



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 número 33/10 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 28 de octubre de 2010, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con la tramitación del procedimiento número RO 2010/1810, se aprueba la siguiente

Resolución por la que se acuerda la apertura de un procedimiento sancionador contra Telefónica de España, S.A.U. por el presunto incumplimiento de las obligaciones que en materia de interconexión está sometida de conformidad con la legislación vigente.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Conflicto de interconexión planteado por OVH HISPANO, S.L. contra Telefónica de España, S.A.U¹.

Con fecha 22 de abril de 2010, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de la entidad OVH HISPANO, S.L. (en adelante, OVH) mediante el cual pone en conocimiento de esta Comisión la imposibilidad de llegar a un Acuerdo General de Interconexión (en adelante, AGI) ante la solicitud de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) de constitución previa de un aval o, alternativamente, el establecimiento de un prepago.

En concreto, OVH manifestaba que Telefónica le había solicitado para la finalización del AGI un aval que estimaron en **[CONFIDENCIAL]**, revisable en función del tráfico que fueran a cursar. El mismo fue constituido por OVH a favor de Telefónica, con fecha 1 de octubre de 2009.

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

¹ Expediente RO 2010/876.



prepago mensual de [CONFIDENCIAL], ya que para Telefónica, OVH representaba un riesgo crediticio.

Por su parte, Telefónica justifica la demora en la formalización del AGI con OVH por los siguientes motivos:

- Que Telefónica 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, Telefónica 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 (...)”*.
- Que el resultado del mencionado estudio crediticio y de solvencia llevado a cabo por Telefónica, indicó que OVH *“presenta un importante riesgo de morosidad e impagos, por lo que la petición de servicios que dicho operador realiza a Telefónica de España coloca a mi representada en una situación de grave exposición al fraude”*. En consecuencia, Telefónica 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, Telefónica 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 Telefónica. Una vez aplicado dicho procedimiento, Telefónica 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, en consecuencia, Telefónica 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, Telefónica 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”*.
- 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 Telefónica.

Finalizada la instrucción, con fecha 22 de septiembre de 2010, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones puso fin al conflicto de interconexión resolviendo del siguiente modo:



“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”.

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

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 48.3 j) y 50.7 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el ejercicio de la potestad sancionadora para el cumplimiento de las obligaciones en materia de acceso e interconexión recogidas en la LGTel y en su normativa de desarrollo.

En concreto, el Capítulo III del Título II de la LGTel que regula el *Acceso a las redes y recursos asociados e interconexión*, señala en su artículo 11.2 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 los servicios y su interoperabilidad.

Por su parte, el artículo 22 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 expresamente que los citados acuerdos de interconexión se deberán formalizar en el plazo 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.

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

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

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



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

Por todo ello, compete a esta Comisión conocer, y en su caso sancionar, sobre el presunto incumplimiento por parte de Telefónica de las obligaciones de interconexión a las que está sometida de conformidad con la legislación vigente.

SEGUNDO.- Valoración de las actuaciones practicadas.

De conformidad con la normativa sectorial los titulares de redes públicas de telecomunicaciones tienen la obligación de facilitar la interconexión de sus redes. Así, en el artículo 11.2 de la LGTel indica expresamente 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”*.

Por su parte, el apartado segundo del artículo 22.2 del citado Reglamento añade que *“Los acuerdos de interconexión se formalizarán en un plazo máximo de cuatro meses², contados desde la fecha de solicitud de iniciación de la negociación. Sin perjuicio de ello, las partes podrán convenir el ampliar dicho plazo³”*.

Por tanto, ante una solicitud razonable⁴ de interconexión a la red de acceso, el operador tendrá la obligación de negociar la interconexión mutua”.

En este sentido cabe indicar que de conformidad con el Considerando 19 de la Directiva de acceso⁵ y el artículo 10 del Reglamento de Mercados, la obligación de atender a una solicitud razonable de interconexión puede excepcionalmente ser rechazada sobre la base de criterios objetivos, como son la viabilidad técnica o la necesidad de preservar la integridad de la red, en cuyo caso podrá denegarse la citada solicitud.

De las actuaciones realizadas durante la tramitación del expediente RO 2010/876 se ha podido constatar lo siguiente:

- Las partes no formalizaron el AGI en el plazo legal establecido de 4 meses.

De la documentación aportada al expediente de referencia quedó acreditado que con fecha 18 de junio de 2009, Telefónica tuvo conocimiento de la solicitud de OVH tendente a la firma de un AGI. Por tanto, a partir de esta fecha empezaría a correr el plazo de cuatro meses establecido en el artículo 22.2 del Reglamento de Mercados.

² El subrayado es nuestro.

³ El subrayado es nuestro.

⁴ El subrayado es nuestro.

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



Sin embargo, Telefónica alega que el plazo no se cumplió dado que ambas partes pactaron una ampliación, no obstante, durante la tramitación del procedimiento no podido constatar de que haya existido voluntad de la partes de ampliar el plazo máximo de negociación.

En conclusión, al no existir ampliación, el plazo legal para alcanzar el citado acuerdo expiraba el día 18 de octubre de 2009.

- Falta de denegación de la solicitud por parte de Telefónica en base a criterios objetivos.

Tal y como se indica en párrafos anteriores, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del Reglamento de Mercados, Telefónica únicamente puede denegar una solicitud de interconexión sobre la base de criterios objetivos, como son la viabilidad técnica o la necesidad de preservar la integridad de la red.

En el caso que nos ocupa, Telefónica justifica la demora en la firma del AGI amparándose en problemas derivados de las pruebas técnicas realizadas entre ambas partes y que tuvieron lugar hasta marzo de 2010.

Sin embargo, durante la tramitación del procedimiento Telefónica no ha podido acreditar la existencia de tales circunstancias 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 puedan justificar que la firma del AGI se ha dilatado en el tiempo, en lugar haber sido solventadas en el plazo máximo de cuatro meses establecido en el artículo 22 del mencionado Reglamento.

A la vista de estos hechos, esta Comisión considera que cabe apreciar indicios de un posible incumplimiento de las obligaciones que en materia de interconexión le son impuestas a Telefónica de conformidad con la normativa sectorial. Por tanto, los citados hechos son susceptibles de motivar la incoación de un procedimiento sancionador, en los términos establecidos por el artículo 12.1 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, debiéndose resolver en consecuencia.

TERCERO.- Iniciación de un procedimiento sancionador.

3.1 Tipo infractor

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

El artículo 53.v) de la LGTel tipifica como 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 de conformidad con la vigente legislación.

En la legislación vigente, concretamente, en el Capítulo III del Título II de la LGTel se regula el *Acceso a las redes y recursos asociados e interconexión*, señalando en su artículo 11.2 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.

Asimismo, el artículo 22 del Reglamento de Mercados dispone expresamente que los acuerdos de interconexión se formalizaran en el plazo 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.

Por tanto, ante la inobservancia de las obligaciones en materia de interconexión recogidas en la normativa citada y sin perjuicio, de lo que resulte de la posterior instrucción del procedimiento sancionador, y vistos los antecedentes, los actos de Telefónica pueden considerarse como actividades comprendidas en la conducta tipificada en el citado artículo.

3.2 Sanción que pudiera corresponder

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

“Por la comisión de las demás infracciones muy graves se impondrá al infractor multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción. En caso de que no resulte posible aplicar este criterio, el límite máximo será de dos millones de euros. Las infracciones muy graves, en función de sus circunstancias, podrán dar lugar a la inhabilitación hasta de cinco años del operador para la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.”

3.3 Órgano competente para resolver

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

3.4 Procedimiento

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



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

RESUELVE

PRIMERO.- Iniciar procedimiento sancionador contra Telefónica de España, S.A.U., como presunto responsable directo de una infracción administrativa calificada como muy grave, tipificada en el artículo 53.v) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y consistente en el presunto incumplimiento de obligaciones en materia de interconexión a las que están sometidas de conformidad con la vigente legislación.

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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