

**ACUERDO POR EL QUE SE ARCHIVA EL EXPEDIENTE DE INFORMACIÓN PREVIA INCOADO POR EL POSIBLE INCUMPLIMIENTO DE VARIAS RESOLUCIONES RELATIVAS A LA OFERTA DE ACCESO AL BUCLE DE ABONADO (OBA) POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (IFP/DTSA/1712/13/INCUMPLIMIENTO DE RESOLUCIONES OBA TELEFÓNICA).**

**SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LA CNMC**

**Presidenta**

D<sup>a</sup>. María Fernández Pérez

**Consejeros**

D. Eduardo García Matilla

D<sup>a</sup>. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

**Secretario de la Sala**

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 2 de octubre de 2014

Visto el expediente de información previa iniciado contra Telefónica de España, S.A.U., la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

## **I ANTECEDENTES DE HECHO**

### **PRIMERO.- Denuncia interpuesta por Desarrollo de la Tecnología de las Comunicaciones, S.C.A. (DTI2).**

Con fecha 16 de agosto de 2013, tuvo entrada en el registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en lo sucesivo, CMT)<sup>1</sup> escrito del operador DESARROLLO DE LA TECNOLOGÍA DE LAS COMUNICACIONES, S.C.A. (en adelante, DTI2) por el que presentaba denuncia contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, Telefónica), por el presunto incumplimiento de la regulación existente en materia de acceso al bucle de abonado.

En su escrito, DTI2 denuncia una conducta “*recurrentemente incumplidora*” por parte de Telefónica de las resoluciones de la CMT y de la CNMC que establecen el marco

---

<sup>1</sup> Organismo regulador sectorial integrado en la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

regulatorio del acceso al bucle de abonado a partir de determinadas manifestaciones de Telefónica formuladas, esencialmente, en el marco del Procedimiento Ordinario 1995/2009 sustanciado ante el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Córdoba<sup>2</sup>.

Esta sentencia obliga a pagar a DTI2 una cantidad de [CONFIDENCIAL] a Telefónica, por impagos de servicios de acceso al bucle incurridos por DTI2 durante los años 2004 a 2007. Por su parte, DTI2 solicitó ante la jurisdicción civil que se compensase esa cantidad con penalizaciones debidas por Telefónica, a su juicio, por retrasos en la resolución de incidencias de provisión de esos mismos servicios mayoristas, aspecto que no fue admitido por el Juzgado de 1ª Instancia y posteriormente por la Audiencia Provincial<sup>3</sup>.

De forma sumaria, la entidad denunciante se refiere a los siguientes aspectos:

- En materia de penalizaciones:

1. Telefónica no considera el servicio de ubicación de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado (en lo sucesivo, OBA) como un servicio de acceso al bucle, sino como un servicio inmobiliario que no genera penalizaciones en caso de incidencias en la provisión.
2. Telefónica no aplica correctamente la doctrina de la CMT que determina cuándo deben cobrarse las penalizaciones por retraso en la resolución de incidencias y cuándo por retraso en la provisión. Además, no calcula el importe de las penalizaciones sobre el precio que finalmente tuviera el servicio.
3. Telefónica manifiesta que las penalizaciones por incidencia sin fundamento se limitan a las incidencias por averías.
4. Telefónica reconoce que nunca ha pagado penalizaciones por retraso en la resolución de incidencias de provisión del servicio de ubicación y en la fase de tramitación.

- En materia de procedimientos OBA, y en relación con la forma de tramitar solicitudes e incidencias:

1. Telefónica reconoce imponer a los operadores, en 2004 y 2005, el uso del buzón cifrado bucle@telefonica.es, cuando era provisional en la OBA 2002.
2. Telefónica no admite las interfaces alternativas, que sí están previstas en la OBA para el caso de indisponibilidad del Sistema de Gestión de Operadores (SGO).
3. Telefónica pretende que algunas centrales incluidas en los apéndices de la OBA no se considerarían "centrales OBA", confiriéndose a sí misma un plazo indefinido para incorporarlas.

---

<sup>2</sup> La Sentencia nº 183/2013, de la Audiencia Provincial de Córdoba, de fecha 27 de noviembre de 2013 ha confirmado la Sentencia de 1ª Instancia del Juzgado nº 8 de Córdoba (P.O. 1995/2009), recurrida por DTI2 en casación ante el Tribunal Supremo, con fecha 8 de enero de 2014.

<sup>3</sup> DTI2 incluso solicita penalizaciones por importe superior a los precios de los servicios mayoristas debidos.

4. Telefónica no se considera sometida a los plazos de tramitación de los procedimientos OBA, salvo que la solicitud se tramitase vía WEB.
5. Telefónica ha modificado unilateralmente los procedimientos administrativos de la OBA, al afirmar que las solicitudes de visitas y de visitas de replanteo para entrega de señal por radio no precisan de su respuesta.
6. Telefónica rehúsa la aplicación de los procedimientos administrativos de Sala de Operador (SdO) a los casos de ubicación distante en parcela.
  - En relación con la admisión y gestión de incidencias en la OBA:
    1. Telefónica reconoce incumplir el punto 1.6 y el Acuerdo de nivel de servicio (ANS) de la OBA cuando considera cerradas las incidencias con la primera respuesta, en lugar de cuando se solucionan los problemas con el operador alternativo.
    2. Telefónica limita las posibilidades de iniciar incidencias de provisión a que su causa esté incluida en la lista de códigos de franqueo incluida en la OBA. Limita las causas de escalado de las incidencias a los ejemplos incluidos en la OBA.
      - En relación con ciertas actuaciones en SGO:
        1. Telefónica admite incumplir la Resolución de la OBA de 2002 cuando afirma que la implementación de los módulos del servicio de ubicación en SGO no era obligatoria hasta junio de 2004.
        2. Telefónica reconoce imponer a los operadores el uso de la interfaz masiva prevista en el apartado 1.5.1.9 de la OBA, incluso para solicitudes individuales y servicios para los que ni siquiera está previsto en la OBA.
      - Incumplimiento de otras resoluciones:
        1. Telefónica incumple la resolución recaída en el expediente RO 2004/1009, de 30 de diciembre de 2004, cuando rehúsa la validez de las solicitudes e incidencias presentadas en 2004 por DTI2, cuando fueron consideradas válidas por la CMT.
        2. Telefónica desacredita constantemente a DTI2 por los hechos probados en la resolución anterior y por el procedimiento sancionador RO 2004/1811.
        3. Telefónica invoca una avalancha de solicitudes por DTI2 en la primavera de 2004, cuando fue una época de baja actividad, según lo reconoció la CMT.

En virtud de lo anterior, DTI2 solicita a esta Comisión:

1. La apertura de un procedimiento sancionador a Telefónica por ser presunta infractora del artículo 53, letras q), r) y v) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones<sup>4</sup> (en adelante, LGTel de 2003).

---

<sup>4</sup> Esta Ley ha sido derogada con fecha 11 de mayo de 2014 mediante Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (BOE núm. 114, de 10 de mayo de 2014).

2. Que se inste a Telefónica a cesar en los incumplimientos denunciados, y a rectificar sus posiciones contrarias a las resoluciones de la antigua CMT y de esta Comisión.

### **SEGUNDO.- Inicio del presente período de información previa**

Una vez analizada toda la información y de conformidad con lo previsto en el artículo 69.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), se comunicó a DTI2 y Telefónica con fecha 25 de septiembre de 2013 que había quedado iniciado un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso y la conveniencia o no de iniciar un procedimiento sancionador.

Asimismo, se requirió a Telefónica para que aportara cuanta información dispusiere en relación con los presuntos incumplimientos.

### **TERCERO.- Contestación y alegaciones de Telefónica**

Con fecha 7 de octubre de 2013, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Telefónica mediante el cual niega todas las afirmaciones de DTI2, además de alegar las siguientes circunstancias:

1. Excepción de cosa juzgada, puesto que el fondo del asunto ha sido resuelto en sede civil en el Procedimiento Ordinario 1995/2009, en sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Córdoba.
2. Invoca el principio de “non bis in ídem” del artículo 133 de la LRJPAC, dado que coincidiría el ámbito material denunciado con el resultado de los procedimientos sancionadores tramitados por la CMT en sus expedientes con número RO 2004/1811 y RO 2006/12, así como con lo sustanciado en el seno de la información previa de referencia RO 2005/1638<sup>5</sup>.
3. En lo que respecta a las penalizaciones, Telefónica expone la falta de competencia de la CNMC para exigir el pago de las penalizaciones.
4. En cuanto a determinadas solicitudes relativas a algunas centrales OBA hace referencia a un apéndice que no está vigente desde la OBA de 2002.

Asimismo, Telefónica indica que DTI2 no ha pagado la mayoría de los servicios prestados en el marco de la OBA y añade que la jurisdicción civil ha condenado a aquella entidad a satisfacer las cantidades debidas por los servicios impagados y que Telefónica ha tenido que pedir la ejecución provisional de la sentencia consecuencia de la insolvencia de DTI2.

Por todo lo anterior, Telefónica solicita a la CNMC el archivo de la presente denuncia.

---

<sup>5</sup> Las resoluciones de los expedientes citados recayeron en fechas 15 de noviembre de 2006 (RO 2004/1811), 10 de mayo de 2007 (RO 2006/12) y 22 de noviembre de 2007 (RO 2005/1638).

**CUARTO.- Nuevas alegaciones de DTI2**

Con fecha 28 de noviembre de 2013, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de DTI2 mediante el cual amplía sus alegaciones iniciales y se opone a los argumentos formulados por Telefónica en su escrito de 7 de octubre.

**QUINTO.- Resolución del conflicto de acceso planteado por DTI2 frente a Telefónica por denegación de solicitudes de Entrega de Señal mediante fibra oscura (DT 2013/108)**

Mediante Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de 7 de enero de 2014, se resolvió un conflicto de acceso entre DTI2 y Telefónica por el rechazo de Telefónica de las solicitudes de DTI2 de entrega de señal (EdS) mediante fibra oscura.

En la mencionada resolución, se estableció que Telefónica debía atender las solicitudes de DTI2 de entrega de señal de ámbito urbano mediante fibra oscura en una serie de centrales y en un plazo determinado en la resolución, previo pago del precio acordado entre las partes.

La modalidad objeto del citado conflicto fue incluida en la OBA como facilidad asociada al acceso desagregado o indirecto al bucle de abonado mediante resolución de la CMT de fecha 31 de mayo de 2012 (MTZ 2011/2045). En la tramitación del procedimiento, esta Comisión constató que Telefónica denegó determinadas peticiones de DTI2 que cumplían los requisitos establecidos en la OBA y rechazó las incidencias de provisión interpuestas por DTI2.

**SEXTO.- Nuevo escrito de alegaciones de DTI2**

Con fecha 24 de febrero de 2014, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de DTI2 mediante el cual denuncia nuevos incumplimientos de la OBA por parte de Telefónica.

En concreto, DTI2 manifiesta que Telefónica incumple las obligaciones derivadas de la OBA tras su modificación por Resolución de 31 de mayo de 2012 (MTZ 2011/2045), y en particular, las establecidas en el apartado 3.13 de dicha Oferta.

Asimismo, DTI2 considera que los mencionados incumplimientos traen causa de los hechos ya conocidos por la CNMC en el marco de la Resolución de 7 de enero de 2014 (citada en el Antecedente anterior) y solicita nuevamente la apertura de un procedimiento sancionador contra Telefónica por incumplimiento del artículo 53, letras q), r) y v), de la LGTel de 2003.

**SÉPTIMO.- Alegaciones adicionales de DTI2**

Con fecha de entrada en el registro de esta Comisión de 13 de marzo de 2014, se recibió escrito de DTI2 en el que vuelve a ampliar y matizar sus anteriores alegaciones.

La denunciante comunica los siguientes nuevos hechos:

1. Señala que Telefónica se ratificó en todas sus alegaciones ante la Audiencia Provincial de Córdoba, que mediante Sentencia nº 183/2013, de 27 de noviembre de 2013, ha resuelto el recurso confirmando la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª instancia.
2. Indica que DTI2 ha recurrido en casación la mencionada sentencia ante el Tribunal Supremo, por infracción procesal.
3. Añade que Telefónica rechaza las incidencias de provisión que interpuso DTI2 por los hechos manifestados en el expediente DT 2013/108, y niega el pago de penalizaciones a DTI2 en concepto de retraso en la resolución de las mismas.

A los anteriores Antecedentes de hecho son de aplicación los siguientes

## **I FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES**

### **I.1 OBJETO DE LAS ACTUACIONES PREVIAS**

Las presentes actuaciones previas tienen por objeto determinar si alguna de las conductas denunciadas por DTI2 en sus escritos constituye un posible incumplimiento por parte de Telefónica de las Resoluciones aprobadas por la antigua CMT y por esta Comisión en relación con el marco regulatorio del acceso al bucle de abonado, debiendo obviarse otras cuestiones planteadas por DTI2 en sus diferentes escritos y alegaciones sobre aspectos ya resueltos por la CMT en sus resoluciones.

Asimismo, debe recordarse que se está tramitando en esta Comisión un conflicto de acceso interpuesto por Telefónica en el que ha solicitado autorización para resolver los contratos de acceso al bucle de abonado vigentes entre ambas entidades, por impagos de DTI2<sup>6</sup>.

### **I.2 HABILITACIÓN COMPETENCIAL DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA**

El artículo 6 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (en adelante, Ley CNMC), dispone que el citado organismo público supervisará y controlará el funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas. En particular, ejercerá, entre otras funciones, las funciones atribuidas por la LGTel de 2003.

---

<sup>6</sup> Expediente RO 2013/1237, relativo al conflicto de acceso instado por Telefónica de España, S.A. contra Desarrollo de la Tecnología de las Comunicaciones, SCA, por el que solicita autorización para resolver el contrato de acceso con esta entidad. En el seno de este expediente se adoptó, por Resolución de 30 de julio de 2013, una medida cautelar consistente en conminar a DTI2 a garantizar el pago de los servicios de acceso al bucle que le preste Telefónica mediante la constitución de un aval o un sistema de prepago en los términos descritos en la propia resolución.

La disposición adicional segunda de la Ley CNMC establece que la constitución de la CNMC implicará la extinción de la CMT y que las referencias que la normativa vigente realiza a la CMT se entenderán realizadas a la CNMC.

El presente expediente fue iniciado por la CMT, en virtud de la anterior habilitación competencial de los artículos 48.4 letra j) y 50.7 de la LGTel de 2003, que atribuían a la CMT *“el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos por esta ley”*.

Sin embargo, la Ley CNMC, en sus artículos 20 y 29, señala que la CNMC ejercerá la potestad de inspección y sanción, de acuerdo con lo previsto en el Título VIII de la LGTel de 2003 y en el Título VIII de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel de 2014), siendo el órgano competente para resolver la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, atendiendo a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la citada Ley.

A este respecto, el artículo 58 de la LGTel de 2003 establecía la competencia sancionadora en los siguientes términos:

*“A la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) a x) del artículo 53, infracciones graves tipificadas en el párrafo p) y, en el ámbito material de su actuación, en el párrafo q) del artículo 54, e infracciones leves tipificadas en el párrafo d) del artículo 55 respecto de los requerimientos de información por ella formulados.”*

Por su parte, el artículo 84.2 de la LGTel de 2014 dispone que la competencia sancionadora corresponde a la CNMC *“en el ámbito material de su actuación, cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los apartados 12, 15 y 16 del artículo 76, infracciones graves tipificadas en los apartados 11, 27, 28, 35 y 36 del artículo 77 e infracciones leves tipificadas en el apartado 4 del artículo 78.”*

En este sentido, entre las infracciones muy graves tipificadas en el artículo 76 de la LGTel, cuya sanción corresponde, en su caso, a esta Comisión, el apartado 12 tipifica *“el incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa o de las medidas cautelares a que se refiere el artículo 82 de esta Ley dictadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que se lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes”* y, el apartado 15, - tipo de infracción asimismo objeto de la denuncia de DTI2- *“el incumplimiento grave por parte de los operadores de las obligaciones en materia de acceso, interconexión e interoperabilidad de los servicios a las que estén sometidas por la vigente legislación.”*

En consecuencia, la entrada en vigor de la LGTel de 2014 no tiene incidencia alguna en las facultades de la CNMC para conocer de la presente conducta, siendo competente, al igual que con la LGTel anterior, para dilucidar si se ha producido un incumplimiento de sus resoluciones.

En aplicación de los anteriores preceptos, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC tiene competencia para conocer de las conductas de Telefónica anteriormente mencionadas y decidir sobre la iniciación o no del correspondiente procedimiento sancionador.

### **I.3 CONSIDERACIONES SOBRE EL PERIODO DE INFORMACIÓN PREVIA**

Esta Comisión adecuará sus actuaciones a lo previsto en la LRJPAC, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley de la CNMC.

En concreto, los artículos 68 y 69.1 de la LRJPAC habilitan a esta Comisión a iniciar procedimientos de oficio, y el artículo 69.2 establece que el órgano competente podrá abrir de oficio, con anterioridad al acuerdo de iniciación del procedimiento, un periodo de información previa, con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia de iniciar o no un procedimiento administrativo al respecto.

La razón de ser del trámite de información previa no es otra que evitar los inconvenientes que la simple apertura de un procedimiento puede causar a los afectados. El trámite de diligencias previas responde a razones elementales de prudencia, tratando de evitar la precipitación a la hora de acordar la apertura de un procedimiento que nunca debió iniciarse por carecer de base suficiente. Lo anterior cobra aún más importancia en el caso de los procedimientos sancionadores por cuanto éstos inciden directamente la imagen pública de la persona imputada.

Sin perjuicio de lo manifestado en los párrafos precedentes, ha de tenerse en cuenta que las diligencias previas a la eventual apertura de un procedimiento son de carácter facultativo y ni constituyen ni forman parte del procedimiento propiamente dicho, sino que aparecen como un antecedente del mismo cuya omisión no constituye vicio de procedimiento alguno.

## **II FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES**

### **II.1 VALORACIÓN DE LAS ACTUACIONES PRACTICADAS EN EL PERIODO DE INFORMACIÓN PREVIA**

Para llevar a cabo el análisis de los hechos denunciados, resulta conveniente diferenciar entre las conductas denunciadas que se sustentan en hechos sobre los que la CMT ya se ha pronunciado en varias resoluciones y las que se basan en hechos nuevos sobre los que esta Comisión todavía no se ha manifestado, si bien de forma general todos ellos traen causa del posible incumplimiento por parte de Telefónica de las obligaciones establecidas en la regulación ex ante dictada en materia de acceso al bucle de abonado. Por este motivo, se procede a separar en los siguientes dos bloques el análisis de las conductas denunciadas:

**A. Conductas denunciadas por DTI2 en los escritos de fechas 16 de agosto de 2013, 28 de noviembre de 2013 y 13 de marzo de 2014, relativas a hechos ya conocidos por esta Comisión.**

En los escritos citados, DTI2 denuncia ante esta Comisión una serie de manifestaciones de Telefónica –aportando los correspondientes documentos- realizadas principalmente en el marco del procedimiento entre ambas entidades que se dirimió ante la jurisdicción civil –primero ante el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Córdoba y posteriormente ante la Audiencia Provincial de Córdoba-, si bien también se incluyen otras manifestaciones realizadas por Telefónica en el procedimiento ordinario sustanciado ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 50 de Madrid contra World Wide Web Ibercom, S.L. (en adelante, Ibercom).

Para la entidad denunciante, dichas manifestaciones supondrían el reconocimiento, por parte de Telefónica, del incumplimiento reiterado de las obligaciones que esta Comisión le ha impuesto en el marco de la regulación dictada en materia de acceso al bucle del abonado, y en concreto, de las establecidas en las distintas versiones de la OBA así como en múltiples resoluciones de conflictos de acceso e incluso en procedimientos sancionadores tramitados por la CMT.

No obstante, antes de que esta Comisión realice cualquier apreciación, debe advertirse lo siguiente en relación con las posibles conductas infractoras:

- a. Todas las manifestaciones efectuadas por Telefónica, y que DTI2 documenta profusamente, fueron realizadas ante la jurisdicción civil. A este respecto, esa jurisdicción es la competente para resolver las controversias entre empresas relativas a la exigibilidad de las penalizaciones previstas en la OBA, sin perjuicio de las facultades de esta Comisión en relación con los aspectos jurídico-públicos y de interés general que rigen las relaciones entre operadores en el marco de la regulación ex ante dictada en los mercados de banda ancha y de la OBA aprobada en aplicación de dicha regulación.

En este sentido, la Sala Tercera del Tribunal Supremo dispone en su sentencia de 28 de junio de 2011<sup>7</sup> que *“en efecto, dadas las competencias de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para intervenir en las relaciones entre operadores en materia de acceso e interconexión, de manera singular en la resolución de conflictos (artículos 14 y 48.4, letra d, de la Ley General de Telecomunicaciones) a solicitud de una de las partes, si observa que el incumplimiento de los plazos en el suministro de servicios regulados por parte del operador dominante está generando, además de los daños al operador que pide el acceso, perjuicios para la competencia, puede adoptar las medidas necesarias, incluso sancionadoras, que pongan fin a esta situación. No es competente, sin embargo, en virtud de lo que dejamos expuesto, para ordenar*

---

<sup>7</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera) de 28 de junio de 2011 (Recurso de Casación 5732/08).

*que uno de los operadores pague al otro la compensación por los retrasos ya producidos: su función de vigilar porque el acceso sea facilitado de modo efectivo se corresponde con la adopción de las medidas ejecutorias a su alcance, sin que para ello sea necesario pronunciarse sobre el abono de las cantidades debidas a causa de los retrasos ya consumados”.*

Así pues, de acuerdo con la habilitación competencial propia de este organismo, esta Comisión no puede pronunciarse sobre la exigibilidad de las penalizaciones ni ordenar su pago.

- b. La mayor parte de dichas manifestaciones traen causa de unos hechos que fueron, en su día, conocidos por la CMT, que resolvió principalmente en diversos conflictos y procedimientos sancionadores -o en algún caso se pronunció en expedientes de información previa- resueltos por esa Comisión entre los años 2004 y 2008<sup>8</sup>. Así, existe una historia de conflictividad bastante intensa entre Telefónica y DTI2.

Con respecto a estas manifestaciones, de conformidad con el principio de “*non bis in idem*”, no procede emitir nueva decisión sobre hechos ya resueltos –refiriéndonos a los hechos sancionados en los procedimientos sancionadores tramitados durante ese periodo-. Además y fundamentalmente, teniendo en cuenta que los hechos denunciados suceden durante los años 2004-2008, las eventuales infracciones que no hubieran sido sancionadas habrían prescrito, de conformidad con el artículo 83 de la actual LGTel de 2014, que establece en 3 años el periodo de prescripción para las infracciones muy graves –como el incumplimiento de las resoluciones de la CMT o de la CNMC-.

En vista de lo anterior, no procede la apertura de un procedimiento sancionador por las conductas relacionadas por DTI2 en estos escritos y consecuentemente, se procede al archivo del presente período de información previa en lo que respecta a los hechos acontecidos en los años 2004-2008.

Sin perjuicio de lo anterior, esta Comisión advierte sobre su disconformidad con algunas de las afirmaciones vertidas por Telefónica sobre determinados aspectos y obligaciones contenidos en la OBA –especialmente relativos a las incidencias de provisión y a la existencia de penalizaciones en estos casos y sobre otras circunstancias sobre los procedimientos administrativos OBA- en el marco del procedimiento civil que ha

---

<sup>8</sup> Resolución de 30 de diciembre de 2004 por la que se resuelve el conflicto de acceso planteado por DTI2 con Telefónica en relación con su oferta de acceso al bucle de abonado (RO 2004/1009), Resolución de 16 de noviembre de 2006, relativa al expediente sancionador RO 2004/1811, por el que Telefónica fue sancionada por importe de 20 millones de euros, Resolución de 10 de mayo de 2007, relativa al expediente sancionador RO 2006/12, por el que Telefónica fue sancionada por importe de 13 millones de euros (resolución que ha sido anulada por Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2013, [RC 1465/2010]), Resolución de 22 de noviembre de 2007 por la que se declara concluso el periodo de información previa incoado a Telefónica, por denuncia de DTI2, por presunto incumplimiento de la resolución de 30 de diciembre de 2004 y se acuerda su archivo (RO 2005/1638), Resolución de 10 de septiembre de 2008, por la que se resuelve el conflicto de acceso presentado por Telefónica frente a DTI2, por el que solicita la autorización para la desconexión del acceso y la resolución de los acuerdos vigentes (RO 2007/272).

enfrentado a ambas entidades, y que han sido ratificadas por el Juzgado de Primera instancia nº 8 de Córdoba y posteriormente, por la Audiencia Provincial, estando pendiente de casación a día de hoy.

En este sentido, debemos reafirmar que es competencia de esta Comisión la interpretación de la regulación dictada en materia de acceso al bucle de abonado, por lo que, desde el máximo respeto a las sentencias dictadas por la jurisdicción civil, esta Comisión ha de formular las siguientes consideraciones:

- Sobre el hecho de que la OBA de 2004 prevea o no penalizaciones por la resolución tardía (o la no resolución) de las incidencias de provisión en la fase precontractual o preparatoria del servicio de coubicación.
  - Sobre otras consideraciones que la CMT ha realizado en resoluciones que afectaban a DTI2 y Telefónica.
- 1- Sobre la previsión de penalizaciones para las incidencias de provisión en la OBA de 2004.

Sobre la primera cuestión, Telefónica (y posteriormente el Juzgado de Primera Instancia nº 8 y la Audiencia Provincial de Córdoba) afirma que la OBA 2004 no prevé penalizaciones por el retraso en la resolución de una incidencia de provisión concerniente a la fase precontractual o preparatoria del servicio de coubicación, y lo hace basándose en los siguientes razonamientos:

- a. El procedimiento de gestión de incidencias previsto en las OBAs vigentes en el periodo en el que se produjeron los hechos denunciados no es aplicable para la fase previa o preparatoria a la provisión de los servicios de coubicación recogidos en la OBA, al no entenderse iniciada la fase de provisión del servicio.
- b. Telefónica considera que los servicios de ubicación (entre los que se encuentra la coubicación), al no estar regulados en el mismo apartado de la OBA que el procedimiento de gestión de incidencias, no encuentran cobertura en dicho procedimiento.
- c. Como consecuencia de la no aplicación del procedimiento de gestión de incidencias durante esa fase preparatoria o previa a la provisión del servicio de coubicación, no cabe calificar como “incidencias de provisión” las interpuestas en dicha fase ni, por ende, aplicar una penalización en el caso de que la incidencia no sea resuelta dentro de plazo por Telefónica.
- d. Al encontrarse en una fase previa a la provisión del servicio, no existe una cuota de alta del servicio para poder calcular una hipotética penalización.

Por otra parte, Telefónica argumenta en el informe pericial aportado ante el Juzgado de 1ª Instancia de Córdoba que dichos servicios tendrían una “*naturaleza inmobiliaria*”, señalando que “*nada tienen que ver ni física, ni funcionalmente, ni procedimentalmente los servicios de acceso al bucle de abonado respecto del servicio de ubicación*” e insiste

en que la gestión de incidencias prevista en el apartado 1.6 de la OBA es de aplicación únicamente a los servicios de acceso al bucle de abonado y no al servicio de ubicación.

Previamente a analizar los conceptos de “*incidencias de provisión*” y de “*penalizaciones*”, conviene aclarar, en primer lugar, que el procedimiento de gestión de incidencias contenido en el apartado 1.6 de las OBAs de 2002 y 2004 es un procedimiento general que afecta a todos los servicios contemplados en dicha OBA, incluidos por descontado también los de ubicación (Capítulo 2 de la OBA) o de entrega de señal (Capítulo 3).

Dicho de otro modo, la aplicación de los preceptos contenidos en el citado apartado en ningún caso se encuentra restringida exclusivamente a los servicios de tendido de cable interno y/o externo, de prolongación del par o de acceso indirecto al bucle, previstos en el Capítulo 1 de la OBA -denominado “Servicios de acceso al bucle del abonado”-.

En consecuencia, independientemente de la “*naturaleza inmobiliaria*” que Telefónica atribuya a los servicios de ubicación o coubicación, éstos no se entienden excluidos del procedimiento de gestión de incidencias previsto en el apartado 1.6 de la OBA, por la circunstancia de encontrarse en un capítulo distinto de dicha Oferta, como se ha señalado en diversas ocasiones a Telefónica y se cita a continuación.

Hecha esta aclaración respecto a la aplicación general del procedimiento de gestión de incidencias a la totalidad de los servicios contemplados en la OBA (y que resulta plenamente coherente con cualquiera de las versiones publicadas de esa Oferta hasta la fecha), debe tenerse en cuenta la definición de “*incidencia*” contenida en la OBA.

El apartado 1.6 de las OBAs de 2002 y 2004 establecía que:

*“De acuerdo con sus responsabilidades contractuales y de otro tipo, Telefónica ofrece un sistema de apertura y gestión de incidencias, que permite comunicar las incidencias que se produzcan y realizar el seguimiento hasta su resolución. La resolución de incidencias por parte de Telefónica en su ámbito de responsabilidad se ajustará a lo establecido en los correspondientes acuerdos de nivel de servicio.”*

Por su parte, en el apartado 1.6.2, bajo la rúbrica “*tipología de las incidencias*”, se distinguen tres tipos de incidencias: incidencias de provisión de servicio, incidencias por averías e incidencias por interferencias, entendiéndose por incidencias de provisión “*las que se refieren al conjunto de actividades de la tramitación y provisión de servicios, desde el momento en que se presenta la solicitud correspondiente hasta que se acepta la entrega del servicio*”, ofreciendo algunos ejemplos de supuestos que pueden motivar la apertura de estas incidencias, tales como la denegación considerada improcedente, solicitud sin respuesta, solicitud no tramitada completamente o superación de plazos.

De conformidad con la definición anterior, un operador alternativo puede interponer una incidencia de provisión en cualquier momento a partir de la presentación de la solicitud del servicio (que, como se ha indicado previamente, puede referirse al servicio de

cubicación), incluyendo no solo la fase de provisión de los servicios, sino también el conjunto de actividades previas necesarias para la tramitación de tales servicios.

En consecuencia, a efectos de determinar si es procedente la apertura de una incidencia de provisión, resulta irrelevante que ésta se haya iniciado en una fase previa o preparatoria<sup>9</sup> a la de efectiva provisión del servicio, dado que cualquier actividad que es de necesaria tramitación desde la solicitud puede ser susceptible de requerir la interposición de este tipo de incidencias.

Por este motivo, tal y como esta Comisión afirmaba para justificar el plazo de resolución para todas las incidencias de provisión<sup>10</sup>, estas incidencias se utilizan, además de en supuestos de retrasos en la provisión, también para solucionar problemas que acontecen a lo largo del procedimiento de provisión que son independientes del tipo de servicio que se solicita.

En definitiva, no puede considerarse que las incidencias de provisión para el servicio de cubicación se limiten a las interpuestas con posterioridad a la aceptación del proyecto técnico como afirma Telefónica, y ha corroborado la jurisdicción civil, dado que dicho hito temporal marca únicamente el inicio de su provisión y las penalizaciones por retraso en los plazos determinados en los Acuerdos de Nivel de Servicio (en adelante, ANS) de la OBA, pero no agota ni comprende el resto de actividades de tramitación previas a tal hito y posteriores a la solicitud del servicio.

En este sentido, la CMT ya estableció la posibilidad de interponer incidencias de provisión desde la solicitud inicial y previamente al hito temporal inicial previsto en los ANS en varias resoluciones.

Así, en la Resolución, de fecha 30 de diciembre de 2004, que puso fin al conflicto de acceso entre Ibercom y Telefónica por el posible incumplimiento de la OBA (DT 2004/1367) se aclara que *“tal y como se indica en la OBA, en caso de que los operadores solicitantes consideren que se ha producido una denegación improcedente o no se ha recibido respuesta alguna sobre una solicitud, o bien se han superado los plazos de provisión, éstos podrán abrir una incidencia de provisión. El tiempo de resolución de este tipo de incidencias es de dos días laborables”* (refiriéndose la resolución a servicios de cubicación, tendidos de cable y entrega de señal). Asimismo, la Resolución de la CMT sobre la solicitud de Telefónica para la no aplicación de las penalizaciones por retrasos en la provisión de los servicios de la OBA (DT 2005/511)

---

<sup>9</sup> Al contrario de lo que señala Telefónica, y ha aceptado el Juzgado de Primera Instancia, a este organismo no le parece correcto llamarla “fase precontractual”, dado que ambos operadores han perfeccionado con anterioridad los correspondientes contratos en el marco de la OBA. Así se afirmó por otra parte –en el mismo sentido que menciona esta Comisión- por el Juzgado de 1ª Instancia nº 50 de Madrid, en la sentencia recaída en el procedimiento ordinario nº 234/2008.

<sup>10</sup> Resolución sobre la modificación de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA) de Telefónica de España, S.A.U. (MTZ 2005/1054).

recoge un ejemplo expreso de incidencia de provisión previa a la fase de provisión del servicio<sup>11</sup>.

Una vez determinada la posibilidad de interponer incidencias de provisión en las condiciones indicadas, es necesario recordar que los ANS señalan en su apartado A.2 el plazo máximo en el que Telefónica debe resolverlas– dos días hábiles-, así como la penalización aparejada a la superación de ese plazo sin resolverla y la fórmula para el cálculo de la misma.

Lo anterior es perfectamente coherente con la afirmación hecha en la sentencia de instancia y en el recurso por la cual no todo incumplimiento de un plazo previsto en la OBA lleva aparejada una penalización, sino que la penalización debe estar prevista expresamente en la OBA.

Así lo ha manifestado esta Comisión en su Resolución sobre el conflicto de acceso entre Jazz Telecom, S.A.U. (en adelante, Jazztel) y Telefónica, en relación con el cumplimiento en solicitudes de tendido de cable externo de los plazos de la OBA (DT 2005/346), pero dicha interpretación debe hacerse conjuntamente con la Resolución del conflicto de acceso entre las mismas entidades (Jazztel y Telefónica), sobre la conexión de equipos coubicados en distintos recintos de acceso al bucle de abonado (DT 2005/658) que aclara que *“si bien es cierto que se podrán solicitar penalizaciones para retrasos en ambos casos [retrasos en la provisión del servicio y retrasos en la resolución de incidencias durante la tramitación del servicio], hay que recordar que la penalización recogida en el informe a audiencia es la que se aplica en caso de demora en la provisión del servicio (20 días laborables) tomando como hito de inicio la aceptación del proyecto. Ello no implica que los retrasos en la presentación del proyecto no puedan dar lugar a penalizaciones, sino que serán de otro tipo.*

*Al igual que para el resto de servicios de la OBA, el procedimiento a seguir para este caso sería la apertura de una incidencia de provisión que, si no es resuelta en plazo, dará lugar a las correspondientes penalizaciones por incumplimiento de los plazos garantizados que se encuentran recogidas en la OBA. Dicha circunstancia no obsta a que se impongan penalizaciones por otros motivos, ya que en ese caso se deberá interponer una incidencia de provisión que, si no es resuelta en plazo, genera penalizaciones que deben ser abonadas por TESAU.”*<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> También en la Resolución sobre la modificación de la OBA citada en la nota al pie anterior y en la Resolución de 10 de noviembre de 2005, por la que se resuelve el conflicto de acceso al bucle de abonado planteado por DRAGONET COMUNICACIONES, S.L.U. (RO 2005/348).

<sup>12</sup> También en la Resolución de los recursos de reposición interpuestos por las entidades TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU, WORLD WIDE WEB IBERCOM, SL, DESARROLLO DE LA TECNOLOGÍA DE LAS COMUNICACIONES, SCOM.p.A., LA ASOCIACIÓN DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES, FRANCE TELECOM ESPAÑA, SA, ONO, SAU, y T-ONLINE TELECOMMUNICATIONS SPAIN, SAU, contra la Resolución de fecha 14 de septiembre de 2006, de modificación de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU, (AJ 2006/1325).

En consecuencia, no deben confundirse los dos tipos de penalizaciones establecidas en la OBA, dado que, por un lado, existen penalizaciones por el retraso en la provisión de los servicios (que efectivamente están sujetas al incumplimiento de determinados plazos fijados en el apartado A.1 de los ANS) y por otro lado, penalizaciones por retraso en la resolución de incidencias de provisión, cuyo plazo también se encuentra previsto expresamente en el apartado A.2 de los ANS de la OBA, y que pueden interponerse desde la solicitud del servicio.

Asimismo, como se ha afirmado reiteradamente por esta Comisión<sup>13</sup>, en la tramitación y provisión de un servicio puede darse el supuesto en el que un retraso en la resolución de una incidencia de provisión genere una penalización y posteriormente exista otro retraso en la provisión del servicio cuyo plazo esté garantizado por el ANS y que genere una segunda penalización. En ese caso, esta Comisión ha dejado claro<sup>14</sup> que ambas penalizaciones serán mutuamente excluyentes cuando la primera incidencia se encuentre íntimamente relacionada con la provisión del servicio que se retrasa, aplicándose únicamente la penalización por el retraso en la provisión.

No obstante, también se ha puesto de manifiesto en las mismas Resoluciones que la circunstancia anterior no es automática, dado que si el retraso en la resolución de la incidencia de provisión estuviera relacionado con aspectos distintos al del retraso en la provisión del servicio (como denegaciones de solicitudes improcedentes), ambas penalizaciones serían aplicables acumulativamente.

En relación con la fórmula de cálculo establecida en el apartado A.2 de la OBA basada en la cuota de alta del servicio solicitado, ésta sigue siendo válida para determinar el importe de la penalización cuando las incidencias se refieren al servicio de cobricación, con la salvedad de que será necesario esperar a su provisión para conocer la cuota de alta efectiva y determinar la cuantía de la penalización.

En definitiva, esta Comisión considera que la OBA, en sus versiones de 2002 y 2004, permitía interponer incidencias de provisión relativas al servicio de cobricación en cualquier fase de su tramitación desde la primera solicitud, independientemente de la existencia o no de un plazo para atender esa solicitud y de que ese eventual plazo estuviese o no garantizado con una penalización por retraso en la provisión del servicio.

Asimismo, el retraso en la resolución de dichas incidencias por encima de los dos días hábiles establecidos podía generar penalizaciones en favor del operador alternativo,

---

<sup>13</sup> Entre otras, Resolución de 27 de octubre de 2005 relativa a la solicitud de Telefónica para la no aplicación de las penalizaciones por retrasos en la provisión de los servicios de su oferta de acceso al bucle de abonado (DT 2005/511), Resolución de 10 de noviembre de 2005 por la que se resuelve el conflicto de acceso al bucle de abonado de Telefónica planteado por DRAGONET COMUNICACIONES, S.L.U. (RO 2005/348) y Resolución de 5 de julio de 2007, relativa al expediente sancionador incoado a Telefónica por incumplimiento de una resolución dictada en un conflicto de acceso anterior (exp. RO 2005/1053) (*confirmada por Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de mayo de 2010 [RC 1501/07] y casada mediante Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2013 [RC 4236/2010]*).

<sup>14</sup> Actualmente contemplado en el Anexo 1 (apartado A.2) de la OBA.

cuyo importe se tenía que calcular teniendo en cuenta la cuota de alta del servicio solicitado y los días de retraso en su resolución, y la naturaleza de la incidencia o la existencia de otras incidencias.

En todo caso, es evidente que tendrían que analizarse concretamente los hechos sucedidos, esto es, estudiar en cada proceso de provisión de un servicio las incidencias presentadas –sus tipos, el momento de la presentación, sus causas, si se han presentado varias y su frecuencia, etc.- y la respuesta dada por Telefónica, para dilucidar su procedencia y la razonabilidad, y determinar en consecuencia el importe final debido. Habiendo recaído las sentencias del orden jurisdiccional civil citadas sobre estos hechos, no procede que se pronuncie este organismo.

2- Sobre otras consideraciones que la CMT ha realizado en resoluciones que afectaban a DTI2 y Telefónica

En relación con el abono de penalizaciones, hay que recordar que en la Resolución por la que se archivó la información previa RO 2005/1638, la CMT aclaró que:

*“TESAU debía proceder al pago de penalizaciones por los retrasos producidos en la provisión de los servicios solicitados pero no por las incidencias de provisión que permanecen abiertas a causa de discrepancias de carácter formal entre DTI2 y TESAU, al tratarse de incidencias por los retrasos producidos en la entrega de los servicios solicitados que ya han sido penalizados.*

*De tal manera que TESAU conforme a lo indicado en el Resuelve Tercero debía pagar y aplicar automáticamente las penalizaciones por retrasos en la provisión de los servicios de cubrición, entrega de señal, de TCI y de TCE solicitados, pero no por las incidencias de provisión señaladas puesto que estas mismas lo son por el retraso en la provisión de los mismos servicios y no por otras causas o motivos generados durante la tramitación del procedimiento de entrega que podrían ser objeto de penalización.”*

En consecuencia, la CMT indicó que las incidencias de provisión interpuestas por DTI2 que permanecían abiertas a causa de discrepancias formales y relacionadas con el retraso en la provisión de los servicios a su juicio no darían derecho al pago de penalizaciones por su resolución tardía, dado que de lo contrario se estarían aplicando dos penalizaciones por el mismo concepto, esto es, el retraso en la provisión del servicio.

No obstante, hay que señalar que la CMT también señaló que el retraso en la resolución de las incidencias de provisión abiertas por otras causas durante la tramitación, tales como denegaciones improcedentes de un determinado hito, no estarían excluidas de penalización. Sin embargo, ni en aquella información previa ni en la Resolución de los conflictos entre DTI2 y Telefónica con referencia RO 2004/1009 y RO 2007/272 se especifica si dicha circunstancia se daba en alguna de las penalizaciones concretas solicitadas por DTI2, ni tampoco se indicó si Telefónica debía

o no cantidades en concepto de penalizaciones por retraso en la resolución de esas incidencias.

Por último, respecto a los procedimientos administrativos previstos en las OBAs de 2002 y 2004, debe recordarse que la CMT ya sancionó a Telefónica en el procedimiento sancionador RO 2004/1811 y RO 2006/12<sup>15</sup> por varios incumplimientos que afectaron, entre otros operadores, a DTI2, pero que dichos incumplimientos no eximían a Telefónica de su obligación de atender las solicitudes de los operadores alternativos.

En todo caso, si las solicitudes de provisión concretas no fueron atendidas en su momento, las supuestas infracciones que se hubieran producido con anterioridad a 2011 estarían prescritas y, como se ha dicho, la cuantificación concreta de las penalizaciones no compete llevarla a cabo en la actualidad a este organismo público después de haber recaído sentencia –sin perjuicio de la posibilidad de la jurisdicción civil de pedir informe pericial al organismo regulador sobre tal cuestión-.

#### **B. Nuevas conductas denunciadas por DTI2 en los escritos de 24 de febrero y 13 de marzo de 2014**

En los últimos escritos presentados, DTI2 reitera los incumplimientos que, a su parecer, son imputables a Telefónica a partir de sus afirmaciones, indica que éstas han sido ratificadas por la Audiencia Provincial de Córdoba, y además pone de manifiesto nuevos hechos acaecidos en relación con incumplimientos de Telefónica de sus obligaciones de entrega de señal (EdS).

Estos nuevos hechos hacen referencia a determinadas cuestiones que se pusieron de manifiesto en el seno del expediente que puso fin al conflicto de acceso entre DTI2 y Telefónica por el rechazo de Telefónica de las solicitudes de DTI2 de EdS mediante fibra oscura<sup>16</sup>, en el que se instó a Telefónica a tramitar las solicitudes efectuadas por DTI2 al amparo de la modificación de la OBA de 2012.

En este sentido, el informe elaborado por la DTSA sometido al trámite de audiencia señaló que:

*“Por otro lado no puede dejarse de mencionar el proceso de apertura de la incidencia de provisión y escalado realizado por DTI2 y las respuestas ofrecidas por Telefónica en el presente caso. Si como consecuencia del redactado de algún párrafo en una Resolución o en la Oferta de Referencia pudieran existir dudas y diferentes interpretaciones en la aplicación de algún servicio y, como consecuencia, surjan discrepancias, no puede ser otro que el procedimiento de incidencias el que aplica para abordarlas y discutir las.*”

---

<sup>15</sup> Esta última resolución fue anulada por la anteriormente citada Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2013 [RC 1465/2010].

<sup>16</sup> Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de 7 de enero de 2014, anteriormente citada, que resolvió el conflicto de acceso planteado por DTI2 frente a Telefónica por denegación de las solicitudes de entrega de señal mediante fibra oscura (DT 2013/108).

*Efectivamente, si bien el servicio de EdS mediante fibra oscura no tiene definido un procedimiento detallado de solicitud en la OBA, no obstante, de forma genérica para la gestión de incidencias en la OBA se señala que «Se entiende por incidencias de provisión (o reclamaciones) las que se refieren al conjunto de actividades de la tramitación y provisión de servicios, desde el momento en que se presenta la solicitud correspondiente hasta que se acepta la entrega el servicio, o hasta 5 días después de la remisión de la comunicación de finalización por parte de Telefónica en aquellos servicios en los que no se ha incluido la aceptación de la entrega del servicio».*

*También en la OBA, respecto al escalado de incidencias, se señala en el punto 1.6.7.2 que «El operador podrá iniciar el procedimiento de escalado cuando se den situaciones que generen discrepancias, incluyendo las siguientes: Rechazos que se entienden improcedentes desde el operador».*

*Mientras las solicitudes de fibra oscura de DTI2 son rechazadas por Telefónica por entender que no se ajustan a las condiciones reguladas, para DTI2 dichos rechazos no son adecuados y discrepa por tanto de la opinión de Telefónica, por lo que, ajustándose a lo definido en la OBA, es lógico que abra incidencias de provisión.*

*Aunque una incidencia de provisión nacida por la diferente interpretación de una Resolución por parte de ambos operadores puede parecer difícil que termine en un acuerdo entre ambas partes sin mediación de la CMT, no obstante dicho procedimiento es adecuado para discutir y argumentar dichas interpretaciones de forma previa a su traslado al regulador e intentar solucionar las discrepancias. En el presente caso y con un análisis del contexto de la Resolución en el que la frase mencionada por Telefónica fue realizada, no parece no obstante que hubieran podido existir demasiadas dudas.*

*No obstante, y según se deduciría de la documentación aportada por DTI2 en su escrito, durante todo el proceso descrito Telefónica siempre esgrime la misma respuesta argumentando que no tiene sentido la incidencia de provisión puesto que la solicitud no se ajusta a la regulación. Así no solo se oponía a discutir tales discrepancias, sino que básicamente argumenta que el procedimiento de apertura de incidencia no es el adecuado para ello.*

*A este respecto debe señalarse que, tal y como se señala en la OBA, los procedimientos de incidencia definidos tienen entre otros objetivos el de abordar las discrepancias entre ambos operadores ante los rechazos de provisión por parte de Telefónica, y de nuevo sorprende que Telefónica haga una interpretación distinta.”*

Tal y como subraya el citado informe, Telefónica denegó la aplicación del procedimiento de incidencias previsto en la OBA cuando DTI2 interpuso dos incidencias de provisión

para resolver las discrepancias surgidas entre ambos operadores, en relación con los dos servicios de EdS por fibra oscura solicitados.

De las alegaciones y documentación presentadas por DTI2 en el presente expediente, queda constancia de que, con fecha 12 de febrero de 2014, DTI2 solicitó penalizaciones por la resolución tardía de las incidencias de provisión interpuestas en el marco del citado conflicto y que cinco días después, éstas fueron rechazadas por Telefónica por considerar que dichas penalizaciones no estaban basadas en ninguna prestación de servicios que Telefónica estuviera obligada a realizar en el tiempo indicado.

En este sentido, tal y como se expuso en el informe de audiencia del conflicto citado y en las distintas resoluciones a las que se ha hecho referencia a lo largo de esta resolución, el procedimiento de gestión de incidencias previsto en la OBA es aplicable también a las discrepancias que puedan surgir entre el operador alternativo y Telefónica en el marco de los servicios de EdS mediante fibra oscura.

Consecuentemente, la denegación improcedente de estas incidencias de provisión así como su posterior resolución tardía por parte de Telefónica (superior a los dos días hábiles establecidos en el apartado A.2 de los Acuerdos de Nivel de Servicio en relación con el apartado 1.6 relativo a la gestión de incidencias) sería susceptible de generar una penalización en favor de DTI2, sin perjuicio de que su pago deba determinarse ante la jurisdicción civil, en caso de discrepancia entre las partes.

Sin embargo, si bien la interposición de dichas incidencias de provisión es correcta según el procedimiento establecido en la OBA, atendiendo al caso concreto examinado, al estar las incidencias relacionadas con la denegación de un servicio objeto de conflicto entre DTI2 y Telefónica, difícilmente podrían tener una resolución satisfactoria para las dos partes dentro del plazo de dos días hábiles previsto en la OBA, dado que la cuestión principal dependía del pronunciamiento de esta Comisión en el referido conflicto.

A su vez, el conflicto citado se vio afectado por el expediente con número de referencia 2013/1237, en el que por Resolución de 30 de julio de 2013 se exigió a DTI2 que constituyera un aval o un sistema de prepago en los términos señalados en la resolución, si quería seguir recibiendo servicios mayoristas de Telefónica, debido a la deuda contraída por DTI2 por la prestación de servicios de acceso al bucle anteriores, deuda a pagar a Telefónica según la última sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba nº 183/2013, de 27 de noviembre, que está pendiente de casación.

De forma que las relaciones entre ambos operadores están marcadas por un extenso historial conflictivo que ha dado lugar a la tramitación de varios expedientes ante esta Comisión y a la apertura de un procedimiento ordinario ante la jurisdicción civil en el que se han dirimido las cuestiones relativas al impago de los servicios que Telefónica reclama desde hace años y a las posibles penalizaciones que a su vez reclama DTI2 a Telefónica –DTI2 esgrime la eventual compensación de ambos tipos de deudas-.

Por ello, en la Resolución del conflicto (expediente no. 2013/108), resuelto el 7 de enero de 2014, se exigió a DTI2 asimismo la constitución de un prepago para la provisión de los servicios.

De conformidad con la Resolución anterior, Telefónica presentó una oferta económica para la prestación de los servicios solicitados por DTI2 con fecha 30 de enero de 2014. No obstante, DTI2 no ha constituido hasta la fecha el prepago indicado, por lo que no está haciendo uso de los servicios mayoristas objeto del conflicto anterior.

A lo anterior ha de añadirse que los servicios de EdS por fibra oscura no tienen plazo y precio regulados para su entrega, en la OBA, por lo que la negociación entre Telefónica y el operador alternativo en estos casos es esencial para definir las condiciones del servicio.

Sobre dicho particular, debe tenerse en cuenta que DTI2 reclama a Telefónica penalizaciones por valor de [**CONFIDENCIAL**] por la resolución tardía de dos incidencias de provisión que, a su vez, derivan de la denegación inicial de la solicitud de servicios de EdS por fibra oscura realizada por DTI2. En este sentido, debe considerarse que existe una desproporción manifiesta entre el importe de los servicios ofertados por Telefónica y la cuantía de las penalizaciones vinculadas a dicha solicitud.

Por ello, conviene destacar que, independientemente de la tramitación y eventual cuantificación de las penalizaciones reclamadas –originadas por la solicitud de unos servicios no atendida-, DTI2 sigue sin acceder a esos servicios a pesar de que en virtud de las condiciones establecidas en la citada Resolución, puede hacerlo desde que Telefónica presentó su oferta económica, o podría sensu contrario negociar otro precio, que no se tiene constancia que se haya negociado.

Por lo tanto, y sin perjuicio de que esta Comisión valorará la oportunidad de modificar la OBA en lo relativo al cálculo de las penalizaciones por resolución tardía de las incidencias de provisión en determinados servicios, se plantean dudas a esta Comisión acerca de las penalizaciones concretas que se reclaman ligadas a la interposición de las incidencias de provisión.

En consecuencia, atendiendo a las circunstancias expuestas, esta Comisión considera que no se aprecian en el presente caso indicios suficientes de incumplimiento de la OBA por parte de Telefónica que motiven la apertura de un procedimiento sancionador.

Por todo lo anterior, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en uso de las competencias que tiene atribuidas

**RESUELVE**

**ÚNICO.-** Archivar la actuaciones practicadas en el presente período de información previa, relativo a las denuncias de DTI2 por incumplimientos de la OBA por parte de Telefónica de España, S.A.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.