento que conlleva la desestimación de la alegación de TESAU respecto de la pretendida confidencialidad de la Resolución sancionadora a efectos de la publicidad y transparencia en la actuación administrativa, sin perjuicio desde luego de los anteriores. Así, es preciso acudir al artículo 8 del Reglamento de los Registros Especiales de Titulares de Licencias Individuales y de Titulares de Autorizaciones Generales para la prestación de servicios y para el establecimiento y explotación de redes de telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1652/1998, de 24 de julio. En dicho artículo, que regula una serie de datos a incluir en el Registro Especial de Titulares de Licencias Individuales, se establece que:

“1. Se hará constar mediante nota, practicada de oficio al margen de la inscripción correspondiente a cada licencia individual, la imposición de cualquier sanción firme por las infracciones graves y muy graves que puedan ser cometidas por sus titulares con ocasión de la prestación del servicio telefónico disponible para el público o del establecimiento o explotación de una red pública de telecomunicaciones.”

Pues bien, considerando este régimen especial de publicidad de las sanciones impuestas y el carácter público del Registro Especial de Titulares de Licencias Individuales, en su condición de Registro de carácter administrativo de ámbito estatal, tal y como consta en los artículos 1 y 2 del citado Reglamento, ha de concluirse que la pretensión de confidencialidad no se compadece en absoluto con la citada anotación marginal en un Registro público. Ello, sin perjuicio de que los títulos habilitantes de TESAU aún no consten inscritos en este Registro, debido a que aún no han sido transformados conforme lo dispuesto en la Disposición transitoria primera de la LGTel.

Por todas los fundamentos expresados, se concluye que ha de desestimarse la alegación adicional de TESAU sobre el presunto carácter confidencial de la Resolución recurrida.

TERCERO. Contestación a las alegaciones de TESAU sobre responsabilidad patrimonial de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como cuestión previa, ha de recordarse aquí lo expresado en el fundamento jurídico procedimental segundo de la presente Resolución, en el que esta Comisión concluye que no ha de admitirse procedimentalmente en esta vía la pretensión accesorio de reconocimiento del derecho a ser indemnizada por los supuestos daños y perjuicios derivados de la actuación material en vía de hecho cuya cesación se intima.

Sin perjuicio de tal conclusión, que haría innecesario de por sí detenerse en la pretensión de fondo, cabe no obstante hacer las siguientes precisiones sobre los argumentos de TESAU, para una mejor motivación de la presente Resolución.

Pues bien, con respecto al carácter antijurídico del daño sufrido, como primer requisito necesario para haber lugar a una responsabilidad patrimonial de la Administración, no cabe más que reiterar los fundamentos jurídicos esgrimidos por esta Comisión sobre la publicidad y transparencia de su actuación administrativa. En tal sentido, sin entrar ahora en la existencia del daño alegado, resulta que la actuación de esta Comisión tiene pleno respaldo normativo, por todos y cada uno de los argumentos sostenidos. Por tanto ha de negarse, de entrada, cualquier rastro de actuación antijurídica.

A mayor abundamiento, aún si hipotéticamente se reconociese la existencia de algún daño derivado de la actuación de la Administración, habría de aplicarse la regla sentada en el artículo 141 de la LRJPAC, en el sentido de que sólo resultan indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

En efecto, extraída la conclusión de que la actuación administrativa de publicidad ha estado plenamente ajustada a Derecho, tomando en consideración las condiciones especiales de publicidad y transparencia del mercado regulado y las obligaciones dimanantes no sólo para esta Comisión en cuanto Autoridad regulatoria, sino también para las entidades que operan en dicho mercado, habría que concluir que el supuesto daño estaría dentro de la obligación jurídica de soportar, lo que automáticamente excluiría la potencial indemnización de los daños producidos.

Dicho lo cual, es preciso fijarse ahora en el supuesto daño irrogado a la entidad requirente y su evaluación. Con respecto a los criterios particulares señalados para llevar a cabo la evaluación, se insiste que todos están supeditados a que prosperase la pretensión anulatoria que ha ejercitado la requirente, de modo que ha de reiterarse aquí la necesidad de supeditar esta evaluación a expensas de lo que en la resolución de tal pretensión se establezca.

Ahora bien, esta Comisión sí estima indispensable hacer aquí una salvedad sobre los supuestos daños morales irrogados a TESAU por la publicidad dada al comunicado de prensa *“por terceros ajenos a la Comisión (medios de*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

comunicación)”, como tiene expresado la requirente. Al respecto esta Comisión no puede por menos que señalar que, en el caso de que TESAU se hubiese sentido lesionada por las informaciones publicadas por los medios de comunicación, habría estado en la posibilidad de ejercitar el derecho de rectificación regulado en la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, sin que conste a esta Comisión el ejercicio de las acciones correspondientes, en los términos utilizados por el artículo 1 de dicha Ley Orgánica:

“Toda persona, natural o jurídica, tiene derecho a rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio.”

Por ello, no se entiende en modo alguno que TESAU pretenda incluir en la evaluación de daños los derivados de la publicidad dada al comunicado por terceros ajenos a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la razón expuesta.

Por último, y en lo que se refiere a la alegación sobre exigencia de responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de la Comisión, baste indicar que tal exigencia tiene como requisito necesario aunque no suficiente que la Administración haya indemnizado a los lesionados, tal y como tiene establecido el artículo 145 de la LRJPAC, motivo por el cual no procedería tomarla en consideración en este momento.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos de derecho, esta Comisión,

RESUELVE

ÚNICO. Desestimar el requerimiento formulado por Telefónica de España, S.A.U. al amparo del artículo 30 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, intimando la retirada del comunicado de prensa de 24 de octubre de 2002 y del Acuerdo de misma fecha por el que se puso fin al expediente sancionador AJ 2002/6623, ambos recogidos en la página web www.cmt.es.

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^a Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes