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 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 5 de diciembre de 2002, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. CONTRA LA RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DE ESTA COMISIÓN DE FECHA 24 DE OCTUBRE DE 2002 SOBRE EL EXPEDIENTE SANCIONADOR AJ 2002/6623 INCOADO A ESTA ENTIDAD POR ACUERDO DEL CONSEJO DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DE 29 DE ABRIL DE 2002, POR INCUMPLIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN DICTADA POR ESTA COMISIÓN EL DÍA 8 DE AGOSTO DE 2001 SOBRE MODIFICACIÓN DE LA OFERTA DE INTERCONEXIÓN DE REFERENCIA Y OTRAS.

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 24 de octubre de 2002 (AJ 2002/6623), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 43/02 del día de la fecha, la siguiente

Resolución de 5 de diciembre de 2002, recaída en el expediente AJ 2002/7789:

HECHOS

PRIMERO.- 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., 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.

SEGUNDO.- De acuerdo con lo anterior, por el Instructor designado al efecto se tramitó e instruyó el correspondiente procedimiento administrativo sancionador. Tras la finalización de la instrucción se elaboró la propuesta de resolución y, junto con el expediente, se elevó al Consejo que, con fecha 24 de octubre de 2002, dictó la Resolución sancionadora ahora impugnada, en cuya parte dispositiva se establece lo siguiente:

"(...)

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)".*

TERCERO.- Con fecha 8 de noviembre de 2002, se ha recibido en esta Comisión escrito de la entidad TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante Telefónica), mediante el cual se interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución de la Comisión del Mercado de la Telecomunicaciones a la que se refiere el antecedente de hecho anterior.

La entidad recurrente solicita que, en virtud de lo expuesto en su escrito, se acuerde anular y dejar sin efecto la citada Resolución impugnada, así como se suspenda la ejecutividad de la misma al amparo del artículo 111 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC).

La entidad recurrente muestra su disconformidad con la Resolución impugnada fundamentado básicamente por haber vulnerado el derecho de esa entidad a la tutela judicial efectiva, según la interpretación que se hace de la jurisprudencia constitucional mencionada, no siendo exigible el cumplimiento de las Resoluciones a las que se hacen mención en el Acuerdo de inicio hasta que la Audiencia Nacional resuelva las peticiones de suspensión formuladas al interponer los recursos contencioso-administrativos contra las referidas resoluciones. Asimismo, Telefónica alega que ha actuado en todo momento con plena y fundada creencia excluyente de toda culpabilidad.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación.

El artículo 107 de la LRJPAC, en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que la modifica, establece que contra las resoluciones podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

La recurrente califica expresamente su escrito de 8 de noviembre de 2002 como de recurso de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que las Resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, que prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado, calificar al escrito presentado como un recurso potestativo de reposición que se interpone contra la Resolución de esta Comisión de 24 de octubre de 2002.

SEGUNDO.-. Admisión a trámite.

El recurso ha sido interpuesto cumpliendo con todos los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior, procede admitir a trámite el recurso interpuesto.

TERCERO.- Competencia y plazo para resolver.

La competencia para resolver el presente recurso corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, al Consejo de

la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado. Este recurso deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO.- Respecto de la nulidad de pleno Derecho de la resolución impugnada por lesionar el derecho de Telefónica a la tutela judicial efectiva.

Telefónica invoca como primer motivo del recurso de reposición la nulidad de pleno derecho de la resolución recurrida por cuanto, vulnerando de plano el derecho a obtener la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, consagrada por el artículo 24 de la Constitución, incurre en el supuesto de nulidad establecido por el artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992.

A tal efecto, Telefónica invoca la doctrina jurisprudencial que establece que si el administrado solicita en vía jurisdiccional la suspensión de la ejecución del acto administrativo recurrido, este no podrá ser ejecutado por la Administración hasta que por el Tribunal se resuelva sobre aquella petición y se decida la denegación de la suspensión solicitada.

Funda Telefónica su petición en las siguientes alegaciones:

- El derecho a la tutela judicial efectiva se satisface permitiendo someter a la decisión de un Tribunal la ejecutividad, para que este resuelva sobre la suspensión, no pudiéndose desarrollar en ningún caso actos materiales de ejecución en tanto el Tribunal no emita la correspondiente decisión. Con cita de las sentencias del Tribunal Constitucional 199/98, de 13 de octubre y 78/1996, afirma que mientras que el Tribunal no se pronuncie sobre la solicitud de medidas cautelares formulada, el acto no puede ser ejecutado pro la Administración, porque en tal hipótesis esta se habría convertido en Juez.
- Telefónica cita varias sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y del Tribunal Supremo. En particular, esta última señala literalmente que “si, pues, no podría procederse a la ejecución de la sanción impuesta hasta tanto, impugnada la liquidación y solicitada la suspensión de la en ella contenida, pudiera resolver sobre la misma la Sala jurisdicional ante la que el recurso hubiera sido planteado, es claro que el Tribunal Económico Administrativo Regional de Valencia no podía, denegando la suspensión interesada, declarar la ejecutividad a la sanción por no haberse prestado caución suficiente”. Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 2001 señala que “este derecho comprende, como acertadamente

declara la sentencia recurrida, el derecho a la tutela cautelar, por lo que es lógico concluir que si el Tribunal puede suspender la ejecución de los actos administrativos el Ayuntamiento no puede proceder a su ejecución hasta que el Tribunal se haya pronunciado sobre esa medida".

- Aporta Telefónica sentencia de la Sección sexta de la Sala de lo contencioso- administrativo de la Audiencia Nacional de 5 de julio de 2000, citada en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, que declara que "el tiempo en que se tramitó la pieza de suspensión, el acto administrativo no podía ser ejecutado" y que "debemos declarar y declaramos no se han ajustado a derecho la resolución impugnada en lo que hace al momento inicial de la imposición de las multas coercitivas, y en consecuencia, debemos anularla y la anulamos en tal extremo, declarando el momento de inicio de la imposición de multa coercitivas, el día siguiente a aquel en que se notificó el auto de esta Sala desestimando la súplica frente al que denegaba la adopción de la suspensión del acto impugnado".
- Entiende Telefónica errónea la tesis que según ella se deriva de la resolución recurrida en el sentido de que la doctrina constitucional anteriormente invocada sólo será de aplicación cuando se solicite la adopción de medidas cautelares al amparo del artículo 135 de la Ley Jurisdiccional.
- Asimismo, afirma Telefónica que la suspensión de la ejecutividad o ejecutoriedad formal del acto administrativo no se producirá con la solicitud de suspensión cautelar del acto administrativo, sino con la resolución judicial estimatoria de dicha solicitud. Lo que sucede es que, según Telefónica, la adecuada observancia del derecho de la tutela judicial efectiva exige que la Administración se abstenga de materializar dicha ejecutividad mediante efectivos actos de ejecución del acto administrativo en cuestión.
- Concluye Telefónica que la única diferencia entre los procedimientos previstos entre los artículos 130 y 135 "es que en este último se opta a obtener la suspensión de la ejecutividad del acto sin audiencia de la parte contraria, llevándose a cabo posteriormente el correspondiente trámite de contradicción entre las partes".
- Señala Telefónica que la solicitud de suspensión de la primera resolución, de 9 de agosto de 2001, si fue solicitada mediante el procedimiento del artículo 135 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, siendo las otras dos resoluciones incumplidas, las de 21 y 28 de febrero de 2002, acto de ejecución material de la primera.
- En otro orden de cosas, Telefónica afirma que ha invocado y alegado la doctrina jurisprudencial de forma conforme a derecho y en el

legítimo ejercicio de su derecho de defensa, no admitiendo la tesis de esta Comisión de que no ha sido utilizada con la finalidad garantista con la que fue diseñada sino como simple excusa para un incumplimiento doloso de determinadas resoluciones.

Todas las alegaciones anteriores fueron adecuadamente contestadas en la resolución sancionadora, en la que se hace una exposición del alcance de la doctrina constitucional de la tutela cautelar y de su aplicación al caso concreto. No obstante, Telefónica vuelve a discrepar de la interpretación que esta Comisión hace de la indicada doctrina constitucional, lo que hace necesario profundizar en los razonamientos apuntados en la resolución recurrida.

A. Doctrina Constitucional del Derecho a la tutela cautelar como parte del derecho a la tutela judicial efectiva.

En este punto, existe coincidencia entre la tesis sostenida en la resolución recurrida y la propugnada por Telefónica acerca de que la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la tutela cautelar (sentencias 328/92, 78/98 y 199/98) entiende que el derecho a la tutela cautelar es una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva y supone, en un primer momento, que la Administración no puede iniciar actos materiales de ejecución sin ofrecer al interesado la posibilidad de instar la suspensión de esa ejecutividad. También existe coincidencia entre esta Comisión y Telefónica en el sentido en que esta manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a la tutela cautelar, no ha sido infringido por la resolución recurrida, en la medida en que Telefónica ha tenido la oportunidad de instar tal solicitud de suspensión ante la Audiencia Nacional antes de que se iniciara ningún acto de actuación material u otro tipo de actuación que supusiera la ejecutividad de los actos recurridos.

La discrepancia se refiere al segundo elemento del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a la tutela cautelar, y no es otro que determinar si la solicitud de suspensión suspende automáticamente la ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo impugnado, de tal manera que el destinatario del acto no puede ejercer los derechos derivados del mismo ni está sujeto al cumplimiento de las obligaciones que de él derivan y la Administración debe abstenerse de iniciar o realizar actos materiales de ejecución en tanto no se resuelve la pieza separada de suspensión.

En este sentido, cabe apreciar ciertas contradicciones en el recurso de reposición de Telefónica acerca del alcance de la tutela cautelar.

En un principio, Telefónica afirma (página 24) que “la ejecutividad o ejecutoriedad del acto administrativo, en tanto que emana de la Ley (artículo 94 de la Ley 30/11992) como elemento intrínseco e inherente al propio acto administrativo, únicamente podrá ser objeto de suspensión mediante resolución judicial. Por consiguiente, la suspensión de la ejecutividad o ejecutoriedad

formal del acto administrativo no se producirá (como demagógicamente atribuye esta Comisión a las alegaciones de mi principal) con la solicitud de suspensión cautelar del acto administrativo sino con la resolución judicial estimatoria de dicha solicitud". Como consecuencia lógica de lo anterior, afirma Telefónica (página 25 de su recurso) que "aún manteniéndose incólume la ejecutividad formal del acto administrativo mientras se sustancia la solicitud de suspensión cautelar, la adecuada observancia del derecho a la tutela judicial efectiva exige que la Administración se abstenga de materializar dicha ejecutividad mediante afectivos actos de ejecución del acto administrativo en cuestión".

Esta Comisión comparte con Telefónica el hecho de que la ejecutividad del acto subsiste durante la tramitación de la pieza separada de medidas cautelares. En efecto, conforme al artículo 57 de la LRJPAC*, "Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa"*. Esta ejecutividad supone que el acto administrativo produce sus efectos propios, no obstante la suspensión solicitada, es decir, se pueden ejercer los derechos derivados del mismo y se está obligado a cumplir los deberes del acto.

Consecuencia de esta ejecutividad (manifestación del denominado principio de autotutela declarativa) es que si el obligado por el acto administrativo no cumple con la obligación en él impuesta, la Administración tiene la oportunidad de imponer forzosamente tal cumplimiento (ejecutoriedad o acción de oficio, manifestación de la denominada autotutela ejecutiva), sin perjuicio del ejercicio, en su caso, de la potestad sancionadora.

De acuerdo con esta concepción, la sanción impuesta a Telefónica es plenamente ajustada a Derecho, pues Telefónica estaba obligada a cumplir las resoluciones infringidas no obstante la petición de suspensión que pende sobre ellas.

Sin embargo, tras reconocer que la ejecutividad (es decir, la eficacia del acto) subsiste mientras se tramita la pieza separada, Telefónica incurre en una cierta contradicción al indicar (página 30) que "hallándose pendiente de decidir por el Tribunal correspondiente la suspensión cautelar de todas y cada una de las citadas resoluciones, y más aún, constituyendo las resoluciones de 21 y 28 de febrero de 2001 un acto de ejecución material de la anterior, no es exigible a TESAU el efectivo cumplimiento de tales resoluciones, motivo por el cual no cabe predicar el incumplimiento de las mismas, ni mucho menos sancionarlo". Como puede apreciarse, en contradicción con lo señalado anteriormente ahora afirma Telefónica que la mera petición de suspensión suspende la obligación de Telefónica de cumplir con la resolución de 9 de agosto. Del mismo modo, en la página 40 dice que "resulta que en virtud de la doctrina jurisprudencial citada en aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva que se ha invocado, la citada resolución de 28 de febrero de 2002 carecía de efectos ejecutivos, no

siendo por lo tanto exigible a mi principal la realización de lo que en la misma se acordaba".

Esta tesis, como antes se indicó, no es admisible. En tanto no se acuerde la suspensión de las resoluciones infringidas (y sin perjuicio de que pueda esta Comisión ejecutarlas forzosamente o no) Telefónica está obligada a cumplirlas, y su incumplimiento puede ser sancionado.

A este respecto, debe contestarse a la alegación de Telefónica en el sentido de que esta Comisión ha reconocido que la incoación, tramitación y resolución de un procedimiento sancionador es una actuación material de ejecución de las resoluciones infringidas. En este punto, debe de precisarse que la resolución recurrida no contiene tal afirmación; como se indica en la misma "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". Es decir, no se considera la apertura y tramitación de un procedimiento sancionador como un acto de ejecución material sino que tanto la apertura del procedimiento sancionador como la realización de actos de ejecución material presuponen la ejecutividad del acto, es decir, que el destinatario del mismo está compelido a su cumplimiento.

Tampoco participan de la naturaleza de actos de ejecución material las resoluciones de 21 y 28 de febrero de 2002. La primera de ellas desestima la petición de Telefónica de dejar sin efecto el modelo de interconexión por capacidad en su modalidad combinada, reiterando su vigencia y la obligación de Telefónica de ofrecerla a los demás operadores; la de 28 de febrero resuelve un conflicto de interconexión con Lince. Se trata, en definitiva, de dos resoluciones de naturaleza puramente declarativa, que imponen obligaciones y reconocen derechos. El que ambos actos presupongan la vigencia del modelo no quiere decir que sean ejecución de la resolución de 9 de agosto.

Los actos de ejecución material a que se refiere la jurisprudencia de la tutela cautelar son, exclusivamente, aquellos a través de los cuales la Administración, en el ejercicio de su autotutela ejecutiva, puede imponer forzosamente su cumplimiento a través de los medios de ejecución previstos en la LRJPAC. A este respecto, el artículo 94 de la LRJPAC señala que *"Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos (..)".*

Tales medios de ejecución forzosa son el apremio sobre el patrimonio, la ejecución subsidiaria, la multa coercitiva y la compulsión sobre las personas. No son actos de ejecución material ni las resoluciones de 21 y 28 de febrero de 2002 ni la apertura y resolución de un procedimiento sancionador por incumplimiento de la obligación expuesta.

Así resulta, además, de todas las sentencias citadas por Telefónica en sus sucesivos escritos. En todas ellas, se indica que solicitada la suspensión

del acto la Administración no puede imponer coactivamente su cumplimiento a través de ninguno de los medios de ejecución, como son el apremio sobre el patrimonio (caso de la providencia de apremio), la multa coercitiva (caso del auto de la Audiencia Nacional relativo a la ejecución forzosa de la medida cautelar impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia), la ejecución subsidiaria (como la demolición de un edificio) o la compulsión sobre las personas (expulsión de un extranjero en situación irregular).

Ninguna de esas sentencias citadas por Telefónica indican que la mera petición de suspensión afecte a la ejecutividad del acto por lo que, pese a la petición de suspensión, subsiste para el destinatario del acto la obligación de pagar la deuda tributaria, de abandonar el territorio español, de cumplir la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia que se pretende ejecutar forzosamente mediante la imposición de una multa coercitiva, la de demoler el edificio, etc.

En este sentido, pueden citarse varios ejemplos en los que los Tribunales reconocen la eficacia del acto mientras se tramita la pieza separada de medidas cautelares:

- Recientemente, con fecha 9 de octubre de 2002, la Audiencia Nacional ha desestimado la petición de suspensión formulada por Telefónica en relación con una de las resoluciones cuyo incumplimiento ha sido objeto de sanción, la de fecha 21 de febrero de 2002, por la que se deniega la solicitud presentada por la citada entidad para modificar el actual modelo de interconexión por capacidad. En el citado auto se indica lo siguiente: “A mayor abundamiento, acordar la suspensión de la resolución de la CMT de fecha 21 de febrero de 2002 sería tanto como modificar la Oferta de Interconexión de Referencia aprobada por la CMT el 9 de agosto de 2001, manteniendo la situación jurídica anterior a esta última resolución **ya ejecutada**”. Es decir, la Audiencia Nacional, ante la que pende la petición de suspensión de la Oferta de Interconexión de Referencia de 9 de agosto de 2001, presupone que la citada resolución ha sido ya ejecutada y no hace ningún reproche a tal ejecución.

  Sin embargo, del citado auto cabe extraer una conclusión adicional: la Sala presupone que durante la sustanciación de las piezas separadas de suspensión, la Oferta de Interconexión de Referencia y la propia resolución de 21 de febrero de 2002, que la ratifica, han producido sus efectos**, luego Telefónica estaba obligada a su cumplimiento, siendo el incumplimiento sancionable.**

- El citado en la resolución recurrida (auto del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2001) que reconoce la vigencia de un texto normativo mientras se ha estado tramitando la pieza separada de medidas cautelares y señala que el efecto de la adopción de tales medidas

cautelares sería el que “cesaría de modo inmediato” la indicada vigencia.

- Asimismo el auto del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1999, dictado en un recurso interpuesto por la propia Telefónica (moratoria de la concesión de telecomunicaciones por cable), que reconoce la plena efectividad del acto administrativo mientras se sustancia la pieza separada de medidas cautelares.

B. La mera petición de suspensión no afecta a la eficacia del acto por aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional en relación al derecho a la tutela judicial efectiva.

Con carácter general, y sin perjuicio de lo que se dirá a lo largo de este apartado, cabe recordar a la recurrente que la doctrina constitucional invocada no tiene el alcance expresado por ella en cuanto a la suspensión de la ejecutividad o eficacia de los actos administrativos se refiere.

A pesar de la claridad de la doctrina invocada, Telefónica extrae de la misma una conclusión errónea en cuanto a la supuesta suspensión de la ejecución del acto administrativo, mientras se resuelva la solicitud de suspensión del acto en vía jurisdiccional, que según dicha entidad esa suspensión incluiría también a la ejecutividad o eficacia del acto, como expresión de la autotutela declarativa de la Administración.

De conformidad con el artículo 57 de la LRJPAC, los actos administrativos se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten. Cabe señalar que, ni con la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa ni con la Ley 4/99 que modificó la LRJPAC, este precepto ha sido alterado o matizado en el sentido de la tesis propugnada por la recurrente.

Como tiene declarado el Tribunal Supremo 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 LRJPAC), es reiterada y pacífica la doctrina en la que se aplica la regla general sobre la ejecutividad inmediata de los actos administrativos.

No obstante, y como tuvo oportunidad de recordar el Tribunal Constitucional, este privilegio de ejecutividad o eficacia de los actos administrativos ha de cohonestarse con el derecho a la tutela cautelar como parte del derecho a la tutela judicial efectiva, para lo cual dictó entre otras las sentencias a las que hace referencia Telefónica, pero que como puede apreciarse de su contenido las sentencias transcritas no se adecuan con la conclusión que Telefónica extrae de ellas, en cuanto a la ejecutividad o eficacia de los actos se refiere.

De acuerdo con el contenido de estas sentencias (en definitiva de la doctrina jurisprudencial que de ellas emana), lo que impone el derecho a la tutela judicial efectiva es que la ejecutividad del acto pueda ser sometida a la decisión de los Tribunales. A este respecto, y a los efectos que ahora interesan, es clara la Sentencia del Tribunal Constitucional 66/1984, de 6 de junio, que incluso la propia recurrente señala en su escrito (pág.9) y se vuelve a citar en otras posteriores, reafirmando lo señalado anteriormente respecto de una sanción impuesta en materia de viviendas de protección oficial. Así, se recoge literalmente en la citada sentencia:

> *"Bien podría decirse que el demandante ha querido plantear a través del presente recurso de amparo, más que un caso singular constreñido a la ejecutividad de las sanciones dentro del orden específico del régimen de viviendas de protección oficial -dentro de una categoría de relación especial-, el general del régimen de la ejecutividad y no suspensión, por el solo hecho de la interposición de recursos, de los actos sancionadores, fuera de las eliminaciones que ha introducido reciente legislación en sectores del que el más significativo es el del orden público. La cuestión se centra, por tanto, en si el artículo 24.1 de la Constitución impone una reinterpretación de los textos que en nuestro Derecho contienen las reglas respecto a la ejecutividad.* ***La ejecutividad de los actos sancionadores pertenecientes a la categoría de los de este recurso no es algo indefectiblemente contrario al derecho a la tutela judicial efectiva****. En el caso presente, estando* ***abierto el control judicial, por la vía incidental con ocasión de la impugnación del acto, de modo que se garantice la valoración de los intereses comprometidos por la ejecutividad,*** *o por la suspensión, intereses que son, junto a los de las partes en eventual litigio, los intereses generales, y a la técnica preventiva que es propio de lo pendiente de decisión judicial,* ***el contenido esencial del derecho a la tutela judicial no padece.*** *La rigurosidad de la regla de la no suspensión arbitrando para las hipótesis estimatorias del recurso difíciles fórmulas reintegrativas o permitiendo situaciones irreversibles, o generando de una u otra forma limitaciones carentes de justificación respecto al acceso a la jurisdicción, podrán dañar el derecho a la tutela judicial y justificarán que, desde la idea del artículo 24.1 de la Constitución, se reinterpreten los preceptos aplicables (entre ellos el artículo 122.2 de la LJCA****). Sin embargo, no se podrá, acudiendo a la mención de aquel precepto constitucional,*** ***entenderse desaparecida la ejecutividad*** *o, poniendo más el acento en uno de aquellos intereses que en otro, relegar o despreciar otros, tanto generales como de terceros. 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 lasuspensión.****(..)."*

En efecto, 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. Sin embargo, en ningún momento se declara en dichas sentencias que tal eficacia se vea alterada desde el mismo momento en el que se plantea ante un Tribunal la posibilidad de que éste se pronuncie sobra la suspensión o no precisamente de esa ejecutividad.

La doctrina expuesta supone garantizar por la Administración la posibilidad de cuestionar ante la jurisdicción la ejecutividad de un acto, pero tan sólo se verá afectada la misma a partir del momento en el que el Tribunal se pronuncie sobre ella y acuerda su suspensión, siendo hasta entonces plenamente eficaz en virtud del artículo 57 de la LRJPAC (de ahí, por ejemplo, que cuando se recurre una liquidación tributaria y se solicita su suspensión haya de cubrirse con el correspondiente aval también los intereses de demora que se generen desde que la misma es eficaz).

A mayor abundamiento, y con base en esta doctrina jurisprudencial, 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 eficaz, pues tal tesis supondríaque la ejecutividad o no del acto dependería de la exclusiva voluntad del administrado de que decida (si es que lo decide) interponer el recurso y solicitar la suspensión del acto. Si fuera así, resulta claro que pierde su verdadero alcance el principio de autotutela administrativa, cuyo fundamento último, no se olvide, es la protección de los intereses generales inherentes a toda la actuación administrativa.

Cuestión bien diferente que parece confundir la recurrente es la ejecutoriedad de tales actos, es decir, los actos de ejecución que pudieran derivarse de esa eficacia (como expresión de la autotutela ejecutiva de la Administración), los cuales podrían verse afectados desde el mismo momento en el que se solicita la suspensión, según la doctrina invocada por la recurrente. Resulta de interés destacar que las sentencias a las que se hace alusión en el escrito de Telefónica resuelven impugnaciones de actos de ejecución material de resoluciones administrativas (orden de expulsión, o de incorporación al servicio, procedimientos de apremio, multas coercitivas, etc).

En atención a todo lo anterior, y de acuerdo con la doctrina que emana de la jurisprudencia citada por Telefónica, en el presente caso no se ha dado la pretendida vulneración a la tutela judicial efectiva por el hecho de que la eficacia o ejecutividad -de las resoluciones de esta Comisión- no ha sido aún alterada por el pronunciamiento expreso de la Audiencia Nacional con la solicitada suspensión de las mismas (la suspensión de la resolución de 21 de febrero de 2002 ha sido expresamente desestimada mediante auto de fecha 9 de octubre de 2002), pues en claro respeto con esa jurisprudencia la CMT ha permitido a Telefónica acogerse a la posibilidad de que dicho Tribunal se pronuncie sobre la suspensión de cada una de las resoluciones ahora incumplidas y, además, no ha realizado sobre ellas ninguna actuación material de ejecución en virtud de los medios de ejecución que recogen los artículos 93 y siguientes de la LRJPAC.

Como se indicó en la resolución recurrida, de ser de aplicación en todo caso la doctrina invocada por Telefónica según la cual la mera petición de suspensión hace cesar los efectos del acto impugnado y obliga a la Administración a abstenerse de realizar actos de ejecución material del mismo, habría bastado al legislador, en cualquier momento posterior a la formulación jurisprudencial de la doctrina de la tutela cautelar, disponer expresamente tal regla, bien en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, bien en alguna de las modificaciones de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común operadas desde entonces.

A este respecto, no puede desconocerse que una de las novedades fundamentales de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, como señala su propia Exposición de motivos, ha sido la de consagrar legalmente el alcance del derecho a la tutela cautelar como parte del derecho a la tutela judicial efectiva. En este sentido se indica que “el espectacular desarrollo de estas medidas en la jurisprudencia y la práctica procesal de los últimos años ha llegado a desbordar las moderadas previsiones de la legislación anterior, certificando su antigüedad en este punto. La nueva Ley actualiza considerablemente la regulación de la materia, amplía los tipos de medidas cautelares posibles y determina los criterios que han de servir de guía a su adopción... Además ... la suspensión de la disposición o acto recurrido no puede constituir ya la única medida cautelar posible. La Ley introduce en consecuencia la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar, incluso la de carácter positivo...”

La justificación de que la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no establezca, como consecuencia inherente al derecho fundamental a la tutela cautelar, la regla de la suspensión de los efectos de la resolución recurrida y la de la imposibilidad de realizar actuaciones materiales de ejecución en tanto pende la pieza separada de la suspensión, se justifica plenamente por la imposibilidad de aplicar la citada regla general en todo tiempo y lugar, independientemente del tipo de acto administrativo de que se trate y de las circunstancias concurrentes.

En este sentido, conviene realizar un análisis de las consecuencias, no queridas por el legislador, que se derivarían de la consideración de que el derecho a la tutela cautelar implica, en cualquier caso y circunstancia, el cese de efectos del acto recurrido y la imposibilidad de realizar actos de ejecución material del mismo. Para ello distinguiremos según se trate de actos favorables, de gravamen o de los llamados de “doble efecto” (favorables para un sujeto y desfavorables para otro sujeto) y, sobre todo, se tendrá en cuenta la intensidad de los intereses en presencia.

1. Aplicación de la tutela cautelar a los actos administrativos favorables.

La aplicación de la tesis de Telefónica a la impugnación de los actos administrativos favorables acarrea consecuencias que en modo alguno pueden ser queridas por el legislador.

Tal es el supuesto de una licencia individual otorgada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para la prestación del servicio telefónico disponible al público y/o para el establecimiento o explotación de infraestructuras. En este tipo de procedimientos, el principal interesado, cuyos derechos e intereses patrimoniales legítimos pueden verse afectados por la resolución que pone fin al procedimiento, es el peticionario de la licencia. En el supuesto de que algún otro operador (Telefónica recurrió una licencia de tipo A otorgado por esta Comisión a otro operador, en un recurso recientemente desestimado por la Audiencia Nacional) considerara contrario a derecho el otorgamiento de la citada licencia e interpusiera recurso contencioso-administrativo, con petición de suspensión, la aplicación de la tesis de Telefónica (la imposibilidad de realizar actuación alguna que presuponga la eficacia del acto) impediría al beneficiario de la licencia realizar actuaciones que supusieran la plena ejecutividad y efectividad del acto de otorgamiento de la misma; es decir, no podría comenzar a prestar sus servicios, no podría solicitar el otorgamiento de numeración, no podría solicitar la ocupación del dominio público para el establecimiento, en su caso, de sus infraestructuras, no podría solicitar a otros operadores la interconexión de sus redes, etc.

En consecuencia, por el sólo efecto de la interposición de un recurso contencioso-administrativo por otro operador que se considerara perjudicado por el otorgamiento de la licencia, se paralizaría la eficacia de la misma en tanto en cuanto la jurisdicción contencioso-administrativa no resolviera sobre esa petición de suspensión. Ello causaría perjuicios notables (dependiendo de la duración de la tramitación de la pieza separada) al licenciatario, pudiendo comprometer su plan de negocio.

Como ha reconocido el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones, entre ellas el auto de 26 de noviembre de 2001, el derecho a la tutela judicial efectiva viene también impuesto por el principio de derecho comunitario europeo reconocido en la sentencia Factortame del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 19 de junio de 1990, que se resume en que “la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón”. Aplicado este principio al perjudicado por un acto administrativo, supone que la ejecución del mismo durante el proceso puede hacer perder la finalidad del recurso, si finalmente tiene la razón. Invirtiendo ese principio, el beneficiado por un acto no puede verse perjudicado por la sola actuación de quien discrepa (el que solicita la suspensión) si finalmente tiene la razón. Sin embargo, en aplicación estricta de la tesis sustentada por Telefónica, el derecho a la tutela cautelar del operador que recurriera el otorgamiento de la licencia, si posteriormente su recurso contencioso-administrativo fuera desestimado, habría provocado, “un daño para el que tiene la razón”.

En este tipo de situaciones, dada la presunción de legalidad de que gozan los actos administrativos, ha de reconocerse la plena eficacia del acto administrativo de naturaleza esencialmente favorable de otorgamiento de una licencia individual para la prestación de servicios de telecomunicaciones durante la sustanciación de la pieza separada de medidas cautelares.

2. Aplicación de la doctrina de la tutela cautelar a los actos administrativos "de doble efecto", favorables para un sujeto y desfavorables para otro sujeto.

La actividad administrativa, en extraordinario número de ocasiones, produce simultáneamente efectos sobre la esfera patrimonial de múltiples interesados que, en numerosas ocasiones, enfrentan sus intereses contrapuestos.

Un ejemplo normal en la actividad de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es la resolución de conflictos de interconexión. En la resolución que pone fin a tales procedimientos, la Comisión resuelve el litigio entre (normalmente) dos operadores de telecomunicaciones, que mantienen tesis contrapuestas, de tal manera que la resolución que se dicte puede producir efectos favorables para uno de los operadores involucrados y desfavorables para otro.

En la aplicación de la tesis de Telefónica, aún cuando la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en la resolución que pone fin al conflicto de interconexión, haya efectuado una ponderación de los intereses en presencia y la indicada resolución goce de presunción de legalidad, si el operador que se ve perjudicado por la resolución interpone recurso contencioso-administrativo y solicita la suspensión de la ejecución del indicado acto, el mismo no podrá producir efecto alguno (es decir, el obligado a hacer no tendrá que cumplir la obligación) ni la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá realizar actos de ejecución en tanto en cuanto se resuelve la pieza separada de suspensión. Como, además, el operador perjudicado dispone de dos meses para interponer el recurso y solicitar la suspensión, la efectividad de lo resuelto puede demorarse durante un largo periodo de tiempo

Tal vez un ejemplo servirá para ilustrar la cuestión. En fecha reciente, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en la resolución de un conflicto de interconexión entre Telefónica y otro operador en situación legal de suspensión de pagos, ha acordado que el indicado operador en suspensión de pagos ha de constituir un depósito o aval que garantice los pagos de interconexión que deba hacer a Telefónica desde la fecha de la resolución, facultando a Telefónica, en ausencia de tal depósito o garantía, para desconectar su red de la del indicado operador. Siguiendo la tesis de Telefónica, en su estricta aplicación, si el operador obligado a constituir el aval o depósito interpusiera recurso contencioso-administrativo contra la resolución

de la CMT y solicitara la suspensión de la ejecución de la resolución recurrida, la misma no tendría virtualidad alguna (al ser la constitución del aval o depósito, en el entendimiento de Telefónica, una actuación material derivada de tal resolución) en tanto en cuanto no se resolviera la pieza separada de suspensión. Es decir, solicitada por ese operador la suspensión de la resolución que le obliga a constituir aval o depósito, quedaría suspendida en sus efectos la indicada obligación, no estando Telefónica, en consecuencia, autorizada a ejercitar el derecho que en la citada resolución se le reconoce de desconectar su red de la del citado operador. Es consecuencia, por la mera petición de suspensión de la ejecutividad de la resolución recurrida, Telefónica debería prestar servicio de interconexión al otro operador, durante el plazo en que se tramitara la pieza separada de medidas cautelares, sin tener garantizado el pago de los servicios prestados. Todos los servicios de interconexión que proporcionara durante ese periodo de tiempo no estarían cubiertos por garantía alguna; si finalmente el operador en cuestión no supera la suspensión de pagos, Telefónica podría sufrir un grave detrimento patrimonial.

En definitiva, no parece razonable en estos actos administrativos que producen efectos favorables para unos sujetos y desfavorables para otros hacer primar, frente a la presunción de legalidad y de validez del acto administrativo recurrido, la mera voluntad del sujeto que se considere perjudicado de solicitar la suspensión para impedir la efectividad de la indicada resolución.

3. Actos de gravamen.

En aquellos supuestos en que se trata de actos administrativos de gravamen, es decir, que causan efectos desfavorables en la esfera patrimonial de un administrado y no afectan de manera directa e inmediata a la esfera de derechos e intereses de otros administrados, la aplicación incondicionada de la interpretación del derecho a la tutela cautelar sostenida por Telefónica podría producir consecuencias que indudablemente no pueden haber sido queridas por el legislador.

Respecto de este tipo de actos de gravamen, conviene distinguir según la intensidad de los intereses públicos en presencia. A este respecto, pueden ponerse varios ejemplos:

a) Actos de gravamen en que se encuentran gravemente comprometidos los intereses públicos en presencia.

El artículo 2.d de la Ley de 1980 de creación del Consejo de Seguridad Nuclear, autoriza a este organismo para “llevar a cabo la inspección y control de las instalaciones nucleares y radioactivas durante su funcionamiento, con objeto de asegurar el cumplimiento de todas las normas y condicionamientos establecidos, tanto de tipo general como los particulares de cada instalación,

con autoridad para suspender su funcionamiento por razones de seguridad".

Si en el ejercicio de esta facultad, el Consejo de Seguridad Nuclear acordara la suspensión del funcionamiento de una instalación nuclear por razones de seguridad, y la empresa explotadora de dicha instalación interpusiera recurso contencioso-administratio, con solicitud de suspensión de su ejecución, siguiendo la tesis de Telefónica, sería posible que la empresa titular de la instalación nuclear continuara desarrollando normalmente sus actividades (el cierre sería, según su tesis, una actuación material de ejecución del acto) y la Administración Pública estaría desprovista de facultades para imponer forzosamente la suspensión en el funcionamiento.

Lógicamente, la extraordinaria intensidad del interés público concurrente en ese caso impediría la aplicación de la tesis de Telefónica, en los términos en los que la misma es sostenida por la operadora recurrente. Razones de interés público y de protección de los ciudadanos aconsejan, en tales casos, que la suspensión del funcionamiento de la instalación sea inmediata y, de no serlo voluntariamente, sea impuesta forzosamente y sancionado, en su caso.

Por otra parte, el artículo 106 de la Ley de Aguas, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, autoriza al Gobierno a ordenar la suspensión de las actividades que dieron origen a vertidos no autorizados. De la misma manera que en el supuesto anterior, en el caso de que la empresa responsable del vertido interpusiera recurso contencioso administrativo, con solicitud de suspensión de la ejecución del acto recurrido, en aplicación estricta de la tesis sustentada por Telefónica, esta empresa podría continuar realizando vertidos en tanto en cuanto la Sala de lo Contencioso Administrativo competente se pronunciara sobre la solicitud de suspensión. De la misma manera, ante tal actuación, la Administración no podría realizar ninguna actuación de ejecución material del acto administrativo de suspensión, por impedirlo el derecho a la tutela cautelar, tal y como es entendido por Telefónica.

La propia legislación de telecomunicaciones presenta también supuestos en que el interés concurrente exige la inmediata adopción de medidas, que pueden resultar muy gravosas para el destinatario de las mismas, pero cuya inmediata ejecutividad y ejecutoriedad viene demandada por el interés público concurrente: En este sentido, puede citarse el artículo 4.2 del Reglamento de Interconexión, a cuyo tenor "los operadores de redes públicas de telecomunicaciones que tengan conocimiento de que las conectadas a las suyas perturban el funcionamiento de estas, o de los servicios, o no cumplen los requisitos esenciales, lo comunicaran a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, para que esta en el ejercicio de sus facultades, adopte las medidas oportunas". Entre estas medidas está a de autorizar la desconexión de las redes. Se trataría de un acto esencialmente de gravamen para el operador que causa la perturbación.

En esta hipótesis, el interés del operador afectado y el interés público concurrente de no perjudicar a los usuarios afectados por la perturbación, demanda la inmediata ejecutividad y ejecutoriedad de la resolución que dicta la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el caso de acordar la supresión de la interconexión. Sería inadmisible, tanto para el operador que ha solicitado la adopción de medidas como para los usuarios, que la mera voluntad del operador afectado de solicitar la suspensión por los cauces ordinarios impidiera hacer efectiva (la desconexión, en la tesis de Telefónica, sería una actuación material vedada por el derecho a la tutela cautelar) la resolución de la Comisión.

b) Actos de gravamen en que el interés público tutelado no es tan intenso.

Como ejemplo puede citarse el acto de imposición de una multa. En este caso, no cabe duda de que existe un interés público que demanda la ejecución del acto, si bien es cierto que un retraso en tal ejecución no causaría perjuicios directos e inmediatos a ese interés público. La falta de ejecución del acto no afectaría a otros interesados.

En estos supuestos, si se interpone recurso y se solicita la suspensión de la resolución sancionadora, subsiste la obligación de pagar la multa (el acto es ejecutivo), pero la Administración que ha impuesto la sanción ha de abstenerse de realizar actuaciones de ejecución material de la misma (apremio sobre el patrimonio) en tanto los Tribunales no se pronuncien sobre la petición de suspensión.

Así lo entiende esta Comisión. Como bien conoce Telefónica, el Consejo de esta Comisión, con fecha 23 de julio de 2002, impuso dos sanciones a Telefónica. Esta entidad las recurrió ante la Audiencia Nacional (Sección Octava, procedimientos ordinarios 1239/2002 y 1247/2002) y solicitó (curiosamente por los cauces del artículo 135 de la Ley de la Jurisdicción) la suspensión de la ejecución de ambas sanciones. La Sala ha desestimado esas peticiones por sendos autos de 18 de noviembre de 2002. En ambos autos afirma que la suspensión sólo procede “cuando concurren circunstancias de especial urgencia, pero siempre ponderando los intereses en juego y partiendo de la regla general de ejecutividad de los actos administrativos”.

Pues bien, durante la tramitación de las dos piezas separadas de medidas cautelares, esta Comisión, en atención a los intereses en presencia, no ha realizado ninguna actuación de ejecución material.

A este tipo de actos de gravamen (aquellos en que no existe un interés general que demande su inmediata ejecución) se refieren también todas las sentencias citadas por Telefónica en sus escritos: ejecución forzosa de una liquidación tributaria impagada, expulsión del territorio nacional, etc.

C) Otros supuestos

Finalmente, puede exponerse otra hipótesis en que se comprenderá fácilmente la incidencia que ha de tener la intensidad de los intereses en presencia.

Así, cabe distinguir dos actos administrativos cuya ejecución supone la demolición de un inmueble:

- el primero de ellos, por su situación de ruina inminente, que exige su demolición para evitar graves daños a personas o bienes.
- el segundo de ellos, por haberse construido el inmueble sin la preceptiva licencia urbanística por infracción del planeamiento.

En el primer supuesto, el interés público demanda el inmediato cumplimiento por el administrado de su obligación de demolición o, subsidiariamente, previo apercibimiento, su ejecución forzosa por la Administración. Según Telefónica, ambos efectos (que el interesado tenga que realizar una actuación derivada del acto y que, a falta de cumplimiento lo haga forzosamente la Administración) se paralizarían por la solicitud de suspensión.

En la segunda hipótesis, aunque es evidente el interés público en mantener el respeto a la legalidad urbanística, y pese a que subsiste la obligación del administrado de cumplir la orden (ejecutividad), no existen razones que justifiquen la inmediata demolición del inmueble a través de la ejecución forzosa del acto si el interesado solicita sus suspensión.

4. Disposiciones de carácter general

Tratándose de disposiciones de carácter reglamentario, a las que también alcanza el derecho a la tutela cautelar como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, la aplicación de la tesis de Telefónica conduciría a la ineficacia de tales disposiciones reglamentarias y a la imposibilidad de dictar actos de aplicación de las mismas (que serían actuaciones de ejecución material, en en entendimiento de Telefónica) en tanto en cuanto la Sala de lo contencioso- administrativo no se pronunciara sobre la petición de suspensión. Es decir, que por la sólo voluntad de un recurrente no sería efectiva, durante el periodo de tramitación de la pieza separada de medidas cautelares, una disposición de carácter reglamentario aprobada por el Gobierno en el ejercicio de competencias constitucionalmente reconocidas. El interés público, en estos casos, demanda la aplicación inmediata de la norma cuestionada. Sólo un pronunciamiento judicial explícito puede hacer cesar, aun cuando sea temporalmente, sus efectos.

C. La virtualidad de la solicitud de medidas cautelares al amparo del artículo 135 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Telefónica sostiene que la petición de la adopción de medidas cautelares al amparo de los artículos 130 o 135 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa carece de virtualidad alguna, de tal manera que “el resultante del artículo 135 del mismo cuerpo legal es que este último se opta a obtener la suspensión de la ejecutividad del acto administrativo sin audiencia de la parte

contraria, llevándose a cabo posteriormente el correspondiente trámite de contradicción entre las partes".

Es decir, Telefónica convierte la posibilidad de adoptar medidas cautelares sin audiencia de la parte contraria en una mera opción del interesado en el acto administrativo que se recurre. Es decir, por la sola voluntad y conveniencia del recurrente, la Administración demandada puede ver privado de eficacia su acto administrativo sin la posibilidad de haber sido oída.

Es evidente que esta no puede ser la interpretación del alcance del artículo 135 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Esta Ley no puede haber sacrificado otra de las manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva como es el derecho de defensa y no puede haber sacrificado un principio fundamental de todo procedimiento judicial como es el de contradicción por la sola razón de dotar al administrado de la posibilidad de "optar" porque su petición de suspensión sea resuelta sin oir a la Administración demandada.

La finalidad del artículo 135 es bien distinta. Así lo reconoce la jurisprudencia; baste traer nuevamente a colación los indicados autos de la Sección Octava de la Audiencia Nacional, antes citados, que indican, como el propio artículo 135, que esa suspensión sólo procede "cuando concurren circunstancias de especial urgencia".

En efecto, como se indicó en la resolución recurrida, la virtualidad del artículo 135 de la Ley de la Jurisdicción es conciliar el principio de la ejecutividad de los actos administrativos con el derecho a la tutela cautelar. Es decir, siendo el acto administrativo ejecutivo desde el momento en que se dicta y ejecutable una vez el administrado ha tenido la oportunidad de solicitar la tutela cautelar, la vía abierta por el artículo 135 le permite instar y obtener la valoración urgente por el órgano jurisdiccional de su pretensión cautelar, evitando así que el cumplimiento o la ejecución material del acto pudiera causarle perjuicios de naturaleza irreparable. Es decir, la vía permitida por el artículo 135 faculta al interesado para solicitar y obtener el inmediato pronunciamiento judicial sobre su petición de suspensión si aprecia riesgos derivados del cumplimiento del propio acto (ejercicio de derechos o cumplimiento de obligaciones), o si la Administración autora del acto pretende realizar actos de ejecución, pudiendo hacer inútil la resolución de la pieza separada tramitada por los cauces ordinarios (frustrando así su finalidad).

Esta es la verdadera justificación de que se sacrifique el derecho de defensa de la Administración. No se trata de una mera opción del administrado, sino de una facultad que se le concede de demandar la urgente privación de efectos del acto recurrido.

La tesis contraria supondría privar de eficacia y de valor a la vía abierta por el artículo 135 de la Ley Jurisdiccional que, insistimos, fue objeto de creación jurisprudencial por aplicación supletoria del artículo 1428 de la Ley de

Enjuiciamiento Civil. Si con la mera petición de suspensión se suspende la efectividad del acto administrativo recurrido (es decir, si no se pueden ejercer los derechos derivados del mismo y no se han de cumplir las obligaciones por él impuestas), el artículo 135 de la Ley Jurisdiccional, en la que se sacrifica el derecho de defensa de la Administración, no tendría virtualidad alguna. El sacrificio a ese derecho fundamental a ser oído no puede tener como única justificación, tal y como pretende Telefónica, que el propio afectado por la resolución recurrida entienda adecuado a sus intereses que la resolución sobre la suspensión se adopte en primera instancia sin audiencia de la Administración demandada.

Esta tesis subyace claramente en los informes evacuados tanto por el Consejo de Estado como por el Consejo General del Poder Judicial respecto del Anteproyecto de Ley de la jurisdicción contencioso- administrativa.

Como se indicaba en la resolución recurrida, el Consejo de Estado encontró la razón de ser en las medidas cautelares provisionalísimas en "asegurar la efectividad de la medica cautelar de suspensión que pudiera, en su caso, adoptarse" (si la mera petición de suspensión suspende, no hay necesidad de asegurar la eficacia de la medida que pueda adoptarse una vez dada audiencia a la Administración demandada). El Consejo de Estado presupone además que el acto administrativo objeto del recurso es plenamente ejecutivo y ejecutable y, en este sentido, recomienda al Gobierno una "mayor flexibilidad en cuanto al plazo de tres días para la audiencia, pues puede hacer ineficaz lo pretendido en caso de peligro urgente e inminente que no admiten dilación". Es decir, el propio Consejo de Estado considera que establecer en todo caso un trámite de audiencia de la Administración demandada, aún cuando sea por un plazo reducido de tres días, puede hacer ineficaz lo pretendido. El Consejo de Estado presupone, en consecuencia, que el acto administrativo es ejecutivo y que sólo concediendo la posibilidad de adoptar de manera inmediata una medida cautelar sin audiencia de la parte contraria permitiría hacer eficaz, en estos casos, el derecho a la tutela cautelar.

En parecidos términos se pronunció el Consejo General del Poder Judicial, que justifica las medidas cautelares provisionalísimas para "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". Es decir, el Consejo de Estado parte igualmente de la ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo recurrido y considera que el derecho a la tutela cautelar exige la posibilidad de adoptar con carácter de urgencia, sin audiencia de la parte contraria, una media que asegure la resolución final que se dicte en la pieza separada de suspensión, impidiendo la ejecución del acto acordada y decidida por la Administración.

El Consejo General del Poder Judicial, partiendo de la esencia de esas medidas provisionalísimas (que no es otra que posibilitar un rápido enjuiciamiento de la ejecutividad del acto) se cuestiona incluso su posible supresión, indicando que "habría que cuestionarse si la referida prohibición

sería contraria al artículo 24 de la Constitución". Es decir, el Consejo General del Poder Judicial, partiendo, insistimos, de la eficacia inmediata del acto administrativo recurrido (en sus diversas manifestaciones), consideraría contrario al artículo 24 de la Constitución, es decir, contrario al derecho a la tutela cautelar, que no se arbitrara un mecanismo para impedir que esa eficacia inmediata al acto administrativo recurrido perjudicara de manera irreparable al administrado afectado por el mismo.

En definitiva, como se sostuvo en la resolución recurrida, el derecho a la tutela cautelar se concilia con la ejecutividad del acto de la siguiente forma:

- El acto produce sus efectos: los derechos en él reconocidos pueden ser ejercitados y las obligaciones en el impuestas han de ser cumplidas.
- El que se considere perjudicado por el ejercicio de esos derechos o el cumplimiento de esas obligaciones puede demandar la suspensión de su eficacia, por la vía del artículo 130 y 135, según existan o no circunstancias de especial urgencia. Mientras se resuelve, el acto seguirá surtiendo sus efectos.
- Si el acto no se cumple voluntariamente, es posible sancionar su incumplimiento.
- A efectos de proceder a la ejecución forzosa habrá que estar a los intereses públicos en presencia. En particular, cuando se trate de actos que causan perjuicios a algún administrado (sean propiamente de gravamen o de doble efecto) la Administración autora del acto administrativo objeto de recurso habrá de valorar los intereses públicos y privados en presencia. Si considera que los mismos demandan una tutela urgente e inmediata, podrá realizar actuaciones materiales de ejecución forzosa del acto (previo apercibimiento al interesado, como exige el artículo 95 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común); en este caso, entre la notificación del apercibimiento y la realización del acto de ejecución ha de transcurrir un razonable periodo de tiempo, para posibilitar al interesado recabar la tutela cautelar. En estos casos, si el interesado entiende que tal acto de ejecución le causa perjuicios irreparables, concurrirían razones de urgencia que le legitimarían para invocar la aplicación del artículo 135 de la LJCA, debiéndose estar a lo que respecto de tal pretensión resuelva el Juzgado o Tribunal.
- Si por el contrario, y teniendo en cuenta los intereses en presencia, no existen especiales razones que justifiquen la urgencia en llevar a efecto lo ordenado en el acto administrativo, la Administración debe abstenerse de iniciar actuaciones de ejecución material. El interesado podría solicitar la suspensión (por los cauces ordinarios, pues no existirían razones de especial urgencia que justifiquen privar a la Administración de su derecho de defensa), debiendo la Administración, durante la tramitación de la pieza separada, abstenerse de apercibir al interesado, y mucho menos de realizar actuaciones de ejecución material. Si, a pesar de este deber de abstención,

la Administración intenta ejecutar el acto, el interesado estaría legitimado para demandar el urgente pronunciamiento del Juez o Tribunal, sea cual sea el estado en que se encuentre la pieza separa de medidas cautelares.

En aplicación de estas doctrina, y volviendo a los ejemplos anteriormente mencionados, el derecho a la tutela cautelar se satisface plenamente de la siguiente manera:

- En el caso del otorgamiento de una licencia individual, el operador que considere que la misma es contraria a derecho y que perjudica sus derechos e intereses legítimos ha de valorar si tales perjuicios se le ocasionan de manera inmediata o no, con la posibilidad de solicitar en el primer caso (por ejemplo, si ese operador le solicita interconexión), con carácter urgente, al órgano jurisdiccional, que valore tales perjuicios que se derivarían de la ejecución inmediata del acto recurrido, es decir, del ejercicio inmediato por parte del titular de los derechos derivados de la licencia individual otorgada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. De esta manera, sólo se perjudicaría a aquel que disfruta de una licencia individual, amparada en la presunción de legalidad inherente a toda resolución administrativa, paralizando sus actividades y suspendiendo el ejercicio de sus derechos, si la Sala, previa valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, entendiera que se dan esas circunstancias de urgencia y que de no suspenderse la ejecutividad del acto se haría perder al recurso su finalidad legítima. Es decir, el beneficiario de la licencia individual solo podría verse perjudicado por una decisión judicial, no por la mera voluntad del operador recurrente de solicitar la suspensión.
- En la hipótesis de los actos de doble efecto, favorables para un sujeto y desfavorables para el otro, aquél que se considere perjudicado por la resolución recurrida, si considera que su eficacia inmediata le causa perjuicios irreparables, ha de solicitar al órgano jurisdiccional contencioso-administrativo una valoración urgente de los intereses concurrentes. De otro modo, el operador favorecido por la resolución administrativa ha de poder llevarla a efecto, en tanto la Sala de lo contencioso- administrativo no indique lo contrario, con toda su amplitud. En el ejemplo descrito anteriormente relativo a la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que resuelve un conflicto de interconexión entre Telefónica y un operador en estado de suspensión de pagos, en defecto de constitución de depósito o aval por el indicado operador, esta Comisión entiende que el acto es plenamente ejecutivo y que Telefónica se hallaría plenamente facultada para proceder a la desconexión de las redes previa la comunicación que exige la citada resolución y en tanto los Tribunales no acordaran la suspensión. La tramitación de la pieza separada por los cauces ordinarios (si la petición suspendiera la ejecutividad del acto) causaría a Telefónica unos perjuicios que no está obligada a soportar.
- Asimismo, en el caso de los actos de gravamen anteriormente descritos, relativos a la suspensión de actividades de una instalación nuclear o a la

suspensión o paralización de la realización de vertidos, la extraordinaria intensidad del interés público concurrente demanda la inmediata ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos recurridos, debiendo el administrado, si lo considera pertinente, invocando el artículo 135 de la Ley Jurisdiccional y las razones de urgencia que concurren, solicitar la suspensión de la ejecución del acto ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. No cabe la menor duda de que en tales casos una petición de suspensión formulada por los cauces ordinarios, si se entendiera –como afirma Telefónica- que lleva consigo la suspensión de la ejecutividad, dado que supone al menos 20 días en su tramitación, causaría perjuicios extraordinarios e irreparables a los intereses públicos tutelados por las resoluciones de suspensión de actividad acordadas por el Consejo de Seguridad Nuclear o por el Gobierno, en aplicación de las leyes antes indicadas.

De la misma manera, en el supuesto relativo a la aplicación del artículo 4 del Reglamento de Interconexión, el operador autorizado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para proceder a la desconexión con otra red que perturba su normal funcionamiento ha de estar autorizado para proceder y mantener la suspensión en tanto en cuanto la jurisdicción contencioso-administrativa no acuerde la medida cautelar de suspensión. Si el operador causante de las perturbaciones entiende que la desconexión autorizada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones le perjudica gravemente y de manera inmediata, sobre él ha de pesar la carga de recabar la tutela urgente de los Juzgados y Tribunales.

Respecto de actos de gravamen en que el interés público concurrente no demanda una tutela urgente (como la imposición de una multa) nada impide al interesado solicitar la suspensión por los cauces ordinarios; en ese caso, aun cuando subsiste la ejecutividad del acto (y el interesado está obligado a cumplirlo), debe la Administración abstenerse de realizar actuaciones de ejecución material (providencia de apremio, en su caso), en tanto, con audiencia de la propia Administración demandada, el Juzgado o Tribunal no se pronuncie sobre la suspensión. Es más, en estos casos, y en tanto no se dicte esa providencia de apremio, no existirían razones de especial urgencia que justificaran la invocación del artículo 135. Así lo entiende la Audiencia Nacional en los autos, antes citados, de 18 de noviembre de 2002. La Sala indica que procede la suspensión sin audiencia de la Administración demandada cuando concurren dos circunstancias: que se den razones de especial urgencia y que, en la ponderación de intereses que ha de hacerse siempre en las piezas separadas de medidas cautelares, se entienda que prevalece el interés del administrado. En otro caso, “cuando no concurren bases en que apoyar la prevalencia de los intereses privados del recurrente sobre los públicos, de mayor importancia y relevancia, en general, o no existen tales circunstancias de grave urgencia, o cuando todo ello no aparece debidamente acreditado, ni resulta ser deducible de racionales indicios, que es lo que aquí sucede” procede rechazar la petición.

Finalmente, en la hipótesis de demolición de un inmueble, en el primer caso (grave riesgo de ruina) es obligación de la Administración proceder a la demolición inmediata, pudiendo el interesado recabar la tutela urgente del Juzgado o Tribunal. En la segunda hipótesis (infracción urbanística) no sería necesario demandar la inmediata ejecución y, en consecuencia, solicitada la suspensión por los cauces ordinarios, con audiencia de la Administración demandada, ésta habría de abstenerse de realizar actos de ejecución material.

Este es el alcance del artículo 135 de la LJCA y su virtualidad de conciliar el derecho a la tutela cautelar con el principio de ejecutividad de los actos administrativos. Esta Comisión no entiende, en contra de lo que afirma Telefónica, que el derecho a la tutela cautelar sólo existe cuando se solicita la suspensión por la vía del artículo 135. Dependerá de los intereses en presencia y de la urgencia, manifestada por el órgano administrativo (normalmente mediante el previo apercibimiento de ejecución forzosa) que en cada caso exista en llevar a efecto el acto administrativo recurrido.

D. Aplicación al caso de la doctrina anterior.

Debe destacarse que las resoluciones incumplidas que han motivado la sanción objeto del presente recurso, tanto la Oferta de Interconexión de referencia de 9 de agosto de 2001, como las resoluciones de fecha 21 y 28 de febrero de 2002, son resoluciones que participan de la naturaleza de lo que hemos denominado “actos mixtos”. En efecto, puede considerarse que las indicadas resoluciones, al imponer obligaciones de hacer a Telefónica, son perjudiciales para la misma. Sin embargo, las indicadas resoluciones, también producen efectos beneficiosos, de manera directa e inmediata, para otros operadores que intervienen en el mercado y, en definitiva, para el propio mercado y para los usuarios.

En efecto, de la Oferta de Interconexión de Referencia y de la resolución de 21 de febrero de 2002 se desprende la facultad de todos los operadores con derecho a interconexión presentes en el mercado español de solicitar de Telefónica un nuevo servicio, la interconexión por capacidad en su modalidad combinada. Asimismo, la resolución de 28 de febrero de 2002, que adopta medidas cautelares, produce efectos favorables para Lince Telecomunicaciones, puesto que se reconoce explícitamente a ese operador el derecho a que Telefónica le proporcione el indicado servicio de interconexión por capacidad en su modalidad combinada.

En consecuencia, pueden aplicarse a las citadas tres resoluciones recurridas los mismos principios que se indicaron con anterioridad con carácter general. Es decir, la interposición de recurso contencioso- administrativo con solicitud de adopción de medidas cautelares (sea por la vía ordinaria o por la de urgencia) no eximió a Telefónica de cumplir con el mandato de las tres resoluciones. Además, de la solicitud de la adopción de medidas cautelares por los cauces ordinarios se desprende que la propia Telefónica entiende que no concurren razones de especial urgencia que demanden suspender la

ejecutividad y, en consecuencia, la eficacia de tales resoluciones que, por ello, se mantienen, con el correlativo deber de Telefónica de cumplirla y de los operadores con derecho de interconexión de demandar los servicios en ella contemplados.

Lo que no es admisible es que por la simple petición de suspensión de Telefónica (la primera de ellas presentada varios meses después de la entrada en vigor del modelo de interconexión por capacidad en su modalidad combinada) pueda derivarse el perjuicio para todos los operadores indicados de no poder solicitar ese servicio de interconexión por capacidad en tanto en cuanto se pronuncie la Audiencia Nacional (previa audiencia de todos los interesados en el expediente). En esta hipótesis, si finalmente la Sala de lo Contencioso-administrativo desestimara las peticiones de suspensión (como ha hecho con la de 21 de febrero de 2002), aquéllos que tienen la razón (los operadores con derechos de interconexión) habrían visto perjudicados un derecho reconocido en tres resoluciones de la CMT que gozan de presunción iuris tantum de legalidad, por la sola voluntad del operador perjudicado, con grave perjuicio para la competencia en el sector y, en definitiva, para los ciudadanos.

Conviene a este respecto recordar el siguiente relato de hechos:

- 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.

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

- La ejecutividad de la resolución (es decir, la plena vigencia de la obligación de Telefónica de ofrecer interconexión por capacidad y de los demás operadores de solicitarla) es ratificada en la resolución de 21 de febrero de 2002, también incumplida. En esta resolución, esta Comisión manifiesta a Telefónica que, por los intereses en presencia, está obligada a proporcionar de inmediato interconexión por capacidad en su modalidad combinada.

- 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, da a entender que la ejecución inmediata del acto no impedirá que tenga efectos la resolución final que se dicte en la pieza separada. Recientemente, la Audiencia Nacional ha desestimado la petición de suspensión.

- La tercera resolución infringida (medidas cautelares en el conflicto con Lince) se adoptó el 28 de febrero de 2002 fijándose plazos perentorios para su cumplimiento. 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 ejecutiva y Telefónica no aprecia razones de urgencia, derivadas de la ejecución inmediata del acto (con un plazo señalado), que pudieran frustrar la decisión que sobre la suspensión se adoptara en la pieza separada tramitada con audiencia de la Administración demandada.

- Telefónica solicitó ante esta Comisión la suspensión de las resoluciones de 21 y 28 de febrero de 2002 mientras se tramitaba la pieza separada en la Audiencia Nacional. Ello supone un explícito reconocimiento de que, durante esa sustanciación, el acto habría de producir efectos (de otro modo no se entiende por qué pide la suspensión), lo que ahora niega. Esas peticiones fueron desestimadas por sendas resoluciones de esta Comisión de fecha 4 de abril de 2002 en las que se indicaba la necesidad de no suspender lo resuelto, en atención a los intereses concurrentes, y que la decisión de esta Comisión estará sometida a lo que se acuerde al respecto por el órgano jurisdiccional.

- El presente expediente sancionador, que ahora nos ocupa, 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 reafirmar, la primera con carácter general y la segunda resolviendo un conflicto con 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 un pronunciamiento judicial, máxime si entendía que los perjuicios que se le causarían durante la tramitación de tales piezas harían ineficaz la resolución final de suspensión que en las mismas pudiera finalmente dictarse.

- En ningún momento de la tramitación de las anteriores piezas separadas (ni tan siquiera con la apertura del expediente sancionador, manifestación evidente de la ejecutividad y eficacia del acto y de la plena vigencia de la obligación de Telefónica de cumplir con el acto) Telefónica ha invocado ante la Audiencia Nacional razones de especial urgencia que demandaran la inmediata privación de efectos de los actos recurridos.

Finalmente, conviene contestar en este punto a la alegación de Telefónica relativa a que solicitó, con invocación al artículo 135 de la Ley Jurisdiccional, la suspensión de la resolución de modificación de la Oferta de Interconexión de Referencia de 9 de agosto de 2001. Telefónica solicitó la suspensión por los trámites ordinarios, si bien es cierto que en la alegación sexta del otrosí tercero invoca el artículo 135. Antes que nada, ha de destacarse 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 citado, relativo al recurso de Telefónica contra la prórroga del plazo de la moratoria, "e*sta 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 ejecutividad y ejecutoriedad (previo apercibimiento en este última caso) del acto recurrido.

Pues bien, según consta en la resolución recurrida, Telefónica interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Oferta de Interconexión de Referencia mediante escrito fechado el 1 de febrero de 2002. Como afirma Telefónica, en la alegación sexta del indicado recurso invocó el artículo 135 de la Ley Jurisdiccional, por entender que concurrían circunstancias de especial urgencia que justificaban la adopción de medida de suspensión sin oír a la parte contraria.

Sin embargo, ante la Audiencia Nacional, a día de hoy, no pende la petición de suspensión por los cauces del artículo 135 de la ley de jurisdicción contencioso- administrativa formulada por Telefónica.

En efecto, ante la petición de adopción de medidas cautelares inaudita parte del artículo 135 de la Ley de jurisdicción contencioso- administrativa, los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa han de pronunciarse explícitamente, bien adoptando la medida cautelar y citando a las partes a una comparecencia sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la misma, bien no considerando justificada la petición y acordando la tramitación de la pieza separada por los cauces ordinarios. Sin embargo, no ha sucedido así en el presente caso.

Formulada la petición de suspensión, con invocación en la alegación sexta del artículo 135 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, la Sala de lo contencioso- administrativo de la Audiencia Nacional, por providencia de fecha 1 de marzo de 2002, acordó la apertura de la pieza separada de las medidas cautelares y, por diligencia de ordenación de la

misma fecha, acordó dar el traslado a la Administración demandada para que se pronunciara sobre la petición de suspensión.

Es decir, la Audiencia Nacional (bien porque la petición no se formuló en "otrosí" específico, bien por las razones que fueren) ha desatendido de manera implícita la petición de suspensión formulada al amparo del artículo 135 de la Ley jurisdiccional, al acordar la tramitación de la pieza separada de medidas cautelares por los cauces ordinarios mediante las indicadas resoluciones de fecha 1 de marzo de 2002.

La indicada providencia ha devenido firme e irrecurrible, por aplicación del artículo 207 de la ley de enjuiciamiento civil, a cuyo tenor:

> *"2. Son resoluciones firmes aquellas contra las que no cabe recurso alguno bien por no preverlo la ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado.*
>
> *3. Las resoluciones firmes pasan en autoridad de cosa juzgada y el tribunal del proceso en que hayan recaído deberá estar en todo caso a lo dispuesto en ellas.*
>
> *4. Transcurridos los plazos previstos para recurrir una resolución sin haberla impugnado, quedará firme y pasada en autoridad de cosa juzgada, debiendo el tribunal del proceso en que recaiga estar en todo caso a lo dispuesto en ella".*

En consecuencia, las resoluciones de 1 de marzo del año 2002, por las que la Audiencia Nacional acuerda la apertura de la pieza separada de medidas cautelares, dando traslado a la Administración demandada, han devenido firmes por no haber interpuesto contra las mismas Telefónica recurso de alguno. En consecuencia, y a día de hoy, y salvo que se formule una nueva petición al amparo del artículo 135 por parte de Telefónica, no subsiste ante la Sala de lo Contencioso- administrativo la indicada petición de Telefónica.

En cualquier caso, es de destacar el dato, elocuente, de que solicitada por Telefónica la suspensión cautelarísima el 1 de febrero, haya esperado hasta la fecha sin reiterar su petición.

En definitiva, ha de afirmarse que esta Comisión ha respetado escrupulosamente el derecho a la tutela cautelar de Telefónica, en la medida en que no ha desarrollado ninguna actividad de ejecución de sus resoluciones. 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 eficaces**.

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.**

SEGUNDO.- Sobre la inexistencia de la infracción que se imputa por no ser exigible a Telefónica el cumplimiento de las referidas Resoluciones de esta Comisión.

La entidad Telefónica alega en este punto que, en virtud de lo expuesto en el anterior motivo del recurso, hallándose pendiente de resolver por la Audiencia Nacional la suspensión cautelar de las resoluciones que se citan el acuerdo de inicio del procedimiento sancionador, *"y más aún, constituyendo las resoluciones de 21 y 28 de febrero de 2002 un acto de ejecución material de la anterior, **no es exigible a TESAU el efectivo cumplimiento de tales resoluciones, motivo por el cual no cabe predicar el incumplimiento de las mismas, ni mucho menos sancionarlo**."*

Nuevamente se ha de rechazar las alegaciones esgrimidas de contrario con respecto a las consecuencias suspensivas derivadas de la interpretación que Telefónica hace de la jurisprudencia constitucional por ella mencionada, por los motivos expuestos anteriormente y que en aras de la economía procesal damos aquí por íntegramente reproducidos.

No obstante, cabe detenerse en la errónea afirmación que Telefónica hace sobre que las resoluciones de 21 y 28 de febrero de 2002 constituyen un acto de ejecución material de la resolución de 9 de agosto de 2001 por la que se modifica la OIR. Como ha quedado dicho, las citadas resoluciones de 21 y 28 de febrero no constituyen un acto de ejecución material de la anterior, sino que ambas responden a la intervención de esta Comisión en el ejercicio de sus funciones con plena autonomía de la resolución de 9 de agosto de 2001, pues la primera se trata de una resolución que contesta a una cuestión jurídica planteada por la propia Telefónica a raíz de la publicación de la Ley de Acompañamiento y la otra es una media cautelar que se dicta en el marco de un conflicto de interconexión planteado por la entidad UNI2 Telecomunicaciones, S.A.U.

La recurrente olvida que, una cosa es que esta Comisión para la resolución de las cuestiones que se le plantean tenga en cuenta las decisiones y criterios anteriormente tomados en otros asuntos, como es el caso de la resolución modificativa de la OIR para estas dos citadas resoluciones de 21 y 28 de febrero, y otra muy distinta que se realice un acto de ejecución propiamente dicho de una resolución y, como consecuencia de ello, se dicte la correspondiente resolución por la que se ejecuta. Este sería el caso de la resolución por la que se dictara una providencia de apremio para el supuesto de impago al término del periodo voluntario, supuesto en el que evidentemente no nos encontramos.

Por otro lado, ninguna de ambas resoluciones constituyen actos de ejecución propiamente dichos de la anterior, por cuanto que el contenido de tales resoluciones no responden a ninguno de los posibles medios de ejecución que establece la LRJPAC en su Título VI, capítulo V.

Por todo ello, se ha de rechazar las alegaciones vertidas de contrario en este punto por carecer de justificación legal que la sustente.

TERCERO.- Telefónica alega que no es cierto ni se ha acreditado que haya cambiado de criterio para oponerse injustificadamente a la implantación del modelo de interconexión por capacidad en su modalidad combinada con el objeto de dilatar en el tiempo su aplicación efectiva.

En el presente apartado la entidad Telefónica defiende no resultar admisible que se predique que Telefónica ha cambiado de criterio de oposición al cumplimiento de lo dispuesto en las anteriores resoluciones, pues en ningún momento ha cambiado o dejado sin efecto sus distintos argumentos para oponerse a favor de los nuevos. A su entender, Telefónica ha actuado en todo momento de buena fe y en el ejercicio de sus derechos y defensa de sus legítimos intereses, sin voluntad obstruccionista, limitándose a poner de manifiesto las alegaciones y manifestaciones en cada momento procedentes en función de los nuevos acontecimientos, siendo todos ellos plenamente fundados y justificados.

Pues bien, como se expuso en el hecho probado cuarto de la resolución sancionadora, 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 fue variando de criterio reiteradamente para oponerse, sin justificación válida alguna, a la implantación del citado modelo solicitado por diversos operadores.

En el presente recurso tampoco se presenta prueba alguna que desvirtúe los mencionados hechos probados, limitándose tan sólo a manifestar que no se ha ido cambiando de criterio sino que se iba poniendo de manifiesto su oposición en función de los hechos acaecidos. En cualquier caso, Telefónica se opuso de forma reiterada y sistemática a dar efectivo cumplimiento a lo dispuesto por la referidas resoluciones de la esta Comisión, con el añadido de que en este caso fue cambiando de criterio en su propio beneficio a pesar de las manifestaciones que ahora se hacen.

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, en una clara actitud obstruccionista, pues resultó indiscutible que desde que se aprobó el nuevo texto de la OIR 2001 hasta la fecha en que se dicta la resolución sancionadora, 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.

Telefónica parte de una premisa errónea para argumentar su oposición. Y es que, a su entender, vino adicionando nuevos motivos *justificados* de oposición a las referidas resoluciones (*"cuyo cumplimiento no resulta en derecho exigible por el momento"*) *derivados de nuevas circunstancias de hecho o de nuevas o legítimas consideraciones,* en un ejercicio legítimo de sus derechos.

Como ya se expuso detalladamente en la resolución sancionadora ahora recurrida, y se reitera de nuevo en el primer fundamento derecho de la presente resolución de forma ampliamente motivada, cabe recordar a la recurrente que las resoluciones ahora incumplidas sí resultan en derecho exigibles, pues las mismas son eficaces desde el momento en que se dictaron de conformidad con el artículo 57 de la LRJPAC. Otra cuestión diferente es la equivocada interpretación a la que llega Telefónica de la jurisprudencia constitucional invocada, circunstancia que ya ha sido anteriormente objeto de su oportuna contestación, sin que resulte ahora necesario incidir más en dicha cuestión.

Además, si bien pudiera entenderse que los distintos motivos se van esgrimiendo por la recurrente en momentos diferentes, y sobre la base de supuestos nuevos hechos acaecidos, no por ello se pueden calificar de motivos justificados a los efectos ahora pretendidos, pues como queda claramente patente en la resolución recurrida dichos motivos carecen de cualquier justificación válida en derecho alguna para no dar cumplimiento a las mismas. En este sentido, no se trata ahora de calificar de forma genérica si los motivos por ella esgrimidos son infundados o injustificados, pues éstos podrán ser tenidos en cuenta o no por los Tribunales cuando tengan que decidir sobre los recursos contencioso-administrativos interpuestos, sino precisamente si tales motivos permiten a Telefónica no dar cumplimiento a unas resoluciones de esta Comisión, que como ya hemos visto no se lo permiten.

En cuanto a lo defendido por Telefónica en relación a que la modificación que se propone del artículo 4.3 del Real Decreto-Ley 7/2000 en el Proyecto de Ley de Acompañamiento, prueba que dicho artículo efectivamente prohibe de plano la modalidad combinada de interconexión por capacidad –cuestión que ya fue rechazada por esta Comisión en su resolución de febrero de 2002- , cabe recordar a la recurrente que fue precisamente esta Comisión la que ha propuesto al Gobierno su eliminación, y no por las razones expuesta por Telefónica, sino para dotar de una mayor flexibilidad al régimen de interconexión de redes, presupuesto básico para la liberalización del sector. En el informe de esta Comisión al Gobierno acerca de la conveniencia y oportunidad de modificar determinados aspectos del actual marco normativo del sector de las telecomunicaciones, de fecha 27 de junio de 2002, se justifica dicha eliminación en que *"no debemos olvidar que el sector de las*

Telecomunicaciones en el que se enmarca la interconexión de redes resulta muy cambiante y que las nuevas circunstancias exigen la adopción de medidas mediante la utilización de procedimientos ágiles."

Sin perjuicio del interés general que debe prevalecer en los casos en los que se suscita el derecho a la interconexión, ante unos mandatos claros y expresos contenidos en unas resoluciones eficaces jurídicamente, y unos cambios de criterios de oposición no válidos para su cumplimiento, no resulta justificado que la recurrente se ampare en esos cambios reiterados de oposición sin que claramente se desprenda una intención de demorar en el tiempo la efectiva implantación del nuevo modelo de interconexión por capacidad en su modalidad combinada a la que está obligada, en una clara actitud obstruccionista.

Tampoco se trata de impedir el ejercicio de los derechos legítimos que tiene todo administrado, como pretende hacer confundir la recurrente, sino de preservar que se cumplan los mandatos establecidos en actos administrativos plenamente eficaces, sin perjuicio que, por supuesto, se presenten los correspondientes recursos e impugnaciones contra los mismos si se consideran lesionados sus derechos. Cuestión diferente es la que omite la propia recurrente, que al amparo de sistemáticas y sucesivas impugnaciones queden carentes de fuerza vinculante los actos de esta Comisión y con ello la de todos aquellos operadores a los que se les ha impedido acogerse a esta nueva modalidad de interconexión, circunstancia que no admite nuestro ordenamiento jurídico.

CUARTO.- Telefónica alega que la resolución recurrida sanciona a esta entidad por el incumplimiento de una obligación distinta a la contenida en la resolución de 28 de febrero de 2002.

En el presente motivo del recurso se denuncia la nulidad de la resolución sancionadora por haberse vulnerado los principios de tipicidad y defensa que rigen el ejercicio de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. La entidad Telefónica alega que, de acuerdo con la resolución ahora recurrida, la infracción que se le imputa consiste en no haber cumplido con la obligación de hacer efectiva la implantación operativa de aquellos enlaces por capacidad que hubiere solicitado UNI2, la cual no puede constituir un incumplimiento de la resolución de 28 de febrero de 2002 por cuanto que la obligación que ésta imponía era la de realizar las partes en conflicto los mejores esfuerzos para hacer efectiva la implantación de dicho modelo de interconexión.

Lo pretende la recurrente con el presente motivo es intentar desvincular de la obligación impuesta en el primer resuelve de la medida cautelar (como si fuera una cosa distinta), la afirmación que se hace en la resolución sancionadora y en su resuelve, de no haber cumplido con la obligación de

hacer efectiva la implantación operativa de aquellos enlaces por capacidad que hubiere solicitado UNI2.

Con carácter previo, cabe recordar a la recurrente que tal afirmación no puede aislarse de los demás argumentos donde vinieron expuestos (fundamento de derecho segundo de la resolución recurrida), pues la misma vino acompañada de otras que explicaban detalladamente el incumplimiento del primer resuelve de la citada medida cautelar a los efectos de la tipificación correspondiente, sin que en ningún momento de la resolución recurrida se hubiera manifestado como único y exclusivo incumplimiento no implantar el nuevo modelo, sino que se argumentó también respecto de la obligación impuesta de hacer sus mejores esfuerzos a las partes en conflicto para conseguir la implantación. Así, a título ilustrativo, se transcribe de nuevo los otros razonamientos que también se emplearon en la resolución recurrida a estos efectos y que no han sido tenidos en cuenta por la recurrente (fundamento de derecho segundo, página 40):

> *"(..)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 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 amparase 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 afirmase 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****.(..)".*

Por otra parte, no puede olvidarse que la resolución de 28 de febrero de 2002 se trata de una medida cautelar que se dictó en el marco de un conflicto de interconexión suscitado por la entidad UNI2 como consecuencia de la negativa de Telefónica de implantar el nuevo modelo de interconexión por capacidad, y proceder a migrar los enlaces por ella solicitados en su proyecto técnico, tal y como estaba obligada por anteriores resoluciones de esta Comisión.

De ahí que, si bien en primer lugar dicha medida cautelar impuso a las partes en conflicto realizar sus mejores esfuerzos para hacer efectiva la implantación operativa de los enlaces por capacidad que solicitó Lince en su proyecto técnico, no por ello se puede abstraer de ahí la obligación explícita que tiene Telefónica de hacer efectiva la implantación del nuevo modelo de interconexión por capacidad en su modalidad combinada.

Por eso, en los argumentos utilizados en la resolución sancionadora recurrida para tipificar la conducta de Telefónica no sólo se pone de manifiesto que esa entidad ha incumplido su obligación de hacer efectiva la implantación del nuevo modelo (como pretende confundir ahora la recurrente), sino que en relación a esta circunstancia se evidencia también que, en el caso particular de UNI2, se ha incumplido lo dispuesto en el primer resuelve de la media cautelar.

Queda claro, por tanto, que la recurrente con el presente motivo de impugnación no trata de desvirtuar los hechos probados segundo y cuarto de la resolución recurrida, sino que su intención es confundir haciendo creer que se le está imputando una obligación que nada tiene que ver con el resuelve

primero de la resolución de 28 de febrero de 2002 (alegando nulidad de pleno derecho), que como ya hemos visto no se ajusta a la realidad.

En este caso, y como quedó suficientemente acreditado, 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 UNI2 en su proyecto técnico, resultando por su parte del todo infructuosas las actividades de este operador tendentes a tal fin, por lo que se ha producido un claro incumplimiento del resuelve primero de la resolución de 28 de febrero de 2002, sin que por parte de Telefónica haya hecho por medio del presente recurso la más mínima intención de desvirtuar tales hechos constitutivos de infracción.

Por todo ello, cabe rechazar de plano las alegaciones esgrimidas en este motivo del recurso no habiendo incurrido la resolución impugnada en nulidad alguna, y menos por vulneración de los principios que rigen el ejercicio de la potestad sancionadora como se pretende de contrario.

QUINTO.- Telefónica alega nulidad de pleno derecho por vulneración del artículo 24 CE, en relación con el artículo 62.1.a) de la LRJPAC .

Telefónica viene a denunciar en este apartado que, dada la falta de concreción en el contenido del mandato y que la acusación inicial que se hace en el acuerdo de inicio no coincide con la resolución sancionadora, se ha producido una situación de indefensión por cuanto que no se pudo defender al desconocer la interpretación que la CMT daba de su mandato y, por tanto, de la causa concreta que se le acusaba.

A este respecto, cabe señalar que Telefónica parte de una premisa errónea al considerar que el mandato que se le impuso por medio de la medida cautelar dictada en resolución de 28 de febrero de 2002 resulta totalmente distinto al que se señala ahora como incumplido en el primer resuelve de la parte dispositiva de la resolución ahora recurrida.

Como se ha expuesto en el punto anterior, y se reitera ahora, la infracción que se le imputó -en el fundamento de derecho segundo- fue el incumplimiento de la resolución de 28 de febrero de 2002, en lo que al resuelve primero y segundo se refiere, la cual está ampliamente motivada y explicada con detalle en la resolución sancionadora, sin que pueda entenderse de forma aislada como acusación la mención que se hace para la empresa UNI2 en cuanto a la no implantación por Telefónica del nuevo modelo de interconexión.

A este respecto, y para evitar repeticiones innecesarias, no cabe más que remitirse de nuevo a lo ya dicho en el punto anterior, que en aras de economía procesal damos aquí por íntegramente reproducidas.

Por otra parte, y respecto a la supuesta indefensión que le ha ocasionado a Telefónica la falta de motivación y de concreción del mandato, así como que no coincide la acusación inicial con la final, no puede tener favorable acogida por carecer de justificación válida que las sustente. No obstante, esta Comisión considera conveniente recodar a la recurrente algunos aspectos que no han sido tenidos en cuenta, como son los siguientes:

No sólo la citada conducta infractora no ha cambiado desde el acuerdo de inicio, sino que se incluyó ampliamente motivada en la propuesta de resolución del instructor, la cual fue objeto de la preceptiva audiencia para que efectuara alegaciones la entidad imputada sin que por esta empresa se alegara indefensión alguna a este respecto, sin olvidar que la referida medida cautelar se dictó en el marco de un conflicto de interconexión del que era parte interesada y en el que efectuó las oportunas alegaciones cuando fue preciso.

En cuanto a la supuesta falta de concreción del mandato que dicha medida cautelar contenía resulta sorprendente que sea la propia entidad Telefónica la que diga que desconoce el alcance de lo que se pretendía preservar, cuando ella misma reconoció en su escrito de alegaciones presentado a la propuesta de resolución del instructor el verdadero alcance de la medida al argumentar en su defensa que había dado fiel cumplimiento al resuelve tercero de la resolución de 28 de febrero de 2002. Además, no se puede olvidar el hecho de que por los Servicios de esta Comisión se estaban instruyendo varios conflictos de interconexión con idéntico objeto suscitados por otros tantos operadores interesados en el nuevo modelo de interconexión por capacidad, que dieron origen a otras tantas medidas cautelares con idénticos o similares términos, y todos ellos derivados del hecho de no hacer efectiva la implantación operativa del nuevo modelo de interconexión por parte de Telefónica.

Por todo ello, no puede tener favorable acogida la supuesta indefensión que se denuncia de contrario, pues Telefónica sabía en todo momento que mandato concreto estaba imponiendo esta Comisión con las resoluciones que se estaban dictando a este respecto y, por tanto, que incumplimiento se le estaba imputando.

SEXTO.- Telefónica alega nulidad de pleno derecho de la resolución recurrida por sancionar el incumplimiento de una obligación de contenido imposible de conformidad con el artículo 62.1.c) de la LRJPAC .

Con base en la supuesta falta de concreción e indeterminación de la expresión que se emplea en la parte dispositiva de la medida cautelar "sus mejores esfuerzos", Telefónica viene a alegar de nuevo nulidad de la resolución recurrida por sancionar un acto de contenido imposible, puesto que, a su entender, ella siempre ha realizado sus mejores esfuerzos para cumplir con el mandato de esta Comisión.

Con carácter previo, cabe poner de manifiesto que resulta contradictoria la argumentación que ahora defiende Telefónica al afirmar que *"(..) siempre ha sostenido y sostendrá a continuación, una vez más, que sí ha realizado "sus mejores esfuerzos" para cumplir el mandato de la CMT.(..)"*, cuando en el motivo anterior alegaba desconocimiento de cuál era el verdadero mandato de esta Comisión.

Por su parte, la causa de nulidad derivada de los actos de contenido imposible recogido en el citado artículo 62.1 c) de la LRJPAC se están refiriendo a supuestos distintos al ahora pretendido de contrario, por cuanto que dichos actos no podrán cumplimentarse por su destinatario por tener un contenido imposible.

En el presente caso, el mandato que se le impone por esta Comisión no resulta de contenido imposible pues es perfectamente realizable por su destinatario, amén de que es la propia Telefónica la que manifiesta ahora que ha sido fielmente cumplimentado por ella y consta en el expediente como ella misma reconoce que cuando resuelvan los Tribunales sus peticiones de suspensión de las resoluciones recurrida dará fiel cumplimiento a lo en ellas impuesto.

Por ello, y desde un punto de vista estrictamente jurídico, no cabe acoger la presente alegación de nulidad por cuanto que el mandato impuesto por esta Comisión en las resoluciones ahora incumplidas no son de contenido imposible, no siendo válido lo que ahora se pretende de contrario al afirmar que el referido mandato se ha convertido en un acto de contenido imposible, ya que según la recurrente ha realizado anteriormente sus mejores esfuerzos.

En cuanto a esta afirmación, que se insiste no podrá sustentarse en el citado artículo 62.1.c), la misma tampoco podrá tener favorable acogida por cuanto que la misma se trata tan sólo de una mera manifestación de parte, con ausencia de cualquier medio de prueba que la avale, que en nada desvirtúa los hechos probados de la resolución recurrida, por lo que este motivo de impugnación debe ser desestimado sin necesidad de incidir más en dicha cuestión.

SÉPTIMO.- Telefónica alega que no es cierto la afirmación que hace en la resolución recurrida que Telefónica no ha empleado sus mejores esfuerzos para la implantación operativa con Lince del modelo de interconexión por capacidad en su modalidad combinada.

A juicio de la recurrente, Telefónica ha actuado en todo momento conforme a Derecho y está aplicando dicho modelo desde la notificación del Auto judicial desestimando una de las medias cautelares solicitadas en relación al conflicto suscitado por esa entidad y Aló Comunicaciones, S.A..

A lo largo de este motivo se pretende de contrario desvirtuar los hechos probados segundo y cuarto de la resolución sancionadora, sin que se aporte prueba alguna que las avalen. Por ello, se insiste de nuevo que estamos en presencia de meras manifestaciones de parte que niegan unos hechos debidamente acreditados en el expediente de referencia, los cuales tampoco pudieron ser desvirtuados durante la tramitación de la instrucción, lo que difícilmente puede hacerse ahora con el mero hecho de negarse contrario.

En cuanto a los dos argumentos en los que básicamente se sustenta la presente afirmación, esto es, por un lado que la resolución de 28 de febrero de 2002 no era ejecutiva y, por otro, que esta resolución vino a desplegar sus efectos con el cumplimiento de su resuelve tercero, cabe manifestar que las mismas carecen de sentido a estos efectos por las razones que ya se han expuesto en el primer fundamento de derecho de la presente resolución y las que seguidamente se expondrán en el motivo siguiente en cuanto al supuesto cumplimiento de la medida cautelar por el sólo hecho de haber cumplido su resuelve tercero. Asimismo, y en todo caso, idéntico resultado ha de tener las supuestas razones que la recurrente esgrime reiteradamente para justificar su oposición a la implantación del nuevo modelo en el marco de las negociaciones que llevaban con los operadores, por cuanto que las mismas ya han sido oportunamente contestadas a lo largo de la presente resolución negándose su validez sin que resulte necesario su reiteración.

Por último, y respecto del hecho ahora señalado de que han manifestado su intención y disposición a implantar el nuevo modelo de interconexión por capacidad con motivo de la desestimación por parte de la Audiencia Nacional de la medida cautelar de suspensión de la resolución dictada en el conflicto de interconexión suscitado con la empresa Aló Comunicaciones, al igual que ha procedido ha convocar Comités Técnicos con distintos operadores para establecer calendarios de implantación como reconoce la propia resolución, tampoco resulta relevantes a los efectos ahora pretendidos por cuanto que por sí solo no desvirtúa el incumplimiento que se le imputa ni se acredita que no existiese por parte de Telefónica un comportamiento contumaz en desobedecer lo impuesto por esta Comisión., sin perjuicio de la relevancia que a tal hecho dio la resolución sancionadora al fijar el importe de la multa.

Como ya se señalaba en la resolución recurrida, resulta un hecho indiscutible que en la fecha en que se dictaba la misma aún no había implantado operativamente el nuevo modelo de interconexión por capacidad.

En atención a lo todo lo anterior, y sin perjuicio de que no se denuncia infracción a norma jurídica alguna que invalide la resolución recurrida, hay que desestimar el presente motivo por cuanto que las alegaciones vertidas de contrario en nada desvirtúan los hechos ahora probados constitutivos de infracción administrativa.

OCTAVO.- Telefónica alega que se ha dado cumplimiento a la medida cautelar dictada mediante resolución de 28 de febrero de 2002.

Considera Telefónica que en la resolución impugnada no se aportan motivos jurídicos que hagan decaer la alegación que ya hizo en el trámite de audiencia respecto a que no cabe imputar el incumplimiento de la resolución de 28 de febrero de 2002 por cuanto que la misma ha quedado cumplimentada en una de las formas que preveía, esto es, en virtud de su resuelve tercero proceder a facturar de acuerdo con el nuevo modelo, garantizando con ello la finalidad perseguida con la medida cautelar impuesta.

Para sustentar esta afirmación, la recurrente utiliza de nuevo los mismos argumentos que se presentaron en el trámite de audiencia, pues Telefónica señala al comienzo del presente motivo que da aquí por íntegramente reproducida dicha alegación.

Cabe señalar que, en la resolución ahora recurrida, ya se dio la oportuna contestación a cada una de la alegaciones que se formularon contra la propuesta del instructor, entre las que está la ahora reiterada por Telefónica.

A lo largo del recurso que ahora se contesta, Telefónica se limita tan solo a afirmar que no hay motivos para desestimar sus alegaciones, procediendo a reiterar las mismas, pero sin aportar otras circunstancias y/o pruebas que puedan ser tomadas en cuenta de nuevo por esta Comisión (y que pudieran desvirtuar lo establecido en la resolución sancionadora). En este sentido, el presente motivo de impugnación recogido en el recurso ha de ser desestimado por los argumentos que ya se dieron en su día a esa alegación de Telefónica de que ha cumplido con la resolución de 28 de febrero de 2002, pues no han sido en momento alguno desvirtuados de contrario, los cuales para evitar repeticiones innecesarias damos aquí también por íntegramente reproducidos.

NOVENO.- Telefónica alega que ha actuado con plena y fundada creencia excluyente de toda culpabilidad y no ha tenido ánimo ni voluntad infractora.

Telefónica alega que, para el caso de considerarse que efectivamente se hubiere cometido la infracción que se le imputa, en este caso no resulta procedente imponer la sanción por cuanto que no concurre el necesario elemento de la culpabilidad al haber actuado con plena creencia excluyente de culpabilidad, y sin ánimo ni voluntad infractora, respaldada por la jurisprudencia constitucional por ella invocada.

Como en el motivo anterior, cabe reiterar que las presentes alegaciones ya fueron esgrimidas en idénticos términos por Telefónica en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución del instructor, e igualmente fueron objeto de su oportuna contestación por esta Comisión en la resolución

sancionadora, sin que tampoco aquí haya otras alegaciones que desvirtúen lo establecido en la resolución recurrida, por lo que igual resultado desestimatorio han de tener las mismas.

Sin perjuicio de dar aquí por íntegramente reproducido lo manifestado al respecto en la resolución sancionadora en aras de la economía procesal, respecto a este punto tan sólo recordar a Telefónica que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 130.1 de la LRJPAC, serán objeto de sanción por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas que resulten responsables de los mismos, aún a título de simple inobservancia.

Como ya se expuso también en la resolución sancionadora, además, hay que tener en cuenta que el elemento subjetivo de la culpabilidad se refiere a la acción en que la infracción consiste y no a la vulneración de la norma, tal y como tiene declarado reiteradamente la Jurisprudencia.

En el presente caso, como ya se ha visto anteriormente, 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, pues como ella misma reconoce se ha opuesto reiteradamente a la implantación del citado modelo, con base en la tan repetida jurisprudencia constitucional, y esta acción es la que precisamente consiste la infracción que ahora se le imputa. Además, y como ya se ha dicho a lo largo de esta resolución tal justificación carece de validez a estos efectos, resulta que por parte de Telefónica ha existido una clara negligencia en su actuación que determina para el presente supuesto la inexistencia de causa alguna de exención de responsabilidad.

DÉCIMO.- Respecto de las circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora, Telefónica alega que no concurren las circunstancias agravantes señaladas en la resolución recurrida.

En este motivo 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.

Telefónica alega que, para el caso de considerarse que efectivamente se hubiere cometido la infracción que se le imputa, en este caso no resulta procedente imponer la sanción por cuanto que no concurre el necesario elemento de culpa imprescindible para la imposición de cualquier sanción.

Respecto a la intencionalidad en la comisión de la infracción, Telefónica niega que haya tal agravante en su conducta por cuanto que considera haber actuado en todo momento de buena fe y sin ánimo de infractor, lo que resulta una remisión a los argumentos esgrimidos anteriormente para manifestar que no concurre el elemento de culpabilidad. Frente a esta alegación, no cabe más que insistir en que el citado elemento de culpabilidad sí se ha dado en la

conducta de Telefónica, de acuerdo con lo dicho en el anterior punto, sin que sea necesario entrar en más consideraciones al respecto, recordando tan sólo que ante un mandato claro de esta Comisión en cuanto a la implantación del nuevo modelo de interconexión por capacidad en su modalidad combinada, Telefónica de forma intencionada se ha opuesto a dar cumplimiento al mismo y, en este caso, con la única intención de demorar en el tiempo la implantación operativa del citado modelo solicitado por diversos operadores.

Por otro lado, respecto a la naturaleza de los perjuicios causados y los perjuicios a la competencia, Telefónica considera inadmisible por arbitrario pretender la concurrencia de la citada agravante limitándose a destacar las bondades del modelo, sin evidenciar los perjuicios que se invocan ni mucho menos su gravedad.

Frente a esta alegación sobre la supuesta falta de concreción de los perjuicios causados, que resulta reiteración de la ya expuesta por dicha empresa en el trámite de audiencia, tan sólo basta traer aquí de nuevo el contenido íntegro del fundamento de derecho quinto de la resolución recurrida para observar que los mismos fueron perfectamente detallados en dicha resolución.

Asimismo, Telefónica alega nuevamente en clara repetición con su escrito de alegaciones que, en relación a que los otros operadores han implantado la modalidad combinada de interconexión por capacidad, Telefónica es el único obligado por la normativa a separar el tráfico dirigido a la numeración específica de internet del tráfico de voz, y que el colapso en la red y la degradación del servicio no se puede hacer extrapolable a los otros operadores.

Como ya se dijo en contestación a esta alegación en la resolución sancionadora, con dicha manifestación lo que esta Comisión quiso dejar patente 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. Y precisamente esto último sí tiene que ver claramente con la referida agravante que se consideró en la resolución, la cual tampoco ha sido desvirtuada con las alegaciones que se presentan ahora en este motivo, sin olvidar que las que se esgrimieron en su momento fueron rechazadas por carecer de motivación y relación alguna al perjuicio señalado.

Finalmente, y a pesar de que quedó muy claro en la resolución recurrida, cabe recordar en el marco de la presente resolución que, la infracción cometida

por Telefónica 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.

UNDÉCIMO.- Respecto de la sanción impuesta se alega vulneración al principio de proporcionalidad y arbitrariedad.

En el presente motivo, y a pesar de que Telefónica viene a recordar que la sanción inicialmente propuesta por el instructor fue rebajada en la resolución final, de nuevo vuelve a denunciar una supuesta vulneración al principio de proporcionalidad en la graduación de la sanción finalmente impuesta por esta Comisión, pues considera 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 sin intencionalidad alguna, así como ha ofrecido alternativas de interconexión a los operadores interesados y ha facturado a UNI2 conforme al nuevo modelo implicando con ello el cumplimiento de la medida cautelar impuesta en el conflicto suscitado con esa empresa.

Frente a estas alegaciones que de nuevo son esgrimidas por la recurrente, con carácter previo, cabe manifestar que no resulta necesario otra vez volver a exponer la posición que frente a las mismas tiene esta Comisión, por cuanto que ya han sido adecuadamente contestadas a lo largo de la presente resolución y se motivaron suficientemente en los fundamentos de derecho de la resolución recurrida en los puntos relativos a la tipicidad de la infracción, culpabilidad y las circunstancias agravantes concurrentes, sin olvidar que, como ya se ha visto anteriormente, los argumentos de esta Comisión no han sido desvirtuados en momento alguno por las alegaciones presentadas nuevamente de contrario con el presente recurso.

Respecto a la mención que se hace de la sentencia de 17 de septiembre de 2002, dictada por la sección 8ª de la Audiencia Nacional, en el recurso interpuesto por la entidad Jazztel, en la que se rebaja la cuantía de la sanción impuesta por esta Comisión, cabe manifestar que la misma pone en evidencia un hecho que omite la recurrente como es que, teniendo en cuenta la cuantía máxima que podía imponerse a dicha entidad de conformidad con el artículo 82.1 de la Ley General de Telecomunicaciones (100 millones de pesetas) y la que estima finalmente el Tribunal (13 millones y medio), el porcentaje resultante (13,5 % del total posible) es no muy inferior al que se ha utilizado por esta Comisión en el presente procedimiento sancionador (aproximadamente el 20%) a la vista de la cantidad máxima que pudiera imponerse en este caso (algo más de 66 millones de euros), y todo ello teniendo en cuenta que en aquél expediente se estimó la concurrencia de una atenuante y en el presente procedimiento no sólo no hay atenuantes sino que, además, concurren dos

agravantes. Todo ello sin olvidar que es la primera sentencia en la que un Tribunal reduce la cuantía de una sanción impuesta por esta Comisión a un operador de telecomunicaciones y que en el caso de Telefónica hasta el momento todas las sentencias que se han dictado confirman íntegramente las sanciones a ella impuestas.

Por ello, en este caso no cabe apreciar desproporción alguna en cuanto a la cuantía de la sanción impuesta, y menos aún pretendiendo hacer agravio comparativo con la sentencia mencionada anteriormente, por cuanto que la cuantía finalmente impuesta en la resolución ahora recurrida ha sido sustancialmente reducida teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes del caso en una adecuada aplicación del principio de proporcionalidad.

Por otro lado, Telefónica considera que esa desproporción viene unida, además, a la falta de motivación en la determinación de la sanción impuesta, incurriendo en arbitrariedad.

Como ya puso de manifiesto en la resolución sancionadora, en el presente procedimiento se fijó 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, máxime en este caso en el que está en juego el derecho a la interconexión de los operadores alternativos, el cual viene recogido en la normativa sectorial de aplicación como derecho básico y principio fundamental en la liberalización del sector de las telecomunicaciones.

Cabe recordar a la recurrente que en la resolución ahora impugnada no es cierto que la misma viniera carente de motivación alguna en cuanto a la determinación de la sanción, por cuanto que, además, en virtud del principio de proporcionalidad se consideró los criterios a aplicar para la graduación de la sanción establecidos en el artículo 131.3 a) y b) de la LRJPAC, en cuanto a la existencia de intencionalidad y la naturaleza de los perjuicios causados se refiere, los cuales fueron ampliamente tratados y motivados en los fundamentos de derecho de la resolución sancionadora, unido a las demás circunstancias que constan a lo largo de la resolución incluido el hecho probado séptimo.

Por último, y dado que se guarda la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción impuesta, considerándose los criterios citados anteriormente para la graduación de la sanción (debidamente motivado), carece de fundamento la alegación de Telefónica en la que considera aplicable la cuantía mínima teniendo en cuenta tan sólo el beneficio nulo que haya podido reportar dicha infracción.

DUODÉCIMO.- En relación con la suspensión solicitada.

El artículo 111.1 de la LRJPAC prevé que, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, la interposición de un recurso no suspende la ejecución del acto impugnado. No obstante, el órgano competente para resolver el recurso, ponderando los distintos intereses que se vean afectados, puede suspender de oficio o a solicitud del recurrente la ejecución del acto impugnado cuando concurran las circunstancias a que se refiere el apartado 2 de este artículo 111 de la LRJPAC.

Por su parte, el aparado 3 establece que la ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurridos treinta días desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el registro del órgano competente para decidir sobre la misma, ésta no ha dictado resolución expresa al respecto.

Teniendo en cuenta que la suspensión del acto impugnado es una medida de finalidad cautelar que se adopta hasta tanto no sea resuelto el recurso interpuesto (con efectos, por tanto, durante el tiempo en que se tramita el recurso), y que dicha suspensión se entiende producida si no se resuelve sobre la misma en un plazo de treinta días, en el presente caso no se ha hecho necesario pronunciarse sobre la solicitud de suspensión, ya que el presente recurso de reposición se resuelve en el plazo que tiene conferido al efecto y dentro del plazo máximo de treinta días que está establecido en el artículo 111.3 de la LRJPAC para resolver sobre las solicitudes relativas a la suspensión de la ejecución de los actos impugnados.

En atención a todo lo anterior, y vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Desestimar el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. contra la Resolución de esta Comisión de 24 de octubre de 2002, sobre el expediente sancionador AJ 2002/6623 incoado a esta entidad por Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 29 de abril de 2002, por incumplimiento de resoluciones dictadas anteriormente por esta Comisión, por estar plenamente ajustada a Derecho.

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 resuelve un recurso potestativo de reposición, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

José Mª Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes