



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

IGNACIO REDONDO ANDREU, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que la Sesión nº 11/09 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 26 de marzo de 2009, se ha adoptado el siguiente:

ACUERDO:

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN RELATIVA AL CONFLICTO DE ACCESO SUSCITADO ENTRE GRUPALIA INTERNET, S.A. Y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. EN EL MARCO DE LA OFERTA DE REFERENCIA DE LÍNEAS ALQUILADAS TERMINALES DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (ORLA).

(RO 2008/1861)

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 3 de noviembre de 2008, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de Don Alberto Estirado Bronchalo, en nombre y representación de la entidad GRUPALIA INTERNET, S.A. (en adelante, GRUPALIA) por el que vino a plantear un conflicto de acceso frente a la entidad TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TESAU) en el marco de la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas Terminales de TESAU (en adelante, ORLA).

En concreto, la representación de GRUPALIA señalaba lo siguiente:

Que con fecha 13 de marzo de 2008, solicitó a la entidad TESAU la adhesión a la ORLA.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Que una vez firmado el correspondiente Acuerdo General de Líneas Alquiladas Terminales (en adelante, AGLA), con fecha 7 de abril de 2008, solicitó a TESAU la constitución de los siguientes puntos de interconexión:

- Un Punto de Interconexión de Circuitos Óptico con Interfaz Tradicional (en adelante, PdIC Óptico) en la cámara de registro multioperador (CMRO) ubicada en la central del Madrid/Castellana.
- Dos Puntos de Interconexión de Circuitos con Interfaz Ethernet (en adelante, Pdl Ethernet) en las CMRO de Pozuelo/Jardines y Madrid/Manoteras.

Que tras sucesivas conversaciones, reuniones e intercambio de correos electrónicos, con fecha 2 de junio de 2008, TESAU le comunica los costes correspondientes a los Pdl solicitados. Así, mientras los costes de los Pdl Ethernet habían sido confeccionados de acuerdo a la ORLA, los precios facturados en relación al PdIC Óptico reflejaban conceptos no recogidos en la citada oferta.

Que según GRUPALIA, TESAU justifica la facturación de los mencionados costes en base al AGLA firmado entre ambas partes. Siendo en este momento cuando GRUPALIA se percató de que el acuerdo que le fue remitido por TESAU introducía un párrafo adicional al texto aprobado por esta Comisión, el cual, no había sido acordado por las partes. El citado párrafo reza de la siguiente forma:

“En el caso de constitución de un PdCE o PdIC óptico nuevo, Telefónica repercutirá al Operador los costes de constitución de dicho PdCE en el dado de Telefónica hasta la arqueta de interconexión. Si es posible la reutilización de infraestructuras de interconexión ya establecidas para el tráfico conmutado, se repercutirán los costes de los elementos de nueva instalación (fibras y/o equipos de transmisión) o de ampliación o actualización de equipos existentes, de acuerdo con el proyecto técnico que se acuerde. Lo mismo aplica para el caso de reutilización de la infraestructura de un PdIC para constituir un PdCE, y viceversa.”

Que GRUPALIA comunicó a TESAU su desacuerdo con la modificación que unilateralmente había realizado al texto del AGLA aprobado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, así como con la facturación que se le había realizado en relación al Pdl Óptico.

Que tras poner en conocimiento de TESAU este hecho, la operadora le ofrece la posibilidad de enviarle un nuevo AGLA *“sin el texto de la discordia”*, sin que a



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

fecha de la interposición del presente conflicto TESAU haya remitido el nuevo texto.

Que tras finalizar los trabajos de constitución del Pdl con Intefaz Tradicional de Madrid/Castellana, el 22 de septiembre de 2008, GRUPALIA recibió la factura por la constitución del mismo sin que se hubiesen eliminado los sobrecostes antes mencionados. Este hecho motivó que, el 25 de septiembre de 2008, GRUPALIA procediera a presentar una reclamación ante el departamento destinado a estos efectos por TESAU.

Que con fecha 23 de octubre de 2008, sin haber recibido previa contestación a la reclamación efectuada, GRUPALIA recibe correo electrónico del departamento de cobros de TESAU reclamándole el pago de la factura de fecha 22 de septiembre de 2008.

Que finalmente, GRUPALIA ha procedido a pagar a TESAU únicamente la cantidad que, a su juicio, le corresponden por los conceptos que considera aplicables conforme al Anexo 3 del texto consolidado de la ORLA (Cable de 8 fibras ópticas y tendido interior del mismo desde la CMRO y la sala de transmisión).

SEGUNDO.- Con fecha 6 de noviembre de 2008, se procedió a la apertura del correspondiente procedimiento administrativo para la resolución del conflicto planteado, notificando a los interesados en el expediente la citada apertura y el resto de circunstancias previstas en el artículo 42 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC).

TERCERO.- Con fecha 11 de noviembre de 2008, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TESAU mediante el cual solicita la intervención de la Comisión ante la negativa de la entidad GRUPALIA a efectuar el pago de los servicios prestados por TESAU para la constitución de un PdlC Óptico en la cámara de registro multioperador ubicada en la central de Madrid/Castellana de TESAU.

TESAU realizaba las siguientes manifestaciones:

Que GRUPALIA ha solicitado a TESAU la prestación de servicios recogidos en la ORLA. Dichos servicios entrarían dentro de la categoría de reutilización de infraestructuras del operador para otras ofertas mayoristas reguladas.

Que los conceptos facturables por el tipo de servicio anterior no se encuentran recogidos en la ORLA sino que se dejan al acuerdo y negociación entre las



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

partes en función de la infraestructura concreta y adicionalmente necesaria para la prestación de los servicios ORLA.

Que tras estudiar con el operador las mejores soluciones para sus necesidades, con fecha 21 de mayo de 2008, se comunicó a GRUPALIA por correo electrónico el importe a facturar por la solución elegida por ese operador.

Que GRUPALIA mostró su disconformidad con la valoración económica de los servicios solicitados, no obstante, en los distintos correos intercambiados siguió manifestando su deseo de continuar con la constitución del PdIC Óptico.

Que en opinión de TESAU, los costes de constitución de infraestructuras dedicadas para los servicios ORLA deben ser sufragados por el operador que las solicite. Los servicios de la ORLA se equiparan a los de entrega de señal de la OBA en lo que a utilización de un Pdl Óptico se refiere, en consecuencia, se debería aplicar lo recogido al respecto en la vigente OIR: *“se aplican las condiciones económicas de la OIR (es decir, no se cobra el equipo de transmisión que instala Telefónica de España) cuando más del 60% de la capacidad utilizada corresponde a un Pdl de tráfico conmutado”*.

Que en el caso de GRUPALIA, se solicitó la constitución de un PdIC Óptico completamente nuevo, por lo que el 100% de la capacidad instalada está dedicado a la ORLA y el 0% a un Pdl Óptico de tráfico conmutado. Por tanto, sería de aplicación la cláusula recogida en la OIR: *“Telefónica negociará con el operador las condiciones económicas razonables para la ampliación del equipo existente.”*, entendiendo por ampliación, la instalación de un equipo dedicado en exclusiva a atender el servicio solicitado por el operador.

Que GRUPALIA, al rechazar el pago de la factura, realiza una interpretación tergiversada de la ORLA, pretendiendo que la necesaria inversión adicional no supusiera coste para el operador y fuera soportada en exclusiva por Telefónica de España.

Finalmente, con el fin de evitar estas incorrectas interpretaciones solicita a la Comisión la inclusión del siguiente texto en el AGLA:

“En el caso de constitución de un PdCE o PdIC óptico nuevo, Telefónica repercutirá al Operador los costes de constitución de dicho PdCE en el dado de Telefónica hasta la arqueta de interconexión. Si es posible la reutilización de infraestructuras de interconexión ya establecidas para el tráfico conmutado, se repercutirán los costes de los elementos de nueva instalación (fibras y/o equipos de transmisión) o de ampliación o actualización de equipos existentes, de acuerdo con el proyecto técnico



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que se acuerde. Lo mismo aplica para el caso de reutilización de la infraestructura de un PdlC para constituir un PDCE, y viceversa.”

CUARTO.- Apreciando esta Comisión la identidad sustancial en el objeto de lo solicitado por ambas entidades, con fecha 26 de noviembre de 2008, se procedió a incorporar el citado escrito de TESAU al expediente de referencia, con la oportuna notificación a las partes implicadas.

QUINTO.- Con fecha 18 de diciembre de 2008, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión nuevo escrito de alegaciones de GRUPALIA donde vino a reiterar lo dicho en las alegaciones anteriores.

SEXTO.- Con fecha 23 de diciembre de 2008, se recibe escrito de TESAU donde, además de reiterar lo ya manifestado en su escrito de fecha 11 de noviembre, realiza las siguientes consideraciones adicionales:

Que en relación a la polémica suscitada respecto al AGLA, TESAU sostiene que en parte fue causa de un malentendido entre el operador y su gestor comercial. No obstante, desea aclarar que GRUPALIA tenía conocimiento del párrafo en cuestión, pues con su inclusión únicamente se pretendía aclarar un aspecto susceptible de interpretación tendenciosa en el texto de la ORLA, como así se le había manifestado a la Comisión en el expediente administrativo de aprobación de la ORLA.

Que este malentendido ya ha sido aclarado con el operador, por tanto, este aspecto no debería ser considerado en el presente conflicto.

Que GRUPALIA no puede evitar el pago de los costes de constitución de un PdlC nuevo amparándose en el apartado 6.2 de la ORLA sobre *“Reutilización de infraestructuras de Entrega de señal (EdS) de un operador cubicado para la constitución de un Pdl óptico o Pdl Eléctrico en dependencias de Telefónica de España”*, ya que no existe infraestructura de transmisión que pueda reutilizarse. Según TESAU, este apartado de la ORLA únicamente da derecho al *“uso de cámara multioperador con capacidad vacante para constituir un Pdl Óptico”* y no a la constitución de un Pdl Óptico gratuito, lo cual sería incoherente con el apartado 6.1 donde se da por sentado que debe preexistir el Pdl, o que este debe estar en provisión.

Que GRUPALIA no puede acogerse al punto 3.3 del anexo de precios de la ORLA en el que se señala que *“Telefónica facturará el tendido de cable y los trabajos de conexión cuando el operador opte por reutilización de capacidad vacante en canalización de interconexión o canalización de EdS OBA (...)”*, ya que en el presente caso, no existe capacidad vacante que reutilizar. Por tanto,



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TESAU debe cobrar al operador no solo los cables necesarios, sino también la instalación necesaria del nuevo equipo que se requiere, pues no estaba previamente instalado.

SÉPTIMO.- Mediante sendos escritos de fecha 9 de febrero de 2009, 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, GRUPALIA y TESAU, la apertura del trámite de audiencia previo a la resolución definitiva del expediente así como el Informe elaborado por los Servicios de esta Comisión de fecha 6 de febrero de 2009.

OCTAVO.- Dentro del plazo conferido para realizar alegaciones en el trámite de audiencia, la representación de GRUPALIA presentó escrito de alegaciones que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el día 16 de febrero de 2009. En el citado escrito, GRUPALIA manifiesta su conformidad tanto con el análisis como con las conclusiones del informe de audiencia.

NOVENO.- Dentro del plazo conferido para realizar alegaciones en el trámite de audiencia, la representación de TESAU presentó escrito de alegaciones que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el día 23 de febrero de 2009 y en el que, en resumen, manifestaba lo siguiente:

- Respecto a la controversia suscitada en relación a la modificación del AGLA firmado entre los operadores en conflicto, TESAU manifiesta estar completamente de acuerdo con las conclusiones alcanzadas en el Informe de Audiencia.
- En cuanto al resto de conclusiones, TESAU manifiesta su disconformidad con las mismas, reiterando lo ya alegado en sus escritos anteriores en relación a los conceptos susceptibles de ser repercutidos por la constitución de un PdIC óptico.

Asimismo, TESAU señala que la aplicación de lo recogido en el Informe de Audiencia, no sólo perjudicaría a esa entidad, *“al no permitir la recuperación de todos los costes incurridos con un retorno razonable de la inversión efectuada”*, sino que además perjudicaría al resto de operadores, ya que en su opinión *“GRUPALIA podría adquirir los elementos necesarios de infraestructura para la provisión de los servicios de líneas alquiladas a un precio inferior al pagado por sus competidores”*.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial para conocer del conflicto planteado.

En relación con la solicitud de intervención presentada por las partes, las competencias de esta Comisión para intervenir se derivan de lo dispuesto en la normativa sectorial.

En concreto, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), en su artículo 48.2, indica que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto, entre otras cuestiones, el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y la resolución de los conflictos entre operadores. Dichas competencias generales se concretan en la habilitación competencial de esta Comisión para actuar en esta materia, recogida en el apartado 3. letra d) del mismo artículo, que establece que es función de esta Comisión la resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre operadores en materia de acceso o interconexión.

El artículo 11.4 de la LGTel establece que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, 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 del mismo texto legal.

A tales efectos, el artículo 14 de la LGTel señala que conocerá la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de esta ley y de sus normas de desarrollo.

En el mismo sentido el artículo 23 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: [...] intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado”*.

De conformidad con lo anterior, esta Comisión tiene habilitación competencial suficiente para resolver la controversia suscitada entre GRUPALIA y TESAU que se sustancia en el presente procedimiento.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEGUNDO. Análisis del conflicto planteado

Las cuestiones planteadas por los operadores en conflicto, tienen como objetivo principal determinar los costes que tiene derecho a repercutir TESAU por la constitución de un Punto de Interconexión de Circuito Óptico mediante la modalidad de reutilización de infraestructuras OBA.

Adicionalmente, se plantea la cuestión de si TESAU puede o no alterar el texto de la ORLA sin aprobación previa de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones mediante el oportuno expediente de revisión de la ORLA.

- a) Sobre si TESAU puede o no repercutir a GRUPALIA los costes derivados de la constitución de un punto de Interconexión de Circuitos.

La problemática analizada en el presente expediente se centra en las discrepancias surgidas entre GRUPALIA y TESAU a la hora de constituir un PdIC Óptico mediante la modalidad consistente en la reutilización de infraestructuras OBA.

Tal y como se indica en la ORLA, el Pdl Óptico de circuitos se caracteriza porque la interconexión de las redes de TESAU y del operador alternativo, se realiza a nivel de fibra óptica, ubicándose el PdlC en un lugar intermedio de la ruta óptica que une los Nodos Frontera de TESAU y del operador alternativo, acordado por ambos. El PdlC deberá ubicarse físicamente en una arqueta a la que accederán ambos operadores mediante fibra óptica. El operador alternativo y TESAU deberán acordar las características del equipo de transmisión a instalar, siendo responsabilidad de cada uno de los operadores, la operación y el mantenimiento de tales equipos asociados a la interconexión de circuitos y ubicados en sus respectivas dependencias.

En cuanto al modo de constitución de este PdlC Óptico, la entidad GRUPALIA ha optado, entre las diversas posibilidades que se encuentran recogidas en la ORLA, por la definida en el apartado 6.2 como *“Reutilización de infraestructuras de entrega de señal de un operador coubicado para la constitución de un Pdl Óptico o Pdl Eléctrico en dependencias de Telefónica.”*

El citado apartado 6.2 de la ORLA contempla las siguientes posibilidades de reutilización de infraestructuras OBA para constituir un PdlC:

“Conexión eléctrica u óptica al recinto de ubicación para constituir un PdlC eléctrico/óptico en las dependencias de Telefónica. Telefónica llevará los cables coaxiales, (en el caso de líneas Ethernet se podrán utilizar los cables UTP o STP CAT5) o el cable de 8 fibras ópticas desde el repartidor de interconexión hasta el espacio correspondiente al operador en el



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

recinto de ubicación. El operador incluirá por sus propios medios la señal sobre dichos coaxiales (los cuales constituyen el Pdl eléctrico) o sobre las fibras (las cuales constituyen el Pdl óptico) dentro de la infraestructura de entrega de señal existente, sea ésta un enlace de radio o una cámara multioperador. Este caso se realizará manteniendo la compatibilidad entre tráfico conmutado y tráfico de interconexión de circuitos.

El operador y Telefónica acordarán el conexionado y terminación de dichos medios en el espacio de ubicación.

Uso de cámara multioperador con capacidad vacante para constituir un PdlC óptico. En esta modalidad Telefónica constituirá la infraestructura equivalente a la de un PdlC óptico, pero llevará la fibra resultante hasta la cámara multioperador en lugar de hasta la arqueta de interconexión. Telefónica realizará dentro de la cámara multioperador la conexión al extremo de fibra del operador. La reutilización de las arquetas o cámaras multioperador asociadas a la EdS de la OBA podrá también ser solicitada por cualquier operador no ubicado que actualmente ya accede a dichas infraestructuras por sus propios medios o que llegue a un acuerdo para utilizar el acceso utilizado por un operador ubicado.”

Al amparo del mencionado precepto, GRUPALIA solicitó a TESAU la constitución de su PdlC Óptico en la cámara de registro multioperador ubicada en la central de Madrid/Castellana de TESAU.

Las divergencias que suscitan el presente conflicto, emergen en el momento en que TESAU pretende repercutir determinados costes que, a juicio de GRUPALIA, no se encuentran previstos en la ORLA. En concreto, TESAU presenta a cobro una factura en la que exige el pago por los siguientes conceptos:

- Instalación y equipos de transmisión.
- Cable de 8 fibras ópticas y tendido interior del mismo desde la CMRO y la sala de transmisión.
- Estudio y realización de proyecto.
- O+M y gastos indirectos repercutidos.

TESAU justifica estos costes manifestando que para hacer efectiva la petición de GRUPALIA, es decir la reutilización efectiva de la infraestructura disponible de la CRMO, no basta con un tendido de 8 fibras ópticas desde la CRMO hasta la sala de transmisión Madrid/Castellana, sino que además es necesario instalar equipos dedicados y realizar actuaciones en planta.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Según TESAU, los conceptos facturables por este tipo de servicio no se encuentran recogidos en la ORLA sino que se dejan al acuerdo y negociación entre las partes en función de la infraestructura concreta y adicionalmente necesaria para la prestación de los servicios ORLA.

Por su parte, GRUPALIA se niega a pagar por aquellos conceptos que no se encuentran recogidos en la regulación actual.

A este respecto cabe indicar que los precios aplicables “*por infraestructuras de interconexión y OBA*” se encuentran claramente definidos en el apartado 3.3 del Anexo de precios de la ORLA donde se establece que:

“Telefónica facturará el tendido del cable de fibras y los trabajos de conexión cuando el operador opte por la reutilización de capacidad vacante en canalización de interconexión o canalización de EdS OBA.

Telefónica facturará el tendido interno del cable de fibras, coaxiales o cables UTP/STP CAT5 y los trabajos de conexión cuando el operador opte por la entrega de los servicios de enlace a cliente o de conexión en espacio de coubicación en Sala OBA. Telefónica deberá ajustarse a los precios por estos trabajos establecidos en la OBA vigente u oferta que la sustituya.”

Por tanto, el citado precepto determina claramente que TESAU tan sólo tiene derecho a facturar por los trabajos de tendido y conexión de fibras hasta la sala OBA o la arqueta multioperador realizados en la reutilización de infraestructuras, ajustándose en todo momento a los conceptos contemplados en la OBA. Es decir, la fijación de estos precios no se deja abierta, como alega TESAU, al acuerdo y negociación entre las partes.

En este mismo sentido ya se ha pronunciado esta Comisión en la Resolución de 13 de noviembre de 2008, relativa a la consulta formulada por la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (en adelante, ASTEL) “*sobre los costes a repercutir por telefónica en la constitución de puntos de interconexión de circuitos mediante la reutilización de infraestructuras de la oferta de acceso al bucle de abonado (OBA)*”.

En la citada Resolución, se analizaban distintos conceptos que TESAU pretendía cobrar a diferentes operadores y que coinciden con los examinados en el presente conflicto. A este respecto se indicaba lo siguiente:

“Así pues, debe analizarse si los conceptos que indica ASTEL en su consulta se corresponden con lo establecido en la OBA y ORLA al respecto. A continuación se trata cada uno los tres conceptos señalados por ASTEL por separado.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *Estudios y realización de proyectos:*

En la OBA se establece la posibilidad de facturar por la elaboración de un proyecto técnico únicamente en el caso de la entrega de señal por radioenlace. Los trabajos necesarios en este caso son el tendido de cableado, coaxial o fibra óptica, y está claro que no se precisa la instalación de radioenlace alguno. Por tanto, de acuerdo a la regulación actual, Telefónica no está autorizada a facturar cantidad alguna por este concepto.

- *Instalación y equipos de transmisión:*

El espíritu que recoge el reparto de costes entre Telefónica y el operador alternativo para la constitución de un Pdl de la OIR ó PdlC de la ORLA es el mismo. Excepto en el caso de que el operador no realice ningún trabajo y contrate a Telefónica el servicio de conexión, cada operador es responsable de la instalación y mantenimiento de sus propios equipos de transmisión.

En ese sentido, cabe destacar que Telefónica planteó la cuestión de la retribución del PdlC de circuitos en su modalidad óptica en el expediente de modificación de la OIR 2003¹. Telefónica consideraba entonces que el operador le debía sufragar, aparte la instalación y mantenimiento de sus propios equipos, también los de Telefónica, pues al contrario de la interconexión el incumbente no utilizaba los equipos para sus servicios. La CMT finalmente decidió que no debía repercutirse ningún concepto adicional en la constitución del PdlC, pues Telefónica recuperaba sus costes mediante las cuotas de los servicios de enlace a cliente.

Desde entonces este aspecto no se ha vuelto a tratar ni en la OIR 2005 ni en la ORLA 2007, por lo que sigue vigente lo establecido en la OIR 2003.

Por tanto, si Telefónica no puede repercutir coste alguno por el uso de sus propios equipos de transmisión en los PdlC ópticos (numerado 1 en la figura anterior) tampoco puede en los PdlC constituidos mediante la reutilización de infraestructuras OBA (numerados 2 y 3).

Por todo lo anterior, de acuerdo a la regulación actual Telefónica no tiene derecho a repercutir importe alguno por la instalación de los

¹ Apartado II.15.19 de la Resolución de 10 de junio de 2003 sobre la modificación de la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica de España, S.A.U. (MTZ 2002/7459).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

equipos de transmisión propios en la constitución de un PdIC mediante la reutilización de infraestructuras OBA.

- *O+M y gastos indirectos repercutidos:*

Por O+M se entiende que ASTEL se refiere a “Operación y Mantenimiento”. En la OBA se establece que los costes anuales de mantenimiento serán iguales a un 1,5% de los costes no recurrentes. Por el contrario, no se recoge nada acerca de un concepto tan genérico e impreciso como “Gastos indirectos repercutidos”. Por tanto, se aclara que Telefónica únicamente puede facturar un 1,5% anual de los costes no recurrentes en concepto de “mantenimiento anual”.

Por tanto, teniendo en cuenta lo indicado anteriormente, debemos alcanzar las siguientes conclusiones:

- Que TESAU no está autorizada a facturar cantidad alguna por el concepto “Estudios y realización de proyectos”.
- Que TEASU no está autorizada a facturar cantidad alguna por el concepto “Instalación y equipos de transmisión”.
- Que TESAU puede facturar una cantidad igual al 1,5% anual en concepto de gastos de mantenimiento.
- Que TESAU tiene derecho a facturar el tendido interno del cable de fibras, coaxiales o cables UTP/STP CAT5 y los trabajos de conexión hasta la sala OBA o arqueta multioperador, ajustándose a la lista de precios recogida en la OBA.

Por último, en contestación a lo alegado por TESAU respecto a los perjuicios que la decisión de esta Comisión pueda suponer para el resto de operadores, esta Comisión considera necesario recordar que los costes establecidos en la ORLA son aplicables en igualdad de condiciones a todos los operadores que se encuentren en las mismas circunstancias que GRUPALIA, por lo tanto, en ningún caso los operadores se verán perjudicados.

- b) Si TESAU puede o no alterar el texto de la ORLA sin aprobación previa de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones mediante el oportuno expediente de revisión de la ORLA.**



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Mediante Resolución de esta Comisión de 23 de noviembre de 2006, se aprobó la definición y análisis de los mercados de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor y segmentos troncales de líneas arrendadas al por mayor, la designación de operadores con poder significativo en el mercado, y la imposición de obligaciones.

En dicha Resolución, tras definir y analizar el mercado de líneas alquiladas terminales, se concluyó que no era realmente competitivo y se identificó a TESAU como operador con poder significativo en el mismo, imponiéndosele las correspondientes obligaciones, entre las que se encontraban la obligación de proporcionar servicios mayoristas de líneas alquiladas terminales a todos los operadores, a precios regulados y la obligación de transparencia.

Estas obligaciones se concretaban en la obligación de presentar, en el plazo de dos meses, una oferta de líneas alquiladas terminales con interfaces Ethernet de forma conjunta con la oferta de líneas alquiladas terminales prestada con interfaces tradicionales recogida en la OIR vigente. En cumplimiento de esta obligación, TESAU presentó, con fecha 20 de febrero de 2007, su propuesta de Oferta ante la Comisión.

Tras el oportuno análisis llevado a cabo por esta Comisión, el texto definitivo de la ORLA fue aprobada mediante Resolución de 20 de diciembre de 2007. En la misma se imponía a TESAU la obligación de presentar ante esta Comisión *“el Cuerpo Principal y Anexos del Acuerdo General de Líneas Alquiladas Terminales (AGLA) y los Addenda de cada uno de los servicios contenidos en la ORLA en los términos de la presente Resolución”* añadiendo que *“las cláusulas y condiciones que formen parte de los textos que presente Telefónica conforme a lo dispuesto en la presente Resolución que resulten contrarias a los términos de la ORLA se tendrán por no puestas hasta tanto esta Comisión no se pronuncie sobre la adecuación de cada uno de los textos aportados”*.

Asimismo, establece el Resuelve Cuarto de la citada Resolución que *“la ORLA es un contrato de adhesión que se perfecciona por la simple aceptación de sus términos por parte de los operadores interesados”*.

Por tanto, la ORLA es un documento que incluye todos los elementos esenciales de una oferta contractual completa, sólo necesita de aceptación por los operadores a quien va dirigida. Lo cual no es óbice para que los operadores puedan, conforme al principio general de negociación, pactar condiciones distintas en sus acuerdos.

Tal y como se ha expuesto en los Antecedentes, GRUPALIA manifiesta que con fecha 13 de marzo de 2008 solicitó a TESAU la adhesión a la ORLA. En contestación a su solicitud, TESAU remitió a GRUPALIA un correo electrónico



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

con la información que se creía solicitada, es decir, el Acuerdo (AGLA) y sus apéndices.

No obstante, con fecha 8 de mayo de 2008 GRUPALIA se percató de que el texto remitido por TESAU no correspondía al texto aprobado por esta Comisión sino que al mismo se había añadido el siguiente párrafo:

“En el caso de constitución de un PdCE o PdIC óptico nuevo, Telefónica repercutirá al Operador los costes de constitución de dicho PdCE en el dado de Telefónica hasta la arqueta de interconexión. Si es posible la reutilización de infraestructuras de interconexión ya establecidas para el tráfico conmutado, se repercutirán los costes de los elementos de nueva instalación (fibras y/o equipos de transmisión) o de ampliación o actualización de equipos existentes, de acuerdo con el proyecto técnico que se acuerde. Lo mismo aplica para el caso de reutilización de la infraestructura de un PdIC para constituir un PDCE, y viceversa.”

El día 9 de mayo de 2008, GRUPALIA puso en conocimiento de TESAU este hecho, ante lo cual TESAU le ofreció la posibilidad de enviar un nuevo AGLA. Sin embargo, a fecha de presentación del presente conflicto TESAU no ha remitido el texto modificado.

En sus alegaciones, TESAU argumenta que la inclusión de la cláusula en cuestión se debió únicamente a un intento de clarificar conceptos no contenidos en la ORLA, y para evitar futuras interpretaciones equivocadas solicita a esta Comisión su inclusión en el texto de la ORLA.

Tal y como ha quedado señalado en el apartado anterior, el texto de la ORLA referencia con claridad los precios que TESAU tiene derecho a repercutir por la constitución de un PdIC Óptico mediante la reutilización de infraestructuras de la OBA. Con lo cual, la cláusula que intenta introducir TESAU no puede considerarse como aclaratoria sino que viene a modificar el sentido de la misma.

Asimismo, de lo alegado por las partes y de los distintos correos electrónicos intercambiados entre ellos, cabe concluir que la voluntad de GRUPALIA era adherirse al texto de la ORLA, no habiendo sido negociada la incorporación del párrafo en discordia.

Por tanto, en aplicación de lo establecido en la Resolución de 20 de diciembre de 2007, por la que se aprueba el texto de la ORLA, la cláusula incluida por TESAU debe tenerse por no puesta, ya que ha quedado acreditado que su inclusión no fue pactada por las partes y que la misma supone una



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

modificación de lo establecido en la ORLA, sin que esta Comisión haya aprobado expresamente su modificación.

No obstante, cabe indicar que los criterios apuntados en la presente Resolución, son sin perjuicio de que puedan ser revisados en futuras modificaciones de la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas, tal y como solicita TESAU.

En atención a lo recogido en los anteriores Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho,

RESUELVE

Primero.- Declarar que TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A., de acuerdo a la regulación actual, tan sólo tiene derecho a repercutir en la constitución de Puntos de Interconexión de Circuitos mediante la reutilización de infraestructuras OBA, por los siguientes conceptos:

- Tendido interno del cable de fibras, coaxiales o cables UTP/STP CAT5 y los trabajos de conexión hasta la sala OBA o arqueta multioperador, ajustándose a la lista de precios recogida en la OBA.
- Una cantidad igual al 1,5% anual, en concepto de gastos de mantenimiento.

Segundo.- Declarar que TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A., conforme a la regulación actual, no tiene derecho a repercutir importe alguno distinto a los establecidos en el apartado anterior.

Tercero.- TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. no podrá incluir en los Acuerdos Generales de Líneas Alquiladas Terminales de manera unilateral, cláusulas contrarias a los términos establecidos en la ORLA.

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 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por la Resolución de su Consejo de 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.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Ignacio Redondo Andreu

Reinaldo Rodríguez Illera