

COMISION DEL MERCADO TELECOMUNICACIONES



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

CERTIFICA:

Que en la Sesión del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 5 de abril de 2001, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR AJ 2000/3222-3497 INCOADO A LA ENTIDAD "AIRTEL MÓVIL, S.A." POR ACUERDO DEL CONSEJO DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DE 26 DE OCTUBRE DE 2000

Finalizada la instrucción del expediente sancionador AJ 2000/3222-3497 incoado a Airtel Móvil, S.A. por acuerdo del Consejo de esta Comisión de fecha 26 de octubre de 2000 y, vistas la propuesta de resolución elevada a este Consejo por el Instructor del citado procedimiento sancionador y las alegaciones formuladas por la entidad inculpada, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 14/01 del día de la fecha, la siguiente Resolución:
Resolución de 5 de abril de 2001, recaída en el expediente sancionador AJ 2000/3222-3497.

I

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En fecha 26 de octubre de 2000 fue dictado por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador de referencia, mediante el cual se imputaba a la entidad "AIRTEL MÓVIL, S.A." la posible comisión de una infracción administrativa tipificada en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones como presunta responsable directa. La imputación se fundamentó en los siguientes hechos:

1º La Resolución de esta Comisión de 20 de julio de 2000 que resolvió, a instancias de la entidad "RSL Communications, S.A." (en adelante



RSLCOM), el conflicto de interconexión suscitado entre la citada entidad y Airtel Móvil, S.A. (en adelante AIRTEL), dispuso lo siguiente:

“Primero. Establecer un plazo de diez días, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta medida, para que las partes firmen el correspondiente acuerdo general de interconexión, cuyas condiciones serán las ya acordadas por las partes, salvo en lo referente a los precios de los servicios de terminación en la red de AIRTEL., debido a la discrepancia habida entre las partes sobre el particular, quedado fijados como sigue:

Servicios de interconexión prestados por Airtel:

- De acceso a números cortos y red inteligente de RSLCOM
- De terminación en la red móvil de AIRTEL (entregadas por RSLCOM), a los precios siguientes:

Horario normal: 39,5 pesetas/minuto

Horario reducido: 19 pesetas/minuto

Estos precios se aplicarán proporcionalmente por segundos.

Segundo. Señalar un plazo de un mes, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta medida, para que la interconexión entre las redes de ambas partes esté operativa.”

La citada Resolución finaliza indicando que el incumplimiento de la misma puede ser considerado como infracción muy grave de conformidad con lo dispuesto en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.

2º. Mediante escrito de fecha 9 de agosto de 2000, con entrada en el Registro de esta Comisión el mismo día, la representación legal de RSLCOM denunció ante esta Comisión el incumplimiento por parte de AIRTEL de la citada Resolución de 20 de julio de 2000.

En su escrito, RSLCOM identificaba como motivos de su denuncia los siguientes:

- Modificación unilateral por AIRTEL del contenido del borrador de AGI (Acuerdo General de Interconexión) de 31 de mayo de 1999. La denunciante manifiesta que AIRTEL ha incluido unilateralmente modificaciones al borrador de acuerdo general de interconexión de 31 de mayo de 1999 que las partes habían acordado y que esta Comisión, en su Resolución de 20 de julio de 2000, había considerado como válido señalado un plazo de diez días para su firma.
- Incumplimiento del contenido de la Resolución de 20 de julio de 2000. RSLCOM denuncia que AIRTEL ha incumplido la citada Resolución en lo referente a los precios de los servicios de terminación en su red al tratar de imponer un precio por el establecimiento de llamada de 12,52 pesetas/llamada, lo que supone un encarecimiento real de los precios de interconexión fijados por la citada Resolución.
- Manifiesta falta de voluntad de AIRTEL de firmar el AGI en los términos impuestos por esta Comisión.

La denunciante finalizaba su escrito solicitando que se impusiera a AIRTEL la máxima sanción posible por una infracción muy grave de



conformidad con lo dispuesto en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, por un deliberado incumplimiento por parte de AIRTEL de la Resolución de esta Comisión de 20 de julio de 2000.

3º En atención a los anteriores hechos, esta Comisión, de conformidad con lo establecido en el art. 69.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y del art. 12 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, con fecha 15 de septiembre de 2000 inició un período de información previa sobre la denuncia formulada con el fin de conocer las circunstancias del caso y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento sancionador instado por la entidad denunciante.

4º. El día 20 de septiembre se notificó a AIRTEL el escrito del Secretario del Consejo de esta Comisión de 15 de septiembre, por el que se le comunicaba la existencia de la citada denuncia y la apertura del período de información previa, a fin de que pudiera efectuar las alegaciones que estimase convenientes.

Con fecha 5 de octubre de 2000 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de alegaciones de AIRTEL mediante el cual la entidad denunciada se oponía a la denuncia manifestando, en síntesis, lo siguiente:

- Que AIRTEL ha cumplido la Resolución de 20 de julio de 2000. En apoyo de esta argumentación, la denunciada alega que en el momento de dictarse la citada Resolución no ostentaba la condición de operador dominante en el mercado de interconexión de redes de telecomunicaciones. Por lo tanto, AIRTEL no piensa que la intención de esta Comisión haya sido el fijar un precio de interconexión, sino más bien una nueva y diferente estructura del mismo. Tal razonamiento se apoyaría, según AIRTEL, en que el vehículo para la concreta fijación de nuevos precios de interconexión sería el derivado de la previa declaración de dominancia en este mercado, habida cuenta de que los únicos operadores obligados a orientar sus precios de interconexión a costes son los operadores declarados dominantes en el citado mercado. Consecuentemente con lo anterior, AIRTEL entiende que el ofrecimiento realizado a RSLCOM es razonable y coherente con las decisiones de esta Comisión. En atención a lo anterior, AIRTEL entiende que la inclusión en el precio de los servicios de interconexión de terminación en su red de un precio por establecimiento de llamada cuenta con aparato jurídico y no supone el incumplimiento de la tan citada Resolución.

- Que es del todo punto incierto que AIRTEL no respete las condiciones pactadas del Acuerdo General de Interconexión. AIRTEL manifiesta



que las modificaciones propuestas se corresponde con servicios para los cuales no se habían llegado a pactar condiciones con anterioridad a la Resolución de esta Comisión de 20 de julio de 2000.

5º. Mediante escrito de 26 de septiembre de 2000, RSLCOM se reiteró en su denuncia contra AIRTEL e instó a esta Comisión para que iniciara un procedimiento sancionador ante la situación en la que se encuentra la puesta en marcha de la interconexión con AIRTEL, la cual no ha avanzado con respecto a la descripción del escrito inicial.

6º. Del resultado de las actuaciones llevadas a cabo en el período de información previa se llegó a la conclusión de que había elementos de juicio suficientes para estimar que concurrían circunstancias que justificaban la iniciación de un procedimiento sancionador contra Airtel Móvil, S.A., por el presunto incumplimiento del apartado primero de la parte resolutive de la Resolución de esta Comisión de 20 de julio de 2000, por el que se imponía a la citada entidad la obligación de firmar un acuerdo general de interconexión con RSL Communications, S.A. que incluyera los siguientes precios de los servicios de interconexión prestados por AIRTEL:

- De acceso a números cortos y red inteligente de RSLCOM
 - De terminación en la red móvil de AIRTEL (entregadas por RSLCOM), a los precios siguientes:
 - Horario normal: 39,5 pesetas/minuto
 - Horario reducido: 19 pesetas/minuto
- Estos precios se aplicarán proporcionalmente por segundos.

El presunto incumplimiento resultaría de que AIRTEL pretendía imponer a RSLCOM, en la firma del acuerdo general de interconexión, un precio de establecimiento de llamada de 12'52 pesetas a sumar al de las 39'5 o 19 pesetas por minuto (medidos en segundos) fijados por la Resolución de 20 de julio de 2000 como precios de los servicios de terminación en la red de AIRTEL, lo que determinaría un precio final por los citados servicios superior al fijado por la mencionada Resolución.

SEGUNDO. El acuerdo de iniciación fue debidamente notificado a Airtel Móvil, S.A., a la entidad denunciante y al Instructor del procedimiento sancionador según consta en el expediente (documentos 12, 13 y 14). Una vez realizadas las citadas notificaciones, se practicaron de oficio, al amparo del art. 16.2 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora (en adelante Reglamento del Procedimiento Sancionador) las actuaciones que se consideraron necesarias para el examen de los hechos, recabando los datos e informaciones relevantes para determinar la existencia de responsabilidades susceptibles de sanción. Dichas actuaciones consistieron en lo siguiente:



A) Solicitud dirigida al Director de Mercados de esta Comisión para que informe sobre si, en alguno de los acuerdos de interconexión suscritos por la entidad "Airtel Móvil, S.A. que obren depositados en dicha Dirección, se encuentran contemplados precios por establecimientos de llamada por los servicios de interconexión que presta Airtel Móvil, S.A. (doc. núm. 15). Tal solicitud fue contestada por el Director de Mercados, mediante su escrito de 15 de noviembre de 2000 (documento 18) en el sentido de que en ninguno de los acuerdos de interconexión suscritos por Airtel Móvil y depositados en dicha Dirección se contemplan precios por establecimiento de llamada por los servicios de interconexión que presta la citada entidad.

B) Requerimiento de información a la entidad ALÓ COMUNICACIONES, S.A. (antes RSL Communications Spain, S.A.) para que remitiera la siguiente información (doc. núm. 35):

- a) Tráfico telefónico medido en minutos y con distribución horaria (normal y reducida), cursado con posterioridad al día 20 de julio de 2000 por ALO COMUNICACIONES, S.A. que haya finalizado en números de abonados correspondientes a la Red de AIRTEL MÓVIL, S.A.
- b) Operadoras a las que se haya hecho entrega del citado tráfico y porcentaje correspondiente a cada una de ellas.

El citado requerimiento fue contestado por el representante legal de la citada entidad mediante su escrito de 12 de enero de 2001 (doc. núm. 37) obrante en el expediente.

C) Solicitud a la Directora de Administración y Gestión Económica de esta Comisión para que remitiera copia compulsada de la declaración de ingresos brutos del ejercicio de 2000 y en su defecto del ejercicio de 1999 presentada ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por Airtel Móvil, S.A. (documento. núm. 34). Esta solicitud fue cumplimentada mediante escrito de fecha 9 de enero de 2000 de la citada Dirección al que se acompañaba copia compulsada del documento solicitado (documento núm. 36).

E) Solicitud de informe al Director de Análisis Económico de esta Comisión sobre la estimación del beneficio bruto que la entidad presuntamente infractora haya podido obtener como consecuencia de los actos u omisiones de los que trae causa la infracción objeto del procedimiento (documento. núm. 38). La citada solicitud fue contestada mediante informe de fecha 14 de febrero de 2001 (documento núm. 39) en el que se manifiesta que, con los datos obtenidos, no es posible estimar el beneficio bruto que Airtel ha podido obtener como consecuencia de la supuesta infracción. Solamente cabe estimar muy genéricamente la diferencia entre ingresos que cabría esperar del simple producto de los minutos correspondiente a la red de Airtel según horarios, por el precio de interconexión por minuto antes y después de la Resolución, lo que ascendería a unos beneficios brutos estimados de 15.066.052 pesetas.

TERCERO. Con fecha 17 de noviembre de 2000, Airtel Móvil, S.A., por medio de su representante legal, presentó escrito de alegaciones con respecto al



acuerdo de iniciación del expediente sancionador en el que, en síntesis, se hacían constar las siguientes alegaciones (documento núm. 19 del expediente):

1º Que la Resolución cuyo presunto incumplimiento ha dado origen al presente procedimiento sancionador adolece de falta de claridad, por lo que ha sido necesario que AIRTEL proceda a realizar la necesaria interpretación de la misma, lo que debe ser tenido en cuenta en el procedimiento sancionador.

2º Una vez realizada la interpretación, que según AIRTEL necesita la Resolución presuntamente incumplida, AIRTEL entiende que la Resolución no fijaba los precios que debe percibir AIRTEL por los servicios de interconexión que preste a RSLCOM, sino que determinaba una estructura de precios en la que una parte sería la fijada por la Resolución y que se correspondería con los precios por terminación en la red de ARTEL y, por otra parte, se estaría permitiendo la introducción de un nuevo concepto en el precio que sería una cantidad por el establecimiento de llamada.

3º Que la introducción de una cuota por establecimiento de llamada en el precio de los servicios de interconexión prestados por AIRTEL es una consecuencia que dimana de la propia Resolución presuntamente incumplida. AIRTEL entiende que esta Comisión ha abierto la puerta a la estructura del precio de los servicios de interconexión que presta AIRTEL, estructura que se compone de un precio por el establecimiento de la llamada más el precio correspondiente al tiempo de uso de la red. Por lo tanto, AIRTEL entiende que no puede achacarle ninguna tacha a su actuación y menos que la misma haya provocado una vulneración de los principios que rigen la fijación de los precios de interconexión.

4º Alega que la Resolución adolece de ambigüedad por lo que su actuación no puede quedar comprendida en el tipo infractor previsto en el artículo 79.15 de la Ley General de Telecomunicaciones.

En este sentido vuelve a justificar su interpretación basada en la estructura de precios manifestando que, al no permitir la Resolución que el primer minuto se cobre completo, se está estableciendo una estructura en el precio de forma que la facturación del servicio de terminación sea en segundos desde el primer minuto, por lo tanto, al haber reconocido esta Comisión que debería existir un precio por las tareas propias del establecimiento de llamada, AIRTEL, entiende que el precio fijado se refiere sólo a la terminación y que, por lo tanto, la Comisión ha dejado abierta la puerta a la introducción de un precio por el establecimiento de la llamada.

5º Que AIRTEL no era operador dominante en el momento de dictarse la Resolución de continua referencia, cuestión esta que también ha de ser tenida en cuenta a la hora de interpretar la citada Resolución.

6º La entidad denunciada alega su falta de responsabilidad por los hechos imputados basada en que la misma ha sufrido un error invencible en la actuación supuestamente infractora que se le imputa, error que, según la imputada, se ha producido por la interpretación literal de la Resolución supuestamente infringida que se ha visto obligada a realizar.



7º Que AIRTEL actuó basando su conducta en una creencia razonable de que con ella cumplía la Resolución de esta Comisión en sus estrictos términos. Por lo tanto, en el caso de que se califique la actividad como un infracción muy grave, y en aplicación del principio de proporcionalidad, se debería imponer una sanción en su cuantía más reducida atendiendo a los siguientes criterios:

- Que AIRTEL a pesar de ostentar la titularidad de cuatro licencias y una autorización general y de operar en la mayoría de los ámbitos de las telecomunicaciones españolas, en ninguna de estas actividades ha sido denunciada por sus prácticas ni ha recibido ninguna sanción de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, ni de ninguna otra autoridad nacional o internacional relacionada con la libre competencia o la protección de los usuarios.
- La nula repercusión social de la presunta infracción que sólo afectaría a dos operadores.
- Que no se ha producido ningún daño por cuanto que RSLCOM tiene abierta la interconexión y comercializa sus servicios con toda normalidad.
- Que AIRTEL no ha obtenido ningún beneficio como consecuencia de la comisión de la presunta infracción.

En el citado escrito de alegaciones, Airtel Móvil, S.A. solicitaba la apertura de un período de prueba.

CUARTO. Por acuerdo de 15 de diciembre de 2000 del Instructor del procedimiento sancionador (documento núm. 20) se acordó la apertura de un período de prueba por un plazo común de veinte días para todas las pruebas propuestas. En dicho acuerdo se consideró procedente la práctica de los siguientes medios de prueba:

**“A. PRUEBA SOLICITADA POR AIRTEL MÓVIL, S.A.
PRUEBA DOCUMENTAL**

Consistente en que se requiera a la representación legal de RSL Communications Spain, S.A. para que aporte un certificado en el que conste, en su caso, la posibilidad de sus abonados de cursar las llamadas hacia la red de Airtel Móvil y viceversa, así como la base jurídica de dicha posibilidad.

B. PRUEBA QUE SE PRACTICA DE OFICIO POR EL INSTRUCTOR DEL PROCEDIMIENTO.

1º PRUEBA DOCUMENTAL.

Consistente en que se incluyan en el ramo de pruebas practicadas de oficio por el Instructor del procedimiento los siguientes documentos:

- a) La nota interior del Director de Mercados de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 15 de noviembre de 2000, en la que se contesta a la solicitud de información del Instructor sobre el contenido de los acuerdos de interconexión suscritos por Airtel Móvil, S.A. depositados en dicha Dirección. (documento núm. 18 del índice de documentos del procedimiento).*



- b) *El escrito y documentación adjunta presentado ante esta Comisión por el Sr. Director de Regulación, Interconexión y Roaming de Airtel Móvil, S.A. con fecha 14 de noviembre de 2000, por el que se informa al Director de Mercados del cumplimiento por la citada entidad de la Resolución de esta Comisión ME 1999-990 (documento núm. 2 del índice de documentos de procedimiento).*

2º MÁS DOCUMENTAL.

Consistente en:

- a) *Que se requiera a las entidades: COLT Telecom España, S.A., GLOBAL Telesystems, S.A., BT Telecomunicaciones, S.A.U., Retevisión, S.A. y Lince Telecomunicaciones, S.A., la siguiente información: si con posterioridad al día 20 de julio de 2000, Airtel Móvil, S.A. le ha propuesto la modificación de los acuerdos de interconexión suscritos con ella al objeto de variar los precios de interconexión en las llamadas terminadas en Airtel Móvil y si dicha modificación incluye los conceptos de "Precio de Establecimiento de la llamada" y "Precio de terminación". En caso afirmativo, informen sobre si tal modificación ha sido aceptada o rechazada por esa entidad y la cuantía de los precios nuevamente pactados.*
- b) *Que se requiera a RSL Communications Spain, S.A. para que informe si la actitud de Airtel Móvil, S.A. objeto de la denuncia la ha supuesto algún perjuicio económico y, en su caso, la cuantificación de dicho perjuicio."*

El Acuerdo de apertura del período de pruebas fue notificado a Airtel Móvil, S.A. por el Instructor del procedimiento mediante escrito de fecha 15 de diciembre de 2000 (documento núm. 21).

Las entidades COLT TELECOM ESPAÑA, S.A., GLOBAL TELESYSTEMS ESPAÑA, S.A., LINCÉ TELECOMUNICACIONES, S.A., RETEVISIÓN Y BT TELECOMUNICACIONES, S.A., han presentado, dentro del período de prueba establecido, escritos cumplimentando la prueba documental solicitada (doc. núms. 28, 29, 30, 31 y 33). En todos estos escritos se manifiesta que las citadas entidades habían solicitado a AIRTEL la modificación de sus respectivos acuerdos de interconexión al objeto de que se estableciera la tarificación por segundos como se preveía en la Resolución de esta Comisión que ha dado origen al presente procedimiento sancionador. Estas solicitudes fueron contestadas por AIRTEL proponiéndoles a todos los citados operadores nuevos precios de interconexión que incluían dos opciones, una con un precio separado por el concepto de establecimiento de llamada y precios ajustados a los previstos en la Resolución de continua referencia y otra sin precio por el establecimiento de llamada y precios de terminación sensiblemente superiores. Todas las citadas entidades rechazaron la contestación de AIRTEL puesto que la propuesta suponía, en ambos casos, un incremento de los precios que tenían acordados, optando por esperar al resultado del presente procedimiento sancionador.

Con fecha 3 de enero de 2001, la representación legal de ALO COMUNICACIONES, S.A. (antes RSL Communications Spain, S.A) presentó escrito dando contestación a la prueba documental interesada (documento núm 32). En dicho escrito se manifiesta lo siguiente:



- a) En cuanto a la prueba documental propuesta por AIRTEL, se informa que no existe la posibilidad de encaminar llamadas a los códigos cortos de Airtel ni a sus clientes de Red Inteligente.
- b) En cuanto a la prueba documental propuesta por el Instructor, manifiesta que el incumplimiento por parte de Airtel de la Resolución de constante referencia sí ha supuesto un grave perjuicio económico para RSLCOM, cuantificado a fecha de 2 de enero de 2001 en DOS MIL SETECIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES SETECIENTAS NUEVE MIL SETECIENTAS CINCUENTA Y SIETE PESETAS.

Practicada toda la prueba propuesta se dio por finalizado el período de prueba abierto.

QUINTO. Con fecha 27 de febrero de 2001, el Instructor de procedimiento sancionador emitió la correspondiente propuesta de resolución en la que proponía lo siguiente (doc. núm. 40):

“PRIMERO. *Que se declare responsable directa a Airtel Móvil, S.A. 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 la Resolución de esta Comisión de 20 de julio de 2000, relativa a la resolución del conflicto de interconexión entre las entidades Airtel Móvil, S.A. y RSL Communications Spain, S.A. por la firma del acuerdo general de interconexión.*

SEGUNDO. *Que se imponga a Airtel Móvil, S.A. una sanción por importe de NOVECIENTOS MILLONES DE PESETAS (900.000.000 pesetas.) (5.409.108,939 euros).”*

La propuesta de resolución fue notificada en debida forma a Airtel Móvil, S.A. mediante escrito del Instructor de 27 de febrero de 2001, en el que se le concedió el preceptivo plazo de quince día hábiles para que, si a su derecho interesara, formulara las alegaciones y presentara los documentos e informaciones que estimara pertinentes ante el Instructor del procedimiento. Junto con la propuesta de resolución se remitió un anexo con el índice de documentos obrantes en el expediente (doc. núm. 41).

Mediante escrito del representante legal de Airtel Móvil, S.A., la citada entidad solicitó copia de todos los documentos incluidos en el índice de documentos y la ampliación del plazo de alegaciones concedido (doc. núm. 42)

Por escrito del Instructor de 5 de marzo de 2001, se puso a disposición de la interesada el expediente administrativo y se le concedió una ampliación del plazo para presentar alegaciones de siete días (doc. núm. 43)

El día 6 de marzo de 2001, una persona provista de la correspondiente autorización de la representación legal del Airtel Móvil, S.A. se personó en las dependencias de esta Comisión para tomar vista del expediente administrativo. En el acto de la toma de vista del expediente se le proporcionó copia de todos los documentos obrantes en el expediente a excepción del documento nº 2 y documentos anexos al mismo del documento señalado con el número 32 del expediente administrativo y los documentos nº 1 y 2 anexos al documento



señalado con el número 37 en el índice de documentos del expediente, ya que los mismos habían sido declarados confidenciales por la entidad que los había aportado (doc. núm. 44)

Con fecha 8 de marzo de 2001, la representación legal de Airtel presentó escrito por el que aportaba el documento de apoderamiento de D. Jesús Martínez Guillén como representante legal de Airtel Móvil, S.A. En el mismo escrito solicitaba que se pusiera a su disposición los documentos números 32 y 37, que se tuviera por suspendido el plazo para formular alegaciones en tanto dicha puesta a disposición no se hubiera producido y que, en caso de que no se accediera a lo solicitado, se considerara el escrito como concisa protesta por denegación de pruebas y posible indefensión de Airtel Móvil, S.A. (doc. núm 45).

El anterior escrito fue contestado por el Instructor mediante su escrito de 13 de marzo de 2000 denegando el acceso a los documentos considerados confidenciales por contener datos que afectan al secreto comercial y por no contener datos que puedan ser útiles para la defensa de Airtel por no haber sido tenidos en cuenta por el Instructor de expediente para determinar los hechos probados, ni para determinar la responsabilidad de Airtel en la infracción, ni para la graduación de la sanción propuesta. Asimismo, se denegaba la suspensión del plazo para formular alegaciones solicitada (doc núm. 46).

SEXTO. Por medio de correo certificado de fecha 23 de marzo de 2001, D. Jesus Martínez Guillén presentó, en nombre y representación de Airtel Móvil, S.A., escrito de alegaciones a la propuesta de resolución. El citado escrito tuvo entrada en el registro de esta Comisión el día 27 de marzo de 2001 (doc núm. 47).

En el citado escrito se dan por reproducidas las anteriores alegaciones formuladas por Airtel en el presente expediente sancionador y se formulan las siguientes alegaciones:

- a) Sobre la existencia de vicios de nulidad radical por violación de derecho fundamental de defensa.
- b) Situación litigiosa que afecta a la resolución de 20 de julio de 2000, y la petición de suspensión de su ejecución pendiente de resolución ante la Audiencia Nacional.
- c) Airtel ha cumplido la resolución de 20 de julio de 2000, dando una interpretación razonable a la misma.
- d) Subsidiaria y cautelarmente, sobre la aplicación del principio de proporcionalidad a la calificación de la infracción, y/o a la cuantificación de la sanción propuesta.
- e) RSLCom ha aceptado expresamente una propuesta de acuerdo de interconexión de Airtel con la estructura de primer minuto+segundo, con fecha 23 de marzo de 2001.

SÉPTIMO. Con fecha 28 de marzo de 2001, el Instructor del presente procedimiento sancionador dio traslado al Secretario del Consejo de la



Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de la propuesta de resolución, junto con el expediente administrativo instruido y el escrito de alegaciones presentado por el representante legal de Airtel Móvil, S.A. (doc núm. 48).

II

HECHOS PROBADOS

De la documentación obrante en el expediente y de la prueba practicada han quedado probados, a los efectos del presente procedimiento, los siguientes

HECHOS:

PRIMERO. Que Airtel Móvil, S.A., con posterioridad a haberle sido notificada la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 20 de julio de 2000, que resolvió el conflicto de interconexión entre Airtel Móvil, S.A. y RSL Communications Spain, S.A. por la firma del Acuerdo General de Interconexión, ha pretendido imponer a RSL Communications Spain, S.A., de forma consciente y voluntaria, la firma de un acuerdo de interconexión que incluye un precio de establecimiento de llamada de 12,52 pesetas a sumar al de 39,5 o 19 pesetas por minuto (medidos en segundos) fijados por la citada Resolución como precios de los servicios de terminación en la red de AIRTEL.

Tal hecho probado resulta del análisis de las siguientes actuaciones realizadas para el examen de los hechos, todas ellas documentadas en el expediente tramitado:

En el escrito presentado ante esta Comisión el día 14 de noviembre de 2000, el Sr. Director de Regulación, Interconexión y Roaming de Airtel Móvil, S.A. informaba al Director de Mercados de esta Comisión sobre el cumplimiento por la citada entidad de la Resolución de esta Comisión ME 1999-990 (documento núm. 2 del índice).

En el primer párrafo de la segunda hoja del citado escrito, se reconoce expresamente por la propia entidad denunciada que, en la propuesta del acuerdo general de interconexión presentado a RSLCOM para su firma, se proponía de forma diferenciada un precio de establecimiento de llamada y otro precio de terminación de las llamadas en la red móvil de AIRTEL.

Lo anterior pone de manifiesto que AIRTEL, después de haberle sido notificada la Resolución de 20 de julio de 2000, ha tratado de imponer a RSLCOM la firma de un acuerdo de interconexión que incluye un precio que no estaba previsto ni establecido en la citada Resolución. En efecto, la Resolución de 20 de julio de 2000 establece un plazo de diez días, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma, para que las partes firmasen el correspondiente acuerdo general de interconexión, cuyas condiciones serían las ya acordadas por las partes, salvo en lo referente a los precios de los servicios de terminación en la red de AIRTEL que, debido a la discrepancia habida en el

COMISION DEL MERCADO TELECOMUNICACIONES



período de negociación previo, fue fijado por esta Comisión de la forma siguiente:

De terminación en la red móvil de AIRTEL (entregadas por RSLCOM), a los precios siguientes:

Horario normal: 39,5 pesetas/minuto

Horario reducido: 19 pesetas/minuto

Ha de tenerse en cuenta que entre las condiciones en las que no había discrepancia por ambas partes no se encontraba ninguna relativa a los precios de establecimiento de llamada, sino que dichos precios se trataron de imponer unilateralmente por AIRTEL después de dictarse la citada resolución.

En relación con el presente hecho probado, hay que tener presente que, en ninguno de los vigentes acuerdos generales de interconexión firmados entre AIRTEL y el resto de los operadores se contempla condición alguna relativa al precio del establecimiento de llamada, tal y como se informa en la nota interior de fecha 15 de noviembre de 2000, en la que el Director de Mercados contesta a la solicitud de información del Instructor sobre el contenido de los acuerdos de interconexión suscritos por Airtel Móvil, S.A. y depositados en dicha Dirección (documento núm. 18).

Sin perjuicio de lo anterior, esta circunstancia resulta también del contenido de los distintos escritos que las entidades COLT TELECOM ESPAÑA, S.A., GLOBAL TELESYSTEMS ESPAÑA, S.A., LINCE TELECOMUNICACIONES, S.A., RETEVISIÓN Y BT TELECOMUNICACIONES, S.A. presentaron para contestar al requerimiento de prueba practicado por el Instructor (doc. núms. 28, 29, 30, 31 y 33), en virtud de los cuales manifestaban que las citadas empresas habían solicitado a AIRTEL la modificación de sus respectivos acuerdos de interconexión al objeto de que se estableciera la tarificación por segundos (como se preveía en la resolución que ha dado origen al presente procedimiento sancionador). En contestación a las citadas solicitudes, AIRTEL les propuso a todos los citados operadores nuevos precios de interconexión que incluían dos opciones, una que contenía un precio por el concepto de establecimiento de llamada y precios ajustados a los previstos en la Resolución de continua referencia y otra sin precio por el establecimiento de llamada y precios de terminación sensiblemente superiores. Esta nueva propuesta fue rechazada por todos los citados operadores, puesto que suponía, en ambos casos, un incremento de los precios que tenían acordados en sus respectivos acuerdos generales de interconexión, por lo que optaron por no modificar sus condiciones vigentes para introducir las propuestas nuevas y esperar a que se resolviera el presente procedimiento sancionador.

Por todo ello, cabe concluir que la entidad AIRTEL, con posterioridad a la notificación de la citada resolución, ha tratado de imponer, de forma consciente y voluntaria, a RSLCom la firma de un acuerdo general de interconexión que incluye un precio de establecimiento de llamada de 12,52 pesetas, a sumar al de los servicios de terminación de red fijados ahora en 39,5 o 19 pesetas por minuto y aplicados proporcionalmente en segundos.



SEGUNDO. Que la pretendida imposición por parte de AIRTEL a RSLCOM del citado precio de establecimiento de llamada, ha imposibilitado la firma del correspondiente acuerdo general de interconexión en el plazo previsto al efecto y con los precios de los servicios de terminación en la red de AIRTEL fijados en la Resolución de esta Comisión de 20 de julio de 2000, que resolvió el conflicto de interconexión entre Airtel Móvil, S.A. y RSL Communications Spain, S.A.

La citada Resolución de 20 de julio de 2000 había considerado como válido el borrador de acuerdo general de interconexión que las partes habían inicialmente acordado y presentado en el expediente del conflicto de interconexión, con la excepción de los precios de terminación en la red de AIRTEL en los que no se había llegado a un acuerdo. Por lo tanto, para resolver el conflicto, esta Comisión dictó resolución en la que se daba un plazo de diez días a las partes en conflicto para que suscribieran el correspondiente acuerdo de interconexión que debía contener: por una parte, los términos en los que se habían llegado a acuerdo previo al conflicto (que habían sido identificados en el procedimiento de resolución del conflicto), y por otra, los precios de interconexión fijados directamente por la citada Resolución.

Tal y como se señala en el anterior hecho probado, la entidad AIRTEL incluyó unilateralmente modificaciones al borrador de acuerdo general de interconexión de 31 de mayo de 1999 que las partes habían acordado, consistentes en introducir, además del precio de terminación en la red de AIRTEL establecido por la Resolución de continua referencia, otro precio relativo al establecimiento de llamada que se sumaría al anterior. La inclusión de este precio por establecimiento de la llamada ha sido reconocido por la propia AIRTEL por lo que no resulta un hecho controvertido y no necesita de prueba adicional alguna.

La pretendida introducción por parte de AIRTEL del citado precio por el establecimiento de la llamada supone, por un lado, un incremento unilateral de los precios de interconexión que según la Resolución incumplida debería pagar la empresa RSLCOM a AIRTEL y, por otro, la manifiesta falta de voluntad de AIRTEL de firmar el acuerdo en los estrictos términos establecidos en la Resolución.

En el expediente sancionador instruido ha quedado acreditado que ha sido precisamente la pretendida imposición por parte de AIRTEL del precio por el establecimiento de la llamada lo que ha motivado el rechazo por parte de RSLCOM del acuerdo general de interconexión que se le proponía; por todo ello, hay que concluir que la actuación de AIRTEL ha imposibilitado la firma del acuerdo general de interconexión en los términos y plazos establecidos en la citada resolución.

TERCERO. Que la Resolución de esta Comisión de 20 de julio de 2000, que resolvió el conflicto de interconexión entre Airtel Móvil, S.A. y RSL Communications Spain, S.A. por la firma del Acuerdo General de Interconexión, establece de forma indubitada los precios de los servicios



de terminación en la red de AIRTEL que debe abonar RSLCOM sin que en dichos precios se prevea una cuota por el establecimiento de las llamadas.

Tal hecho probado resulta del análisis de las siguientes actuaciones realizadas para el examen de los hechos, todas ellas documentadas en el expediente tramitado:

Según interpreta, de forma claramente intencionada, la entidad AIRTEL, la Resolución en cuestión no fijaba los precios que debe percibir AIRTEL por los servicios de interconexión que preste a RSLCOM, sino que determinaba una estructura de precios en la que, una parte del precio sería la fijada por la Resolución y que se correspondería con los precios por terminación en la red de ARTEL y, otra parte del precio estaría constituida por una cantidad fija en concepto de establecimiento de llamada.

De esta manera, y siempre a juicio de AIRTEL, la introducción de una cuota por establecimiento de llamada en el precio de los servicios de interconexión prestados por ella es una consecuencia que dimana de la propia Resolución, puesto que esta Comisión ha abierto la puerta a la estructura del precio de los servicios de interconexión que presta AIRTEL, estructura que se compone de un precio por el establecimiento de la llamada más el precio correspondiente al tiempo de uso de la red. En apoyo de esta teoría, la entidad inculpada no aporta ningún medio de prueba sino que se limita a explicar en qué razonamientos interpretativos de la Resolución fundamenta tal afirmación.

Frente a la anterior interpretación realizada unilateralmente por AIRTEL cabe indicar, en primer lugar, que no corresponde a los operadores destinatarios de las Resoluciones de esta Comisión realizar la interpretación de las mismas, sino que tal facultad corresponde a la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. En el caso de que la Resolución necesitara de interpretación (que no es este el caso), los destinatarios de la misma deberían haber acudido a esta Comisión para que, en su calidad de autora material de la Resolución, efectuara la interpretación auténtica de la misma; esta posibilidad no ha sido ejercida por AIRTEL que, sin embargo, en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, pretende volver la cuestión en beneficio propio alegando que esta Comisión no hizo nada por resolver las dudas que pudieran existir en cuanto a la interpretación de la Resolución, y lo hace precisamente para sustentar su alegación de que no tuvo más remedio que realizar una interpretación razonable de la Resolución. En segundo lugar, ha de señalarse que las actuaciones habidas en la instrucción del procedimiento se desprende que, a excepción de la propia AIRTEL, ningún interesado (incluida esta Comisión), ha considerado necesario interpretar los precios de interconexión fijados por la Resolución de constante referencia y, menos aún, que la Comisión se estuviera refiriendo a una estructura de precios y no a la fijación directa de los mismos, lo que demuestra que no estamos ante una interpretación razonable por parte de AIRTEL de la Resolución de 20 de julio de 2000, sino ante una interpretación interesada y dirigida a hacerla inoperante.



Basta una simple lectura del resuelve primero la propia Resolución para concluir que en el mismo se ha fijado unos precios de interconexión y no una estructura para la determinación de los mismos:

*“Establecer un plazo de diez días, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta medida, para que las partes firmen el correspondiente acuerdo general de interconexión, cuyas condiciones serán las acordadas por las partes, **salvo en lo referente a los precios de los servicios de terminación en la red de AIRTEL**, debido a la discrepancia habida entre las partes sobre el particular, **quedan fijados como sigue:***

Servicios de interconexión prestados por Airtel:

- De acceso a números cortos y red inteligente de RSLCOM
- De terminación en la red móvil de AIRTEL (entregadas por RSOCOM), **a los precios siguientes:**

Horario normal: 39,5 pesetas/minuto

Horario reducido: 19 pesetas/minuto

Estos precios se aplicarán proporcionalmente por segundos.”

En estos precios, indubitada y directamente fijados por la Resolución de continua cita, no se incluye ninguna referencia a una cuota fija por establecimiento de llamada.

Es más, de acuerdo con el contenido de la propia Resolución en sus fundamentos de derecho, y fiel al principio de mínima intervención seguidos por esta Comisión en la resolución de los conflictos sobre la negociación de los acuerdos generales de interconexión, tan sólo se procedió a fijar como condiciones de interconexión las relativas a los aspectos en los que había discrepancia entre las partes, que en este caso se referían únicamente a la fijación de las condiciones económicas para los servicios de terminación en la red de AIRTEL.

Es cierto que, como se puso de relieve en la propia Resolución, resultaría posible identificar un conjunto de actuaciones específicas, llevadas a cabo por los operadores de redes en el servicio de interconexión de terminación de llamadas, que no dependen de los minutos de tráfico cursado sino que dependen del número de llamadas, por lo que, si se demostrara que ello lleva al operador a incurrir en costes adicionales, podría establecerse un precio por el establecimiento de las llamadas.

No obstante, no es menos cierto que para poder tener en cuenta estas actuaciones específicas sobre la señalización previa al establecimiento de la llamada a la hora de fijar los precios, se requiere tener acceso a la información correspondiente de los mismos. En el caso que nos ocupa, esto es, en el marco de todo el procedimiento del conflicto de interconexión, la entidad AIRTEL no justificó de forma objetiva y específica la existencia y la cuantía de los costes en los que decía incurrir por el establecimiento de llamada; por ello la propia Resolución que se dictó en dicho expediente no fijó los mismos y así lo manifestó expresamente. Si AIRTEL entiende que la Resolución debió fijar



un precio por el establecimiento de llamada, debe impugnarla por los medios legalmente establecidos, pero ello no le habilita para proceder a fijarlo unilateralmente e incumplir directamente la Resolución que puso fin al conflicto de interconexión. Lo anterior es de aplicación para contestar a la alegación tercera contenida en es escrito de alegaciones de AIRTEL a la propuesta de resolución del Instructor.

Es más, la propia Resolución se manifiesta en relación a esta última circunstancia cuando indica que, de acuerdo con el principio de transparencia, no resulta acertada la estructura de precios que de forma discrecional intenta recoger los costes del establecimiento de llamada sin justificación alguna y en equivalencia al cursado por una llamada durante un minuto completo, pues impide que un operador que solicita la interconexión pueda conocer con suficiente detalle lo que debe abonar por uno u otro concepto.

A mayor abundamiento, en el Acuerdo de incoación del presente expediente procedimiento sancionador, el Consejo de esta Comisión realizó una interpretación auténtica de la Resolución presuntamente incumplida por AIRTEL cuando precisamente fija, como motivo que justifica la iniciación del expediente sancionador, el incumplimiento de la Resolución de 20 de julio de 2000, consistente en que AIRTEL ha pretendido imponer a RSLCOM, en la firma del acuerdo general de interconexión, un precio de establecimiento de llamada de 12'52 pesetas a sumar al de las 39'5 o 19 pesetas por minuto (medidos en segundo) fijados por la citada Resolución como precios de los servicios de terminación en la red de AIRTEL.

En todo caso, el hecho de que AIRTEL, aun después de haberle sido notificado el Acuerdo de iniciación del presente procedimiento sancionador haya seguido intentando imponer un precio por el establecimiento de las llamadas indica la existencia de una manifiesta intencionalidad en el incumplimiento de la Resolución de continua referencia, por lo que no puede ser admitida la alegación de AIRTEL sobre la inexistencia de la agravante de intencionalidad apreciada por el Instructor.

Por todo ello, hay que declarar como hecho probado que, en la Resolución de esta Comisión de 20 de julio de 2000, que resolvió el conflicto de interconexión entre AIRTE y RSLCOM, establece de forma indubitada los precios de los servicios de terminación en la red de AIRTEL que debe abonar RSLCOM sin que en dichos precios se prevea una cuota por el establecimiento de las llamadas.

CUARTO. Que Airtel Móvil, S.A. ha obtenido en el ejercicio de 1999 unos ingresos brutos de explotación anuales de 295.166.424.064 pesetas.

Tal hecho resulta de la declaración de los ingresos brutos de explotación obtenidos en el ejercicio de 1999 por Airtel Móvil, S.A. Declaración presentada ante esta Comisión por el representante legal de la citada entidad mediante escrito de 31 de marzo de 2000 (documento núm. 36). Actualmente no constan a esta Comisión los ingresos brutos de explotación obtenidos por AIRTEL en el ejercicio de 2000.



Los anteriores hechos probados no han sido desvirtuados por AIRTEL en el procedimiento instruido.

III

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

El Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador a tenor de lo establecido en los artículos artículo 76.1 y 84.1.a) de la Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones y el artículo 1, apartado Dos.2.1 en relación con el apartado Tres del mismo, de la Ley 12/1997, de Liberalización de las Telecomunicaciones según el cual, corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, a través de su Consejo, el ejercicio de la potestad sancionadora por el incumplimiento de la instrucciones dictadas para salvaguardar la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de los acuerdos y resoluciones que adopte en ejecución de las funciones públicas que se le atribuyen; así como por el incumplimiento de los requerimientos de información formulados por la Comisión en el ejercicio de sus funciones. Es por lo tanto una función pública y no “cuasi-arbitral” como alega AIRTEL en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, por lo que no puede tener favorable acogida la alegación formulada por AIRTEL en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución del Instructor, en el sentido de la posible incongruencia del procedimiento sancionador con el hecho de que las partes que originaron el conflicto de interconexión de dio lugar a la resolución incumplida hayan llegado a un acuerdo.

SEGUNDO. Tipificación de los hechos probados.

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

En el presente caso, la infracción al artículo 79.15 de la Ley General de Telecomunicaciones se concreta en el incumplimiento de la Resolución adoptada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en fecha 20 de julio de 2000, recaída en el expediente ME 990/1999, sobre el conflicto de interconexión suscitado entre las entidades AIRTEL y RSLCOM por la firma del acuerdo general de interconexión.

La citada Resolución señalaba en su parte dispositiva lo siguiente:

“Primero. Establecer un plazo de diez días, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta medida, para que las partes firmen el correspondiente



acuerdo general de interconexión, cuyas condiciones serán las ya acordadas por las partes, salvo en lo referente a los precios de los servicios de terminación en la red de AIRTEL., debido a la discrepancia habida entre las partes sobre el particular, quedado fijados como sigue:

Servicios de interconexión prestados por Airtel:

- *De acceso a números cortos y red inteligente de RSLCOM*
- *De terminación en la red móvil de AIRTEL (entregadas por RSLCOM), a los precios siguientes:*

Horario normal: 39,5 pesetas/minuto

Horario reducido: 19 pesetas/minuto

Estos precios se aplicarán proporcionalmente por segundos.

Segundo. *Señalar un plazo de un mes, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta medida, para que la interconexión entre las redes de ambas partes esté operativa."*

La citada Resolución finalizaba indicando que el incumplimiento de la misma podría ser considerado como infracción muy grave de conformidad con lo dispuesto en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.

De acuerdo con el principio de tipicidad establecido en el artículo 129.1 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC) y al objeto de tipificar la actuación de AIRTEL, es necesario analizar si, alguna de las actuaciones que han resultado probadas, puede inferirse que ha habido incumplimiento de la citada Resolución, esto es, se analiza en este apartado si los hechos probados constituyen una infracción muy grave tipificada en el mencionado artículo 79.15 de la Ley General de Telecomunicaciones.

En el presente caso, la comisión de la infracción tipificada en el artículo 79.15 de la Ley General de Telecomunicaciones se concreta, con carácter general, en que AIRTEL ha impedido, en el plazo de diez días establecido al efecto por la Resolución de constante referencia, la firma del acuerdo general de interconexión entre AIRTEL Y RSLCOM, al pretender imponer a RSL Communications Spain, S.A., de forma consciente y voluntaria, la firma de un acuerdo de interconexión que incluye un precio por el establecimiento de llamada de 12,52 pesetas a sumar al de 39,5 o 19 pesetas por minuto fijados en la Resolución que puso fin al conflicto de interconexión.

En la citada Resolución se imponía a las partes la obligación de que en un determinado plazo de tiempo, con posterioridad a la notificación de la misma, se firmase el correspondiente acuerdo general de interconexión con las condiciones que ya se habían acordado con anterioridad al conflicto surgido entre las partes y con unos precios concretos fijados por esta Comisión para los servicios de terminación al haber existido discrepancia al respecto.

Como ya ha quedado acreditado, ha sido la propia entidad AIRTEL la que, incumpliendo lo establecido en la parte dispositiva de la Resolución, ha



tratado de imponer de forma consciente a RSLCOM la firma de un acuerdo general de interconexión que incluye un precio de establecimiento de llamada de 12,52 pesetas, a sumar al de los servicios de terminación de red fijados ahora en 39,5 o 19 pesetas por minuto y aplicados proporcionalmente en segundos.

Asimismo, se ha acreditado que resulta manifiesta la falta de voluntad de AIRTEL para firmar el acuerdo en los estrictos términos establecidos en la resolución, tal y como se desprende de sus propios escritos de alegaciones que, lejos de acreditar su voluntad de cumplir con la Resolución, trata de justificar su conducta en la supuesta falta de claridad de la Resolución.

De esta manera, se imposibilita la firma del correspondiente acuerdo general de interconexión en el plazo previsto al efecto y con los precios de los servicios de terminación en la red de AIRTEL fijados en la citada Resolución, lo que conlleva el incumplimiento por parte de AIRTEL de la mencionada Resolución, por cuanto que la misma establece claramente los términos en los que debería haberse firmado el Acuerdo General de Interconexión.

Lo anterior no ha resultado desvirtuado por la entidad inculpada en las alegaciones que ha realizado durante la instrucción del presente procedimiento, incluidas las realizadas a la propuesta de resolución.

En efecto, la denunciada manifiesta insistentemente en sus escritos de alegaciones que la Resolución está estableciendo una estructura en el precio, puesto que la facturación del servicio de terminación se hace en segundos desde el primer minuto. Además alega que, al haber reconocido esta Comisión que debería existir un precio por las tareas propias del establecimiento de llamada, a juicio de AIRTEL, la Comisión ha dejado abierta la puerta a la introducción de un precio por el establecimiento de la llamada.

Con relación a esta circunstancia, y de acuerdo con lo señalado en el tercer hecho probado cabe indicar que, en la Resolución indicada se establece de forma indubitada los precios de los servicios de terminación en la red de AIRTEL que debe abonar RSLCOM sin que en dichos precios se prevea una cuota adicional por el establecimiento de las llamadas.

La resolución del conflicto de interconexión planteado se limitó a la efectiva interconexión entre las redes de ambas partes resolviéndose el conflicto tan sólo en lo que a la fijación de los precios para los servicios de terminación en la red de AIRTEL se refiere.

Además, en la fundamentación jurídica de la Resolución en cuestión, esta Comisión se pronunció en el sentido de que, de acuerdo al principio de transparencia, no resultaba acertada la estructura de precios que de forma discrecional intenta recoger los costes del establecimiento de llamada sin justificación alguna y en equivalencia al cursado por una llamada durante un minuto completo, pues impide que un operador que solicita la interconexión pueda conocer con suficiente detalle lo que debe abonar por uno u otro concepto, por lo que no puede aceptarse la alegada falta de claridad de la Resolución a la que se refiere AIRTEL.



Además, la parte dispositiva de la Resolución establece también de forma clara e indubitada que, en un plazo determinado desde la notificación de la resolución, se deberá firmar un acuerdo de interconexión, con las condiciones que ya se habían pactado por las partes anteriormente al conflicto suscitado y de las que no había discrepancia, así como con unos nuevos precios de terminación en la red de AIRTEL, que se fijan expresamente en el resuelve al no existir acuerdo previo sobre esta cuestión. Asimismo, se determina que, en el plazo de un mes desde la notificación de la resolución, se deberá hacer efectiva la interconexión entre ambas redes.

Por ello, y a diferencia de lo que se alega por AIRTEL, lo acordado en la parte dispositiva constituye una orden fija, terminante y clara sobre las condiciones en las que ha de procederse a la interconexión efectiva entre las redes de ambas partes.

Tampoco pueden tener favorable acogida los argumentos que se esgrimen por AIRTEL sobre la supuesta inseguridad jurídica que conlleva esta resolución, dado que, por un lado, no se concretan los motivos o circunstancias por los que ésta resulta ambigua o indeterminada y, por otro, en nada afecta a la eficacia de los actos administrativos dictados por esta Comisión el mero hecho de que AIRTEL hubiera impugnado en sede jurisdiccional dicha resolución, pues en virtud de lo dispuesto en el artículo 57 de la LRJPAC los actos de esta Comisión sujetos a Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten y ello sin perjuicio de que los interesados puedan interponer contras los mismos los medios de impugnación legalmente previstos. Impugnación que, salvo pronunciamiento previo del órgano competente, no tiene efecto suspensivo inmediato sobre el acto impugnado. Lo anterior es si perjuicio de lo que se manifiesta en el fundamento de derecho octavo de la presente Resolución.

La verdadera inseguridad jurídica la crea el comportamiento de AIRTEL que, no estando de acuerdo con lo resuelto en el conflicto de interconexión planteado, interpreta a favor de sus propios intereses la citada Resolución y trata de imponer a RSLCOM su propio criterio al respecto, lo que conlleva a prescindir de todo lo actuado por esta Comisión en el ejercicio de las funciones que legalmente tiene atribuidas para la resolución del conflicto de interconexión.

Respecto a la interpretación realizada por AIRTEL relativa a que la Resolución presuntamente incumplida no fija los precios finales que debe percibir AIRTEL por los servicios de interconexión que presta a RSLCOM, cabe manifestar en su contra lo siguiente:

Como se ha indicado anteriormente, en la Resolución de 20 de julio de 2000 se establecía un plazo de diez días, a contar desde el siguiente a la notificación de la misma, para que las partes firmasen el correspondiente acuerdo general de interconexión, cuyas condiciones serían las ya acordadas por las partes, salvo en lo referente a los precios de los servicios de



terminación en la red de AIRTEL que, debido a la discrepancia habida entre las partes sobre el particular, se fijaron directamente en la citada Resolución.

En relación a la supuesta determinación de la estructura de precios alegada que justificaría la inclusión del precio por establecimiento de llamada, cabe recordar que la propia Resolución descarta expresamente esta posibilidad, por cuanto que, si bien en su fundamentación jurídica advirtió la necesidad de analizar los precios internos de AIRTEL en general, finalmente acordó no determinar un precio interno en concepto de establecimiento de llamada justificado en el procedimiento abierto para resolver el conflicto de interconexión planteado, ya que, como se señala en la Resolución, había dificultades para la determinación con exactitud de las estimaciones a realizar y faltaban datos suficientes para justificar la fijación de un precio interno de la red móvil de AIRTEL.

En el presente supuesto esta Comisión intervino para velar por las condiciones económicas de los titulares de redes públicas y para ello tuvo en cuenta el respeto a los principios de no discriminación, transparencia y proporcionalidad, así como criterios objetivos.

De esta manera resulta claro que, por medio de esta Resolución, se fijaron los precios de los servicios de terminación (literalmente se indica *"la determinación concreta de precios de AIRTEL"*), como condiciones de interconexión relativas a los aspectos en los que había discrepancia entre las partes.

Por todo ello, no puede tener favorable acogida la alegación sobre que dicha resolución no fija precios sino que determina la estructura de precios.

AIRTEL vuelve a incidir en sus alegaciones en que la introducción de una cuota por establecimiento de llamada en el precio de los servicios de interconexión prestados por AIRTEL es una consecuencia que dimana de la propia Resolución presuntamente incumplida. De esta manera, AIRTEL entiende que, esta Comisión ha fijado una estructura del precio de los servicios de interconexión que presta AIRTEL, en la que una parte sería la fijada por la ella, que se correspondería con los precios por terminación en la red de AIRTEL, y con la otra se estaría permitiendo la introducción de un nuevo concepto en el precio, que sería una cantidad por el establecimiento de llamada.

Frente a lo anterior hay que volver a indicar que la Resolución incumplida por AIRTEL se dictó por esta Comisión para resolver un conflicto de interconexión entre esta entidad y RSLCOM y se limitó establecer las condiciones de la efectiva interconexión entre las redes de ambas partes. Para ello dio respuesta únicamente a aquellas materias en las que no se había llegado a un acuerdo previo, por ello procedió a fijar las condiciones económicas para los servicios de terminación. Esta resolución resolvió un conflicto determinado suscitado entre dos operadores; por lo tanto, en el supuesto de que existieran otros conflictos en los que se hubieran arbitrado otras soluciones, ello no puede ser invocado sin más como quiebra de los



principios de vinculación de actos propios, de igualdad, no discriminación e interdicción de la arbitrariedad como pretende AIRTEL, sin probar que entre unos supuestos y otros existe la necesaria identidad de supuestos tanto fácticos como de derecho.

Como ya se ha puesto de relieve, en la Resolución en cuestión se identificaba un conjunto de actuaciones específicas sobre el servicio de interconexión de terminación de llamadas, que no dependen de los minutos de tráfico cursado sino que dependen del número de llamadas. No obstante, se advirtió que, estas actuaciones específicas relativas al establecimiento de llamada podrían afectar a los costes, pero que para determinar si efectivamente afectaban a dichos costes se requería de la información correspondiente de los mismos, información que no fue aportada en su momento por AIRTEL, por lo que esta Comisión optó por no fijar precio alguno por el concepto de establecimiento de llamada.

En atención a lo anterior, esta Comisión estableció en dicha Resolución que, de acuerdo al principio de transparencia, para la resolución del conflicto planteado no resulta acertada la intención de recoger los costes del establecimiento de llamada sin justificación alguna, e incluso por equivalencia al cursado por una llamada durante un minuto completo, pues impide que un operador que solicita la interconexión pueda conocer con suficiente detalle lo que debe abonar por uno u otro concepto, que por no ser condición suficiente para la resolución efectiva del conflicto planteado se limita a establecer la cuantía de los precios de interconexión para terminación en la red móvil de AIRTEL.

Consecuentemente con todo lo anterior, al tratar de imponer AIRTEL la firma de un acuerdo de interconexión que incluye el precio del establecimiento de llamada, esta entidad ha incumplido lo dispuesto en la Resolución que le obligaba a firmar un acuerdo de interconexión con las condiciones que se presentaron en su día al iniciar el conflicto de interconexión y con el precio de terminación en la red de AIRTEL que se fijó por esta Comisión por haber discrepancia al respecto, sin que se haga mención alguna al servicio de establecimiento de llamada.

En atención a todo lo anterior, hay que concluir que la actividad de AIRTEL que ha resultado probada en el presente procedimiento sancionador se corresponde con una infracción tipificada en el artículo 79.15 de la Ley General de Telecomunicaciones.

TERCERO. Culpabilidad de AIRTEL en la comisión de la infracción y ausencia de eximentes de responsabilidad.

a) Culpabilidad de AIRTEL en la comisión de la infracción.

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



Como tiene reconocido de forma pacífica la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre la que cabe destacar por su claridad la sentencia de 12 de diciembre de 1995, se reconoce la aplicabilidad del principio de culpabilidad al ámbito del procedimiento administrativo sancionador:

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

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

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

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

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

En todo caso, el elemento subjetivo que la culpabilidad supone se refiere a la acción en que la infracción consiste y no a la vulneración de la norma, tal y como ha declarado reiteradamente la Jurisprudencia. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 enero 1991 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1991/477) en su Fundamento de derecho 4 enuncia claramente la conceptualización del principio de culpabilidad:

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



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

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

Partiendo de la citada doctrina jurisprudencial, según la cual, demostrada por la Administración la voluntariedad del sancionado en la realización de la infracción queda satisfecho el principio de culpabilidad y, del tenor de los hechos probados y del relato de los antecedentes de hecho, se aprecia la existencia de voluntad por parte de AIRTEL de no firmar el acuerdo de interconexión con RSLCOM en las condiciones y plazo establecidos en la Resolución de 20 de julio de 2000, aún a título de mera negligencia.

Así lo reconoce la propia operadora en el escrito presentado por el Sr. Director de Regulación, Interconexión y Roaming de AIRTEL ante esta Comisión el día 14 de noviembre de 2000 (documento núm. 2 del índice), donde se manifiesta (primer párrafo de la segunda hoja) que, en la propuesta del acuerdo general de interconexión presentado a RSLCOM para su firma, se propone de forma diferenciada un precio de establecimiento de llamada y otro precio de terminación de las llamadas en la red móvil de AIRTEL.

Por tanto, concurre el requisito de culpabilidad en la actuación llevada a cabo por AIRTEL, ya que aparece acreditada la intención de provocar la acción determinante de producir la infracción.

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

b) Inexistencia de causas eximentes de la responsabilidad.

En cuanto a la concurrencia en el presente caso de causas eximentes de la responsabilidad, conviene traer a colación la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 4 octubre de 1998 (RJCA 1998/3874), en virtud del cual concluye que, atribuida una conducta infractora a un sujeto, concurre la culpabilidad salvo aparición de circunstancias eximentes:

“... El elemento de la culpabilidad... presupone que la acción u omisión enjuiciada ha de ser imputable a su autor por malicia, o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 febrero 1990). Ahora bien presupuesto el fundamento de la culpabilidad es la imputabilidad que ha sido definida por Luzón Domingo como la “posibilidad abstracta y potencial de que al hombre le sean atribuibles conductas que puede realizar, como a su causa eficiente, consciente y libre”. Pero este presupuesto de la culpabilidad no se formula de forma positiva sino que ha de deducirse de la no concurrencia de alguna de las causas que lo excluyen.”

Tales circunstancias eximentes, reguladas en el actual Código Penal (cuyos principios son de aplicación, tal y como ha señalado reiteradamente la Jurisprudencia, al procedimiento administrativo sancionador), no concurren en el supuesto que nos ocupa, pues o bien se refieren a circunstancias subjetivas que sólo pueden concurrir en las personas físicas y no en las jurídicas, o bien se refieren a la intervención de un tercero o a la existencia de un acontecimiento de fuerza mayor.



Por su parte, la entidad denunciada alega como eximente de responsabilidad por los hechos imputados el que la misma ha sufrido un error invencible en la actuación supuestamente infractora que se le imputa, error que, según la imputada, se ha producido por la interpretación de la Resolución que se ha visto obligada a realizar.

Nada de esto resulta del expediente ni de los hechos probados; lo que sí ha quedado acreditado es que la Resolución incumplida no necesitaba de la interpretación alegada por AIRTEL para su correcta ejecución. Esta cuestión ya ha sido explicada suficientemente en los hechos probados, por lo que no es necesario incidir nuevamente sobre la misma.

En cuanto a la calificación de error invencible baste decir que el error, de existir, hubiera sido fácilmente vencible acudiendo a esta Comisión para la resolución de las posibles dudas de interpretación de la Resolución. Es más, AIRTEL, tampoco ha querido salir de su supuesto error cuando le ha sido notificado el Acuerdo de iniciación del expediente sancionador en el que esta Comisión, como se indica en el hecho probado tercero de la presente, realiza una interpretación auténtica de la Resolución incumplida en lo que respecta a los precios de interconexión que debe percibir AIRTEL.

En consecuencia, no cabe aplicar al presente supuesto, ninguna causa eximente de responsabilidad.

QUINTO. Circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora.

a) Circunstancias agravantes.

El caso presente se aprecian como circunstancias agravantes modificativas de la responsabilidad de la entidad infractora que deben ser tenidas en cuenta, las siguientes:

a.1 La intencionalidad demostrada en la comisión de la infracción. Esta intencionalidad ha sido demostrada a lo largo de la tramitación del expediente sancionador y argumentada suficientemente en los hechos probados y fundamentos de derecho. (Art. 131.3 de la LRJPAC).

a.2 La repercusión social de la infracción (Art. 82 Ley 11/98). A este respecto ha de tenerse en cuenta que el incumplimiento de la Resolución no solo afecta a la interconexión entre las redes de AIRTEL y RSLCOM sino que afecta a las condiciones de interconexión del resto de los operadores con relación a AIRTEL y a los precios de las llamadas de fijo a móvil, cuestión esta de clara repercusión social. En efecto, el artículo 22.4 de la Ley 11/98, establece que los titulares de redes públicas de telecomunicaciones deben facilitar la interconexión en condiciones no discriminatorias, transparentes, proporcionales y basadas en criterios objetivos. Consciente de lo anterior, AIRTEL ha optado por no dar cumplimiento a la Resolución de continua referencia para así no verse visto obligada a acceder a las solicitudes de otros operadores para que les aplique los mismos precios de interconexión que la Resolución le impone con respecto al Acuerdo General de Interconexión con RSLCOM (a estos efectos vid. los documentos 28 a 33 del expediente en los



que varios operadores dan contestación a la prueba documental practicada por el Instructor).

b) Circunstancia atenuante.

Como circunstancia atenuante modificativa de la responsabilidad de la entidad infractora debe ser tenida en cuenta la inexistencia de otras infracciones cuya sanción corresponde a esta Comisión cometidas anteriormente por AIRTEL (Art. 82. Ley 11/1988) y que es alegado en su escrito de 17 de noviembre de 2000. El presente es el primer procedimiento sancionador que se incoa por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a la citada entidad.

SEXTO. Sanción aplicable a la infracción.

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

Multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción; o, en caso de que no resulte posible aplicar este criterio o de su aplicación resultare una cantidad inferior a la mayor de las que a continuación se indican, esta última constituirá el límite del importe de la sanción pecuniaria. A estos efectos, se considerarán las siguientes cantidades; el 1 por 100 de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio o, en caso de inexistencia de éstos, en el ejercicio actual; el 5 por 100 de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o 100.000.000 de pesetas (601.012,10 euros).

El artículo 131.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común, determina que el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.

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

Por un lado, en cuanto a la sanción máxima, cabe señalar que resulta imposible determinar el 5 por 100 de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, al tratarse de una infracción por omisión, por lo que el límite máximo de la sanción que se podría imponer es de 2.951.664.240 pesetas (17.739.859,36 euros) que resulta de aplicar el 1 por 100 a los ingresos brutos obtenidos por AIRTEL en 1999 que ascendió a 295.166.424.064 pesetas.

Por otro lado, la cuantía de la sanción mínima es la que resulta de cuantificar el beneficio que haya podido obtener la entidad infractora por la comisión de la infracción. Tal y como se ha señalado en los antecedentes de



hechos no ha podido fijarse de forma determinante el beneficio que ha podido obtener AIRTEL como consecuencia de la comisión de la infracción, sino que únicamente se ha podido determinar (de forma estimativa) que el mismo no sería inferior a 15.066.052 de pesetas. Aunque todo indique que el beneficio asciende a una cifra muy superior a la que ha sido estimada, atendiendo a la repercusión del incumplimiento cuyos efectos no finalizan en las relaciones de interconexión entre AIRTEL y RSLCOM.

En todo caso, ha de tenerse en cuenta la concurrencia de las circunstancias agravantes y la circunstancia atenuante mencionadas en el fundamento de derecho anterior, por lo que la cuantía de la sanción habría de realizarse de conformidad con las reglas establecidas en el artículo 66. 3ª y 4ª del Código Penal. La regla 3ª del citado precepto determina que cuando concurren una o varias circunstancias agravantes, los Jueces o Tribunales impondrán la pena en la mitad superior de la establecida por la Ley. La regla 4ª del citado precepto prevé, por su parte, que cuando sean dos o más circunstancias atenuantes o una sola muy cualificada, los Jueces o Tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, aplicándola en la extensión que estimen pertinente, según la entidad y número de dichas circunstancias (sobre la aplicación del citado precepto del Código Penal a los procedimientos administrativos sancionadores, vid. Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1987 RJ1987/537 y de 26 de julio de 1996 RJ1996/6401).

No obstante, habida cuenta, que, en el caso presente, no existe pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, no es posible la aplicación de lo establecido en el artículo 66.4º del Código Penal y ello sin perjuicio de que efectivamente la circunstancia atenuante identificada se tengan en cuenta en la graduación de la sanción a imponer en el presente procedimiento.

Por tanto, atendiendo al principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC y 82 de la Ley 11/1998, teniendo en cuenta que concurren dos circunstancias agravantes y sólo una atenuante y que la sanción máxima que se puede imponer asciende a la cantidad de 2.951.664.240 pesetas (17.739.859,36 euros), el Instructor entendió que procedía imponer una sanción de 900.000.000 de pesetas (5.409.108,94 euros).

La citada cuantía tenía en cuenta los antecedentes de otras sanciones impuestas por esta Comisión en diferentes procedimientos sancionadores incoados contra otras entidades. Si bien es cierto que es la mayor hasta ahora impuesta, no es menos cierto que en ningún otro caso anterior concurren varias circunstancias agravantes como en el presente procedimiento ni se ha mantenido el incumplimiento de las resoluciones de esta Comisión durante tan largo periodo de tiempo.



En cualquier caso, el Consejo de la Comisión, ponderando las circunstancias atenuantes y agravantes descritas, estima más ajustado el principio de proporcionalidad la imposición de una sanción por importe de SETECIENTOS MILLONES DE PESETAS (4.207.084,73 euros)

SÉPTIMO. Inexistencia de los vicios de nulidad radical por violación del derecho fundamental de defensa en el presente expediente sancionador alegados por AIRTEL.

AIRTEL manifiesta en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución que el procedimiento instruido está viciado de nulidad radical por violación del derecho fundamental de defensa. Fundamenta tal alegación en las siguientes manifestaciones:

- a) Que se le ha realizado un requerimiento de información sin haber sido previamente informada de la acusación formulada contra ella, y de su derecho a guardar silencio y no declarar contra sí misma.

Según Airtel, el escrito del Secretario del Consejo de esta Comisión de fecha 15 de septiembre de 2000 (obrante en el expediente con el núm. 3) le requiere formalmente información sobre los hechos objeto del presente procedimiento, requerimiento que la citada entidad tacha de “estrictamente obligatorio”. Asimismo, manifiesta que en el escrito no se le da traslado de la concreta acusación formulada frente a ella y que tampoco se le da traslado de la denuncia formulada por RSLCom. Finalmente manifiesta que no se le advirtió de su derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí misma.

Frente a esta alegación cabe manifestar lo siguiente:

El escrito de 15 de septiembre tuvo por objeto, como de la simple lectura del mismo se deduce, informar a Airtel Móvil, S.A. en su calidad de interesado, de la existencia de una denuncia formulada contra ella por RSLCom y de la iniciación de un período de información previa al objeto de determina si existían indicios suficientes para iniciar de oficio un procedimiento sancionador.

El escrito no podía dar traslado de una concreta acusación de esta Comisión contra Airtel, por cuanto que todavía no se había optado por iniciar el expediente sancionador y por lo tanto no existía en aquel momento imputación alguna contra ella. Por otra parte, en el escrito se le comunicaba la existencia de la denuncia formulada contra ella por RSLCom, y se le reconocía su condición de interesada en el período de información previa, por lo que tuvo la oportunidad de tomar vista del expediente, incluido el escrito de denuncia, al amparo de lo establecido en el artículo 35.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJPAC).

El escrito no le requería información con carácter estrictamente obligatorio como manifiesta la interesada; el ultimo párrafo del escrito manifiesta lo siguiente: *“Lo que se pone en su conocimiento a los efectos de que comunique a esta Comisión las informaciones o documentos que considere necesarios para aclarar el objeto del procedimiento previo , para lo que disponen de un plazo de 10 días desde el día siguiente a la recepción del presente escrito.”* (es subrayado es nuestro).



Al no existir en aquel momento una acusación contra Airtel, no fue necesario informarle de su derecho a declarar contra sí misma; tampoco se le requería ninguna declaración sino que se le ofrecía la oportunidad de aportar lo que a su juicio pudiera ser conveniente para la defensa de sus derechos. Es más, analizado el documento núm. 9 del expediente sancionador, por el que AIRTEL hace uso de su derecho a presentar alegaciones en el procedimiento de información previa iniciado, se demuestra que AIRTEL sí tuvo conocimiento de la existencia de la denuncia y del contenido de la misma; así en la primera página del documento, el representante legal de AIRTEL manifiesta:

“RESUMEN EJECUTIVO

Recibimos con sorpresa la denuncia formulada por RSLCom solicitando la imposición de sanción por un posible incumplimiento de la resolución de la Comisión de fecha 20 de julio de 2000, cuando, como se desprende de las presentes alegaciones, los hechos acaecidos con posterioridad a la citada resolución contradicen cualesquiera de las afirmaciones vertidas por el ahora denunciante. Asimismo, se adicionan otras alegaciones que consideramos oportunas a la vista de determinadas solicitudes de intervención en el Acuerdo de interconexión entre Airtel y RSLcom.”

Nótese que en el escrito de denuncia presentado por RSLCom. (doc. núm. 1) se denunciaban otras cuestiones que no fueron tomadas en consideración en el expediente sancionador, lo que demuestra que AIRTEL al realizar alegaciones relativas a estas cuestiones tuvo necesariamente que conocer el contenido del escrito de denuncia antes de presentar las alegaciones que siguieron al escrito de esta Comisión que según AIRTEL le ha causado indefensión.

Nada impediría que el Instructor pudiera tener en consideración el escrito de alegaciones de continua referencia para llegar a determinar los hechos probados. Pero es que no es ese el caso, puesto que el citado escrito no ha sido tomado en cuenta por el Instructor como prueba de cargo. La inculpada confunde el citado escrito con el presentado voluntariamente ante esta Comisión el día 19 de septiembre de 2000 por D. Jorge Dominguez-Sol, Director de Regulación, Interconexión y Roaming de Airtel, S.A. (doc. núm. 2) que el Instructor cita expresamente al fundamentar el hecho probado primero.

Con respecto a la alegada extralimitación de las actuaciones habidas en el período de información previa ha de tenerse en cuenta que el citado escrito (doc. núm. 2) fue incorporado al ramo de prueba documental propuesto por el Instructor en el Acuerdo de 15 de diciembre de 2000, de apertura de un período de prueba (doc. núm. 20). Acuerdo que fue debidamente notificado a AIRTEL, mediante escrito de la misma fecha (doc. núm. 21) y que no fue impugnado por la interesada, por lo que el citado escrito ha sido aceptado como prueba documental por la propia AIRTEL.

De todo lo anterior se deduce que no hubo, ni en el período de información previa, ni en la instrucción del expediente sancionador, ningún tipo de “investigación secreta o semisecreta” como alega la interesada.



Finalmente ha de ponerse de manifiesto que una vez finalizado el período de información previa, mediante Acuerdo del Consejo de Esta Comisión de 26 de octubre de 2000 se acordó incoar el presente procedimiento sancionador contra Airtel Móvil, S.A. (doc. núm. 11) y que en dicho Acuerdo, que fue notificado formalmente a la interesada, se le informó de la imputación que se hacía contra ella y de todos los derechos que le asisten, incluido el de no declarar contra sí misma y a no declararse culpable.

- b) Que se le ha denegado su petición de acceso a todas las pruebas y documentos del expediente

Mediante esta alegación, AIRTEL pretende que se ha producido un vicio de nulidad absoluta por cuanto, a su entender, se le ha negado el acceso a documentos, unos obrantes en el expediente y otros no, lo que le ha impedido el ejercicio de su legítimo derecho de defensa.

Por lo que se refiere a los documentos obrantes en el expediente a los que no se le ha permitido el acceso (documento nº 2 y documentos anexos al mismo del documento señalado con el número 32 del expediente y los documentos nº 1 y 2 anexos al documento número 37), el Instructor ya contestó a la protesta formulada por AIRTEL en el sentido que los documentos señalados con los número 32 y 37 contienen anexos que habían sido declarados confidenciales por las entidades que los ha aportado por contener datos relativos al secreto comercial. En efecto el documento anexo al señalado como 32 en el expediente, contiene datos sobre el tráfico cursado por la entidad RSLCom con distribución horaria, clientes de la citada entidad que han cursado el citado tráfico y precios aplicados; el documento anexo al señalado con el número 37 contiene datos sobre el tráfico cursado por RSLCom con destino a la red de AIRTEL y operadores a través de los que se ha cursado dicho tráfico en tránsito con indicación de los tantos por cientos de distribución del citado tráfico. Por lo tanto, el derecho que asiste a AIRTEL para obtener copia de los documentos obrantes en el expediente, ha de ser ejercido, en la medida de lo posible, con respeto del derecho que asiste al titular de los documentos declarados confidenciales a que se respete el secreto comercial contenido en los mismos.

La información contenida en los documentos declarados confidenciales, que contiene datos susceptibles de afectar al secreto comercial de las entidades que los han aportado, no contiene datos que puedan afectar a la propuesta de resolución emitida y no ha sido tenida en cuenta por el instructor de expediente sancionador para determinar los hechos probados, ni para determinar la responsabilidad de AIRTEL en la infracción, ni para la graduación de la sanción propuesta, por lo que no procede estimar la alegada indefensión .

En relación con lo anterior, ha de tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional tiene reconocido que la indefensión a la que se refiere el art. 24.1 CE es sólo predicable de aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa de la parte. Es decir, la Jurisprudencia Constitucional se ha orientado a una definición de carácter realista, estimando



que “no se da indefensión cuando ha existido posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos”, o “cuando no se ha llegado a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa” (SSTC 71/1984).

Por lo que se refiere a otros documentos no obrantes en el expediente, la interesada manifiesta lo siguiente:

“Es asimismo significativo a estos efectos que:

- *Nos consta que RSLCom ha cerrado acuerdo de interconexión con Telefónica Móviles y Retevisión Móvil, aceptando precisamente el mismo tipo de oferta que en este expediente sancionador se considera inadmisibile respecto de Airtel.*
- *Dichos acuerdos deberían haber sido comunicados a la CMT, como es legalmente preceptivo.*
- *Esta parte ha pedido formalmente en dos ocasiones a la CMT, que se le remitiera o se pusiera a su disposición copia de los acuerdos de interconexión entre RSLCom y Telefónica Móviles, y la CMT no se los ha llegado a remitir nunca. (Aportamos como documentos nº 2, copia del referido escrito de esta parte, y designamos a efectos de cotejo nuestros archivos y los de la propia CMT).*
- *Nos consta que esos acuerdos no son confidenciales en el sentido del art. 22.6 de la LGTel.*
- *Con lo que la CMT no sólo está incumpliendo el mandato de publicidad frente a otros operadores que a este respecto se establece por dicho precepto legal; sino además restringiendo de nuevo nuestro derecho a la prueba, y por ende, nuestro derecho a la tutela judicial efectiva.”*

Frente a lo anterior cabe indicar que AIRTEL no aporta ningún documento que acredite que se le haya impedido el acceso a acuerdos de interconexión depositados en esta Comisión; lo único que aporta es un documento en el que consta su solicitud de acceso a los mismos pero no la denegación del mismo. En todo caso, de haber existido tal denegación de acceso a los citados acuerdo, la misma no se habría producido en el presente procedimiento sancionador por lo que no puede ser alegada como vicio de nulidad del mismo. Por otra parte, la interesada podría haber solicitado como prueba documental que se incluyeran en el expediente sancionador copia de los referidos acuerdos, prueba que no debió estimar necesaria cuando pudo solicitarla y no lo hizo. Además, no se entiende muy bien en qué medida el conocimiento por AIRTEL de acuerdos de interconexión entre otras operadoras puede afectar al presente procedimiento sancionador, en el que se analiza su actuación de incumplir una resolución de esta Comisión que fijaba sus precios de interconexión con RSLCOM.

No procede, por tanto, estimar la existencia de los vicios de nulidad radical del procedimiento alegados.



OCTAVO. Sobre la alegada situación litigiosa que afecta a la resolución de 20 de julio de 2000, y la petición de suspensión de su ejecución pendiente de resolución ante la Audiencia Nacional.

Mediante esta alegación AIRTEL pretende que se suspenda la resolución del presente procedimiento sancionador en tanto en cuanto no se resuelva por la Audiencia Nacional la pieza separada de suspensión en el recurso contencioso-administrativo que tiene interpuesto ante el citado Tribunal contra la Resolución de esta Comisión de 20 de julio de 2000.

En apoyo de esta pretensión AIRTEL alega que si se le impusiera una sanción por incumplimiento de la citada Resolución antes de que se resuelva la citada pieza separada de suspensión, se le estaría impidiendo su derecho a la tutela judicial efectiva sancionada por el artículo 24 de la Constitución, en su vertiente de derecho a la justicia cautelar.

Asimismo, argumenta que la resolución de 20 de julio de 2000 no es firme, pues se halla pendiente de resolución ante la Audiencia Nacional.

A lo anterior hay que señalar lo siguiente:

De conformidad con lo establecido en el artículo 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones públicas ponen fin a la vía administrativa y por lo tanto son firmes y ejecutivas desde que se adoptan, según lo establecido en el artículo 94 de la LRJPAC.

No obstante lo anterior, las mismas pueden ser recurridas ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional al amparo de lo establecido en el citado precepto de la Ley 12/1997 y de la Disposición Adicional cuarta, apartado 5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Bien es cierto que esta Ley jurisdiccional prevé la posibilidad de que el recurrente, en el momento de la interposición del recurso o en otro posterior, solicite la suspensión de los efectos del acto impugnado hasta que el tribunal decida sobre el fondo de la cuestión litigiosa. No obstante los efectos de la suspensión no se retrotraen al momento en que se dictó el acto impugnado o al que se solicitó la suspensión, sino que tienen efectos únicamente desde que la suspensión haya sido concedida por el Tribunal. Por otra parte, en el caso que el Tribunal decidiera la suspensión de la Resolución del 20 de julio de 2000, los efectos directos de la suspensión afectarían a la aplicación de la misma y no a la posible sanción que se imponga en el presente procedimiento sancionador.

En el caso de que se produjera la hipotética suspensión de la Resolución de 20 de julio de 2000 la aplicación indirecta al resultado del presente procedimiento sancionador habría de realizarse a través de la invocación de la misma para solicitar, a su vez, la suspensión de la ejecutividad de la resolución sancionadora.

Por lo tanto, no existe una causa legalmente establecida por la que se pueda suspender la tramitación del presente procedimiento sancionador



basada en la litigiosidad que afecta a la resolución de 20 de julio de 2000. Si esta Comisión accediera a la suspensión solicitada, el expediente sancionador podría caducar, ya que la misma no paralizaría el plazo de seis meses del que dispone para tramitar el procedimiento sancionador. En este caso, esta Comisión estaría haciendo dejación del ejercicio de la potestad sancionadora que le ha sido legalmente atribuida.

En todo caso, no existiría la indefensión alegada por AIRTEL, por cuanto que, en ultimo extremo, siempre cabría la posibilidad de devolución de la sanción ejecutada con los intereses legales a los que hubiera lugar.

Vistos los antecedentes de hecho, hechos probados y fundamentos de derecho y, vistas, asimismo, La Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto y demás normas de aplicación, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de la competencia que tiene atribuidas,

RESUELVE

PRIMERO. Declarar responsable directa a Airtel Móvil, S.A. 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 la Resolución de esta Comisión de 20 de julio de 2000, relativa a la resolución del conflicto de interconexión entre las entidades Airtel Móvil, S.A. y RSL Communications Spain, S.A. por la firma del acuerdo general de interconexión.

SEGUNDO. Imponer a Airtel Móvil, S.A. una sanción por importe de SETECIENTOS MILLONES DE PESETAS (700.000.000 pesetas.) (4.207.084,73 euros).

El pago de la sanción deberá efectuarse mediante ingreso en la cuenta número 0182 2370 42 0011505747 abierta al efecto por esta Comisión en el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA). Una vez efectuado el ingreso, se remitirá un ejemplar del recibo de ingreso a esta Comisión para su archivo. El plazo para realizar el pago en período voluntario es el establecido en el artículo 20.2 (apartados "a" y "b") del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre, por tanto si la notificación de la presente Resolución se realiza entre los días 1 y 15 del mes, el período de pago voluntario abarcará desde el día siguiente a su notificación hasta el día 5 del mes siguiente o el inmediato hábil posterior; en el caso de que la notificación se realice entre los días 16 y último del mes, el período de pago voluntario abarcará desde el día siguiente al de la notificación hasta el día 20 del mes siguiente o el inmediato hábil posterior. En el supuesto de no efectuar el ingreso en el plazo concedido se procederá a su exacción por vía de apremio.



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

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

EL SECRETARIO,

Vº. Bº. EL PRESIDENTE,

José Giménez Cervantes.

José María Vázquez Quintana.
