



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

CERTIFICA:

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

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE DENIEGA LA SOLICITUD PRESENTADA POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. SOBRE LA ADOPCIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN DE LA RESOLUCIÓN DE FECHA 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.

En relación con la solicitud presentada por Telefónica de España, S.A.U. referida a la adopción de una medida cautelar de suspensión de la Resolución de fecha 21 de febrero de 2002 recaída en el expediente AJ 2002/6091, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 12/02 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 4 de abril de 2002, recaída en el expediente AJ 2002/6441

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 21 de febrero de 2002, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó una Resolución por la que se denegó 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.

Dicha Resolución establece en su parte dispositiva lo siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

RESUELVE:

Primero. No modificar el actual modelo de interconexión por capacidad adoptado mediante 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.

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."

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

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

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

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

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

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

La ejecución inmediata de un acto administrativo es, pues, relevante desde la perspectiva del art. 24.1 de la CE ya que **si tiene lugar imposibilitando el acceso a la tutela judicial** puede suponer la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende o incluso prejuzgar irreparablemente la decisión final del proceso causando una real indefensión. En consecuencia, **el derecho a la tutela se extiende a la pretensión de suspensión de la ejecución de los actos administrativos** que, si formulada en el procedimiento administrativo, debe permitir la impugnación jurisdiccional de su



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

denegación y si se ejercitó en el proceso debe dar lugar en el mismo a la correspondiente revisión específica. **«El derecho a la tutela se satisface, pues, facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión»** (STC 66/1984). Si, pues, hemos declarado que la tutela se satisface así, es lógico entender que **mientras se toma aquella decisión no pueda impedirse ejecutando el acto**, con lo cual la Administración se habría convertido en Juez. Los **obstáculos insalvables** a esta fiscalización lesionan, por tanto, el derecho a la tutela judicial y justifican que, desde el artículo 24.1 de la CE, se reinterpreten los preceptos aplicables (...).

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

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

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

Para analizar el alcance de la ejecución del acto recurrido, debe tenerse en cuenta el contenido literal de la parte dispositiva de la Resolución ahora impugnada, y que se menciona en los hechos, en virtud de la cual se deniega la solicitud de Telefónica de modificar el actual modelo de interconexión por capacidad y se reafirma la eficacia de la Resolución de esta Comisión de fecha 9 de agosto de 2001 sobre modificación de la Oferta de Interconexión de Referencia, sin que en ningún caso, se establezca una nueva obligación para Telefónica.

Así pues, la plena ejecución de la parte dispositiva de dicho acto, depende en este momento de que Telefónica continúe ofreciendo a los restantes operadores la modalidad de interconexión por capacidad combinada (voz +



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

datos) en las condiciones y precios establecidos para el modelo de interconexión por capacidad en 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., sin que de dicha ejecución se deriven para Telefónica daños de imposible o difícil reparación puesto que la adopción por parte de los operadores interconectados del tipo mixto de enlaces por capacidad no conlleva ninguna desventaja económica ni obstáculo técnico para Telefónica, ya que esta última recupera todo el coste asumido a la hora de encaminar el tráfico vocal y el de acceso a Internet de igual manera, sin segregar uno de otro.

Por ello, hay que concluir que la Resolución ahora impugnada no impone una nueva obligación a Telefónica, sino que se limita a denegar una solicitud, reiterando lo dispuesto en una Resolución anterior, esto es, la ya citada Resolución de 9 de agosto de 2001, cuya eficacia no puede verse afectada por la interposición de un recurso contencioso-administrativo contra otra Resolución.

Por otra parte, en el caso de que Telefónica cumpliera efectivamente con lo dispuesto en la Resolución, tampoco aquí cabría suspender dicha actuación. Y ello, por cuanto que, si el órgano jurisdiccional dictara una resolución acordando la suspensión, Telefónica debería continuar ofreciendo a los restantes operadores la modalidad de interconexión por capacidad combinada, puesto que esta obligación se deriva de la Resolución de 9 de agosto de 2001, sobre la modificación de la Oferta de Interconexión de Referencia y no de la Resolución impugnada.

Como consecuencia de lo anterior, resulta meridianamente claro que no cumple atender la solicitud de suspensión de la referida Resolución de fecha 21 de febrero de 2002 en tanto en cuanto se pronuncie la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional sobre las medidas cautelares solicitadas en el contexto del recurso contencioso-administrativo ante ella interpuesto, dado que de la naturaleza misma del acto recurrido no se deduce que la no suspensión por parte de esta Comisión impida que la Audiencia Nacional se pronuncie con plena eficacia sobre las medidas cautelares solicitadas. Conclusión ésta que se ve corroborada por la propia actuación de TESAÚ, que -al no haber solicitado a la Audiencia Nacional la adopción de una medida cautelar provisionalísima- demuestra que ella misma no entiende que haya circunstancias de urgencia que justifiquen que esta Comisión se abstenga de forma inmediata de toda actuación ejecutiva de la que se derivarían para ella daños de imposible o difícil reparación.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

RESUELVE

Denegar la solicitud de Telefónica de España, S.A.U. de suspensión de la ejecutividad de la Resolución de fecha 21 de febrero de 2002, recaída en el expediente AJ 2002/6091, 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.

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

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

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

José M^a Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes