



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

JORGE SÁNCHEZ VICENTE, 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 28/10 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 22 de septiembre de 2010, se ha adoptado el siguiente Acuerdo, en relación con el expediente RO 2010/876:

Resolución por la que se resuelve el conflicto de interconexión planteado por la entidad OVH HISPANO, S.L. contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. por la solicitud de constitución de un aval o prepago como requisito para la formalización del Acuerdo General de Interconexión.

1 Antecedentes

PRIMERO.- Solicitud presentada por 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) por el que pone en conocimiento de esta Comisión que TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. (en adelante, TESAU) ha solicitado la constitución de un aval o, alternativamente, el establecimiento de un prepago, para la conclusión de un Acuerdo General de Interconexión (en adelante, AGI) que permita a OVH la interconexión con la red de TESAU.

En concreto, OVH manifiesta que *“Telefónica nos solicitó para la finalización del AGI un aval que estimaron en [CONFIDENCIAL], que fue realizado y la documentación debidamente enviada”*.

A continuación, OVH expone en su escrito que, con fecha 19 de abril de 2010, y sin haberse firmado el AGI, TESAU se puso nuevamente en contacto con ellos por vía telefónica *“solicitando para la finalización de la interconexión, un aval de [CONFIDENCIAL] o bien realizar un prepago mensual de [CONFIDENCIAL] del que luego se nos irá deduciendo las cantidades debidas por los pagos de los servicios, ya que para Telefónica OVH HISPANO, S.L.U. representa un riesgo crediticio”*. Asimismo, indica que, tras haber solicitado a TESAU que remitiese esta segunda petición por escrito, únicamente se les ha comunicado que la solicitud *“era*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

telefónicamente para agilizar la interconexión, ya que no sabría decirme cuánto tiempo tardaría en llegar el escrito con dicha solicitud a OVH HISPANO, S.L.U.”

Por este motivo, OVH solicita a esta Comisión su intervención para llegar a un acuerdo con Telefónica que le permita su interconexión. En este sentido, OVH aporta la siguiente documentación:

- Copia de los correos electrónicos intercambiados entre los interesados desde el 18 de junio de 2009 hasta el 7 de septiembre de 2009, en los que TESAU solicita la constitución de un aval de **[CONFIDENCIAL]** para proceder a la firma del AGI, indicando que dicha cantidad puede ser revisable en función del tráfico generado por OVH y;
- Copia del aval bancario de **[CONFIDENCIAL]**, de fecha 1 de octubre de 2009, constituido por OVH a favor de TESAU para la formalización definitiva del AGI.

SEGUNDO.- Apertura del procedimiento para la resolución del conflicto y requerimiento de información a TESAU.

Mediante escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 13 de mayo de 2010, se notificó a TESAU el inicio del presente procedimiento, dándole traslado del escrito presentado por OVH y confiriéndosele un plazo de diez días para que formulara las alegaciones y presentara los documentos que tuviera por conveniente.

En este mismo acto se requirió a TESAU que aportara determinada información, al amparo de lo previsto en el artículo 78 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC):

Información requerida a TESAU

- *“Copia del Acuerdo General de Interconexión firmado con OVH.*
- *En caso de no haber suscrito un AGI con OVH, documentación que acredite las negociaciones llevadas a cabo con esa entidad (cartas, correos electrónicos, etc.), especialmente la relativa a la solicitud a OVH de constitución de sendos avales en favor de TESAU, por valor de **[CONFIDENCIAL]** y de **[CONFIDENCIAL]**, o establecimiento de un prepago mensual de **[CONFIDENCIAL]**, previo a la firma del AGI con esa entidad.*
- *Descripción del criterio seguido por TESAU para exigir a OVH una garantía de aseguramiento del pago, así como de la forma de determinación de las medidas solicitadas (aval o prepago) y de la valoración de la cuantía.*
- *Documentación que justifique, de conformidad con la Oferta de Interconexión de Referencia, la necesidad de TESAU de imponer a OVH*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

los anteriores mecanismos de aseguramiento del pago previos a la firma del AGI y al establecimiento de la efectiva interconexión. En concreto, deberá acreditar expresamente una de estas situaciones:

- *La existencia de impagos, sin causa justificada, en al menos dos facturas giradas por TESAU en el marco de las relaciones comerciales entre TESAU y OVH o las empresas matrices, socios de referencia, empresas fusionadas, absorbidas o que hubieran asumido expresamente los derechos y obligaciones de la anterior sociedad en cuanto al negocio objeto de la misma del operador que pretenda interconectarse.*
- *La existencia de una situación concursal de la entidad OVH declarada judicialmente o de una solicitud por parte de TESAU que haya tenido por objeto la declaración de concurso de OVH.*
- *Motivos por los que TESAU no ha llegado a un acuerdo de interconexión con OVH.*
- *Cualquier otra alegación que estime oportuna en relación con el objeto del presente conflicto de acceso”.*

TERCERO.- Alegaciones y contestación de TESAU al requerimiento de información

Con fecha 7 de junio de 2010, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, escrito de TESAU por el que realiza las siguientes alegaciones:

- *Que TESAU no ha suscrito ningún AGI con OVH, ya que indica que las negociaciones entre las partes no habían finalizado a la fecha de su escrito por razones de tipo técnico. En este sentido, TESAU manifiesta que “las primeras negociaciones con OVH para realizar la solicitud de interconexión se producen en mayo de 2009, periodo en que se trabaja en la elaboración de un Proyecto Técnico. Las negociaciones entre las partes se han mantenido activas hasta el 26 de marzo de 2010, con motivo de una serie de circunstancias de tipo técnico, tal y como se acreditará a lo largo de este escrito.”*
- *Que TESAU solicitó a OVH la firma de un aval, por importe de **[CONFIDENCIAL]** revisables en adelante en función del tráfico que generase OVH, como garantía de aseguramiento del pago. Por este motivo, aporta tres correos electrónicos intercambiados con OVH (de fechas 18, 26 y 29 de junio de 2009), en los que TESAU informa a OVH que, para la firma del AGI, “el procedimiento que solemos seguir en estos casos, es el de firmar un aval como garantía.”*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que TESAU alega que *“OVH aceptó y consintió una garantía de aseguramiento de pago desde el inicio de las negociaciones entre Telefónica y OVH”*, por lo que *“en ningún momento planteó su oposición a este requisito”*, dado que ambas partes habían consentido y aceptado la constitución de un aval bancario por OVH a favor de TESAU.
- Que durante el mes de noviembre de 2009, TESAU solicitó a OVH una confirmación de la estimación del tráfico que iba a generar, y que en su respuesta, OVH estimó dicho cálculo en 10.000 minutos. TESAU aporta copia de tres correos intercambiados con OVH de fechas 5, 6 y 25 de noviembre de 2009, en los que aparece la mencionada información.
- Que TESAU procedió a analizar la información suministrada por OVH relativa a la estimación del tráfico previsto, teniendo en especial consideración el volumen de tráfico internacional generado por la segunda - estimado en un 10 % del total- para determinar el riesgo que debería soportar TESAU por los consumos futuros generados por dicho tráfico internacional.
- Que TESAU ha considerado necesario realizar un estudio propio para *“conocer si la operadora cumple con los requisitos exigidos por la legislación vigente en materia mercantil como son, entre otros aspectos, estar inscrita debidamente en el Registro Mercantil”*, dado que expone que *“con los requisitos que esa CMT exige para la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, esto es, que sea una persona física o jurídica nacional o europea y que haya sido notificada a la CMT con anterioridad al inicio de la actividad, mi representada no tiene forma de salvaguardar sus derechos como empresa prestadora de servicios de interconexión, teniendo en cuenta que la prestación del mismo genera unos costes para Telefónica que deben ser abonados por el operador como remuneración por los costes incurridos, que como bien sabe esa CMT, se ven incrementados cuando se trata de tráfico internacional.”* Igualmente, TESAU ha constatado que OVH viene incumpliendo sus obligaciones de presentación de las cuentas anuales para su depósito en el Registro Mercantil desde el año 2005.
- Que dicho estudio se ha basado en el procedimiento remitido por TESAU a esta Comisión, mediante escrito de 5 de mayo de 2010, solicitando la modificación de los mecanismos de aseguramiento de pago en todas las ofertas mayoristas de TESAU, en respuesta al incremento de casos de impagos de operadores a TESAU que se están produciendo en los últimos años y que están causando un perjuicio económico evaluable.
- Que el resultado del mencionado estudio crediticio y de solvencia llevado a cabo por TESAU, indicó que OVH *“presenta un importante riesgo de morosidad e impagos, por lo que la petición de servicios que dicho*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*operador realiza a Telefónica de España coloca a mi representada en una situación de grave exposición al fraude”. En consecuencia, TESAU concluyó que “la solicitud de interconexión **no era razonable**, y se decidió por ambas partes revisar si el aval requerido era suficiente garantía para soportar un posible impago.”*

- Que mediante el mismo procedimiento interno, TESAU calculó una nueva garantía de pago que soportase los consumos generados por OVH y el riesgo soportado por su tráfico internacional, teniendo en cuenta la exposición máxima mensual y trimestral estimada por TESAU. Una vez aplicado dicho procedimiento, TESAU estimó que, para evitar sufrir un perjuicio económico como el ya provocado por otros operadores, OVH debería realizar un prepago de **[CONFIDENCIAL]** o **constituir un aval trimestral de [CONFIDENCIAL]**
- Que TESAU entiende que “*si bien Telefónica de España tiene obligación de dar acceso a todos los operadores que presenten solicitudes **razonables de acceso a la red**, esto no implica, como la CMT conoce, que Telefónica de España deba prestar servicios a cualquier empresa por el mero hecho de estar inscrita en el registro de la CMT, sin posibilidad de pedir garantía de ningún tipo, salvo en los supuestos estrictamente previstos en las ofertas mayoristas de acceso, la OIR para el caso concreto que nos ocupa.*”
- Por este motivo, TESAU expone que “*consideraría razonable ofrecer a OVH todos los servicios que solicite, siempre que este operador garantice debidamente el pago de los mismos mediante la constitución de las debidas garantías.*”
- Que TESAU quiere dejar constancia que ambas partes continuaron manteniendo negociaciones en materia técnica “*hasta un mes antes de que OVH denunciara a Telefónica ante esa CMT*”, aportando varios correos intercambiados entre las dos entidades, entre el 16 de octubre de 2009 y el 1 de febrero de 2010, en los que acredita la realización de distintas pruebas técnicas.
- Que, en consecuencia, TESAU entiende que “*de ninguna manera esa CMT puede considerar que mi representada se haya negado a firmar el AGI, sino que se ha producido un cierto retraso en la firma, motivado por circunstancias técnicas.*” A continuación, TESAU declara que “*esa CMT no puede considerar que se ha producido un retraso en la interconexión toda vez que, desde mayo de 2009, se produjeron continuas negociaciones entre ambas partes dirigidas a firmar el correspondiente AGI, siendo las últimas de marzo de 2010.*”



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

CUARTO.- Informe de Audiencia

Mediante sendos escritos de fecha 27 de julio de 2010, con salida de esta Comisión el 27 y 29 del mismo mes, una vez finalizada la instrucción del procedimiento y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la LRJPAC, se procedió a comunicar a los interesados la apertura del trámite de audiencia previo a la resolución definitiva del expediente así como el Informe elaborado por los Servicios de esta Comisión.

QUINTO.- Alegaciones de TESAU al Informe de Audiencia

Con fecha 10 de agosto de 2010 tuvo entrada en esta Comisión escrito de TESAU, de fecha 6 de agosto, en el que solicita la ampliación de plazo para presentar nuevo escrito de alegaciones, de conformidad con el artículo 49 de la LRJPAC. Asimismo, mediante escrito de fecha 13 de agosto de 2010, TESAU presentó escrito de alegaciones que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el día 18 de agosto de 2010, en el que reitera y desarrolla las alegaciones efectuadas en su primer escrito, además de realizar las siguientes consideraciones adicionales:

- Sobre el objeto del presente conflicto
 - Que el objeto del conflicto de interconexión planteado por OVH debe centrarse en la *“disconformidad de ésta con la nueva propuesta de importe de un aval y no al consentimiento prestado para abonar el aval en si mismo porque, tal y como ha quedado acreditado, en ningún momento hasta la fecha de interposición del conflicto, ésta se opuso a presentar un aval que, a mayor abundamiento, en todo momento pudo haber sido renegociado por las partes.”*
 - Que OVH aceptó no sólo el aval sino la revisión del mismo en función del tráfico, dado que no interpuso conflicto de interconexión en junio de 2009, en el marco del inicio de las negociaciones, sino que lo hizo en abril de 2010 a partir de la revisión solicitada por TESAU.
 - Que la revisión o modificación del importe del aval no puede considerarse que haya sido un previo requisito establecido por TESAU para formalizar el AGI entre ambos operadores, toda vez que durante los últimos meses las partes se encontraban finalizando las pruebas y desarrollos técnicos necesarios para lograr la interconexión, por lo que TESAU esgrime que el retraso en la firma del AGI *“se ha producido únicamente por los motivos técnicos que han demorado la misma”*, pero que en ningún momento ha denegado a OVH su derecho a la interconexión ni ha paralizado la misma, aunque haya solicitado a OVH la modificación del aval conforme a lo acordado, *“en paralelo”* a los desarrollos y pruebas técnicas para la interconexión.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Sobre la razonabilidad de la solicitud de TESAU de exigir la constitución de medios o garantías de pago como requisito previo a la firma de un AGI
 - Que TESAU entiende que debe prestar la interconexión de modo generalizado a los operadores alternativos que lo soliciten, pero que dicha solicitud de acceso no es incondicional sino que debe ser razonable y el juicio de razonabilidad solo puede rechazarse sobre criterios objetivos.
 - Que no existe en la normativa nacional o comunitaria un listado tasado que contenga un “*numerus clausus*” de supuestos en los que pueda denegarse una solicitud por ser ésta no razonable, por lo que de conformidad con la legislación aplicable, TESAU ha sometido el juicio de razonabilidad de la solicitud de acceso de OVH a los criterios objetivos descritos en sus escritos de alegaciones, “*desde una perspectiva restrictiva y tendente a la protección del operador entrante pero en ningún caso libre, por el mero hecho de la aceptación de la Oferta de TESAU.*”
- Sobre la objetivación de la solicitud de acceso de OVH
 - A fin de objetivar la falta de razonabilidad de la solicitud de acceso de OVH, y con el objeto de que el estudio realizado por TESAU no se considere como información de parte, TESAU solicita de conformidad con los artículos 80 y 81.3 de la LRJPAC, la práctica de una prueba pericial consistente en la elaboración de un informe sobre el nivel de riesgo y exposición financiera asociado a la contratación de servicios con OVH.

SEXTO.- Alegaciones de OVH al Informe de Audiencia

La entidad OVH no ha presentado alegaciones al Informe de Audiencia.

2 Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

El artículo 48.2 de la LGTel determina cuál es el objeto que tiene este organismo público que, entre otros aspectos, alcanza a la resolución de los conflictos que se produzcan entre los operadores:

“La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos.” (Subrayado añadido)



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En relación con este objeto, y en lo que afecta a las materias de telecomunicaciones reguladas en la LGTel, el artículo 48.3.d) de la misma atribuye a la CMT la siguiente función:

“La resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre los operadores en materia de acceso e interconexión de redes, en los términos que se establecen en el título II de esta Ley, así como en materias relacionadas con las guías telefónicas, la financiación del servicio universal y el uso compartido de infraestructuras. (...)”

Asimismo, el Capítulo III del Título II de la LGTel regula el Acceso a las redes y recursos asociados e interconexión, señalando el artículo 11.4 que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores *“con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3”*.

A tal efecto, el artículo 14 de la LGT señala que *“de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de esta ley y de sus normas de desarrollo conocerá la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Ésta, previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo máximo de cuatro meses a partir del momento en que se pida su intervención, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva”*.

En el mismo sentido, el artículo 23 -competencias en materia de acceso e interconexión y condiciones aplicables- del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (en adelante, Reglamento de Mercados), dispone, en la letra a) de su apartado 3, que *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá atribuidas las competencias siguientes: Podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado”*.

En definitiva, esta Comisión resulta competente para conocer de los conflictos relativos a las obligaciones de interconexión que se planteen entre los operadores de comunicaciones electrónicas y, en consecuencia, resulta competente para conocer del presente conflicto instado por OVH.

SEGUNDO.- Objeto del procedimiento

El presente procedimiento tiene como objeto la resolución del conflicto de interconexión planteado por OVH contra TESAU por la solicitud de constitución de un nuevo aval de **[CONFIDENCIAL]** o, alternativamente, el establecimiento de un prepago mensual de **[CONFIDENCIAL]**, como previo requisito necesario para la



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

formalización de un AGI entre ambos operadores, toda vez que TESAU solicitó un primer aval a OVH por un importe de **[CONFIDENCIAL]**, que ya fue aceptado y constituido por OVH en el marco de las negociaciones mantenidas entre ambos.

Respecto al objeto mencionado, TESAU expone en su escrito de alegaciones de fecha 13 de agosto de 2010, que el objeto del conflicto de interconexión planteado por OVH debe centrarse en la *“disconformidad de ésta con la nueva propuesta de importe de un aval y no al consentimiento prestado para abonar el aval”* y añade que *“en ningún momento se puede considerar que esta modificación de importe de aval haya sido previo requisito necesario para formalizar un AGI entre los operadores”*.

Así, TESAU indica que solicitó la modificación del importe del aval en paralelo a los desarrollos y pruebas técnicas realizadas entre ambas entidades para lograr la interconexión, pero que únicamente se ha producido un retraso en la firma del AGI motivado por estas pruebas y desarrollos técnicos y no una denegación del derecho a la interconexión de OVH.

Por otra parte, respecto a la formalización del aval y a la determinación de su cuantía, TESAU manifiesta que OVH aceptó tanto su constitución como su revisión en función del consumo generable de conformidad con el principio de libertad de pactos del artículo 1255 del Código Civil, y que hasta que TESAU no propuso la modificación del importe del aval, OVH no mostró su disconformidad con ese aval interponiendo el presente conflicto ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

En respuesta a las anteriores alegaciones, debe recordarse que esta Comisión considera ajustado a derecho que ambas partes, en virtud del principio de libertad de pactos y de la autonomía de su voluntad, acuerden libremente la constitución de un aval como mecanismo de aseguramiento de pago.

Por este motivo, el objeto del presente conflicto no se refiere al consentimiento prestado por OVH para revisar el aval previamente constituido, sino al hecho de supeditar la firma del AGI a dicha revisión de la garantía de pago, toda vez que OVH ha manifestado en este conflicto que todavía no se ha llegado a la firma de un AGI con TESAU.

En consecuencia, el objeto del conflicto no puede reducirse a la disconformidad de OVH con la revisión del aval propuesta por TESAU, sino que debe comprender la negativa o demora de este último operador en la firma de una AGI y a atender una solicitud razonable de acceso a su red con el fin de prestar servicios de interconexión.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TERCERO.- Obligación de interconexión

1.- La obligación de interconexión prevista en la normativa de telecomunicaciones

El artículo 11.2 de la LGTel establece que:

“Los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas tendrán el derecho y, cuando se solicite por otros operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas, la obligación de negociar la interconexión mutua con el fin de prestar servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, con el objeto de garantizar así la prestación de servicios y su interoperabilidad”.

En la misma línea, el artículo 22.2 del Reglamento sobre Mercados dispone que:

“Los acuerdos de interconexión se formalizarán en un plazo máximo de cuatro meses, contados desde la fecha de solicitud de iniciación de la negociación. Sin perjuicio de ello, las partes podrán convenir el ampliar dicho plazo”.

De conformidad con los artículos 11.3 de la LGTel y 22.3 del Reglamento de Mercados, respectivamente, la formalización de los acuerdos de interconexión se rige por el principio de libertad de pactos -sin perjuicio de la posible intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en conflictos que puedan plantearse- y debe realizarse en el plazo máximo de cuatro meses desde la fecha de solicitud de iniciación de la negociación -artículo 22.2 del Reglamento de Mercados-.

2.- Obligaciones de Telefónica como operador con poder significativo en el mercado: Oferta de Interconexión de Referencia

Debe tenerse en cuenta, asimismo, que TESAU ha sido designado por esta Comisión, mediante Resoluciones de 12 de diciembre de 2008¹ y 18 de diciembre de 2008², como operador con poder significativo (PSM) en los mercados, respectivamente, de acceso y originación de llamadas en la red telefónica pública en una ubicación fija; así como en el de terminación de llamadas en las redes públicas individuales de cada operador de telefonía fija.

En virtud de las citadas Resoluciones se ha impuesto a TESAU, entre otras, la obligación de transparencia, obligando a ese operador a seguir manteniendo

¹ Resolución por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado mayorista de acceso y originación de llamadas en la red telefónica pública en una ubicación fija, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas (MTZ 2008/447).

² Resolución por la que se aprueba la definición y el análisis de los mercados de terminación de llamadas en las redes públicas individuales de cada operador de telefonía fija, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas (MTZ 2008/1192).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

publicada una Oferta de Referencia para la prestación de los servicios de originación y terminación de llamadas, que contiene, entre otros aspectos, la oferta de servicios de originación y terminación de llamadas en la red fija de TESAU al resto de operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas.

Por su parte, de conformidad con el artículo 22.2 del Reglamento de Mercados, la formalización de los acuerdos de interconexión debe producirse en un plazo máximo de cuatro meses, contados desde la fecha de solicitud de iniciación de la negociación, por lo que no está justificada dilación alguna una vez transcurrido dicho plazo para la firma del acuerdo y la concesión de la interconexión, salvo que las partes lleguen a acuerdos para ampliar dicho plazo.

CUARTO.- Sobre la solicitud de interconexión de OVH a TESAU

Según consta en las alegaciones efectuadas por TESAU en su primer escrito, “las primeras negociaciones con OVH para realizar la solicitud de Interconexión se producen en mayo de 2009³, periodo en el que se trabaja en la elaboración de un Proyecto Técnico.”

De la documentación obrante en el expediente, aparece un correo electrónico remitido por TESAU a OVH con fecha 18 de junio de 2009, en el que la primera solicitó la firma de un aval como garantía previa a la firma del AGI entre ambos operadores, y manifiesta que *“respecto a la cantidad exigida por el aval, es de [CONFIDENCIAL], y podrá ser revisable en adelante en función del tráfico”* generado por OVH. Además, TESAU adjuntó a dicho correo un modelo de aval.

En respuesta a dicho correo electrónico, con fecha 29 de junio de 2009, OVH respondió indicando que *“hemos pasado el modelo de aval al banco y estamos a la espera de su aprobación e ir al notario para la firma.”* Finalmente, con fecha 1 de octubre de 2010, OVH constituyó a favor de TESAU el aval solicitado por esta última por valor de [CONFIDENCIAL], para la formalización definitiva del AGI.

En consecuencia, dentro del marco de las negociaciones entre las partes, con fecha 18 de junio de 2009, TESAU solicitó a OVH una garantía de aseguramiento del pago previamente a la firma de un AGI, y con fecha 29 de junio de 2009, OVH manifestó su consentimiento para establecer el aval solicitado por TESAU, que fue constituido definitivamente con fecha 1 de octubre de 2010.

Por lo tanto, dado que OVH y TESAU iniciaron las negociaciones encaminadas a realizar la interconexión en mayo de 2009, y que con fecha 18 de junio de 2009, ha quedado acreditado que TESAU tenía conocimiento de la solicitud de OVH tendente a la firma de un AGI, de conformidad con lo establecido en el artículo 22 del Reglamento de Mercados, se debía haber procedido a la firma del mismo en el plazo máximo de cuatro meses a partir de la fecha de inicio de las negociaciones entre OVH y TESAU, es decir, el 18 de octubre de 2009.

³ Los subrayados son nuestros.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

No obstante, en las alegaciones efectuadas por TESAU en sus escritos de 7 de junio y 13 de agosto, ésta manifiesta en varias ocasiones que se ha producido un retraso en la firma del AGI motivado por el desarrollo de las pruebas técnicas realizadas entre ambas partes hasta marzo de 2010.

Asimismo, TESAU indica que en la recta final de dichas pruebas, solicitó a OVH la modificación del aval presentado teniendo en cuenta su propio informe interno elaborado para evaluar el riesgo crediticio de OVH, así como la comunicación de OVH relativa a su previsión de tráfico internacional generado y la imposibilidad de conocer información pública sobre la existencia de socios, empresas matrices y el estado de las cuentas de OVH por el incumplimiento de sus obligaciones mercantiles durante los últimos cuatro ejercicios.

A pesar de estas circunstancias, TESAU afirma que no ha denegado la interconexión a OVH y que la modificación del aval no ha sido un requisito previo necesario para la formalización del aval.

Así, TESAU alega que de conformidad con el principio de libertad de pactos y de acuerdo con lo establecido en el artículo 22 del Reglamento de Mercados, ambas partes acordaron libremente la ampliación del plazo de las negociaciones durante todo el periodo en el que se mantuvieron vivas, en concreto, hasta días antes de la fecha en la que OVH interpuso el conflicto ante la CMT, y aporta una serie de correos intercambiados entre ambas entidades en el marco de las pruebas de interconexión entre el 16 de octubre de 2009 y el 1 de febrero de 2010.

Respecto a las anteriores alegaciones de TESAU, cabe destacar que OVH solicitó la firma del AGI en fecha 18 de junio de 2009, a pesar de que la propia TESAU ha reconocido la existencia de negociaciones con dicho operador desde mayo de 2009. Además, antes del transcurso de los cuatro meses previsto en el Reglamento de Mercados, con fecha 1 de octubre de 2009 OVH constituyó voluntariamente y de buena fe, un aval como garantía de aseguramiento de pago por valor de **[CONFIDENCIAL]**.

En consecuencia, una vez cumplido el plazo de cuatro meses desde el inicio de las negociaciones, el AGI entre ambas entidades debió firmarse con fecha 18 de octubre de 2009, fecha en la que TESAU todavía no había solicitado a OVH el establecimiento de nuevas garantías de pago.

Por otra parte, a pesar de las alegaciones de TESAU referentes a la concurrencia de voluntad entre las partes para ampliar el plazo de cuatro meses contenido en el artículo 22 del Reglamento de Mercados, debe tenerse en cuenta que TESAU apoya dichas alegaciones aportando únicamente una serie de correos intercambiados entre ambas entidades desde el 16 de octubre de 2009 hasta el 1 de febrero de 2010.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

No obstante, en estos correos no se manifiesta en ningún momento la voluntad de las partes de ampliar el plazo máximo de cuatro meses desde el inicio de las negociaciones para la firma del AGI entre ambas entidades, sino que únicamente se refieren a la solicitud de los datos de tráfico de OVH y a las distintas pruebas técnicas realizadas entre ambos operadores, por lo que no puede deducirse de los mismos que las partes convinieran la ampliación de dicho plazo.

Asimismo, TESAU también menciona que la demora en la interconexión ha sido motivada por distintos aspectos técnicos y que no puede considerarse que la modificación del importe del aval haya sido un requisito necesario para completar la solicitud de interconexión de OVH.

Sin embargo, ni en los correos aportados ni en los escritos de alegaciones de TESAU se menciona la existencia de dificultades técnicas que hayan impedido la interconexión entre ambos operadores.

Por último, cabe destacar que TESAU tampoco ha alegado la existencia de circunstancias tales como las previstas en el artículo 10 del Reglamento de Mercados referentes a la viabilidad técnica o a la necesidad de preservar la integridad de la red, que justifiquen que las pruebas técnicas y los desarrollos entre TESAU y OVH se hayan dilatado en el tiempo hasta el 1 de febrero de 2010, en lugar de ser solventadas en el plazo máximo de cuatro meses establecido en el artículo 22 del mencionado Reglamento.

QUINTO.- Sobre la revisión del aval y la razonabilidad de la solicitud de TESAU de exigir la constitución de medios de garantías de pago como requisito previo a la firma de un AGI

TESAU justifica en sus alegaciones la exigencia a OVH para que constituya una nueva garantía de pago o revise el aval existente, en la no razonabilidad de la solicitud de dicho operador ya que, a su juicio, presenta un importante riesgo de morosidad e impagos, de forma que la prestación de los servicios de interconexión solicitados le situaría en una situación de riesgo financiero.

TESAU, en su condición de operador con poder significativo en los mercados de originación y terminación de llamadas en las redes públicas individuales de telefonía fija, tiene -entre otras- la obligación de atender solicitudes razonables de acceso a la red de su propiedad. Dicha obligación está sometida a un juicio de razonabilidad que sólo puede rechazarse sobre criterios objetivos tales como la viabilidad técnica o la necesidad de mantener la integridad de la red (véase Considerando 19 de la Directiva acceso⁴ y el artículo 10 del Reglamento de Mercados).

⁴ Directiva 2002/19/CE, de 7 de marzo, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, modificada por la Directiva 2009/14/CE.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

No obstante, TESAU entiende que en base al juicio de razonabilidad basado en criterios objetivos, entre los que incluye la previa evaluación -unilateral- de la solvencia económica de OVH, sí puede exigir garantías de pago por los servicios prestados al operador entrante.

Por este motivo, TESAU considera razonable poder exigir a OVH la constitución de un aval en aras a evitar posibles futuros impagos por los servicios prestados por valor de **[CONFIDENCIAL]** o **[CONFIDENCIAL]** en caso de prepago mensual- previamente a la interconexión solicitada, una vez analizada su solicitud en función de los siguientes criterios:

- el resultado del informe del riesgo crediticio de OVH elaborado internamente por TESAU a partir del procedimiento que está siendo objeto de análisis por esta Comisión en el expediente RO 2010/902.
- los datos comunicados por OVH relativos a la previsión de tráfico internacional generado,
- la consulta realizada por TESAU en el Registro Mercantil.

Ante dichas alegaciones, debe recordarse que la obligación de interconexión está sometida a un juicio de razonabilidad que sólo puede rechazarse sobre criterios objetivos tales como la viabilidad técnica o la necesidad de mantener la integridad de la red (véase Considerando 19 de la Directiva acceso⁵ y el artículo 10 del Reglamento de Mercados).

En este sentido, debe señalarse que el plazo máximo de cuatro meses establecido en el artículo 22 del Reglamento de Mercados para la firma del Acuerdo General de Interconexión entre ambos operadores expiraba el 18 de octubre de 2009, por lo que no puede admitirse la actual demora en la firma del AGI entre TESAU y OVH⁶, dado que durante el plazo estipulado en la normativa sectorial para concluir dichas negociaciones, TESAU no ha mostrado su disconformidad con la solicitud de interconexión de OVH en base a los criterios objetivos previstos tanto en la mencionada Directiva de Acceso como en el artículo 10 del Reglamento de Mercados.

Además, TESAU ha reclamado 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 presenten un riesgo crediticio), TESAU 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

⁵ Directiva 2002/19/CE, de 7 de marzo, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, modificada por la Directiva 2009/14/CE.

⁶ Demora que a la entrada del primer escrito de OVH dirigido a esta Comisión superaba los 10 meses desde el inicio de las negociaciones entre ambos operadores para llegar a la interconexión.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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, que ya fue planteada anteriormente por TESAU⁷, vuelve a ser objeto de análisis por esta Comisión a partir del escrito remitido por TESAU, 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, con fecha 5 de mayo de 2010, y en relación con todas las ofertas mayoristas, TESAU ha solicitado a esta Comisión el inicio de un expediente que le autorice a 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, proceder a la solicitud de garantías económicas, encontrándose ambos expedientes todavía en fase de resolución.

SEXTO.- Sobre la prueba pericial propuesta por TESAU

En su escrito de fecha 13 de agosto de 2010 TESAU solicita a esta Comisión que se practique, en el seno del presente expediente, una prueba pericial consistente en la elaboración de un informe sobre el nivel de riesgo y exposición financiera asociado a la contratación de servicios con OVH.

En este sentido cabe indicar que el artículo 80.1 de la LRJPAC señala que los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho. Asimismo, el apartado tercero del citado artículo establece que el instructor del procedimiento podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando éstas sean manifiestamente improcedentes o innecesarias.

Por tanto, es preciso analizar la necesidad de practicar la prueba pericial solicitada por TESAU para la resolución del presente expediente.

A este respecto cabe recordar que en el presente procedimiento esta Comisión está valorando si, de conformidad con la regulación sectorial, TESAU puede denegar o demorar la firma de un AGI una vez transcurrido el plazo máximo de cuatro meses previsto en el artículo 22 del Reglamento de Mercados en tanto que OVH no amplíe las garantías de pago con carácter previo a la prestación de servicios de interconexión.

En este sentido, resulta innecesario el conocimiento por parte de esta Comisión de la situación crediticia de OVH, dado que ya se había superado el plazo de cuatro meses previsto en el artículo 22 del Reglamento de Mercados y TESAU no ha alegado, dentro de ese plazo, ninguna de las causas objetivas previstas en el artículo 10 de

⁷ Dentro del procedimiento de modificación de la OIR ahora vigente (Resolución de 23 de noviembre de 2005), así como también 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.(Resolución de 2 de julio de 2009)



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

dicho Reglamento que afecten a la razonabilidad de la solicitud. Es decir, el resultado de la práctica de la prueba solicitada por TESAU no sería determinante para la resolución del presente expediente.

De lo anterior debe concluirse que la prueba propuesta por TESAU recae sobre aspectos innecesarios para la decisión del presente procedimiento, dado que no guardan relación con el objeto del mismo, resultando por tanto improcedente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 de la LRJPAC.

SÉPTIMO.- Multas coercitivas.

Atendiendo a las circunstancias concretas concurrentes en el presente expediente, esta Comisión considera necesario apercibir a TESAU de la imposición de multas coercitivas como medio de ejecución forzosa de la presente resolución en caso de que, transcurrido un lapso de tiempo suficiente para cumplir con lo establecido, el operador no lo hubiese hecho.

Al respecto, la disposición adicional sexta de la LGTel dispone que esta Comisión podrá imponer multas coercitivas por importe diario de 100 € hasta 10.000 € para asegurar el cumplimiento de sus resoluciones, en los términos previstos en la LRJPAC.

En el presente caso, la obligación impuesta a TESAU por el resuelve primero de la presente Resolución constituye una obligación personalísima en la que no procede la compulsión directa sobre la persona del obligado, por cuanto sólo a TESAU le resulta factible su cumplimiento, tratándose de una obligación de hacer.

Atendiendo al principio de proporcionalidad señalado en el artículo 96.1 de la LRJPAC, se hace necesaria una justificación de la cuantía concreta de la multa coercitiva. Para evaluar la proporcionalidad en este caso concreto, se tiene en cuenta el largo período transcurrido desde el inicio de las negociaciones entre TESAU y OVH, así como el importe de las garantías de pago que TESAU ha requerido a OVH que ascienden a **[CONFIDENCIAL]** en caso de constituir aval, o **[CONFIDENCIAL]** en caso de preferir prepago mensual.

Por ello, se estima proporcionado que la cuantía de la multa coercitiva en el presente caso sea del máximo legal previsto de 10.000 € diarios. En consecuencia, al amparo de lo dispuesto en la disposición adicional sexta de la LGTel y conforme lo establecido en el Capítulo V del Título VI de la LRJPAC, se apercibe a Telefónica de la imposición de las multas coercitivas que constan, en la forma y cuantía que se señalan, con el fin de proceder a la ejecución forzosa de la obligación impuesta por la presente resolución, si fuera el caso.

En atención a lo recogido en los anteriores Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

RESUELVE

PRIMERO.- Instar a Telefónica de España, S.A.U. a suscribir, dentro del plazo de cinco días desde la notificación de la presente resolución, el Acuerdo General de Interconexión con la entidad OVH Hispano, S.L. que a fecha de hoy se encuentra pendiente formalización.

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.

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 en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior aprobado por 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.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de 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.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.