



## COMISION DEL MERCADO DE LAS 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 31 de mayo de 2001, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el que se aprueba la:

**RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR “AIRTEL MÓVIL, S.A.”, CONTRA LA RESOLUCIÓN DE ESTA COMISIÓN DE 5 DE ABRIL DE 2001, QUE RESOLVIÓ EL EXPEDIENTE SANCIONADOR AJ 2000/3222-3497**

En relación con el escrito presentado por la representación legal de la entidad “AIRTEL MÓVIL, S.A.” con fecha 8 de mayo de 2001 por el que interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución de esta Comisión de 5 de abril de 2001 recaída en el expediente sancionador AJ 2000/3222-3497, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 20/01 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 31 de mayo de 2001, recaída en el expediente AJ 2001/4655.

### HECHOS

**PRIMERO.-** El Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en su sesión de 5 de abril de 2001, dictó Resolución por la que se resolvió el 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.

El resuelve de la citada Resolución manifiesta lo siguiente:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“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 Sapin, 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 pesetas) (4.207.084,73 euros).”*

**SEGUNDO.-** Con fecha 8 de mayo de 2001 se ha recibido en esta Comisión el escrito presentado mediante correo certificado impuesto el día 4 del mismo mes y año por D. Jesús Martínez Guillén, por medio del cual interpone, en nombre y representación de la entidad “Airtel Móvil,” (en adelante AIRTEL), recurso potestativo de reposición contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a la que se re refiere el antecedente de hecho anterior.

La recurrente fundamenta su recurso en las siguientes alegaciones:

- a) *“Sobre los vicios de nulidad radical por violación del derecho fundamental de defensa en el expediente sancionador sobre el que recae la Resolución impugnada.”*
- b) *“Necesidad de acreditar por parte de la CMT el incumplimiento de las resolución de 20 de julio de 2000 como causa que justifique la imposición de la sanción.”*
- c) *“La situación litigiosa que afecta a la resolución de 20 de julio de 2000.”*
- d) *“AIRTEL ha cumplido la resolución de 20 de julio de 2000, dando una interpretación razonable a la misma.”*
- e) *“Subsidiaria y cautelamente, sobre la aplicación del principio de proporcionalidad a la calificación de la infracción y/o a la cuantificación de la sanción impuesta.”*
- f) *“RSLCom ha aceptado expresamente una propuesta de acuerdo de interconexión de AIRTEL con la estructura de primer minuto+segundos, con fecha 23 de marzo de 2001.”*

La entidad recurrente, tras solicitar la admisión del recurso a trámite, pide que se dicte resolución estimatoria del recurso en cuya virtud:

*“- Se declare la nulidad radical del procedimiento sancionador, por vulneración esencial e insubsanable del derecho a la tutela judicial efectiva.*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*- para el caso de que no se aprecie dicha nulidad, se declare que AIRTEL no ha incumplido la resolución de 20 de julio de 2000, y se revoque en consecuencia la resolución de 5 de abril de 2001, por la que impone a mi representada una sanción de 700.000.000 de pesetas.*

*- y, subsidiariamente, para el caso de considerarse que ha existido incumplimiento sancionable, se califique nuevamente la infracción y la sanción impuesta, a la luz de las manifestaciones realizadas en este escrito, y se rebaje en consecuencia la cuantía de la sanción impuesta.*

Mediante OTROSÍ incluido en el mismo escrito, la entidad recurrente, al amparo de lo previsto en el artículo 111 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC) solicita la suspensión del acto impugnado con expresa declaración de extensión de los efectos de la suspensión a la vía jurisdiccional contencioso-administrativa. Asimismo solicita, que en caso de accederse a la suspensión solicitada, esta Comisión fije la caución que deba prestar para ello AIRTEL.

Al objeto de justificar los motivos de su solicitud de suspensión del acto impugnado, la recurrente adjunta a su escrito de recurso un informe confidencial sobre el impacto del pago inmediato de una sanción de 700 millones de pesetas.

**TERCERO.-** Mediante escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 10 de mayo de 2001 se cumplió el trámite de formación al interesado previsto en el artículo 42.4 de la LRJPAC.

**CUARTO.-** En el expediente no aparecen terceros interesados, por lo que no ha sido necesario realizar el trámite de notificación establecido en el artículo 112.2 de la LRJPAC.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

#### **PRIMERO.- Calificación.**

El artículo 107 de la LRJPAC, en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que la modifica, establece que contra las resoluciones (entre otros actos) podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y



## **COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES**

potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

El recurrente califica expresamente su escrito de 4 de mayo de 2001 (con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión el día 8 del mismo mes y año) como de un recurso de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que las Resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, que prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado, calificar al escrito presentado como un recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución de esta Comisión de 25 de mayo de 2000.

### **SEGUNDO.- Admisión a trámite.**

El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la LRJPAC y cumpliendo con todos los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la misma Ley, por lo que debe entenderse interpuesto en tiempo y forma procediendo su admisión a trámite.

### **TERCERO.- Legitimación de la entidad recurrente.**

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. La entidad recurrente ostenta la condición de interesada por cuanto que es la entidad contra la que se ha dirigido el procedimiento sancionador que ha dado lugar a la resolución impugnada. En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a la recurrente para la interposición del presente recurso potestativo de reposición.

### **CUARTO.- Competencia y plazo para resolver.**

La competencia para resolver el presente recurso corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado. El presente recurso deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### II. FUNDAMENTOS JURÍDICO MATERIALES

**PRIMERO.- Sobre los motivos de impugnación alegados en el escrito de interposición del recurso que ya han sido contestados en la propia Resolución impugnada.**

Analizado el escrito de interposición del recurso se ha comprobado que el mismo repite la totalidad de las alegaciones ya formuladas por la entidad recurrente en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución del Instructor del expediente sancionador de referencia, obrante en el citado expediente (AJ 2000/3222-3497) como documento número 47. En atención a lo anterior y en aplicación del principio de economía procedimental, los presentes fundamentos jurídico materiales incluyen remisiones textuales a las contestaciones a las alegaciones contenidas en la propia Resolución impugnada, junto con las pertinentes contestaciones dirigidas a las que no hayan sido ya contestadas en la propia resolución impugnada o que, habiendo sido ya contestadas, incorporen elementos de juicio nuevos que traten de desvirtuar la contestación que en su día dio esta Comisión.

**SEGUNDO.- Sobre la alegación relativa a los vicios de nulidad radical por violación del derecho fundamental de defensa en el expediente sancionador sobre el que recae la Resolución impugnada.**

En esta alegación la entidad recurrente se limita a repetir literalmente los mismos argumento que, sobre la misma cuestión, ya planteó en su escrito de alegaciones a la propuesta de Resolución que en su día emitió el Instructor del procedimiento sancionador. Estos argumentos fueron suficientemente contestados en la Resolución ahora impugnada en el sentido de desestimar la existencia en el procedimiento sancionador de vicios de nulidad radical por violación del derecho fundamental de defensa.

Efectivamente, AIRTEL manifestaba 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. Fundamentaba 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 (obstante 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



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 determinar 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 último 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*





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*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 determinar los hechos probados. Pero es que no es ese el caso, puesto que el citado escrito no fue 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.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- 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*





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*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 inadmisible 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



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

**SEGUNDO.- Sobre la alegada necesidad de acreditar por parte de la CMT el incumplimiento de la resolución de 20 de julio de 2000 como causa que justifique la imposición de la sanción.**

Según entiende AIRTEL, esta Comisión no habría cumplido con su obligación de acreditar suficientemente y sin lugar a dudas la existencia del incumplimiento por su parte de la Resolución de 20 de julio de 2000, por lo tanto, concluye, que *“se puede afirmar desde ahora que la sanción impuesta por la CMT a AIRTEL se impone sin la previa acreditación del incumplimiento de la resolución de referencia, que es causa de la existencia de una infracción y, en definitiva, de la imposición de aquella sanción.”*

Frente a esta alegación ha de manifestarse que obran en el expediente sancionador una multiplicidad de actuaciones de investigación y prueba que acreditan fehacientemente la existencia del incumplimiento sancionado. Ante tal realidad, la recurrente no realiza ahora, ni ha realizado durante la instrucción del procedimiento, actividad alguna que haya resultado suficiente para desvirtuar ni el resultado de las pruebas practicadas ni la determinación de los hechos declarados probados y que han dado lugar a la declaración de responsabilidad administrativa y a la imposición de la sanción ahora impugnada.

La recurrente se limita a manifestar en apoyo de su tesis las siguientes argumentaciones:

- a) Que según su opinión la resolución de 20 de julio de 2000 no es clara y terminante, esto es, que no existe una forma unívoca de cumplirla, sino varias posibles y que AIRTEL ha efectuado, en relación con el contenido de la citada resolución, una interpretación razonable de la misma.
- b) Que al haberse recurrido la resolución ante la jurisdicción contencioso-administrativa, mientras no se determine la correcta inteligencia de la misma, no puede determinarse con rigor el tipo sancionador y, por tanto, cualquier intento de la Comisión de ejecutar sus actos supondría una vulneración del derecho a la defensa, concretamente de la presunción de inocencia garantizada por el artículo 24.2 de la Constitución.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- c) Que existe, al tiempo en que se resuelve la imposición de la sanción recurrida, una petición de suspensión de la ejecución de la Resolución de 20 de julio de 2000 pendiente de decidir ante la Audiencia Nacional.

En cuanto a la falta de claridad de la resolución incumplida; a la necesidad de realizar una interpretación de la misma y a que AIRTEL haya realizado una interpretación razonable de la misma, nuevamente estamos ante un argumento que AIRTEL ha venido alegando continuamente a lo largo del procedimiento sancionador instruido y que ya ha recibido amplia contestación en la propia Resolución ahora impugnada. En concreto, en la explicación sobre el hecho probado tercero y en el fundamento de derecho segundo (Tipificación de los hechos probados) se argumenta suficientemente sobre la inexistencia de la falta de claridad de la resolución de 20 de julio y sobre la no razonabilidad de la interpretación realizada unilateralmente por la propia AIRTEL. La recurrente lejos de aportar nuevos argumentos se limita a ignorar los vertidos de contrario por esta Comisión y a sentar unilateralmente como un hecho probado, una cuestión que no lo ha sido, como lo es la pretendida falta de claridad de la Resolución y la razonabilidad de la interpretación unilateral de la resolución realizada por ella misma.

Por lo que se refiere a la referencia a la situación litigiosa que afecta a la resolución de 20 de julio de 2000, la recurrente vuelve a dar como probados unos efectos de tal situación litigiosa que, por un lado, ya han sido negados razonadamente por la resolución ahora recurrida y que, por otro, además son objeto de alegación separada en la alegación cuarta realizada al presente recurso de reposición por AIRTEL. En todo caso, la recurrente no aclara en qué argumento se apoya para manifestar que hasta que no se pronuncie la Audiencia Nacional sobre la correcta inteligencia de la Resolución de 20 de julio de 2000, no se puede determinar con rigor el tipo sancionador. De aceptar la tesis de la recurrente se estarían vaciando de contenido los artículos 56 y 57 de la LRJPAC que establecen, respectivamente, los principios de ejecutividad y presunción de validez de los actos administrativos. Lo mismo se puede predicar de la manifestación sobre la existencia de una petición de suspensión de la ejecución de la citada Resolución pendiente de decidir ante la Audiencia Nacional. No obstante, sobre esta cuestión volveremos más adelante al contestar a la alegación cuarta.

### **TERCERO.- Sobre la situación litigiosa que afecta a la resolución de 20 de julio de 2000.**

Esta alegación es muy similar a la que, con el mismo título, la recurrente incluyó en su escrito de alegaciones a la propuesta de Resolución del Instructor



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en el procedimiento sancionador objeto del presente recurso. El fondo de la alegación ha sido ampliamente contestado mediante el fundamento de derecho octavo de la Resolución impugnada, en la que esta Comisión se reafirmaba sin lugar a dudas en la firmeza de la resolución de 20 de julio de 2000 y en la ejecutividad de la misma sin que ello tuviera como efecto inmediato y necesario la indefensión de la entidad recurrente. En concreto, la resolución impugnada manifestaba en su fundamento de derecho octavo lo siguiente:

*“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*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*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.”*

Sin perjuicio de lo anterior, en esta nueva versión de la alegación se incluyen otras consideraciones y explicaciones que deben ser contestadas.

AIRTEL viene a manifestar ahora que la razón de haber impugnado la resolución en vía contencioso-administrativa deriva del legítimo derecho a disentir del contenido de la resolución, pero de ello no puede deducirse en ningún caso que la voluntad de AIRTEL haya sido incumplir su contenido ni que efectivamente lo haya hecho. Frente a lo anterior únicamente ha de manifestarse que el hecho de que se haya impugnado por la recurrente la Resolución cuyo incumplimiento ha dado lugar al procedimiento sancionador, no ha sido tenido en cuenta por esta Comisión para determinar la concurrencia de los hechos que le han llevado a declarar a AIRTEL responsable de la infracción administrativa de constante referencia.

Por otra parte, la recurrente trata de que se aplique al presente caso lo que ella llama una “*cuestión prejudicial administrativa interna*” en aplicación analógica de lo establecido en el artículo 43 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Para ello realiza una argumentación que podríamos definir gráficamente como circular: en este sentido manifiesta que para poder determinar que ha existido el incumplimiento de la resolución de 20 de julio de



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2000, primeramente ha de estarse a lo que resuelva el Tribunal ante el que se está dilucidando la cuestión sobre la validez de la citada resolución, ya que si éste declara nula aquella, no existiría un incumplimiento sancionable y por lo tanto carecería de sentido continuar con el procedimiento sancionador. Se trataría de aplicar por esta Comisión a un procedimiento administrativo sancionador una figura jurídica que determinadas normas procedimentales de los órdenes jurisdiccionales contemplan al objeto de evitar la existencia de incongruencia entre decisiones judiciales de distintos órdenes jurisdiccionales que resuelvan asuntos relacionados entre sí.

Frente a lo anterior basta con indicar que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es, como prevé el artículo 1 de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones que la crea, una entidad de derecho público que se rige por lo dispuesto en la citada Ley; así como por la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Así, está sometida al principio de legalidad establecido en el artículo 3.1 de la citada Ley procedimental. Por tanto, teniendo en cuenta que ninguna de las normas por la que se rige esta Comisión prevén la aplicación de cuestiones prejudiciales administrativas, la aplicación de la citada cuestión iría en contra del principio de legalidad que debe presidir los actos de esta Comisión.

Distinto será que la recurrente obtenga en la vía jurisdiccional contencioso-administrativa la suspensión de la Resolución de 20 de julio de continua referencia y que en base a ello solicite la suspensión de la ejecutividad del expediente sancionador, ya sea en el presente recurso o, en su caso, en el correspondiente procedimiento contencioso-administrativo, pero en ningún caso estaríamos ante una cuestión prejudicial sino ante otra figura jurídica contemplada por la normativa procedimental tanto del orden administrativo como de la jurisdicción contencioso-administrativa como es la suspensión cautelar de la ejecutividad de los actos administrativos (cuestión sobre la que volveremos más adelante).

AIRTEL incide repetidamente en argumentos que pretenden una hipotética quiebra del derecho constitucional de presunción de inocencia y de la interdicción de la indefensión, tales como:

*“Cualquier órgano que sancione sin antes dilucidar definitivamente una cuestión prejudicial determinante de la culpabilidad o la inocencia, quebrante el derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la Constitución). Consiguientemente, sólo cuando quede establecida firme e indiscutible la validez de la resolución de 20 de julio de 2000 podrá sancionarse su incumplimiento. No puede alegarse aquí la ejecutividad de la resolución de 20 de julio de 2000, como hace la CMT, pues la*





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*ejecutividad es insuficiente cuando debe determinarse la culpabilidad o la inocencia. **La ejecutividad de los actos administrativos no puede, en ningún caso, actuar como merma o recorte del derecho constitucional a la presunción de inocencia.***

*“Por lo tanto, el procedimiento sancionador debía haberse suspendido para esperar la resolución de la Audiencia Nacional acerca de la eficacia de la resolución en la que se resolvía el conflicto de interconexión. Si no se espera hasta que la medida cautelar sea resuelta se frustra anticipadamente la efectividad de la medida cautelar instada.”*

*“Y el tomar el incumplimiento como base para un procedimiento sancionador es dar ejecución a la resolución de 20 de julio de 2000.”*

A las anteriores afirmaciones han de oponerse de contrario las siguientes manifestaciones:

La culpabilidad o la inocencia del infractor en un procedimiento sancionador se determina en el propio procedimiento sancionador. En el presente caso tal circunstancia ha quedado ampliamente determinada en el expediente sancionador instruido. No existe quiebra del principio de presunción de inocencia por el hecho de que se declare a AIRTEL responsable del incumplimiento de un acto de esta Comisión que en el momento de dictarse la Resolución que puso fin al procedimiento sancionador gozaba de la presunción de legalidad y eficacia previstos en los artículos 57 y 94 de la LRJPAC. El principio de presunción de inocencia, aplicado al procedimiento administrativo sancionador, no supone sino la obligación de la Administración de acreditar la culpabilidad del infractor y en nada afecta a la apreciación de esa culpabilidad el hecho de que el administrado discrepe bien de la constitucionalidad o de la legalidad de la norma jurídica infringida, bien, en su caso, de la legalidad del acto administrativo infringido. En este segundo supuesto, mientras no se acuerde la suspensión de la ejecutividad del acto administrativo, el mismo es de obligado cumplimiento por sus destinatarios.

Cuestión distinta es que el procedimiento sancionador se hubiera iniciado con posterioridad a haberse dictado la medida cautelar de suspensión de la Resolución de 20 de julio de 2000. En efecto, el procedimiento sancionador se incoó en su día, para corregir el incumplimiento por parte de AIRTEL de una resolución firme de esta Comisión. El hecho de que AIRTEL impugnara la citada resolución no le habilitaba directamente para incumplir la misma ni aun en el caso de haber pedido la suspensión de la misma. AIRTEL debió proceder a la ejecución voluntaria de la Resolución y mantenerse en su



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cumplimiento en tanto en cuanto no se dictara la correspondiente medida cautelar de suspensión. Como no lo hizo así, esta Comisión tuvo que ejercitar su potestad sancionadora por la comisión de una infracción tipificada en el artículo 79.15 de la LGTel por el incumplimiento de una resolución adoptada por esta Comisión en el ejercicio de sus funciones.

Nótese que esta Comisión, en contra de lo que parece manifestar AIRTEL, no ha incoado el procedimiento sancionador como una forma de dar ejecución forzosa a su Resolución de 20 de julio de 2000, esto es, no estamos ante una multa coercitiva de las tipificadas en el artículo 96.1.c) de la LRJPAC ya que no persigue la efectiva ejecución de la citada Resolución que, por otra parte, ha seguido siendo incumplida por AIRTEL, sino ante una sanción administrativa de las tipificadas en el artículo 79.15 de la LGTel que sanciona la negativa a acatar las resoluciones dictadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones. Ha de tenerse en cuenta que la imposición de la sanción no obliga necesariamente a AIRTEL al cumplimiento de la Resolución de 20 de julio de 2000 ni influye en la posición del otro operador implicado en el conflicto de interconexión.

Finalmente, la recurrente manifiesta en esta alegación lo siguiente:

*“La alegación de caducidad del procedimiento no es causa que justifique la imposición de la sanción, aun cuando suponga una vulneración de principios constitucionales”*

Frente a esta alegación volvemos a reiterarnos en que la Resolución objeto del presente recurso no ha vulnerado ningún principio constitucional. Por ello debemos concluir que no es cierto que la resolución sancionadora alegue la posible caducidad del procedimiento como argumento para la imposición de la sanción sino que se refiere a ella como uno de los motivos por los que no se puede acceder a la pretendida suspensión del procedimiento sancionador solicitada por AIRTEL en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución del Instructor. Por lo demás, debe insistirse en que ninguno de los motivos de suspensión del procedimiento sancionador invocados por AIRTEL en su recurso de reposición pueden configurarse como tales, en la medida en que la aplicación de cualquiera de ellos supondría cercenar, al menos parcialmente, la ejecutividad de la que, en garantía de los intereses públicos que está obligada a salvaguardar, dota nuestro ordenamiento a los actos de las Administraciones Públicas.

**CUARTO.- Sobre la alegación relativa a que AIRTEL ha cumplido la resolución de 20 de julio de 2000, dando una interpretación razonable a la misma.**



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En esta alegación, la recurrente reproduce íntegramente la alegación tercera de su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución del Instructor del expediente sancionador, por lo que nuevamente nos tenemos que remitir a lo ya contestado en la Resolución impugnada con respecto a la citada alegación.

Así en el hecho probado tercero de la Resolución impugnada, se manifestaba lo siguiente:

*“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*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*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*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*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*





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*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.”*

Por otra parte, en el fundamento de derecho segundo de la Resolución impugnada volvía esta Comisión a referirse a la inexistencia del cumplimiento de la Resolución de 20 de julio de 2000 por parte de AIRTEL, al manifestar lo siguiente:

*“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.*





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*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.*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*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*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*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*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*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.”*

No obstante lo anterior, a continuación se procede a dar contestación a las nuevas consideraciones que han sido introducidas en esta alegación en



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

apoyo de las tesis que AIRTEL mantiene con respecto a la afirmación sobre la razonabilidad de la actuación de la citada entidad.

En el primer párrafo de esta alegación se da por probado la afirmación de AIRTEL de que la Resolución de 20 de julio necesitaba de una determinación de las obligaciones que la misma establecía con relación a AIRTEL. Frente a este razonamiento, en el que se sustenta la argumentación de esta alegación, basta con volver a señalar que en el expediente sancionador ha quedado aclarado suficientemente que la Resolución incumplida establecía de forma determinante las obligaciones que se imponían a AIRTEL con respecto a los precios de interconexión que debía ofrecer a RSLCom. Lo anterior no fue desvirtuado por la recurrente durante la tramitación del expediente sancionador, por lo que no puede ahora iniciar esta alegación dando por probada tal circunstancia.

Como novedad, AIRTEL recurre a comparar un cuadro de precios incluido en la propuesta de resolución de 20 de junio de 2000 en el que se introducía un apartado en el que se manifestaba expresamente que el coste del establecimiento de llamada era de cero pesetas, con el cuadro de precios incluido en la Resolución de 20 de julio en el que no se hacía ninguna referencia al coste de establecimiento de llamada y, de tal circunstancia, la recurrente dice haber entendido que esta Comisión reconoció la existencia de unos costes de establecimiento de llamada que debían ser remunerados mediante un concepto específico en la tarifa. Frente a tal argumentación no podemos por menos que remitirnos a lo manifestado en la Resolución recurrida en cuanto a que la Resolución de 20 de julio de 2000 fue explícita al no admitir la inclusión en el precio de interconexión fijado de un coste por el establecimiento de llamada. Pero, no obstante lo anterior, basta ahora con indicar que si esta Comisión hubiera entendido que procedía introducir un precio por el establecimiento de llamada, siendo congruente con su argumentación en el sentido de que para el establecimiento de tal concepto era necesario que AIRTEL justificara la existencia de tal coste y su cuantificación, lejos de eliminar la referencia a coste por establecimiento de llamada, lo habría contemplado expresamente incluyendo la cuantía del mismo. No lo hizo así porque, ratificándose en su propuesta anterior, entendió que el mismo debía ser de cero pesetas tanto en horario normal como en horario reducido.

La recurrente manifiesta, como recapitulación de la presente alegación, lo siguiente:

*“11.De lo anterior resulta que AIRTEL ha actuado en el claro convencimiento de que, sin estar obligada a orientar los precios de interconexión a costes, podía fijar éstos libremente, respetando los principios de proporcionalidad, objetividad, transparencia y no*





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*discriminación, debiendo ser interpretados estos dos últimos principios tal y como se ha expresado anteriormente.*

*Esta convicción, junto con las numerosas ocasiones en las que en la resolución de 20 de julio de 2000 se reconoce la existencia de costes derivados del establecimiento de llamada, han llevado a mi representada a considerar que en ésta se establecía una nueva estructura de precios de interconexión y que no tenía obligación alguna de orientar sus precios de interconexión a costes, como ahora pretende la Comisión en su resolución sancionadora.”*

Frente a lo anterior hemos de manifestar que la Resolución que puso fin al procedimiento sancionador de ningún modo pretende que AIRTEL oriente sus precios de interconexión a costes como interesadamente argumenta la recurrente; la resolución ahora impugnada tuvo, como no podía ser de otra forma, como única finalidad la de corregir el incumplimiento por parte de la citada entidad de la Resolución de 20 de julio de 2000 que resolvió un conflicto de interconexión suscitado entre la Recurrente y RSLCom.

En atención a todo lo anterior, procede desestimar la alegación de AIRTEL sobre el efectivo cumplimiento por ella de la Resolución de 20 de julio de 2000 o de la interpretación razonable que dice haber hecho de la misma.

### **QUINTO.- Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad a la calificación de la infracción y/o a la cuantificación de la sanción impuesta.**

La Resolución recurrida ha aplicado el principio de proporcionalidad en la cuantificación de la sanción aplicable a la infracción cometida por AIRTEL y lo ha hecho teniendo en cuenta tanto las circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora constatadas en el procedimiento sancionador, como las reglas establecidas en la Ley General de Telecomunicaciones y en la propia LRJPAC, que permiten la fijación de la cuantía de las sanciones a imponer por esta Comisión en el ejercicio de su potestad sancionadora. Todo ello ha sido suficientemente argumentado en la Resolución recurrida, sin que la recurrente aporte nuevos argumentos acompañados de la pertinente justificación de los mismos que lo desvirtúen, sino que, nuevamente, AIRTEL se limita a repetir, casi íntegramente, la misma argumentación ya manifestada sobre la misma cuestión en su alegación cuarta de su escrito de alegaciones a la propuesta de Resolución del Instructor del expediente sancionador de continua referencia, por lo que a continuación se da contestación a las manifestaciones que introducen algún elemento nuevo de contradicción.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En primer lugar, manifiesta AIRTEL que, en aplicación correcta del principio de proporcionalidad, esta Comisión debería *“calificar los hechos como mera infracción leve, pues no ha existido una verdadera rebeldía al cumplimiento, que es lo que sin duda requiere el tipo infractor del artículo 79.15 de la LGTel para hablar de infracción administrativa muy grave”*. Confunde en este punto la recurrente el sentido y alcance del principio de proporcionalidad. Este principio exige al órgano sancionador valorar las circunstancias concurrentes en la conducta del infractor para fijar la sanción adecuada al tipo infractor, dentro del máximo y el mínimo fijado por la norma. Lo que en modo alguno permite el principio de proporcionalidad es modificar la calificación de la infracción, pues ello supondría una infracción del principio de tipicidad, manifestación del principio de legalidad. En el caso que nos ocupa, el incumplimiento de las resoluciones de esta Comisión se configura en la Ley General como infracción muy grave de tal forma que, en aplicación de los criterios de graduación establecidos en la citada Ley y en la de Procedimiento Administrativo Común, esta Comisión podrá imponer una sanción inferior o superior, dentro de los límites legales, pero nunca calificar la conducta como infracción leve. Finalmente, y en contra de lo manifestado por AIRTEL, la apreciación de la comisión de una infracción muy grave no exige un plus de “rebeldía al cumplimiento”; ese elemento intencional servirá para graduar la cuantía de la sanción, pero en modo alguno puede considerarse que constituya un elemento subjetivo del tipo infractor.

En segundo lugar, manifiesta AIRTEL sus dudas sobre la constitucionalidad de las reglas del artículo 82.1 sobre fijación de la cuantía de las sanciones por infracciones muy graves, cuestión esta cuya valoración escapa de las competencias de esta Comisión.

Por otra parte, la recurrente vuelve a reiterarse en su manifestación relativa a que no puede admitir ninguna de las dos circunstancias que esta Comisión ha calificado como agravantes:

- La intencionalidad en la comisión de la infracción.
- La repercusión social de la infracción.

Por lo que se refiere a la intencionalidad, en el presente recurso, AIRTEL amplía la explicación en la que se fundamentaba su anterior alegación en el mismo sentido, esto es, que según ella, en el expediente sancionador no se ha probado más allá de toda duda razonable la existencia de intencionalidad en la comisión de la infracción y que la Resolución del expediente sancionador se limita a realizar la siguiente escueta referencia *“La intencionalidad demostrada en la comisión de la infracción (Art. 131.3 de la LRJPAC”*. Olvida la recurrente que en el expediente sancionador se han realizado un buen número de actividades probatorias que han sido exhaustivamente analizadas en la propia



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

resolución recurrida, incluidas varias que versaban sobre la intencionalidad de la entidad infractora.

El argumento que utiliza ahora la recurrente es el siguiente:

En primer lugar considera acreditada la inexistencia del incumplimiento que esta Comisión ha considerado probado (esto es el incumplimiento de la Resolución de 20 de julio de 2000), ya que insiste en que AIRTEL ha interpretado legítimamente la forma en la que se debía dar cumplimiento a la citada resolución, cuestión ésta que ha quedado ya suficientemente rebatida tanto en la resolución que puso fin al expediente sancionador como en la presente resolución por lo que debe desestimarse de plano. Por la misma razón debe desestimarse el aserto de la recurrente en el sentido de que el fundamento de derecho segundo de la Resolución impugnada determine sin probarlo (sin más dice la recurrente) que se haya acreditado la manifiesta falta de voluntad de AIRTEL para firmar el acuerdo en los estrictos términos establecido en la resolución.

Por otra parte, la recurrente trata de hacer llegar a esta Comisión a la conclusión de que no ha existido un incumplimiento frontal de la Resolución de 20 de julio de 2000 sino un simple apartamiento de la misma realizado con buena fe (cuestiones estas que, debemos repetir una vez más, han quedado rechazadas por las pruebas practicadas en el expediente sancionador) y que esta Comisión, para utilizar las propias palabras de la recurrente *“dolida por lo que ella considera que es un apartamiento del particular de lo por ella resuelto, reacciona con un rigor, a todas luces excesivo, e infringe a AIRTEL un daño gravísimo, al imponerle una multa sin precedentes en la historia de la CMT”* y continúa manifestando *“se reitera que parece que con esta multa se pretende dar ejemplo y se relega a un segundo término la ponderación adecuada de los hechos acaecidos, utilizándose la conducta de AIRTEL para generar un precedente en materia de acuerdos de interconexión y no se la califica con arreglo a lo que, rigurosamente en derecho procede.”*

Las anteriores afirmaciones deben ser rechazadas. En primer lugar, porque el incumplimiento por parte de AIRTEL de la Resolución de 20 de julio de 2000 que ha resultado plenamente probado en el expediente sancionador de referencia, no es un incumplimiento por el simple apartamiento del particular de lo resuelto por esta Comisión sino de un apartamiento total consistente en el no acatamiento de unos precios de interconexión inequívocamente fijados por la Resolución incumplida. En segundo lugar porque AIRTEL no acredita el porqué el rigor manifestado por esta Comisión en la imposición de la sanción es excesivo; esta Comisión ha actuado con el rigor que debe actuar en el ejercicio de todas y cada una de sus funciones. En tercer lugar, porque si bien es cierto que hasta la fecha, la sanción económica impuesta es la mayor de las



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que ha impuesto la CMT, ello no es sino consecuencia de la adecuada aplicación del principio de proporcionalidad, que exige atender a las circunstancias concretas concurrentes en cada procedimiento, que son las que han de determinar la cuantía de la sanción. Finalmente, porque en la Resolución recurrida no se encuentra ninguna referencia al pretendido efecto ejemplificador que interesadamente ve AIRTEL en la Resolución impugnada.

No acredita por tanto la recurrente que no haya existido la circunstancia de intencionalidad apreciada en la resolución impugnada.

Por lo que se refiere a la existencia de la agravante de la repercusión social de la infracción la recurrente no ha aportado ningún argumento nuevo a los ya manifestados en su anterior escrito de alegaciones. A este respecto, ha de reiterarse que varios operadores solicitaron a AIRTEL la aplicación de las mismas condiciones fijadas en la resolución de esta Comisión respecto de RSLCOM y, si bien es cierto que AIRTEL se negó a tal aplicación y que ninguno de tales operadores planteó conflicto, ello no puede interpretarse (como hace AIRTEL, sin acreditarlo) en el sentido de que los citados operadores aceptaran las condiciones impuestas por AIRTEL. La aplicación del principio de no discriminación en las condiciones de interconexión se refiere a condiciones efectivamente aplicadas, por lo que la decisión de los operadores de no plantear formalmente conflicto contra AIRTEL deriva más bien de la falta de aplicación por ésta de los precios de interconexión fijados por la resolución de esta Comisión.

El resto de los motivos de impugnación contenidos en esta alegación son similares a los ya contemplados en su anterior escrito de alegaciones a la propuesta de resolución del Instructor del procedimiento sancionador y ya fueron tenidos en cuenta por esta Comisión en la Resolución recurrida, por lo que no es necesario volver ahora sobre los mismos.

Por todo cuanto antecede, debemos concluir que no ha existido quiebra del principio de proporcionalidad en la calificación de la infracción ni en la graduación de la sanción impuesta en la Resolución objeto del presente recurso de reposición.

**SEXTO.- Sobre la alegación consistente en que RSLCom ha aceptado expresamente una propuesta de acuerdo de interconexión de Airtel con la estructura de primer minuto+segundos, con fecha 23 de marzo de 2001.**

Esta alegación amplía la alegación que sobre la misma cuestión planteó la recurrente en su anterior escrito de alegaciones a la propuesta de resolución del Instructor.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Airtel manifiesta que tras haberse dictado y publicado la resolución sancionadora, RSLCom ha consultado a esta Comisión sobre si es posible acordar condiciones distintas de las impuesta en la parte dispositiva de la resolución de 20 de julio de 2000 en un nuevo acuerdo general de interconexión que ambas entidades están negociando y que la CMT le ha contestado afirmativamente en el sentido de que lo anterior es posible al amparo del principio de autonomía de la voluntad que permite cambiar el contenido del acuerdo y de las propias cláusulas del acuerdo de interconexión vigente que prevén su modificación.

De lo anterior, la recurrente deduce las siguientes consecuencias:

- a) Que no procede la imposición de una sanción sobre un supuesto incumplimiento de una resolución de un conflicto de interconexión, cuando dicha resolución ha dejado de tener vigencia entre las partes afectadas.

En defensa de esta alegación, la recurrente vuelve a incidir en su teoría del carácter “cuasi-arbitral” de la potestad de intervención de la CMT en conflictos de interconexión. Sobre la cuestión relativa a la naturaleza de función pública y no cuasi-arbitral que tienen los actos de esta Comisión cuando interviene en la resolución de conflictos en materia de interconexión de redes públicas de telecomunicaciones ya se pronunció la propia resolución ahora impugnada en su fundamento de derecho primero en el que se decía:

*“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 las instrucciones dictadas para salvaguardar la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de los acuerdos y resoluciones que adopte en ejecución de las funciones públicas que se le atribuyen; así como por el incumplimiento de los requerimientos de información formulados por la Comisión en el ejercicio de sus funciones. 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”.*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por lo que respecta a la afirmación sobre la no procedencia de la imposición de la sanción porque supuestamente la resolución incumplida haya perdido su vigencia, únicamente es necesario indicar que, al menos durante el tiempo que medió entre la Resolución de 20 de julio de 2000 y el nuevo acuerdo de interconexión entre Airtel y RSLCom, la citada resolución mantuvo su vigencia y los precios en ella determinados eran los que debieron ser aplicados por Airtel y que los hechos constitutivos del ilícito administrativo sancionado ocurrieron precisamente en ese período de tiempo, por lo que carece de toda razonabilidad la presente alegación.

A este respecto, la citada resolución de 5 de abril, que resuelve la consulta planteada por RSLCOM, afirma lo siguiente:

*“En efecto, la resolución de esta Comisión de 20 de julio de 2000 se dictó en el ejercicio de la competencia establecida en el artículo 25 de la Ley General de Telecomunicaciones sobre resolución de conflictos (desarrollado en el artículo 2.6, párrafo primero del Reglamento de Interconexión): existía voluntad de establecer interconexión pero existían diferencias respecto a parte del contenido del Acuerdo, limitándose la CMT a completar la declaración de voluntad de las partes. En este supuesto la justificación de su intervención no es, obviamente, la necesidad de cambiar el contenido del acuerdo, sino de que dicho acuerdo exista. La CMT decide respetando una serie de principios generales, pero lo importante de su intervención está en evitar las consecuencias negativas para una o ambas partes que implica el retraso en la negociación del contenido y, por lo tanto, en la interconexión.*

*Ahora bien, dado que la Comisión sólo suple la voluntad de las partes en aquellos aspectos en los que las mismas no han llegado a un acuerdo, en el momento de dictarse la resolución de esta Comisión, el acuerdo de Interconexión se perfecciona y es obligatorio y vinculante para ambas partes en todos sus extremos (los previamente acordados y los fijados por la Comisión) y surge para las mismas la obligación de formalizar el mencionado acuerdo. La negativa de alguna de las partes a cumplir el acuerdo de interconexión ya perfecto o a formalizarlo constituirá un incumplimiento de la resolución de esta Comisión y no afectará a la vigencia del mismo.*

*Cosa distinta es que, con posterioridad al acuerdo perfeccionado como consecuencia de la intervención de la CMT, cuyo inmediato cumplimiento es exigible por cualquiera de las partes, éstas decidan voluntariamente cambiar ese contenido, amparándose en las cláusulas del propio acuerdo de interconexión que prevén su modificación o en las condiciones que de común acuerdo puedan pactar”.*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- b) Que en todo caso se ha producido no un incumplimiento total de la Resolución de 20 de julio de 2000 sino un incumplimiento tardío de la misma, por lo que la infracción no debió calificarse como muy grave sino como infracción leve, con arreglo a lo establecido en el artículo 81.5 de la Ley 11/1998.

Además de reiterar lo antes expuesto respecto a la imposibilidad de alterar la calificación de la infracción, no puede aceptarse esta alegación de AIRTEL por cuanto que la misma no ha cumplido con lo establecido en la citada resolución ni siquiera tardíamente. No puede reputarse cumplimiento tardío de la citada resolución la suscripción de un acuerdo posterior a la imposición de la sanción que modifica los precios de interconexión fijados en la resolución incumplida.

### **SÉPTIMO.- Sobre la solicitud de suspensión de la ejecución del acto impugnado.**

Mediante otrosí digo y al amparo de lo establecido en el artículo 111.4, párrafo tercero de la LRJPAC, la recurrente solicita la suspensión de la ejecución de la sanción impuesta con expresa solicitud de extensión de los efectos de la suspensión a la vía contencioso-administrativa.

Fundamenta su solicitud de suspensión en las siguientes consideraciones:

- a) Las derivadas del derecho de presunción de inocencia, por cuanto que, según la recurrente, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada vertida a este respecto tanto por el Tribunal Constitucional como por los tribunales ordinarios y en aplicación analógica de determinadas normas de derecho tributario, sólo pueden ejecutarse las sanciones administrativas cuando éstas adquieran firmeza.
- b) Las derivadas de la jurisprudencia constitucional y ordinaria acerca del derecho a la tutela cautelar, expuestas en el motivo cuarto del propio escrito de recurso, por cuanto que la resolución de la que trae causa el expediente sancionador se halla recurrida ante la Audiencia Nacional e incluso se tiene solicitado ante el citado Tribunal la suspensión de la ejecutividad de dicha resolución.
- c) Los importantes daños y perjuicios que resultarían para la empresa sancionada el pago inmediato de la sanción, teniendo en cuenta su enorme impacto en relación con los importantes planes de inversión precisos para desarrollar las nuevas tecnologías en telefónica móvil (GPRS y UMTS), asumidas en virtud de contratos celebrados con el Estado que no podrían





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ser atendidas si se detrae del patrimonio de Airtel los 700 millones a los que asciende la sanción.

- d) Los importantes daños y perjuicios que resultaría para Airtel, teniendo en cuenta el enorme impacto del pago inmediato de 700 millones de pesetas sobre las cuentas y planes de inversión de la empresa, siendo éste, a su juicio, un aspecto absolutamente crucial en un sistema de financiación de empresas como es el contemporáneo, basado en el crédito o imagen de la empresa frente a un público inversor.

Al objeto de contestar a la solicitud de suspensión, procede analizar el artículo 111 de la LRJPAC que establece lo siguiente:

*“1. La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.*

*1. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:*

- a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.*
- b) Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de esta Ley.*

*...”*

De conformidad con lo anterior, para acceder a la suspensión solicitada sería necesario que, cumpliéndose alguna de las circunstancias arriba indicadas, esta Comisión analizara de forma ponderada el posible perjuicio que la ejecución inmediata del acto podría causar a la entidad recurrente frente a los perjuicios que la suspensión podría acarrear para el interés público o para terceros y entendiera de mayor entidad el perjuicio que se podría ocasionar a AIRTEL en caso de no acceder a la suspensión solicitada.

Por lo que se refiere a la concurrencia de alguna de las circunstancias indicadas cabe decir que al menos una de las circunstancias (la señalada con la letra “b”), concurre en el presente caso ya que la recurrente fundamenta el



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

recurso en causas de nulidad de pleno derecho previstas en el citado artículo 62.1 de la LRJPAC.

En atención a lo anterior procede analizar si al ponderar los perjuicios que se podrían causar al interés público o a terceros frente al perjuicio que se pudieran causar a la recurrente resulta la procedencia de acceder a la suspensión solicitada.

En cuanto al primer motivo en el que fundamenta su solicitud de suspensión, esto es el derivado del derecho de presunción de inocencia, debe ser rechazado por cuanto que, por un lado, el derecho de presunción de inocencia ha sido observado escrupulosamente por esta Comisión a lo largo de todo el procedimiento sancionador; por otro, la resolución que ha puesto fin al citado procedimiento sancionador pone fin a la vía administrativa y por lo tanto es firme, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.º de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones y, finalmente, este no es uno de los motivos en los que se puede fundar la suspensión, de conformidad con lo previsto en el citado artículo 111 de la LRJPAC.

En cuanto al segundo motivo, debemos reiterar que tampoco es uno de los motivos previstos para acceder a la suspensión en el citado precepto de la Ley procedimental y que, por otro lado, como ya ha quedado acreditado al contestar la alegación cuarta del recurso, la litispendencia de la resolución de 20 de julio de 2000 no puede ser causa de suspensión de los efectos del procedimiento sancionador objeto del presente recurso.

Por lo que se refiere a la aplicación al presente caso de la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en la Sentencia 78/96 y posteriormente confirmada en la Sentencia 199/88 hemos de indicar su inaplicabilidad al presente procedimiento ya que la misma se refiere a casos en los que se estaría ejecutando un acto administrativo cuya suspensión se había solicitado ya en la vía contencioso-administrativa, mientras que en el presente caso no se ha solicitado todavía tal suspensión del acto impugnado en la vía contenciosa sino la suspensión de la resolución de 20 de julio de 2000, suspensión que, como ya indicamos anteriormente, impediría incoar otros procedimientos sancionadores por incumplimiento de la citada resolución desde el momento en el que la suspensión se produjera, pero no afectaría a los incoados por incumplimientos acaecidos con anterioridad a la suspensión.

Por otra parte, según determina la propia doctrina alegada por la recurrente, el Tribunal Constitucional condiciona la aplicación de dicha doctrina a que la no suspensión del acto solicitada impida efectivamente la tutela judicial o implique la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

protección se pretende o prejuzgan irreparablemente la decisión firme del proceso. Así la Sentencia 78/1996, de 20 de mayo dice en su fundamento 3º: *“...Si pues, hemos declarado que la tutela se satisface así, es lógico entender que mientras se toma aquella decisión no pueda impedirse ejecutando el acto, con lo cual la Administración se habría convertido en Juez. Los obstáculos insalvables a esta fiscalización lesionan, por tanto, el derecho a la tutela judicial y justifican que, desde el artículo 24.1 de la CE, se reinterpreten los preceptos, aplicable como también dijimos en la STC 66/1984/. “por ello hemos declarado la inconstitucionalidad de las normas que impiden radicalmente suspender la ejecutividad de las decisiones de la Administración (SSTC 238/1992 y 115/1987, F 4º), que los defectos o errores cometidos en incidentes cautelares del procedimiento son relevantes desde la perspectiva del artículo 24.1 CE si imposibilitan la efectividad de la tutela judicial, implican la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende o prejuzga irreparablemente la decisión firme del proceso (STC 237/1991) y, en fin, que el derecho a la tutela se satisface facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste resuelva sobre la suspensión (STC 148/1993, F 4º)” (el subrayado es nuestro). Pues bien en el presente caso no se acredita que sea necesaria la suspensión del acto en vía administrativa al objeto de evitar que se produzca la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende o prejuzga irreparablemente la decisión firme del proceso contencioso-administrativo que en su día se inste contra la resolución del procedimiento sancionador.*

Por lo que se refiere a los supuestos e importantes daños y perjuicios que alega la recurrente en las consideraciones señaladas con las letras c y d, cabe manifestar lo siguiente:

En apoyo del motivo de suspensión señalado con la letra “c” Y en parecido términos en la letra “d”), la recurrente aporta un informe, al parecer elaborado por ella misma, titulado *“Informe confidencial sobre el impacto del pago inmediato de una sanción de 700 Mptas.”*

El citado informe, según se manifiesta en el mismo, tiene por objeto evaluar el impacto que el eventual desembolso de 700 millones de pesetas tendría sobre Airtel Móvil, S.A., y, más concretamente, sobre los planes de inversiones necesarios para el desarrollo de la Sociedad de la Información. Para ello realiza el análisis del impacto del desembolso de la sanción en comparación con algunas de las magnitudes que caracterizan la apuesta de AIRTEL por el desarrollo de las obligaciones a que se comprometió al resultar adjudicataria de las licencias GSM, DCS y UMTS y más concretamente sobre el desarrollo de GPRS y UMTS.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Consecuentemente, el informe evalúa el impacto del pago de los 700 millones de pesetas sobre las siguientes circunstancias:

- a) La implantación de las Estaciones Base bajo estándar UMTS.
- b) La creación de empleo.
- c) Otros perjuicios.

Según la recurrente, como consecuencia de la Licencia UMTS, AIRTEL viene obligada, entre otros compromisos, a tener un número determinado de Estaciones Base de Radio operativas a fecha 1 de agosto (nótese que no hace referencia alguna a la moratoria concedida por la Administración para la puesta en funcionamiento efectiva del servicio). AIRTEL hace una comparativa del coste de instalación de esas estaciones base con relación al importe de la sanción impuesta..

Por lo que respecta a la creación de empleo, se limita a indicar que Airtel viene obligada a la creación de más de 1.200 puestos de trabajo a lo largo de 2001 y los dos años posteriores y que este compromiso se encuentra avalado ante la Administración, calculando los puestos de trabajo que dejarían de crearse de procederse al abono de la sanción.

Finalmente en lo que se refiere a lo que Airtel llama “otros perjuicios” se limita a indicar que el desembolso de 700 millones no previstos en las previsiones de necesidad de tesorería le obligará a acudir en condiciones desfavorables de negociación a los mercados financieros; asimismo vuelve a incidir en que la falta de esos 700 millones puede tener como consecuencia poner en riesgo sus compromisos derivados de la Licencias UMTS.

Sin embargo, tales alegaciones constituyen simples manifestaciones de la recurrente que en ningún modo han sido debidamente acreditadas con justificación documental, debidamente asentada en datos contables, económicos o relacionados con compromisos adquiridos fehacientemente con la Administración.

Finalmente, resulta difícilmente sostenible como hipótesis verosímil que por el pago de la sanción impuesta, en el importe determinado por esta Comisión, pueda llegar a paralizarse o ponerse en peligro nada menos que la inversión comprometida en el despliegue de una red como la de UMTS.

Debemos considerar, por lo tanto que no han quedado acreditados los perjuicios alegados por la recurrente como consecuencia directa de la ejecución del acto impugnado y menos aun que los mismos sean de entidad superior a los perjuicios que se pudieran causar al interés público o de terceros.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A este respecto debemos tener en cuenta que es doctrina jurisprudencial reiterada del Tribunal Supremo *“que no basta alegar la irreparabilidad o la dificultad de la reparación para acordar la suspensión, sino que es preciso acreditarlo, lo que implica necesariamente una valoración de la prueba por parte del Tribunal “a quo” (Auto del TS de 1-12-1997RJ 19979078).*

Frente a la falta de acreditación de la irreparabilidad del daño, se opone el interés público que en este caso se concreta en la exigencia de que las resoluciones de esta Comisión, dictadas en salvaguarda de la competencia, sean cumplidas por los agentes que operan en el mercado, sin perjuicio del derecho a los recursos judiciales que procedan.

En una situación de apertura de los mercados a la competencia resulta de vital importancia el que no se consoliden situaciones anticompetitivas que distorsionen el mercado o creen dificultades insalvables a las empresas que pretenden entrar en él, con perjuicio al final sobre el conjunto de los consumidores. Por esta razón, el legislador ha calificado como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones de la CMT.

Esta especial gravedad, considerada por el legislador, no puede ser rebajada mediante la suspensión de la ejecución de la sanción impuesta, salvo que se hubieran acreditado perjuicios irreparables que en le presente caso, como se ha señalado, no han resultado probados.

Procede por lo tanto, desestimar la solicitud de suspensión del acto impugnado.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

### RESUELVE

**Primero.** Desestimar el recurso de reposición interpuesto por D. Jesús Martínez Guillen, en nombre y representación de la entidad “AIRTEL MÓVIL, S.A.” contra la Resolución de esta Comisión de fecha 5 de abril de 2001, que puso fin al expediente sancionador AJ 2000/3222-3497, incoado a la citada entidad por Acuerdo del Consejo de esta Comisión de 26 de octubre de 2000, Resolución que se confirma en sus propios términos.

**Segundo.** Denegar la suspensión del acto impugnado solicitada por la entidad recurrente por medio de OTROSÍ incluido en su escrito de interposición de recurso.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

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

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

José M<sup>a</sup> Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes