



IGNACIO REDONDO ANDREU, 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 número 25/09 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 29 de julio de 2009, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con la tramitación del procedimiento número RO 2010/1334, se aprueba la siguiente

Resolución por la que se acuerda la apertura de un procedimiento sancionador contra Telefónica de España, S.A. por el presunto incumplimiento de la Resolución de fecha 23 de noviembre de 2005, por la que se modifica la Oferta de Interconexión de Referencia

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Entrada de denuncia de NALAN TELECOMUNICACIONES, S.L.U.

Con fecha 19 de febrero de 2010, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de NALAN TELECOMUNICACIONES, S.L. (en adelante, Nalan) mediante el cual planteaba conflicto de interconexión contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, Telefónica) ante la demora injustificada en la formalización de un Acuerdo General de Interconexión (en adelante, AGI) así como en la constitución de un nuevo Punto de Interconexión (PdI).

Tras el inicio del correspondiente expediente y en sus alegaciones al trámite de audiencia, Telefónica justifica la demora en la formalización del AGI con Nalan en base a la no razonabilidad de la solicitud planteada por dicho operador ya que, a su juicio, presenta un importante riesgo de morosidad e impagos. Según Telefónica la prestación a este operador de los servicios de interconexión solicitados le podría situar en una situación de riesgo financiero.

Dado lo anterior, Telefónica manifiesta que únicamente considera razonable ofrecer a Nalan los servicios solicitados si el operador le garantiza debidamente el pago de los mismos. En concreto, Telefónica solicita a Nalan las siguientes garantías de pago: **[CONFIDENCIAL]**, en caso de constituir un aval, o de **[CONFIDENCIAL]** en caso de preferir un prepago mensual.



SEGUNDO.- Entrada de denuncia de OVH HISPANO, S.L.

Con fecha 22 de abril de 2010, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de la entidad OVH HISPANO, S.L. (en adelante, OVH) mediante el cual pone en conocimiento de esta Comisión que Telefónica le ha solicitado la constitución previa de un aval o, alternativamente, el establecimiento de un prepago, para la conclusión de un AGI que permita a OVH la interconexión con la red de Telefónica.

En concreto, OVH manifiesta que Telefónica les solicitó para la finalización del AGI un aval que estimaron en **[CONFIDENCIAL]**, revisable en función del tráfico que fueran a cursar.

No obstante, con fecha 19 de abril de 2010, y sin haberse hecho efectiva la interconexión, Telefónica se puso nuevamente en contacto con OVH por vía telefónica indicando que, analizado el tráfico estimado, para la ejecución efectiva del AGI era necesaria la constitución de un aval de **[CONFIDENCIAL]**, o bien la realización de un prepago mensual de **[CONFIDENCIAL]**.

En sus alegaciones Telefónica reconoce haber solicitado los citados avales. Asimismo indica que los mismos han sido calculados de conformidad con el procedimiento comunicado a esta Comisión con fecha 5 de mayo descrito a continuación.

TERCERO.- Solicitud de Telefónica de España, S.A.U. de modificación de los mecanismos de aseguramiento de pago contenidos en las diferentes ofertas mayoristas.

Con fecha 5 de mayo de 2010, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de Telefónica por el que solicita la modificación de los mecanismos de aseguramiento de pago actualmente existentes en todas las Ofertas Mayoristas.

Entre otras cuestiones, Telefónica plantea su disconformidad con el sistema de aseguramiento de pagos que existe en la actualidad para las solicitudes de acceso de nuevos operadores. Por ello, solicita que se permita a Telefónica desarrollar un procedimiento de evaluación de riesgos basado en parámetros económicos y financieros que puedan medir el riesgo de contratar con nuevos operadores, y en función del riesgo que resulte proceder a la solicitud de garantías económicas.

El citado expediente esta siendo tramitado en la actualidad por esta Comisión.

CUARTO.- Entrada de denuncia de Sur Making Off, S.L.

Con fecha 29 de junio de 2010, la entidad Sur Making Off, S.L. (en adelante, SMO) presenta un conflicto de interconexión contra Telefónica y solicita la intervención inmediata de la Comisión al objeto de que se exija a Telefónica la apertura efectiva de la interconexión entre las redes de ambas entidades en cumplimiento de la OIR.

Según manifiesta SMO, a finales de abril de 2009 esa entidad formuló la correspondiente solicitud de interconexión a Telefónica. Sin embargo, y hasta el



momento, según SMO, el procedimiento de interconexión no ha sido cerrado y está siendo bloqueado indebidamente por Telefónica por cuanto esta última exige a SMO la constitución de una garantía de pago, mediante aval bancario o mediante prepago, de forma completamente injustificada y sin respetar las disposiciones legales aplicables.

En concreto Telefónica solicita a SMO, por medio de correo electrónico remitido con fecha 5 de octubre de 2009, la constitución de un aval bancario de **[CONFIDENCIAL]** revisable en función de los tráficos que SMO genere.

Con fecha 16 de abril de 2010 Telefónica remite nuevo correo electrónico a SMO donde se modifican las cantidades a garantizar sobre la base de las estimaciones de tráfico de SMO. En concreto, Telefónica requiere a SMO o bien un prepago de **[CONFIDENCIAL]** o un aval de **[CONFIDENCIAL]**.

A este respecto, con fecha 29 de julio de 2010, el Consejo de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha dictado una medida cautelar en cuyo Resuelve se establece lo siguiente:

“PRIMERO.- Adoptar la medida cautelar consistente en obligar a Telefónica de España, S.A.U., en el plazo de 5 días, a proceder a la apertura efectiva e inmediata de la interconexión de su red con la de Sur Making Off, S.L.

SEGUNDO.- Si transcurridos cinco días laborables, desde la notificación de la presente Resolución, Telefónica de España, S.A.U. no hubiese cumplido lo dispuesto en el Resuelve Primero, se impondrá a Telefónica de España, S.A.U. una multa coercitiva de 10.000 euros diarios al objeto de asegurar el cumplimiento de las obligaciones impuestas en dicho Resuelve”.

A los anteriores Antecedentes de Hecho les son de aplicación los siguientes

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 48.3 j) y 50.7 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el ejercicio de la potestad sancionadora por el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por esta Comisión en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes.

El artículo 11 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, aplicable a los procedimientos sancionadores tramitados por esta Comisión, conforme a lo dispuesto por el artículo 58 y Disposición Transitoria primera, apartado 10, de la LGTel, señala que:



«1. Los procedimientos sancionadores se iniciarán siempre de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia.

A efectos del presente Reglamento, se entiende por: (...)

a) Propia iniciativa: La actuación derivada del conocimiento directo o indirecto de las conductas o hechos susceptibles de constituir infracción por el órgano que tiene atribuida la competencia de iniciación, bien ocasionalmente o por tener la condición de autoridad pública o atribuidas funciones de inspección, averiguación o investigación.»

De conformidad con los anteriores preceptos, compete a esta Comisión conocer, y en su caso sancionar, sobre el presunto incumplimiento por parte de Telefónica de la Resolución de 23 de noviembre de 2005 por la que se aprueba la modificación de la Oferta de Referencia de Telefónica de España, S.A.U.

SEGUNDO.- Valoración de las actuaciones practicadas

El vigente texto de la OIR, aprobado por Resolución de 23 de noviembre de 2005, establece en su apartado 11.14 la posibilidad de que Telefónica pueda exigir al operador alternativo la constitución de una garantía para el aseguramiento del pago (aval), contemplando dos supuestos según el momento en que se constituya dicho aval (i) con anterioridad a la interconexión efectiva o (ii) una vez abierta la interconexión:

“ 11.14 Mecanismos de aseguramiento del pago

La entidad Telefónica de España podrá exigir al operador la constitución de una garantía para el aseguramiento del pago (en adelante aval) que se hará de la manera que seguidamente se expone en función de las siguientes circunstancias:

- 1. En el momento anterior a la efectiva interconexión se podrá exigir la constitución de un aval al operador interesado en la misma, cuando el operador se encuentre en alguno de los supuestos de situación concursal declarada por el juzgado o al menos solicitada por el deudor y cuando en las relaciones comerciales establecidas entre Telefónica de España y este operador, o las empresas matrices, socios de referencia, empresas fusionadas, absorbidas o que hubieran asumido expresamente los derechos y obligaciones de la empresa anterior en cuanto al negocio objeto de la misma del operador que pretenda interconectarse, se hayan producido impagos sin causa justificada en derecho en al menos dos facturas giradas por Telefónica de España. (...)*
- 2. El segundo supuesto consiste en los avales que se van a constituir una vez abierta la interconexión, para lo cual TELEFÓNICA podrá exigir su constitución cuando el operador se encuentre en alguno de los supuestos de situación concursal declarada por el juzgado o al menos solicitada por el deudor y también una vez se constate la existencia de impagos sin causa justificada en derecho o demoras en el pago de dos facturas emitida por esta entidad relativas a servicios de interconexión prestados en el marco del presente AGI o*



a servicios distintos de interconexión. Para ello, se considera constatada la existencia de impagos o demoras en el pago cuando se emiten las facturas y se presentan a su cobro conforme a las normas establecidas en el presente Acuerdo. (...)

Por tanto, Telefónica esta obligada a dar acceso a sus servicios sin poder solicitar más garantías que las mencionadas anteriormente.

No obstante lo anterior y según se desprende de los escritos remitidos por las entidades Nalan, OVH y SMO, Telefónica podría estar condicionando el acceso a los servicios previstos en la OIR a la constitución de avales no contemplados en el marco regulatorio actual.

En concreto, de los documentos aportados por los citados operadores así como de las propias manifestaciones realizadas por Telefónica se desprende que esta operadora podría estar exigiendo, con carácter previo a la apertura de la interconexión efectiva y sin que se den los requisitos anteriormente mencionados, la constitución de determinadas garantías de pago bajo la justificación de que, a su juicio, los operadores requeridos presentan un importante riesgo de morosidad.

Telefónica ha reclamando en diversas ocasiones a esta Comisión la modificación de los mecanismos de aseguramiento de pago contenidos en las distintas ofertas mayoristas. En concreto, respecto al caso que nos ocupa (posibilidad de exigir avales a los operadores que presente un riesgo crediticio), Telefónica defiende que la obligación de atender solicitudes de acceso razonables a su red no implica el deber de prestar servicios de interconexión a cualquier operador sino que la misma debería estar condicionada a la posibilidad de exigir garantías de pago por los servicios prestados al operador entrante, previa evaluación de su solvencia económica.

Esta cuestión ya fue planteada a esta Comisión en el seno del propio procedimiento de modificación de la OIR ahora vigente (Resolución de 23 de noviembre de 2005). En el mismo Telefónica señalaba la necesidad de *“limitar a determinados operadores el derecho a recibir la OIR, en concreto, a aquéllos a los que la CMT hubiera evaluado satisfactoriamente su solvencia económica”*. Respecto a lo anterior esta Comisión señaló lo siguiente:

“Al respecto, ha de señalarse que tanto la Directiva de Acceso, como la vigente LGTel y el nuevo Reglamento de Mercados y Acceso establece el derecho a negociar la interconexión para todos aquellos que tengan la condición de operadores de redes de comunicaciones electrónicas, sin limitación o exclusión alguna.

Además, debe significarse que el artículo 5 del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios determina claramente, en su apartado 5, cuál ha de ser la información que debe aportar a la CMT todo interesado que notifique la explotación de una determinada red. Entre esta información no se hace alusión alguna a la solvencia económica.



Por ello, resulta contraria a la vigente normativa comunitaria y nacional la pretensión de Telefónica, no pudiendo tener, por tanto, favorable acogida”.

Este mismo argumento fue formulado con posterioridad en el seno del expediente MTZ 2008/120, sobre la modificación de las Ofertas Mayoristas en relación con el sistema de penalizaciones y de garantías de pago. En la Resolución de 2 de julio de 2009 que puso fin al citado procedimiento, esta Comisión se pronunció indicando que no consideraba necesaria la modificación de las garantías de pago que, con carácter previo a la efectiva prestación de los servicios, se podían exigir a los operadores alternativos. La citada Resolución estableció lo siguiente:

“No cabe admitir los demás requisitos de constitución alegados por Telefónica en su escrito de alegaciones de 2 de diciembre de 2008 ya que supondría condicionar la prestación de servicios regulados a la exigencia de un aval ante la existencia de dudas sobre la solvencia crediticia de los operadores quedando al criterio de Telefónica dicha razonabilidad”.

Pese a los pronunciamientos anteriores, Telefónica ha vuelto a plantear la cuestión, con fecha 5 de marzo de 2009, en el seno del expediente que se está tramitando de modificación de la OIR (MTZ 2008/210). Asimismo, en el escrito de 5 de mayo de 2005 precitado, y en relación a todas las ofertas mayoristas, Telefónica solicita que se le permita desarrollar un procedimiento de evaluación de riesgos (basado en parámetros económicos y financieros) que le permita medir el riesgo de contratar con nuevos operadores, y en función del riesgo que resulte, se le permita proceder a la solicitud de garantías económicas. Ambos expedientes están en fase de resolución, es decir, hasta la fecha la Comisión no ha accedido a las pretensiones de Telefónica.

Por tanto, con el marco regulatorio actual, y sin perjuicio de que el mismo pueda ser modificado en el futuro, Telefónica está obligada a facilitar el acceso a los servicios regulados en la OIR de conformidad con los criterios fijados en la Resolución de 23 de noviembre de 2003.

Sin embargo, de las denuncias planteadas ante esta Comisión por distintos operadores de comunicaciones electrónicas se desprende que, de facto, Telefónica podría estar exigiendo a estos operadores avales que de conformidad con la regulación actual no está legitimada a solicitar.

A la vista de estos hechos, esta Comisión considera que cabe apreciar indicios de un posible incumplimiento de la Resolución de 23 de noviembre de 2005 por parte de Telefónica, susceptible de motivar la incoación de un procedimiento sancionador, en los términos establecidos por el artículo 12.1 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, debiéndose resolver en consecuencia.

TERCERO.- Iniciación de un procedimiento sancionador

3.1 Tipo infractor

El artículo 128.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común dispone que serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa.



El artículo 53.r) de la LGTel tipifica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas.

Sin perjuicio de lo que resulte de la posterior instrucción del procedimiento sancionador, y vistos los antecedentes, los actos de Telefónica pueden considerarse como actividades comprendidas en la conducta tipificada en el citado artículo.

3.2 Sanción que pudiera corresponder

Sin perjuicio de lo que resulte de la posterior instrucción del procedimiento sancionador, según lo establecido en el artículo 56.1.a) de la LGTel, las sanciones que pueden ser impuestas a las mencionadas infracciones son las siguientes:

“Por la comisión de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) y r) del artículo 53 se impondrá al infractor multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción. En caso de que no resulte posible aplicar este criterio o que de su aplicación resultara una cantidad inferior a la mayor de las que a continuación se indican, esta última constituirá el límite del importe de la sanción pecuniaria. A estos efectos, se considerarán las siguientes cantidades: el uno por ciento de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada o, en caso de inexistencia de éstos, en el ejercicio actual: el cinco por ciento de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o 20 millones de euros.”

3.3 Órgano competente para resolver

El Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el órgano competente para incoar y resolver el procedimiento sancionador, de conformidad con lo establecido en el artículo 58 letra a) de la vigente LGTel, en el que se dispone que la competencia sancionadora corresponderá «a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) a x) del artículo 5 (...). Dentro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la imposición de sanciones corresponderá: 1º) Al Consejo, respecto de las infracciones muy graves y graves.»

3.4 Procedimiento

De conformidad con lo establecido en el artículo 58 de la LGTel, el procedimiento sancionador se sujetará al procedimiento aplicable, con carácter general, a la actuación de las Administraciones públicas. Por tanto, se sustanciará de acuerdo con lo establecido en el Título IX de la LRJPAC (artículos 127 y siguientes) y en el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora. No obstante, el plazo máximo de duración del procedimiento será de un año y el plazo de alegaciones no tendrá una duración inferior a un mes.



Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión, en uso de las competencias que tiene atribuidas para el ejercicio de la potestad sancionadora,

RESUELVE

PRIMERO.- Iniciar procedimiento sancionador contra Telefónica de España, S.A.U., como presunto responsable directo de una infracción administrativa calificada como muy grave, tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y consistente en el presunto incumplimiento de la Resolución de esta Comisión de 23 de noviembre de 2005, por la que se modifica la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica de España, S.A.U.

El presente expediente sancionador tiene por finalidad el debido esclarecimiento de los hechos y cualesquiera otros relacionados con ellos que pudieran deducirse, determinación de responsabilidades que correspondieren y, en su caso, sanciones que legalmente fueran de aplicación, según lo establecido en el artículo 56 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y todo ello, con las garantías previstas en la Ley precitada, en el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora y en los plazos a que se refiere el artículo 58 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

SEGUNDO.- Nombrar Instructor del presente procedimiento sancionador a Dña. Laura Guindo Arias quien, en consecuencia, quedará sometido al régimen de abstención y recusación establecido en los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

TERCERO.- De conformidad con lo que establece el artículo 16.1 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, en relación con el artículo 58 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, los interesados en el presente procedimiento disponen de un plazo de cuarenta días, contados a partir de la notificación del presente Acuerdo de incoación, para:

- a) Comparecer en esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, si así lo desea, para tomar vista del expediente.
- b) Proponer la práctica de todas aquellas pruebas que estime convenientes para su defensa, concretando los medios de prueba de que pretendan valerse.
- c) Presentar cuantas alegaciones, documentos y justificantes estime convenientes.

Transcurrido dicho plazo sin que se haya recibido alegación alguna, se continuará con la tramitación del procedimiento, informándole de que el Instructor del mismo podrá acordar de oficio la práctica de aquellas pruebas que considere pertinentes.



CUARTO.- En cualquier momento de la tramitación del procedimiento y con suspensión del mismo, el interesado podrá ejercitar su derecho a la recusación contra el Instructor, si concurre alguna de las causas recogidas en los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

QUINTO.- En el supuesto de que Telefónica de España, S.A.U., reconozca su responsabilidad en los hechos citados se podrá, conforme a lo dispuesto en el artículo 8 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 1398/1993, dictar resolución directamente sin necesidad de tramitar el procedimiento en su totalidad. No obstante, se le informa de su derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable.

SEXTO.- Este Acuerdo deberá ser comunicado al Instructor nombrado, dándole traslado de cuantas actuaciones existan al respecto en los expedientes de los que trae causa el presente procedimiento. Asimismo, deberá ser notificado a los interesados.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior aprobado por la Resolución del Consejo de la Comisión de fecha 20 de diciembre de 2007 (B.O.E. de 31 de enero de 2008), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Ignacio Redondo Andreu, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.