JORGE SANCHEZ 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 número 22/11 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 30 de junio de 2011, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución del expediente sancionador RO 2010/1334, incoado a Telefónica de España, S.A.U., por el presunto incumplimiento de la Resolución de 23 de noviembre de 2005, por la que se modifica la Oferta de Interconexión de Referencia

Finalizada la instrucción del presente expediente sancionador incoado contra Telefónica de España, S.A.U. por acuerdo del Consejo de esta Comisión de 29 de julio de 2010 y, vista la propuesta de resolución elevada a este Consejo por la Instructora del citado procedimiento sancionador, el Consejo de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado en su sesión núm 22/11 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución de 23 de noviembre de 2005.

El texto de la Oferta de Interconexión de Referencia (en adelante, OIR), aprobado por Resolución de 23 de noviembre de 2005, establecía en su apartado 11.14 la posibilidad de que Telefónica de España S.A.U. (en adelante, Telefónica) pudiera 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. (…)*

SEGUNDO.- Conflicto de interconexión entre Telefónica y Nalan Telecomunicaciones S.L.U. (RO 2010/322)

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.U (en adelante, Nalan) mediante el cual planteaba conflicto de interconexión contra Telefónica ante la demora injustificada en la formalización de un Acuerdo General de Interconexión (en adelante, AGI) una vez solicitada la adhesión a la OIR. En concreto Telefónica estaba exigiendo, para la constitución del AGI, un aval fuera de los casos previstos en la OIR.

Tras llevar a cabo la oportuna tramitación del expediente, con fecha 30 de septiembre de 2010, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones resolvió lo siguiente:

> ***"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 Nalan Telecomunicaciones, S.L. que a fecha de hoy se encuentra pendiente de formalización, así como su remisión una vez firmado a esta Comisión.*

Con fecha 21 de octubre de 2010 Telefónica comunicó a esta Comisión que, con fecha 7 de octubre de 2010, se procedió a la firma del correspondiente AGI.

TERCERO.- Conflicto de interconexión entre Telefónica y OVH Hispano, S.L. (RO 2010/876)

Con fecha 22 de abril de 2010, tuvo entrada en el Registro de la Comisión escrito de la entidad OVH Hispano, S.L. (en adelante, OVH) mediante el cual ponía en conocimiento de

esta Comisión que Telefónica le estaba exigiendo la constitución previa de un aval o, alternativamente, el establecimiento de un prepago, para la conclusión de un AGI que le permitiera la interconexión con la red de Telefónica.

Tras la tramitación del expediente, con fecha 22 de septiembre de 2010 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones resolvió lo siguiente:

> ***"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.*

Con fecha 15 de octubre de 2010 Telefónica comunicó a esta Comisión que, con fecha 6 de octubre de 2010, se procedió a la firma del correspondiente AGI.

CUARTO.- Conflicto de interconexión entre Telefónica y Sur Making Off, S.L. (RO 2010/1201)

Con fecha 29 de junio de 2010, la entidad Sur Making Off, S.L. (en adelante, SMO) presentó un conflicto de interconexión contra Telefónica solicitando la intervención inmediata de la Comisión al objeto de exigir a Telefónica la apertura efectiva de la interconexión entre las redes de ambas entidades en cumplimiento de la OIR. En concreto Telefónica estaba exigiendo, para la constitución del AGI, un aval fuera de los casos previstos en la OIR.

Con fecha 29 de julio de 2010, el Consejo de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó una medida cautelar en cuyo Resuelve se establecía 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.*

Con fecha 26 de agosto de 2010 Telefónica comunicó a esta Comisión que, con fecha 4 de agosto de 2010, se procedió a la firma del correspondiente AGI.

QUINTO.- Apertura del presente procedimiento sancionador

Con fecha 29 de julio de 2010, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó una Resolución (Documento 1) por la que se acuerda la apertura de un procedimiento sancionador contra Telefónica como presunta responsable directa 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 (en adelante, LGTel), 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.

En concreto, el procedimiento sancionador objeto del presente expediente se inicia como consecuencia de las denuncias planteadas ante esta Comisión por distintos operadores de comunicaciones electrónicas (Nalan, OVH y SMO) de las que se desprenden indicios de que, de facto, Telefónica podría estar exigiendo a los operadores alternativos, en el

momento anterior a la efectiva interconexión, la constitución de avales que, de conformidad con la Resolución de 23 de noviembre de 2005, no está legitimada a solicitar.

El acuerdo de iniciación fue notificado a Telefónica el día 3 de agosto de 2010, según consta debidamente acreditado (Documentos 2).

Asimismo, el citado acuerdo de iniciación fue comunicado a la Instructora en fecha 10 de agosto de 2010, con traslado de las actuaciones existentes al respecto (Documento 3).

SEXTO.- Conflicto de interconexión interpuesto por Telefónica contra SMO por impago en los servicios de interconexión (2010/2020).

Con fecha 8 de noviembre de 2010, Telefónica solicitó la intervención de esta Comisión en un conflicto de interconexión contra SMO relativo a la posibilidad de exigir garantías de cobro fuera de los casos previstos en el marco de la Oferta de Interconexión de Referencia en circunstancias excepcionales, así como solicitando autorización, con carácter cautelar y urgente, para suspender los servicios prestados a dicha operadora, al amparo del Acuerdo General de Interconexión suscrito entre las partes el 4 de agosto de 2010.

Analizado los hechos, esta Comisión, mediante Resolución de 11 de noviembre de 2010, estimó la petición de Telefónica y dictó una medida cautelar autorizando la solicitud de un aval fuera de los supuestos previstos en la Resolución de 23 de noviembre de 2005. Asimismo, se permitió a Telefónica suspender la interconexión en caso de que el aval no fuese efectivamente constituido y, todo ello, hasta el levantamiento de la citada medida.

Mediante escrito de fecha 16 de noviembre de 2010 Telefónica puso en conocimiento de esta Comisión que, con fecha 14 de noviembre de 2010, había procedido a suspender el servicio de interconexión de SMO dado que este operador no había constituido el correspondiente aval.

Finalmente, mediante Resolución de 3 de marzo de 2011, el Consejo de esta Comisión declaró la concurrencia de los requisitos para la resolución del Acuerdo General de Interconexión firmado entre estas sociedades en fecha 4 de agosto de 2010. Asimismo, se autorizó a Telefónica a la desconexión definitiva de su red de la red de SMO.

SÉPTIMO.- Modificación de los mecanismos de aseguramiento de pago contenidos en las diferentes ofertas mayoristas.

Con fecha 10 de febrero de 2011 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución por la que se analiza la solicitud de Telefónica de España, S.A. de modificación de los mecanismos de aseguramiento de pago actualmente existentes en todas las Ofertas Mayoristas.

Entre otras cuestiones, Telefónica planteaba su disconformidad con el sistema de aseguramiento de pagos vigente para las solicitudes de acceso de nuevos operadores. Por ello, solicitaba que se permitiese a Telefónica desarrollar un procedimiento de evaluación de riesgos basado en parámetros económicos y financieros que pudieran medir el riesgo de contratar con nuevos operadores, y en función del riesgo que resultase, proceder a la solicitud de garantías económicas.

En la citada Resolución, tras realizar un análisis en relación con la oportunidad de la medida se concluye que la modificación solicitada por Telefónica tan sólo se entiende pertinente en relación con la OIR.

En base a lo anterior, mediante Resolución del Consejo del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 10 de febrero de 2011, se procedió a modificar el texto de la OIR en los siguientes términos:

> *"La entidad Telefónica de España podrá exigir al operador la constitución de una garantía para el aseguramiento del pago que será a elección del operador un prepago o aval. Dicha garantía se constituirá 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 o prepago al operador interesado en la misma en las siguientes situaciones:*
>
> > *a. 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,*
> >
> > *b. cuando el operador no haya contratado nunca ningún servicio mayorista con Telefónica de España.*

OCTAVO.- Escrito de alegaciones de Telefónica

En fecha 30 de septiembre de 2010 se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de Telefónica, respecto del acuerdo de inicio previamente notificado (Documento 4).

En el citado escrito, y en relación con los hechos y fundamentos jurídicos que constituyen el expediente de referencia, Telefónica alega lo siguiente:

(i) Sobre la obligación de negociar la interconexión por los operadores y la atención de solicitudes razonables por parte de Telefónica.

- La Resolución de 12 de diciembre de 2008 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 impuso a Telefónica, como operador con PSM la obligación, entre otras, de *"Atender a las solicitudes razonables de acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización (artículo 13.1 d) de la LGTel y 10 del Reglamento de Mercados; artículo 12 de la Directiva de Acceso) […]".*

  Según Telefónica, esta obligación de acceso no debe entenderse como incondicionada. Telefónica debe dar la interconexión de modo generalizado a los

operadores alternativos, pero *"dicho acceso debe ser razonable y el juicio de razonabilidad solo puede rechazarse sobre criterios objetivos".*

- No cabe predicar ni conforme a la normativa nacional ni a la comunitaria que el acceso deba ser incondicional, ni mucho menos darse en condiciones de no razonabilidad. Estos límites se encuentran regulados en las siguientes disposiciones:

  - Considerando 19 de la Directiva 2002/19 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados y a su interconexión (Directiva de acceso). La citada Directiva establece los límites al acceso y la posibilidad para denegarlo y no se refiere a supuestos tasados sino a supuestos objetivos tales como la viabilidad técnica o la necesidad de mantener la integridad de la red. De ello debe entenderse que son más los aspectos que pueden hacer una solicitud no razonable y entre ellas, cita la falta de solvencia económica y financiera.

  - Artículo 10 del Real Decreto 2296/2004, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración (en adelante, Reglamento de Mercados) donde no sólo se establece la necesidad de que la solicitud de acceso sea razonable sino que también se menciona que la solicitud de acceso puede someterse a condiciones que sean razonables.

  - Comunicación de la Comisión Europea sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones de 22 de agosto de 1998, donde se establecen las causas que justifican objetivamente una denegación de acceso señalando expresamente, entre otras causas, que la existencia de un potencial riesgo crediticio es causa justificada y evidente para denegar el acceso a otro operador.

- El régimen establecido al amparo de la Ley General de Telecomunicaciones del año 1998, Ley 11/1998, establecía el necesario procedimiento de otorgamiento de títulos habilitantes para la prestación de servicios de telecomunicaciones bajo la forma de licencias individuales o autorizaciones generales en función de los servicios a prestar, y ello con sujeción a una serie de requisitos. Así, el artículo 18 de la derogada LGTel exigía, para el otorgamiento de una licencia individual, la necesidad de que el solicitante acreditara *"la solvencia técnica y económica suficiente en los términos fijados en la Orden ministerial a la que se refiere el artículo 16, para hacer frente a las obligaciones resultantes de la prestación del servicios o del establecimiento o explotación de la red".* Por su parte, el artículo 13 de la Orden de 22 de septiembre de 1998, por la que se establece el régimen aplicable a las licencias individuales para servicios y redes de telecomunicaciones establecía la necesidad de presentar, además de la *"Acreditación de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional",* un plan de negocio que contuviera un "Análisis de solvencia y liquidez".

Sin embargo, el régimen establecido por la actual LGTel sustituye el modelo anterior por el régimen de autorización sin que para su obtención se haga mención alguna a la solvencia económica ni a la liquidez.

Según Telefónica este cambio en los requisitos parece lógico dado que la nueva regulación comunitaria del 2002 establece un régimen donde la Administración interviene mínimamente dejando que los operadores negocien y pacten libremente las condiciones de sus relaciones y del acceso entre ellas, interviniendo sólo cuando sea necesario para garantizar los objetivos de la Ley.

- En conclusión, si la solvencia económica junto con la técnica era un requisito esencial para poder conseguir la consideración de operador cuando la adquisición de dicha condición estaba sometida a la previa valoración y autorización de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, más aún debería serlo cuando no hay control administrativo previo como en el régimen actual, y es aquí donde el criterio de razonabilidad cobra todo su sentido.

(ii) Sobre la falta de razonabilidad de las solicitudes de interconexión recibidas.

- Según Telefónica los operadores a los que se solicitó la correspondiente garantía de pago y dieron origen al presente expediente sancionador revisten características comunes que hacen que sus solicitudes de acceso se tornen no razonables si no van acompañadas de una necesaria garantía que supla el necesario requisito de solvencia.
- En particular, se trata de operadores con un riesgo crediticio elevadísimo habida cuenta de su situación financiera y su baja capacidad de solvencia. Estos operadores reúnen parte de estos requisitos:
  - Empresas de reciente constitución, de pequeño tamaño y con capital social mínimo (3000 euros).
  - No hay datos financieros disponibles y en algunos casos incumplen con la obligación de publicación de sus cuentas anuales.
  - Sin respaldo accionarial importante ni vinculaciones financieras que soporten la actividad de Operador.
  - Muchas son sociedades que carecen de objeto social relacionado con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.
  - Solicitud de servicios de interconexión, susceptibles de generar consumos elevados. Estos son denominados E1 siendo cada uno equivalente a un circuito de 2MB/S con 30 canales de 64KB/S o primario (máximo de 30 conversaciones simultáneas).
- Se trata de operadores que se muestran interesados en contratar tráficos que, en algunos casos, son susceptibles de generar consumos muy altos lo que a su vez es susceptible de generar deudas muy elevadas de manera rápida sin que los mismos tengan un respaldo financiero. En concreto:

- Nalan:
  - ✓ Empresa de reciente constitución (22 de enero de 2009).
  - ✓ No dispone de información financiera.
  - ✓ Su objeto social (Servicios técnicos de ingeniería, arquitectura, urbanismo, etc.) no está relacionado con las Telecomunicaciones.
  - ✓ Adopta la forma de sociedad limitada con un capital social de 3.050 euros sin accionariado de prestigio, ni información financiera positiva relevante.
  - ✓ La entidad INFORMA (especialista en análisis financieros) asigna a esta entidad una valoración de riesgo comercial de nivel medio-alto y una opinión de crédito comercial a esta empresa recomendando no superar los 1000 euros.
  - ✓ Solicitó de Telefónica 4 E1.
- OVH:
  - ✓ Empresa constituida en el año 2003.
  - ✓ Su objeto social (Programación, consultoría y otras actividades relacionadas con la informática) no está relacionado con las Telecomunicaciones.
  - ✓ Adopta la forma de sociedad limitada con un capital social de 3.006 euros.
  - ✓ No presenta cuentas en el Registro Mercantil desde el año 2005.
  - ✓ La entidad INFORMA asigna a esta entidad una valoración de riesgo comercial de nivel elevado, con una trayectoria empresarial muy negativa, y sobre la que se recomienda prudencia en las relaciones comerciales.
  - ✓ Solicita de Telefónica 6 E1.
- SMO
  - ✓ Empresa constituida en el año 2008.
  - ✓ Adopta la forma de sociedad limitada con un capital social de 3.000 euros sin accionariado de prestigio, ni información financiera positiva relevante.
  - ✓ La entidad INFORMA asigna a esta entidad una valoración de riesgo comercial de nivel elevado y sobre la que se recomienda prudencia en las relaciones comerciales.
  - ✓ Solicita de Telefónica 20 E1.

- Según Telefónica, una vez recibidas solicitudes de nuevos operadores, se procede a realizar un riguroso estudio del nivel de riesgo que conlleva contratar con los mismos. Se trata de un estudio realizado conforme a un modelo homogéneo de valoración de riesgo de empresas basado en la parametrización de indicadores externos e internos. Como resultado del citado modelo, se obtiene un indicador que representa el nivel de riesgo individualizado para el cliente y que establece su nivel de riesgo de crédito y, por tanto, su probabilidad de impago.

- En el caso de los operadores que nos ocupan, el nivel de riesgo asignado es un nivel “muy alto”, lo que conlleva un riesgo de impago de entre un 85% y un 100%.

(iii) La solicitud de garantías en el pago no implica automáticamente una barrera de entrada para la competencia.

- La exigencia a distintos operadores de la constitución de un aval o sistema de prepago mensual, ante un riesgo probable de impago, en ningún momento ha supuesto una barrera de entrada para la competencia.
- Los Acuerdos de Interconexión consisten en acuerdos privados entre operadores que requieren de la prestación de servicios por parte de Telefónica y como tales acuerdos privados, las partes pactan libremente los precios y demás condiciones comerciales. Por tanto, su incumplimiento implica necesariamente una causa de resolución contractual de ámbito civil.
- Sin embargo, al tratarse de materia regulada en algunos aspectos, la normativa vigente exige, por parte de la CMT, una actuación dirigida al control e intervención previo, y por parte de Telefónica, el cumplimiento de unas obligaciones determinadas dirigidas al mantenimiento de las condiciones de competencia.
- A pesar de que la obligación de no distorsionar las condiciones de competencia, provoca en Telefónica la obligación de suministrar acceso y servicios a otros operadores, la normativa en materia de competencia sobre acuerdos de acceso prevé supuestos objetivos en los que un operador puede denegar el suministro a otro sin que esto implique una conducta anticompetitiva (párrafo 85 de la Comunicación CE de 22 de agosto de 1998 antes referida).
- La Resolución de 23 de noviembre de 2005 establece un sistema de solicitud de garantías de pago y determina los supuestos en los que Telefónica está autorizada a exigir la constitución de un aval. No obstante, en opinión de Telefónica, estos supuestos no impiden ni condicionan la libertad de ésta para establecer otra serie de condiciones comerciales con otros operadores siempre que se ajusten a derecho y no afecten negativamente a las condiciones de competencia.
- Por todo lo anterior, Telefónica considera que su conducta responde al criterio de justificación objetiva exigido por la normativa vigente, respetando los requisitos de necesidad y proporcionalidad.

(iv) Sobre el error de tipo imputado.

- Telefónica afirma que el artículo 53.r) de la LGTel se configura como un tipo infractor en blanco en la medida en que se establece un deber general de cumplir las resoluciones que dicte la CMT en materia de comunicaciones electrónicas. Por lo tanto, para analizar si existe una infracción de las previstas en el citado artículo debe determinarse con toda precisión cuál es el alcance de la obligación que supuestamente la CMT ha impuesto al operador en su resolución.
- En concreto, Telefónica considera que, sería el artículo 53.v) el que tipifica una conducta que presenta mayor coincidencia objetiva con la conducta indebidamente imputada a Telefónica cuando considera infracción muy grave:

  "El incumplimiento, por parte de las personas físicas o jurídicas habilitadas para la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas

accesibles al público, de las obligaciones en materia de acceso e interconexión a las que estén sometidas por la vigente legislación".

NOVENO.- Propuesta de resolución de la Instructora

Con fecha 25 de mayo de 2011, la Instructora del expediente emitió la correspondiente propuesta de resolución en la que, tras relatar los antecedentes de hecho, fijar los hechos considerados probados y analizar los fundamentos de derecho aplicables al caso, propuso:

> *"**ÚNICO.-** Archivar el expediente sancionador incoado a Telefónica de España, S.A.U., en fecha 29 de julio de 2010, por el presunto incumplimiento de la Resolución de 23 de mayo de 2005".*

La propuesta de resolución fue recibida por Telefónica el día 26 de mayo de 2011 (Documento 7).

DÉCIMO.- Escrito de alegaciones al trámite de audiencia

Mediante escrito de 7 de junio de 2011 Telefónica vino a dar cumplimiento al trámite de audiencia y a formular las alegaciones que estimó pertinentes, de acuerdo al artículo 19 del Reglamento del Procedimiento Sancionador. En el citado escrito Telefónica manifiesta su conformidad con el archivo de las actuaciones (Documento 9).

II. HECHOS PROBADOS

De la documentación obrante en el expediente y de las pruebas practicadas han quedado probados, a los efectos del procedimiento de referencia, los siguientes hechos:

PRIMERO.- Que Telefónica de España, S.A.U. exigió a las entidades Nalan y SMO determinadas garantías de pago, previas a la firma del AGI, no contempladas en la Resolución de 23 de noviembre de 2005.

La Resolución de 23 de noviembre de 2005, da la posibilidad a Telefónica de exigir avales a los operadores que solicitan por primera vez la interconexión. No obstante, esta exigencia no es incondicional sino que para requerir los avales deben concurrir determinadas circunstancias que justifiquen esta petición.

La citada Resolución, en su versión vigente en el momento en que se llevaron a cabo los hechos objeto del presente expediente, delimitaba estas circunstancias indicando que Telefónica puede exigir la constitución de un aval al operador, en el momento anterior a la efectiva interconexión, cuando el operador se encuentre en alguno de los siguientes supuestos:

- 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.

Es decir, en la citada Resolución se concretaban los supuestos en los que Telefónica podía exigir la constitución de un aval al operador que solicitara la adhesión a la OIR.

Entre los meses de febrero y mayo de 2010, esta Comisión recibió denuncias de las entidades Nalan y SMO (especificadas en los antecedentes de hecho) mediante las cuales los operadores denunciantes solicitaban la intervención de esta Comisión ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo de interconexión sin constituir ciertos avales exigidos por Telefónica y fuera de los supuestos establecidos en la OIR 2005.

Estos expedientes fueron resueltos por el Consejo de esta Comisión instando a Telefónica a firmar los correspondientes AGI en el plazo de 5 días y ello sin exigir el aval solicitado por Telefónica.

Con fecha 21 de octubre de 2010 y 4 de agosto de 2010 respectivamente, las partes finalmente pudieron firmar el AGI iniciando la prestación del servicio.

Por tanto, en los casos analizados, ha quedado constatado que Telefónica exigió la constitución de determinados avales en supuestos distintos a los previstos en la Resolución de 23 de noviembre de 2005.

SEGUNDO.- Que Telefónica de España, S.A.U. no ha incumplido la Resolución de 23 de noviembre de 2005, al exigir a la entidad OVH determinadas garantías de pago previas a la firma del AGI

Como se indicaba en los antecedentes de hecho, con fecha 22 de abril de 2010, la entidad OVH Hispano (OVH) interpuso, ante esta Comisión, un conflicto de interconexión contra Telefónica, dado que tras once meses desde el inicio de las negociaciones entre ambos operadores para lograr la interconexión, no se había procedido a la firma de un Acuerdo General de Interconexión (AGI) entre dichas entidades.

Durante la tramitación del procedimiento quedó acreditado que OVH no había solicitado la adhesión a la OIR, sino que ambas partes habían iniciado la negociación de un AGI de conformidad con el artículo 11 de la LGTel. Es por ello que la Resolución de fecha 22 de septiembre de 2010, que da fin al citado conflicto, no se fundamenta en la falta de aplicación de los criterios establecidos en la OIR aprobada por Resolución de 23 de noviembre de 2005, sino en la falta de aplicación de la normativa relativa a los principios generales de interconexión, en la que se establecen los derechos y obligaciones de los operadores en relación con las solicitudes de interconexión, y en concreto, el plazo máximo establecido en la normativa sectorial para proceder a la firma de un AGI desde el inicio de las negociaciones.

Dado lo anterior, con fecha 28 de octubre de 2010, por Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se inició un procedimiento sancionador contra Telefónica como presunto responsable de una infracción administrativa calificada como muy grave, tipificada en el artículo 53.v) de la LGTel, y consistente en el presunto

incumplimiento de las obligaciones en materia de interconexión a las que están sometidas los operadores de conformidad con la vigente legislación.

En conclusión, ha quedado acreditado que en el presente caso Telefónica no ha incurrido en un incumplimiento de la Resolución de 23 de noviembre de 2005, sin perjuicio de las consideraciones que se puedan alcanzar en relación con el cumplimiento por parte de Telefónica de la normativa sectorial vigente en el expediente que, a tal efecto, se está tramitando en el seno de esta Comisión.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial de la Comisión para resolver el presente procedimiento sancionador.

El artículo 48.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) establece que "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 y en el apartado 1 del artículo 10 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos".

Asimismo, según el artículo 48.4 de la LGTel, en relación con las materias de telecomunicaciones reguladas en la citada Ley, esta Comisión ejercerá, entre otras, las siguientes funciones:

> *"e) Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, y la política de precios y comercialización por los prestadores de servicios. (…)*
>
> *g) Definir los mercados pertinentes para establecer obligaciones específicas conforme a lo previsto en el capítulo II del título II y en el artículo 13 de esta ley.*
>
> *(...) j) El ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos por esta ley."*

En aplicación de los preceptos citados, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene competencia para conocer sobre las conductas citadas en los Antecedentes de Hecho y resolver sobre el incumplimiento de las Resoluciones mencionadas, de conformidad con el artículo 53.r) de la LGTel, que tipifica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión en el ejercicio de sus funciones.

Adicionalmente, es el Pleno del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador, a tenor de lo establecido en el artículo 58.a).1º de la LGTel.

SEGUNDO.- Tipificación del hecho probado.

El presente procedimiento sancionador se inició ante la posible comisión de una infracción tipificada en el artículo 53.r) de la LGTel, que califica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes.

En particular, tal y como consta en el acuerdo de inicio del procedimiento sancionador, el expediente se inició contra Telefónica por el presunto incumplimiento de la Resolución de 23 de noviembre de 2005, por la que se modifica la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica. En concreto, Telefónica podría estar exigiendo garantías de pago que, de conformidad con la Resolución citada, no estaría legitimada a solicitar.

Por lo tanto, el presente procedimiento sancionador tiene por objeto comprobar el posible incumplimiento, por parte de Telefónica, de las reglas relativas a los mecanismos de aseguramiento de pago impuestas, en la Resolución de 23 de noviembre de 2005, para casos donde el aval se solicite con anterioridad a la efectiva interconexión (apartado 11.14 de la OIR).

Tal y como se detallará más adelante, el presente procedimiento sancionador será objeto de archivo, motivo por el cual no se considera necesario responder de forma pormenorizada a cada una de las alegaciones realizadas por Telefónica. No obstante, dada la transcendencia que podría conllevar para la tramitación de futuros procedimientos sancionadores por esta Comisión, resulta conveniente hacer una serie de consideraciones en relación con las manifestaciones vertidas por Telefónica sobre la posible vulneración del principio de tipicidad en las presentes actuaciones.

Según Telefónica el artículo 53.r) de la LGTel se configura como un tipo infractor en blanco en la medida en que se establece un deber general de cumplir las resoluciones que dicte esta Comisión en materia de comunicaciones electrónicas. A su juicio, para analizar la existencia de una infracción de las previstas en el citado artículo sería necesario determinar con toda precisión cuál es el alcance de la obligación que supuestamente la Comisión ha impuesto al operador en su resolución.

Entiende Telefónica que la conducta considerada por esta Comisión no tiene carácter típico dado que la resolución pretendidamente incumplida únicamente aprueba las condiciones en las que se produce el acuerdo general de interconexión, su contenido y las condiciones aplicables, pero no el hecho de la interconexión en si misma ni las condiciones que puedan aplicarse a la misma, así como su consideración o no de razonable.

Añade el imputado que la interconexión debe entenderse como un proceso que se desarrolla en dos fases: una primera de acceso e interconexión de las redes y una segunda consistente en la prestación de servicios sobre las redes interconectadas. Siendo esta segunda fase la que se regula por la OIR y que se concreta en las diferentes resoluciones que se aprueban y modifican.

Para Telefónica el deber de negociar la interconexión y de atender la solicitud de acceso razonable es previo a la firma del contrato. Para ello, de conformidad con el artículo 22.2 de la LGTel, una vez solicitada la interconexión por parte del operador alternativo, se dispone de 4 meses para la formalización del AGI aprobado por la OIR.

En base a lo anterior Telefónica considera que, sería el artículo 53.v) el que tipifica una conducta que presenta mayor coincidencia objetiva con la conducta indebidamente imputada a Telefónica cuando considera infracción muy grave:

> *"El incumplimiento, por parte de las personas físicas o jurídicas habilitadas para la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas accesibles al público, de las obligaciones en materia de acceso e interconexión a las que estén sometidas por la vigente legislación".*

En relación con lo manifestado por Telefónica cabe indicar que, de conformidad con el artículo 11.2 de la LGTel, los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas tienen 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.

Para estos supuestos, 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-.

No obstante, Telefónica parece olvidar que, mediante la Resolución de 12 de diciembre de 2008[1], fue designado como operador con poder significativo (PSM) en el mercado de acceso y originación de llamadas en la red telefónica pública en una ubicación fija.

En virtud de la citada Resolución se impuso a Telefónica, entre otras, la obligación de transparencia, instando a ese operador a seguir manteniendo publicada una Oferta de Referencia para la prestación de los servicios de originación y terminación de llamadas.

La OIR contiene, entre otros aspectos, la oferta de servicios de originación y terminación de llamadas en la red fija de Telefónica al resto de operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas.

La OIR es una oferta contractual, esto es, una declaración de voluntad emitida por Telefónica que está dirigida a los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas en la que se propone la celebración de un determinado acuerdo de interconexión.

---

[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).

El artículo 1261 del CC señala que hay contrato cuando concurren los siguientes requisitos: consentimiento de los contratantes, objeto del contrato y causa de la obligación que se establezca.

La doctrina sentada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones[2] ha señalado que el contrato que nace de la OIR se perfecciona por la simple aceptación de los términos de la Oferta por parte de sus destinatarios. Esto es, basta con la simple manifestación de voluntad de aceptación pura y simple de la OIR vigente en ese momento por parte del operador entrante para que se entienda que concurren los elementos esenciales de todo contrato. Es más, la doctrina sentada por esta Comisión señala que la OIR se aplicará de forma automática desde el momento en el que la solicitud del operador sea conocida por Telefónica. En este sentido, se aplica el artículo 1262 del CC, que establece lo siguiente:

> *"El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.*
>
> *Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe.*
>
> *El contrato, en tal caso, se presupone celebrado en el lugar en el que se hizo la oferta. En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación*".

Así pues, la OIR se configura como un contrato de adhesión que permite a cualquier operador interesado la firma de un AGI sin más contacto con el operador oferente que el estrictamente necesario para la comunicación del desarrollo de las cuestiones de carácter puramente técnico que requiere la efectiva prestación de los servicios de interconexión.

Aceptada la OIR por el operador entrante, las partes disponen de un plazo de <u>cinco días laborables</u> para formalizar por escrito el texto que corresponda con el objeto de la aceptación.

Es decir, las condiciones de la OIR que Telefónica podría haber incumplido no son condiciones establecidas directamente por la legislación, sino por la propia oferta, como resolución administrativa en la que se concreta el contenido normado de la oferta forzosa de interconexión. Por ello, al no tratarse del incumplimiento de obligaciones de acceso establecidas en la legislación, puesto que la legislación de telecomunicaciones no fija las medidas de aseguramiento de pago que pueden ser fijadas por Telefónica para el cumplimiento de la obligación de acceso, no procede la tipificación postulada por Telefónica.

Como ha quedado acreditado en los Hechos Probados, la conducta que se está valorando sancionar no consiste en el incumplimiento de un contrato sobre condiciones de acceso a la interconexión, sino que la sanción se derivaría del incumplimiento de la resolución que

[2] Entre otras, la Resolución de 27 de noviembre de 2003 por la que se resuelve el conflicto de interconexión entre TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y COLT TELECOM ESPAÑA, S.A.U. en relación con la modificación de los precios de los servicios de interconexión prestados por ambas entidades.

impone a Telefónica una actuación que no ha sido llevada a cabo en las condiciones fijadas en la misma.

El legislador cuando otorga a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la facultad de dictar resoluciones en determinados ámbitos, dota, asimismo, a esta Comisión del instrumento a través del cual se va a obligar a los destinatarios de sus Resoluciones al cumplimiento de su contenido. Ese instrumento lo constituye la facultad sancionadora regulada en el título VIII de la LGTel. Sin esa facultad de sancionar quedaría vacía esta obligación de cumplimiento, dificultándose el ejercicio competencial de esta Comisión al no tener consecuencias para los operadores la infracción del contenido de sus Resoluciones.

En este sentido ya se ha pronunciado la Audiencia Nacional en Sentencia de 7 de mayo de 2010, indicando lo siguiente:

> *"(..) la sociedad recurrente nos indica que han de ser las propias resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, identificando las concretas conductas susceptibles de lesionar el bien jurídico protegido, las que deben prefigurar los incumplimientos en los que se puede incurrir, lo que, al no haber sido hecho en este caso, comportaría también la contravención del principio de tipicidad.*
>
> *Esta afirmación carece sin embargo por completo de cobertura en la ley ya que, de ser aceptada, comportaría la necesidad de la introducción de una nueva categoría en el ámbito del derecho sancionador, de modo que habría disposiciones o actos cuyo incumplimiento no produciría consecuencias sancionadoras y otros que sí lo harían, siendo éstos sólo aquéllos en los que de modo expreso se advirtiera de que, en efecto, de ser contravenidos, darían lugar a responsabilidad. Los otros integrarían una especie de "obligación natural" desprovista de sanción. Pero nuestro derecho no establece semejante distinción entre mandatos.*
>
> *Y es que, además, ésa es precisamente la función de la norma sancionadora, la previa y taxativa expresión de las conductas que dan lugar a responsabilidad, sin que deban ser complementados con una suplementaria advertencia administrativa, y sin que, como la doctrina tanto jurisprudencial como la procedente del Tribunal Constitucional vienen mostrando, el empleo de preceptos en blanco, como en el presente caso ocurre, merezca reproche desde la perspectiva del principio de tipicidad.*
>
> *El esquema opera de modo singularmente claro cuando una empresa –como la recurrente- está sujeta con el Organismo Regulador por una relación de sujeción especial en la que cabe presumir que conoce exhaustivamente los efectos de la contravención de las normas jurídicas. Esa misma relación de sujeción especial, y su posición frente a la Administración, ha sido expresamente reconocida por la parte recurrente a lo largo de su demanda".*

De lo anterior debe concluirse que no existe error alguno en la tipificación, y la conducta de Telefónica puede subsumirse dentro del tipo descrito en el artículo 53.r) de la LGTel, que califica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas.

Una vez dilucidado lo anterior, procede recordar que el objeto del presente expediente es determinar en qué medida la conducta llevada a cabo por Telefónica puede ser calificada como contraria a las obligaciones que tiene impuestas en el mercado de acceso y originación de llamadas en la red telefónica pública en una ubicación fija. En concreto, se pretende comprobar si Telefónica, habría estado exigiendo de forma generalizada a los operadores, en el momento anterior a la efectiva interconexión, la constitución de avales que, de conformidad con la Resolución de 23 de noviembre de 2005, no está legitimada a solicitar.

Como se indica en el hecho probado primero, ha quedado acreditado que Telefónica retrasó la interconexión de las entidades Nalan y SMO, exigiendo determinados avales no establecidos en los supuestos recogidos en la Resolución de 23 de noviembre de 2005.

Sin embargo a juicio de esta Comisión, la calificación concreta de la conducta de Telefónica en el marco del presente procedimiento sancionador debe ir precedida de un análisis de posibles causas de justificación dado que, en el caso que nos ocupa, se aprecian circunstancias excepcionales que deben ser tenidas en consideración a la hora de valorar la decisión de Telefónica de exigir determinados avales en situaciones distintas a las previstas en la OIR 2005.

En primer lugar cabe indicar que, tal y como se señalaba con anterioridad, el presente expediente sancionador se inició ante la existencia de indicios que podrían indicar que Telefónica estaba llevando a cabo una actuación generalizada de denegación de acceso a la Oferta de Interconexión de Referencia impidiendo a nuevos operadores entrar en el mercado, incumpliendo con ello las condiciones impuestas en la Resolución de 23 de noviembre de 2005.

Los citados indicios tenían su fundamento en las denuncias presentadas por los operadores Nalan, OVH y SMO entre las fechas 19 de febrero y 29 de junio de 2010. Sin embargo, de la tramitación de los citados conflictos se han extraído determinadas conclusiones que deberán tenerse en cuenta en el presente procedimiento sancionador.

Así, en relación con el conflicto planteado por la entidad OVH, de la tramitación del correspondiente procedimiento quedó acreditado que la entidad denunciante no había solicitado a Telefónica la adhesión a la OIR. Es decir, los avales exigidos por Telefónica a OVH fueron requeridos en el marco de la negociación de un acuerdo general de interconexión, y de conformidad con el principio de libertad de pactos. Por tanto, en el presente caso resulta claro que Telefónica no incumplió la Resolución de 23 de noviembre de 2005[3].

Por otro lado, debemos analizar las circunstancias acaecidas respecto del operador SMO. En este sentido cabe indicar que esta Comisión, por Resolución de 29 de julio de 2010, obligó a Telefónica a firmar un AGI con SMO sin exigir ningún tipo de aval. No obstante, ~~transcurridos poco más de tr~~es meses de la firma del citado AGI, esta Comisión tuvo que

[3] Sin perjuicio de las consideraciones que se puedan alcanzar en relación con el cumplimiento, por parte de Telefónica, de la normativa sectorial vigente en el expediente sancionador que, a tal efecto, se está tramitando en el seno de esta Comisión (RO 2010/1810).

adoptar una medida cautelar (con fecha 11 de noviembre de 2010), ante el importante riesgo crediticio que estaba afrontando Telefónica. Así, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones permitió a Telefónica solicitar una garantía de pago fuera de los supuestos establecidos en la OIR, autorizando asimismo a la suspensión de la interconexión si, en el plazo establecido, SMO no presentaba el correspondiente aval. En concreto la Resolución indicaba lo siguiente:

> *"(..) es preciso arbitrar los mecanismos necesarios para que, al tiempo que se garantiza la efectiva aplicación de la normativa sobre acceso e interconexión, dicha garantía no redunde en un menoscabo del bien jurídico igualmente protegido por dicha normativa como es el cumplimiento de las correlativas obligaciones de retribución de los servicios de interconexión, previamente prestados por TESAU. En este sentido, la obligación que pesa sobre Telefónica de dar acceso e interconexión a aquellos operadores que deciden acogerse a la OIR no puede desembocar en una obligación correlativa de soportar riesgos financieros exorbitantes que hagan peligrar su derecho a obtener la contrapartida por los servicios de interconexión que presta, debiendo así conciliar ambos intereses dignos de protección.*
>
> *En todo caso, la obligación de interconexión que se impone al operador previamente declarado con poder significativo en el mercado, no es una obligación unilateral, ilimitada y sin contrapartidas".*

Finalmente, con fecha 3 de marzo de 2011, y habiéndose constatado que la deuda generada por SMO había alcanzado la cifra de 2.627.770,24 euros (a fecha 14 de noviembre de 2010), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones declaró la concurrencia de los requisitos necesarios para la resolución del AGI firmado entre Telefónica y SMO autorizando la desconexión definitiva de las redes de ambos operadores. Es decir, en esta ocasión la propia Comisión estimó la falta de proporcionalidad de la solicitud de SMO.

En otro orden de cosas, también se ha de tener en cuenta que Telefónica ha venido solicitando en distintas ocasiones a esta Comisión, la modificación de los criterios establecidos en relación a las características de los avales, en aras a evitar posibles impagos.

En este sentido, con fecha 5 de mayo de 2010, y en relación con todas las ofertas mayoristas, Telefónica solicitó de esta Comisión el inicio de un expediente que le autorizase a desarrollar un procedimiento de evaluación de riesgos (basado en parámetros económicos y financieros) que le permitiera medir el riesgo de contratar con nuevos operadores, y en función del riesgo resultante, proceder a la solicitud de garantías económicas.

Así las cosas, el Consejo de esta Comisión, por Resolución de 10 de febrero de 2011, por la que se analiza la solicitud de Telefónica de España, S.A. de modificación de las medidas de aseguramiento de pago de sus ofertas mayoristas (RO 2010/902) estimó proporcionado modificar determinadas características de los avales vigentes. En concreto, y para el caso que nos ocupa, una vez analizados los altos riesgos que asumía Telefónica, en relación con los nuevos operadores que solicitaban por primera vez la interconexión, y dada la alta conflictividad que por impagos en el servicio de interconexión se había producido en los

últimos años, se resolvió lo siguiente:

> *"(..) teniendo en cuenta que el acceso a los servicios mayoristas es imprescindible para que terceros operadores puedan comenzar a desarrollar su actividad económica, es preciso arbitrar las medidas adecuadas y proporcionadas que eviten la transferencia de riesgo crediticio hacia TESAU.*
>
> *Igualmente, la falta de previsión (constatada por esta Comisión) por parte de dichos operadores entrantes en la contratación inicial de los circuitos necesarios para la prestación de sus servicios, derivada de la facilidad de acceso a la OIR, que normalmente no requiere una importante inversión[4] del operador entrante, para empezar a prestar algunos de los servicios recogidos en la misma, puede aumentar el riesgo de impago alterando así el escenario de seguridad en el tráfico mercantil entre los operadores.*
>
> *Sobre la base de lo anterior, esta Comisión estima necesario proceder a modificar la OIR de Telefónica en lo relativo al mecanismo de aseguramiento de pago previo a la prestación del servicio.*
>
> *En este sentido, se estima pertinente que,* ***además de los supuestos recogidos en la OIR vigente, Telefónica tenga derecho a solicitar un prepago o aval, a elección del operador entrante, cuando éste solicite alguno de los servicios recogidos en la OIR y no haya contratado con anterioridad ningún servicio mayorista con Telefónica****. Se entenderá que dicho operador no supone riesgo financiero para Telefónica en la prestación de los servicios de interconexión si el operador alternativo ya tuviera contratados otros servicios mayoristas con Telefónica y no tuviera ningún impago pendiente por los mismos".*

Continua la resolución indicando que con esta modificación, la Comisión "*limitará la exposición de Telefónica a los riesgos que le supone interconectarse con operadores alternativos de nueva creación".*

En conclusión, en la citada Resolución la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones venía a reconocer la procedencia de la exigencia del establecimiento de avales en casos similares a los analizados en el presente expediente (Nalan, OVH y SMO), es decir, en relación con empresas que por primera vez solicitan el servicio de interconexión, dado el alto riesgo crediticio que supone para Telefónica. Así, para compensar esta falta de proporcionalidad en el riesgo soportado por Telefónica, se permite a Telefónica la solicitud de determinadas medidas de aseguramiento de pago, tal y como venía reclamando la citada operadora.

Es decir, la solicitud de avales en casos similares a los aquí analizados, se encuadrarían dentro de los criterios de proporcionalidad fijados por esta Comisión en la Resolución de 10 de febrero de 2011.

[4] A diferencia de lo que ocurre con los servicios incluidos dentro de otras ofertas de referencia como la OBA o la AMLT donde desde un primer momento, para la prestación de dichos servicios, es necesaria una mayor inversión.

Por tanto, teniendo en cuenta todos los hechos anteriores se debe concluir, en primer lugar, que durante la tramitación del presente expediente ha quedado acreditado que Telefónica no ha venido denegando de forma generalizada el acceso a la OIR. Y, en segundo lugar, que las denegaciones que efectivamente se originaron, se produjeron en supuestos muy concretos (empresas con un alto riesgo crediticio) y respecto de los cuales la propia Comisión ha estimado posteriormente la necesidad de exigir determinadas garantías de aseguramiento de pago con el objetivo de aminorar el riesgo asumido por Telefónica.

En conclusión, a juicio de esta Comisión, ha quedado acreditado que en el presente caso existían causas objetivas que hacían razonable la exigencia de avales en supuestos distintos a los recogidos en la OIR vigente en ese momento, ya que efectivamente existía un riesgo cierto de impago.

Por todo lo anterior, debe entenderse que la conducta puesta de manifiesto en el hecho probado primero no se incardina suficientemente en la conducta típica sancionable, por cuanto ha quedado acreditado que existían razones objetivas que justifican la actuación de Telefónica en el presente caso.

Vistos los Antecedentes de hecho, Hechos probados y Fundamentos de Derecho y, vistas, asimismo, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto y demás normas de aplicación, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones,

RESUELVE

ÚNICO.- Archivar el expediente sancionador incoado a Telefónica de España, S.A.U., en fecha 29 de julio de 2010, por el presunto incumplimiento de la Resolución de 23 de mayo de 2005.

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.

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, por quienes puedan acreditar su condición de interesados, 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 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/10998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y los artículos 107 y 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 3 del artículo 48 de la misma Ley.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros.