

Resolución por la que se pone fin al conflicto de acceso interpuesto por BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A. contra Telefónica de España S.A.U sobre las condiciones de provisión de circuitos ORLA de alto coste.

(CNF/DTSA/2494/13/ORLA alto coste BT)

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LA CNMC

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

Secretario de la Sala

D. Joaquim Hortalà i Vallvé, p.s. Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 23 de octubre de 2014

Visto el expediente relativo al conflicto interpuesto por BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones S.A. contra Telefónica de España, S.A.U., en relación con la provisión de circuitos ORLA de alto coste, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Escrito de BT por el que plantea conflicto de acceso contra Telefónica

Con fecha 29 de noviembre de 2013 tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (en adelante, CNMC) un escrito de BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A. (en adelante, BT) por el que interponía conflicto de acceso frente a Telefónica de España S.A., sociedad unipersonal (en adelante, Telefónica).

En dicho escrito, BT incluía un listado con ejemplos de circuitos sobre los que consideraba que Telefónica había incumplido la regulación en vigor establecida en la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas de Telefónica (en adelante, ORLA) debido:

- a) al cobro supuestamente indebido de circuitos ORLA de alto coste en (i) zona A y (ii) en zona B, cuando el alto coste es debido a la indisponibilidad de fibra inter-central,

- b) al presunto incumplimiento del plazo regulado para la comunicación de situaciones de alto coste de los circuitos solicitados, así como de la fecha vinculante de entrega, y
- c) a la documentación aportada por Telefónica sobre el importe del alto coste, considerada como insuficientemente desglosada para permitir a BT valorar su razonabilidad.

Segundo.- Inicio de procedimiento administrativo y requerimiento de información a Telefónica y BT

Con fecha 9 de enero de 2014 la Dirección de Telecomunicaciones y Servicios Audiovisuales (en adelante, DTSA) comunicó a BT y Telefónica el inicio del presente expediente. Asimismo, se requirió a ambas partes un listado completo de los circuitos solicitados por BT a Telefónica, durante el periodo comprendido entre octubre de 2010 y noviembre de 2013, para los cuales se hubiese dado la circunstancia de alto coste y se cumpliesen al menos alguna de las siguientes condiciones:

- a) La central de Telefónica, a la cual se conecta el circuito, se encuentra en zona A.
- b) La central de Telefónica, a la cual se conecta el circuito, se encuentra en zona B y el motivo del alto coste no estuviese justificado por falta de acometida de fibra en domicilio de cliente.
- c) La notificación de alto coste por parte de Telefónica se hubiese producido en un plazo superior a 15 días naturales.

Tercero.- Escrito de alegaciones iniciales de Telefónica y respuesta al requerimiento de información de ambas compañías

Con fechas 4 y 5 de febrero de 2014 se recibieron en esta Comisión los escritos de BT y Telefónica por los que daban contestación al citado requerimiento de información. Asimismo, en su escrito, Telefónica expuso sus alegaciones iniciales en relación con el conflicto interpuesto por BT.

Cuarto.- Petición de subsanación de errores

Una vez analizados por la DTSA los listados de los circuitos objeto de conflicto, proporcionados por ambas compañías, se detectaron: (i) un número significativo de discrepancias sobre varios aspectos (fecha de petición, notificación de alto coste, zona de la central –A ó B–, motivo del alto coste), (ii) circuitos duplicados con información distinta en el listado proporcionado por BT, y (iii) circuitos sólo notificados por una sola de las compañías.

Mediante escrito de la DTSA, de 26 de abril de 2014, se solicitó a BT y Telefónica la subsanación de las discrepancias detectadas, así como la aportación de la totalidad de los circuitos solicitados por BT a Telefónica durante el periodo considerado (entre octubre de 2010 y noviembre de 2013). La finalidad de dicho requerimiento era delimitar el conjunto de circuitos objeto de conflicto y disponer de información, lo más exacta posible, sobre cada uno de dichos circuitos.

Quinto.- Escritos de subsanación de errores enviado por BT y Telefónica

Con fechas 14 y 23 de abril de 2014 se recibieron los escritos de subsanación de errores de Telefónica y BT, al cual Telefónica añadió alegaciones a las ya realizadas previamente.

A pesar de las subsanaciones de los datos aportados por ambos operadores, se detectó que aún persistían ciertas discrepancias en dichos listados de circuitos. No obstante, los escritos aportados por ambas compañías han permitido resolver una parte importante de estas discrepancias, considerándose la información disponible en el expediente suficiente para tramitar y resolver el presente conflicto de acceso.

Sexto.- Trámite de audiencia

Mediante escrito de la DTSA, de 4 de julio de 2014, se comunicó a las partes interesadas el inicio del trámite audiencia del procedimiento, así como el informe elaborado por dicha Dirección en relación con el conflicto, a fin de que éstos pudiesen alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimasen pertinentes. Para ello, en dicha comunicación se concedió a los interesados un plazo de diez días.

Séptimo.- Escritos de alegaciones de BT y Telefónica

El 16 de julio de 2014 se recibió en la CNMC una petición de ampliación de plazo remitida por Telefónica, que fue concedida, el 18 de julio de 2014, por el plazo de cinco días adicionales.

Con fechas 24 de julio y 29 de julio se recibieron los correspondientes escritos de alegaciones al trámite de audiencia remitidos, respectivamente, por BT y Telefónica.

Octavo.- Petición de acceso al expediente y presentación de alegaciones adicionales por parte de BT

BT accedió al expediente el 19 de septiembre y el día 23 de septiembre presentó una serie de observaciones finales en referencia a las alegaciones presentadas por Telefónica.

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Objeto del procedimiento

El presente procedimiento tiene por objeto resolver el conflicto planteado por BT referente a la determinación por parte de Telefónica de los circuitos solicitados por BT como de alto coste, durante el periodo comprendido entre octubre de 2010 y noviembre de 2013.

En este expediente se analiza el marco regulatorio establecido hasta la fecha en relación con los circuitos de alto coste, para determinar la procedencia o no por parte de Telefónica de declarar los circuitos solicitados por BT de alto coste, así como la correcta aplicación de las condiciones establecidas en la ORLA en relación con la provisión de este tipo de circuitos.

SEGUNDO.- Habilitación competencial

La Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, en su artículo 12, atribuye a esta Comisión la función de resolver de forma vinculante los conflictos que se susciten entre operadores en materia de acceso e interconexión de redes.

Asimismo, el artículo 15 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel)¹ dispone que esta Comisión conocerá de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivados de esta Ley y de sus normas de desarrollo. Además, el artículo 12.5 de la LGTel establece que esta Comisión podrá intervenir en las relaciones entre operadores (o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión), 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 señalados en el artículo 3 del mismo texto legal.

Asimismo, entre las funciones cuyo ejercicio corresponde a la Comisión, en relación con las materias reguladas en la propia Ley, el artículo 70.2.a) de la LGTel, de forma análoga a como se preveía en la letra g) del artículo 48.4 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, le atribuye competencia para *“definir y analizar los mercados de referencia relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas, entre los que se incluirán los correspondientes mercados de referencia al por mayor y al por menor, y el ámbito geográfico de los mismos, cuyas características pueden justificar la imposición de obligaciones específicas, en los términos establecidos en el artículo 13 de la presente Ley y su normativa de desarrollo”*.

En base a esta competencia, el 23 de noviembre de 2006, 23 de julio de 2009 y 11 de abril de 2013 se aprobaron la primera, segunda y tercera revisión de la definición y análisis del mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor², la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas.

En las citadas Resoluciones, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT), tras definir y analizar el mercado de referencia, concluyó que dicho mercado no es competitivo e identificó a Telefónica como operador con peso significativo de mercado (PSM) en el mismo, imponiéndole las correspondientes obligaciones, entre las que se encuentran las siguientes: (i) obligación de dar acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización, a precios regulados en función de los costes de producción (líneas con interfaces tradicionales) o de un mecanismo

¹ La Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, publicada el 10 de mayo de 2014 en el Boletín Oficial del Estado (corrección de errores de la Ley publicado en el BOE el 17 de mayo de 2014), ha derogado, entre otras, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

² Denominado Mercado 6, de conformidad con lo establecido en la Recomendación CE (2007/879/CE) de 17 de diciembre de 2007, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante [C(2007) 5406]

retail minus (líneas con interfaces Ethernet), (ii) obligación de no discriminación en las condiciones de acceso a los servicios mayoristas de líneas alquiladas terminales, (iii) obligación de transparencia en la prestación de los citados servicios, incluyendo la obligación de presentar una Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas (ORLA).

De conformidad con lo establecido en el artículo 7.3 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración aprobado por Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre³, el organismo regulador podrá *“introducir cambios en las ofertas de referencia para hacer efectivas las obligaciones a las que se refiere este capítulo y establecerá, para cada tipo de oferta de referencia, el procedimiento para su aplicación y, en su caso, los plazos para la negociación y formalización de los correspondientes acuerdos de acceso; [...]”*⁴.

En ejercicio de dicha habilitación competencial la CMT aprobó mediante las Resoluciones, de 20 de diciembre de 2007, 7 de diciembre de 2010 y 18 de julio de 2013, las sucesivas revisiones de la ORLA de Telefónica.

En consecuencia, a la vista de la normativa citada y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 20.1 y 21.2 de la citada Ley, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia es el órgano competente para conocer y resolver el presente conflicto de acceso planteado por BT contra Telefónica.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Marco regulatorio de la provisión de circuitos Ethernet de alto coste por parte de Telefónica

1.1 Obligación para Telefónica de proporcionar circuitos Ethernet y situaciones de alto coste.

Una línea alquilada suministra una capacidad de transmisión permanente para la conexión de dos puntos a través de una red pública de telecomunicaciones.

El servicio mayorista de líneas alquiladas terminales pone a disposición de los operadores que las solicitan una capacidad de transmisión permanente hasta las dependencias de los usuarios finales conectándolos con los puntos de presencia de su red a través de la red de acceso de Telefónica. Una característica muy relevante del suministro de las líneas alquiladas es que no es un servicio de uso residencial. Su principal aplicación es conectar diferentes sedes de una empresa o institución.

De acuerdo con las resoluciones aprobadas por la CMT sobre las tres revisiones que se han llevado a cabo en relación con el Mercado 6, de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor, Telefónica tiene la obligación de suministrar a

³ Vigente en virtud de la Disposición Transitoria Primera de la LGTel.

⁴ Transposición del artículo 9.2 de la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva de Acceso), modificada por la Directiva 140/2009/CE, de 25 de noviembre.

otros operadores circuitos Ethernet en base a las condiciones establecidas en la ORLA.

Si bien, tanto en la ORLA 2007 como en la ORLA 2010, se determinaron los precios para el suministro de estos circuitos Ethernet, en el apartado 3.1 de ambas ofertas se regularon una serie de condiciones bajo las cuales ciertas solicitudes pueden conllevar un sobre coste para el peticionario (denominado “alto coste”) al considerarse que para ellas las condiciones estándar pueden no ser razonables.

La calificación de un circuito como de alto coste conlleva el establecimiento de un precio superior a los precios estándar regulados en la ORLA para su provisión, así como un procedimiento específico para la notificación de la situación de alto coste, en el que Telefónica ha de indicar y justificar detalladamente las específicas condiciones de prestación del servicio y negociar de buena fe con el operador sobre dichas condiciones.

El anexo 1B de la ORLA establece las centrales en las que Telefónica está obligada a suministrar circuitos Ethernet, que coinciden con aquellas en las cuales Telefónica está prestando servicios minoristas. Dichas centrales se encuentran divididas en dos zonas: la zona A, que se corresponde con centrales con área de cobertura estándar, en las cuales existe una elevada disponibilidad de fibra óptica de acceso y que, por tanto, han de ser provistas aplicando los precios y niveles de calidad recogidos en el apartado 4 de la ORLA, y la zona B, donde no se cumplen estas condiciones y para cuya provisión Telefónica ha de seguir una serie de principios regulados en dicha oferta mayorista.

El listado de centrales Ethernet ha de ser actualizado regularmente por parte de Telefónica, determinando la adscripción de dichas centrales a la zona A o zona B. Además, Telefónica debe comunicar dichas actualizaciones de clasificación de centrales tanto a esta Comisión como a los operadores a los que suministra líneas alquiladas.

1.2 Circunstancias justificativas del alto coste

Tal y como se ha indicado, en base a lo establecido en las ORLA de 2007 y 2010, cuando la central asociada a los circuitos Ethernet requerido se encuentra en zona B, Telefónica puede, bajo determinadas condiciones, plantear a los operadores la condición de alto coste. En la ORLA 2007 se indicaba lo siguiente: *“El apéndice 1B informa del tipo de cobertura prestada por cada central. El área de cobertura estándar se identifica como cobertura A. Para el área cubierta por las centrales identificadas como cobertura B ciertas solicitudes (principalmente por la necesidad de realizar una inversión considerable para construir la acometida de fibra en el domicilio del cliente) pueden no ser razonables en las condiciones estándar reguladas por esta oferta”.*

Las situaciones y zonas en las que pueden plantearse la condición de alto coste ha sido objeto de posteriores análisis por parte de la CMT, a instancia de la propia Telefónica, en los que se ha procedido a confirmar lo establecido al respecto en la ORLA 2007. Así, en la Resolución, de 7 de diciembre de 2010, relativa a la

modificación de la ORLA de Telefónica (MTZ 2009/2042), dicha Comisión indicó lo siguiente⁵:

“(…), puesto que la obligación de transparencia impuesta a Telefónica hace referencia expresa a la ORLA para las líneas Ethernet, conviene aclarar que, como se vio en la anterior revisión de la ORLA y dada la situación en el mercado minorista, Telefónica sólo podrá repercutir circuitos de alto coste en las líneas prestadas en cobertura B.

En cuanto a las causas que pueden motivar la calificación de un circuito como de alto coste, se considera que la única causa que debe figurar en la ORLA como posible causante de alto coste es la necesidad de realizar una inversión considerable para construir la acometida de fibra en el domicilio del cliente.

En particular, no debe incluirse en la ORLA la posibilidad de que un circuito sea de alto coste por la dedicación de fibras inter-centrales de la red de transporte nacional, pues la fibra dedicada es una característica intrínseca del servicio mayorista Ethernet (cabe recordar que el servicio fue propuesto y definido por Telefónica) y no una circunstancia excepcional que justifique un alto coste.

En este sentido, la petición de Telefónica con respecto a esta cuestión no es coherente con su posición sobre el servicio E-Line⁶, pues si realmente la dedicación de fibras inter-centrales le supone una inversión de alto coste, Telefónica debería ser la primera interesada en evolucionar el servicio Ethernet hacia la tecnología E-Line, dónde el servicio no necesita ser provisto a través de fibras dedicadas”.

Además, cabe mencionar la Resolución por la que se resolvieron los recursos de reposición interpuestos por Telefónica y France Telecom España, S.A.U⁷ contra la citada Resolución de 7 de diciembre de 2010 (AJ 2011/13), donde la CMT volvió a abordar la cuestión relativa a la posible existencia de circuitos de alto coste en zona A, ante la reiteración de los argumentos de Telefónica sobre esta cuestión:

“Según TESAU, la Resolución solo considera para alto coste las zonas de cobertura de tipo B, al contrario de lo pretendido por la entidad recurrente que señala que los circuitos de alto coste pueden plantearse tanto en la zona de cobertura A como en zonas de cobertura B. En consecuencia, TESAU considera totalmente justificado y probable que puedan darse situaciones de alto coste tanto en zona A como en zona B, sin que ello implique contradicción alguna con el principio de transparencia”.

A este respecto, se acordó que:

“Las alegaciones de TESAU son una reiteración de las ya presentadas en el expediente cuya resolución se recurre, dónde están debidamente contestadas⁸. Sólo cabe añadir que fue la propia TESAU quien comunicó a esta Comisión, en la primera revisión de la ORLA, dónde se definió el servicio Ethernet, las características de las centrales situadas en zona de cobertura A y B, y una de las características de las zonas cubiertas en zona A es que su despliegue de red era tal que hacía altamente improbable un alto coste.

⁵ Página 16 de la Resolución de 7 de diciembre de 2010.

⁶ Los servicios E-Line son conexiones Ethernet punto a punto prestadas sobre una red Ethernet de nivel 2. Este tipo de servicio tiene la ventaja de permitir emular conexiones dedicadas, con las mismas garantías de calidad que las líneas alquiladas tradicionales, sobre una red Ethernet de nivel 2 compartida.

⁷ Actualmente, su denominación social es Orange Espagne, S.A.U.

⁸ Página 95, apartado 1.5 del Anexo 2

De hecho, si ahora se permitieran los circuitos de alto coste también en zona A, la diferencia entre zona de cobertura A y B dejaría de tener sentido.”

En consecuencia, de conformidad con lo establecido expresamente en reiteradas ocasiones por la CMT, desde el año 2007, y lo regulado en la ORLA:

- A) Telefónica sólo puede repercutir alto coste sobre los circuitos asociados a centrales de cobertura (zona) B.
- B) La única causa regulada que justifica el alto coste en la provisión de un circuito es la necesidad de realizar una inversión considerable para construir la acometida de fibra en el domicilio del cliente.

1.3 Plazos, precios e información a cumplir y aportar por Telefónica en las situaciones de alto coste

Una vez examinadas la zona y las condiciones bajo las cuales se pueden repercutir altos costes a los operadores peticionarios de circuitos Ethernet, procede analizar las obligaciones impuestas a Telefónica en relación con los plazos de notificación de altos costes, la valoración de éstos y la información a aportar al operador peticionario sobre las actuaciones justificativas de los altos costes.

A este respecto, la ORLA 2010 establece lo siguiente:

“Para tratar este tipo de solicitudes, Telefónica y Operador se ajustarán a los siguientes principios:

- *Telefónica será transparente en el proceso de provisión de los accesos mayoristas, lo que significa que es su obligación informar a Operador con diligencia y detalladamente sobre la existencia de circunstancias especiales que afecten a una solicitud determinada.*
- *En el plazo máximo de 15 días naturales desde la solicitud del circuito, Telefónica deberá comunicar si el circuito es de “alto coste”, el importe del mismo y la fecha vinculante de entrega, sin perjuicio del resultado final de la negociación posterior con Operador.*
- *Telefónica deberá aportar información suficientemente desglosada de las actuaciones a realizar y el precio de las mismas que permita valorar al operador su razonabilidad*
- *Asimismo, siempre que las actuaciones que justifican el alto coste tengan relación con algún otro servicio regulado por la CMT (uso de canalizaciones, tendido de fibra, cableados, etcétera), para determinar el importe extra a repercutir, Telefónica deberá utilizar siempre que sea posible los precios regulados que por analogía sean de aplicación.*
- *Si Telefónica cumple con lo establecido en el punto anterior, Operador se mostrará dispuesto a negociar las condiciones específicas de estos accesos.*
- *Telefónica y Operador deben negociar de buena fe las condiciones de prestación de este servicio antes de acudir a la CMT, lo que debe ser considerado como una solución de último recurso. En este sentido, cualquier solicitud de alto coste notificada a la CMT deberá incorporar una descripción del proceso de negociación seguido antes de acudir a la CMT, y las causas concretas del desacuerdo entre las partes.”*

En definitiva, se establece un plazo máximo de quince días para notificar si el circuito solicitado por el operador es de alto coste, su importe y la fecha vinculante de entrega. Asimismo, en dicha comunicación, Telefónica debe aportar información con un detalle suficientemente desglosado para que el peticionario pueda evaluar su razonabilidad.

1.4 Cláusulas de permanencia

Tras el análisis de los circuitos objeto de conflicto comunicados por ambos operadores, se ha comprobado que, para **[Confidencial:]** de los circuitos cuya causa de alto coste alegada por Telefónica ha sido la falta de fibra o capacidad de transmisión inter-central, este operador ha establecido a BT condiciones de permanencia en la contratación de los circuitos, habiendo sido aceptados por BT para **[Confidencial:]** de estos circuitos.

A este respecto, se señala que la ORLA no regula la posibilidad de establecer cláusulas de permanencia para la contratación de ningún tipo de circuito. Esta cuestión fue tratada de manera explícita en la Resolución, de 18 de julio de 2013, por la que se aprobó la revisión de precios de la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas de Telefónica (AEM 2013/237). Así, en respuesta a la propuesta de Telefónica de permitir el establecimiento de un compromiso mínimo de permanencia de dos años para los circuitos ORLA, estableciéndose penalizaciones de un 15% de las cuotas restantes hasta completar el plazo de 2 años, si el operador no cumpliera el periodo de permanencia en la contratación de los circuitos, la CMT consideró que:

“En primer lugar, cabe señalar que los precios de la cuota de alta y de la cuota mensual de las líneas tradicionales están orientados a costes, mientras que las líneas Ethernet se calculan mediante retail minus. Por tanto, si el operador da de baja el circuito poco después de la solicitud, Telefónica habrá percibido una cuota de alta y las cuotas mensuales que correspondan. En promedio, el alta habrá cubierto los costes de instalación del circuito y las cuotas mensuales los costes de operación y mantenimiento del mismo. Por tanto, en promedio, Telefónica recuperará los costes incurridos aunque el cliente solicite la baja del circuito en poco tiempo.

En segundo lugar, el operador usuario de la ORLA no tiene ningún incentivo a dar de baja el circuito mayorista, pues eso significa que ha perdido el cliente final. En la mayoría de los casos, el operador solicita la baja del circuito mayorista porque el cliente final ha decidido contratar sus servicios a otro operador. Debido a que Telefónica es el operador con mayor cuota en el mercado minorista, el cliente final se habrá migrado a Telefónica en la misma proporción que su cuota de mercado. En estos casos, Telefónica no sufre perjuicio, pues puede reutilizar la infraestructura construida para el operador mayorista para prestar servicios de forma directa al cliente final y recibe unos ingresos superiores a los que percibía en el mayorista.

Por tanto, se desestima la petición de Telefónica.”

En definitiva, la ORLA no reconoce el derecho de Telefónica para imponer cláusulas de permanencia en la contratación de circuitos considerados como estándar, y no sujetos, por tanto, a condiciones de alto coste.

Por lo que respecta a los circuitos de alto coste, en la ORLA tampoco se establece la posibilidad para Telefónica de aplicar cláusulas de permanencia en su contratación. Por tanto, no es ajustado a la ORLA condicionar la entrega del circuito a la

aceptación de una cláusula de permanencia que suponga un compromiso añadido del operador contratante del circuito de alto coste.

No obstante lo anterior, cabe indicar que, dado que las condiciones de provisión de los circuitos de alto coste están sometidas a negociación de buena fe entre los operadores, nada impide que, en el seno de dicha negociación, Telefónica pueda proponer la aplicación de cláusulas de permanencia como una alternativa asociada a una reducción o, incluso, eliminación del sobrecoste del circuito, y que esta cláusula pueda ser aceptada por el operador solicitante del circuito como parte de las condiciones especiales para su provisión.

1.5 Resumen del marco regulatorio de los circuitos de alto coste

- 1) Telefónica sólo puede repercutir alto coste sobre los circuitos asociados a centrales de cobertura B.
- 2) La única causa que se contempla para plantear situaciones de alto coste es la necesidad de realizar una inversión considerable para construir la acometida de fibra en el domicilio del cliente.
- 3) En el plazo máximo de 15 días naturales desde que el operador solicita el circuito, Telefónica deberá comunicar si el circuito es de alto coste, el importe del mismo y la fecha vinculante de entrega, sin perjuicio del resultado final al que pueda llegarse tras la negociación posterior con el operador.
- 4) Telefónica debe aportar información suficientemente desglosada de las actuaciones a realizar y del precio de las mismas, de modo que permita valorar al operador su razonabilidad.
- 5) La ORLA no reconoce el derecho de Telefónica a exigir a los operadores cláusulas de permanencia para la provisión de ningún circuito, sea estándar o de alto coste.

SEGUNDO.- Análisis de situaciones de alto coste en zona A

BT considera que Telefónica incumple de manera sistemática la ORLA, al aplicarle y cobrarle circuitos Ethernet de alto coste en zona A. De acuerdo con los datos aportados por ambas operadoras sobre los circuitos solicitados por BT, en el periodo contemplado desde octubre de 2010 hasta noviembre de 2013, Telefónica ha notificado un total de **[Confidencial:]** circuitos Ethernet de alto coste en zona A, habiendo sido aceptados por BT un total de **[Confidencial:]** circuitos.

El sobrecoste notificado por Telefónica por falta de acometida en zona A variaba entre **[Confidencial]** y **[Confidencial]** siendo el valor medio de **[Confidencial]**.

Los motivos argumentados por Telefónica para aplicar altos costes a circuitos en zona A han sido dos: falta de acometida en dependencias de cliente y/o falta de fibra o capacidad de transmisión inter-central. En la siguiente tabla se muestra el número de circuitos de alto coste notificados de acuerdo a cada una de estas casuísticas:

Tabla 1: Resumen de número de circuitos de alto coste en zona A

[Confidencial]

Fin Confidencial]

Telefónica reconoce que aplica altos costes en zona A, justificando dicho comportamiento en los siguientes motivos:

1. En lo que respecta a altos costes motivados por falta de acometida de cliente, Telefónica indica que no se trataban de solicitudes razonables por ser necesaria una inversión considerable en obra civil. Asimismo, esta operadora manifiesta que la imposibilidad de imponer sobrecostes en zona A por acometidas de clientes supone eliminar, casi al completo, el derecho a trasladar sobrecostes en el servicio ORLA-E.

Telefónica indica en sus alegaciones que, en cualquier caso, siempre ante la inexistencia de infraestructura de acometida a cliente, asume un importe mínimo sin repercutir cantidad alguna al operador, entendiéndose que toda necesidad de inversión superior a este importe no es razonable:

“[Confidencial: Fin Confidencial]”

Por otra parte, Telefónica recuerda que el número de centrales ubicadas en zona A ha crecido enormemente desde el año 2010 (350 centrales inicialmente en zona A) hasta el momento (1600 centrales en la fecha de envío de su escrito de alegaciones). Según esta operadora, esto ha supuesto que *“lo que en su momento se pensó razonable para un área pequeña (número de centrales) y, principalmente, situada en entornos con medios suficientes (transmisión, equipamiento, fibras, etc.), no lo sería tanto cuando el área y número de centrales crece mucho, y, sobre todo, la huella se extiende hasta lugares donde no existen medios suficientes, principalmente en lo relativo a acometidas”*. Por este motivo, Telefónica requiere a la CNMC que tenga en cuenta las consecuencias de esta variación de cobertura en lo que respecta a la posibilidad de existencia de clientes de los operadores en puntos donde no hay abundancia de infraestructuras y actualice la ORLA en consecuencia.

Asimismo, Telefónica considera que la obligatoriedad de construir nuevas infraestructuras de acometida para proporcionar al operador el servicio mayorista es una anomalía, ya que en ninguna otra oferta existe esta obligación: ni en la OBA, ni en el NEBA ni en la MARCo se obliga a Telefónica a construir infraestructura a petición de los operadores y, menos, sin recuperar los costes. Esta operadora hace referencia a la Resolución de 12 de febrero de 2009 (MTZ 2008/9659) en la que, en relación con las verticales de fibra, se reconoció que los

⁹ Resolución del 12 de febrero de 2009 por la que se aprueba la imposición de obligaciones simétricas de acceso a los operadores de comunicaciones electrónicas en relación con las redes de fibra de su titularidad que desplieguen en el interior de los edificios.

precios razonables a establecer deberán considerar todos los costes soportados y que éstos no deben suponerle nunca una desventaja competitiva. Telefónica añade que, en el caso de la ORLA, imponerle la obligación de asumir los costes de estas solicitudes denominadas de alto coste, en modo alguno preserva o promueve un mayor grado de competencia en el sector y que ante la inexistencia de una infraestructura de acceso ambos operadores se encuentran en igualdad de condiciones para construirla.

Esta operadora también plantea que, en ocasiones, debido a la ubicación del PdC (punto de conexión) del operador en el que se solicita la entrega del servicio, Telefónica tiene que asumir sobrecostes que derivan, exclusivamente, de la libre elección del operador de la central frontera con la que interconecta su red. Asimismo, esta operadora alega que se producen solicitudes de circuitos que es posible provisionar con medios de fibra óptica en uno de los accesos del cliente (sede), sin embargo, la solicitud del operador exige la entrega del circuito en un edificio diferente al que tiene acceso Telefónica con dicha fibra óptica.

2. En lo que respecta a los altos costes motivados por falta de fibra/capacidad de transmisión entre centrales, Telefónica manifiesta que al no disponer de medios para alquilar el circuito según la modalidad solicitada, siempre ha ofrecido una solución basada en red de transporte, similar a la empleada en la provisión de los circuitos tradicionales del servicio regulado ORLA-T, aplicando los precios del servicio regulado ORLA-T, que son revisados periódicamente por este Organismo.

Telefónica considera que la pretensión planteada por BT, de que no le sean aplicados a los circuitos altos costes por falta de fibra inter-central, traslada a Telefónica la obligación de soportar elevadas inversiones que no tienen justificación desde la lógica económica, basándose en los mismos razonamientos que incluye para la falta de acometida.

Esta Comisión considera que, en una parte importante de sus alegaciones, Telefónica reitera los argumentos presentados en los procedimientos de revisión de la ORLA ya citados. En concreto, tal y como ya se ha indicado al detallar el marco regulatorio aplicable a los circuitos de alto coste, en la Resolución de 7 de diciembre de 2010 (MTZ 2009/2042) se recordó a Telefónica que “(...) sólo podrá repercutir circuitos de alto coste en las líneas prestadas en cobertura B.”

Respecto a las alegaciones relativas al traslado a Telefónica de la supuesta obligación de BT de desplegar acometidas a domicilios de los clientes no preexistentes en circuitos de zona A, en la ORLA se considera dicha acometida de cliente, cuando la central se encuentra en esta zona, como parte del servicio mayorista que debe proporcionar Telefónica. En consecuencia, su despliegue no puede suponer un traslado de dichos costes al peticionario, ya que de conformidad con lo dispuesto en la ORLA, los citados costes han de ser asumidos por Telefónica.

Sobre la comparación que Telefónica plantea en relación con la ausencia de obligación regulatoria para Telefónica en la OBA, el NEBA y la MARCo de construir infraestructura ante peticiones de clientes, es conveniente recordar que las condiciones de competencia en el mercado minorista y las características de los

servicios de líneas alquiladas a clientes finales (empresas) hacen que la regulación establecida en la ORLA sea distinta a la establecida para los servicios mayoristas que Telefónica utiliza como referencia.

Así, en el mercado minorista de líneas alquiladas, donde los clientes son empresariales, normalmente con distintas sedes, Telefónica es el operador con mayor cuota en términos de líneas¹⁰.

Para la prestación de sus servicios minoristas la propia Telefónica ha de realizar despliegues de acometida necesarios ante solicitudes de servicio de sus clientes empresariales. Pues bien, para poder competir con Telefónica en este mercado, los operadores alternativos que hacen uso de los servicios mayoristas también necesitan disponer de acometida de acceso para dar servicio a sus clientes, por lo que esta infraestructura debe ser desplegada por Telefónica en condiciones similares a como lo hace con sus propios clientes ante una petición de servicio.

Ha de recordarse que la acometida de acceso que construya Telefónica en el domicilio del cliente del operador que lo solicita será de su propiedad y se conectará directamente a su propia red, por lo que si en un futuro el operador diera de baja el circuito, por dejar de prestar sus servicios al cliente para el cual lo solicitó, Telefónica podrá utilizar la infraestructura desplegada para hacerse de nuevo con el cliente. Por ello, carece de sentido requerir que sean los operadores solicitantes del servicio ORLA los que hagan el despliegue de un tramo de red de acceso, totalmente aislado, sin solución de continuidad y que no tiene conexión alguna con su red ni puede ser reutilizado.

La decisión regulatoria tomada en su momento de no permitir la repercusión de un coste adicional a los circuitos en zona A se basó en el establecimiento de un punto de equilibrio entre el derecho de Telefónica a repercutir las inversiones excepcionales que deba acometer para prestar el servicio mayorista, y el derecho de los operadores a que se le apliquen las condiciones ORLA en la mayoría de los casos.

En cualquier caso, la imposibilidad de cobrar altos costes en centrales en zona A no supone que Telefónica deje de recuperar las inversiones realizadas. Dichos costes forman parte del coste total del servicio, que pueden ser recuperados por el conjunto de ingresos derivados del servicio mayorista. Los precios del servicio ORLA-E, definidos aplicando una metodología *Retail-Minus*, son suficientes para recuperar el conjunto de los costes del servicio, incluyendo dichas inversiones¹¹.

Sobre los argumentos de Telefónica en lo que respecta a la evolución de la zona A hacia un mayor número de centrales ubicadas en esta zona y una mayor casuística de falta de acometida al cliente, los datos aportados no permiten inferir que la falta

¹⁰ De conformidad con la última revisión del mercado 6 de líneas alquiladas terminales, la cuota de Telefónica en el mercado minorista de servicios Ethernet, en términos de ingresos, fue del 76% en 2012.

¹¹ De acuerdo a los datos auditados para 2012, para los servicios minoristas de Ethernet (10 y 100 Mbps) Telefónica obtuvo un margen de beneficio respecto a los costes de un **[Confidencial: %]**, siendo el margen en el nivel mayorista de **[Confidencial: %]**.

de disponibilidad de acometida haya dejado de ser altamente improbable, sino lo contrario, que esta casuística sigue teniendo una muy baja incidencia.

De acuerdo con los datos proporcionados por Telefónica, el porcentaje total de circuitos de alto coste motivados por falta de acometida en zona A, en todo el periodo considerado (de octubre de 2010 a noviembre de 2013) es muy bajo (**[Confidencial:]**). Además, las situaciones de falta de acometida no están concentradas principalmente en los últimos meses ni en el último año.

Respecto a la posibilidad de existencia de un número mayor de clientes de los operadores en puntos donde no hay abundancia de infraestructuras de Telefónica para nuevas centrales incorporadas en zona A, no se dispone de evidencia al respecto y es de suponer, en principio, que la mayoría de clientes empresariales sigan estando concentrados en zonas con mayor disponibilidad de infraestructura de acceso. Además, debe tenerse en cuenta que Telefónica está realizando despliegues masivos de FTTH, que en principio deberían suponer un aumento de la disponibilidad de fibra en el acceso.

Por último, en lo que respecta a las alegaciones relativas a peticiones de circuitos para los que existe acometida de cliente con extremos distintos a los de la acometida existente (por ejemplo, cuando el cliente final requiere el circuito en un edificio distinto dentro de la misma ubicación), no parece que éste sea el caso de las peticiones de circuitos realizadas por BT.

Por tanto, teniendo en cuenta los razonamientos expuestos, se desestiman las alegaciones de Telefónica, considerándose que no existen motivos suficientes para plantear situaciones de alto coste en centrales ubicadas en zona A y confirmándose que Telefónica sólo podrá repercutir circuitos de alto coste en las líneas prestadas en cobertura B.

En lo que respecta a los circuitos en zona A ya proporcionados a BT desde octubre de 2010, donde se hayan notificado irregularmente situaciones de alto coste, BT tiene derecho a reclamar a Telefónica la diferencia entre el precio aplicado debido a la situación de alto coste y el precio regulado en la ORLA.

TERCERO.- Análisis de las situaciones de alto coste en zona B por falta medios entre centrales

Si bien las centrales en zona B son precisamente aquellas en las que es posible la existencia de circuitos Ethernet de alto coste, ello solo estaría justificado cuando para su provisión se requiera incurrir una inversión considerable para construir una acometida de fibra óptica hasta el domicilio del cliente.

Sin embargo, Telefónica señala que debe tenerse en consideración que, en ocasiones, se encuentra con la imposibilidad de atender las solicitudes de provisión de línea alquilada Ethernet, en las condiciones establecidas regulatoriamente, por no disponer de medios suficientes entre las centrales, esto es, mediante fibra dedicada y con conversores de medios en cada extremo. Según Telefónica, los servicios ORLA-E influyen de forma importante sobre la cantidad de infraestructuras de fibras disponibles al hacer un uso muy intensivo de medios, puesto que se requiere una fibra dedicada para cada conexión de cliente.

Asimismo, Telefónica alega que, cuando no ha sido posible poner sus infraestructuras a disposición de BT en las condiciones reguladas en la ORLA-E, siempre le ha ofrecido una solución alternativa sobre el uso de la red de transporte tradicional y, por tanto, en base a los precios y condiciones reguladas en la ORLA-T.

Como ya se ha apuntado, la posible declaración de un alto coste por falta de fibras entre centrales, se abordó en el procedimiento de aprobación de la ORLA 2010 (MTZ 2009/2042). En este procedimiento se determinó, conforme con lo establecido en la ORLA 2007, la no posibilidad de repercutir sobrecostes al operador peticionario por este motivo. Además, la misma decisión fue ratificada por la CMT en su última Resolución de modificación de los precios de la oferta de referencia de líneas alquiladas (ORLA), de 18 de julio de 2013 (AEM 2013/237).

En estos expedientes se explicó que no debía incluirse en la ORLA la posibilidad de alto coste por la dedicación de fibras inter-centrales de la red de transporte nacional, pues la fibra dedicada era una característica intrínseca del servicio mayorista Ethernet (cabe recordar que el servicio fue propuesto y definido por Telefónica) y no una circunstancia excepcional que justificara un alto coste.

En cualquier caso, de lo anterior tampoco debe desprenderse que actualmente la utilización de fibra dedicada específica para cada solicitud de circuito sea la única solución posible para proveer los servicios ORLA-E. Así, a propuesta de Telefónica, en el proceso de definición de los servicios ORLA-E¹², se estableció que dicha oferta debía ser de nivel 1 y no de nivel 2, es decir, que para su prestación no debían utilizarse equipos de red de conmutación de paquetes sino solo equipos de transmisión de nivel físico.

Ello implica soluciones de fibra óptica dedicada, pero también el uso de otras tecnologías como podía ser EoSDH o xWDM, según su disponibilidad, en contraposición con un servicio de nivel 2 y nivel 3, que estaría soportado sobre una red de conmutadores Ethernet o MPLS/IP.

Por tanto, la opción de utilizar fibra dedicada no puede convertirse en un motivo para justificar la falta de medios entre centrales así como la aplicación de un alto coste, cuando Telefónica tiene otras opciones tecnológicas para implementar el servicio de nivel 1. Si en una central pueden solicitarse servicios ORLA, Telefónica ha de poner los medios necesarios para que la información transmitida a través de los circuitos mayoristas requeridos pueda ser cursada hacia otras centrales, de acuerdo con las condiciones reguladas.

En conclusión, el transporte de los servicios ORLA-E entre las centrales de Telefónica no es motivo de alto coste. Sin embargo, de acuerdo con los datos aportados por BT, en el periodo contemplado (desde octubre de 2010 hasta noviembre de 2013), Telefónica ha notificado un total de **[Confidencial:]** circuitos Ethernet de alto coste, con independencia de que estuvieran asociados a centrales en zona A o zona B, de los que **[Confidencial:]** fueron justificados por falta de medios inter-central.

¹² En el seno de aprobación de la ORLA 2007.

De estos [Confidencial:] circuitos, [Confidencial:] estaban ubicados en zona B, siendo la falta de medios inter-central, el único motivo alegado para aplicar alto coste en [Confidencial:] de ellos, y la falta de acometida combinada con la falta de medios inter-central el motivo de alto coste en el resto ([Confidencial:] circuitos). Tal como se indica en la siguiente tabla resumen, de todos los circuitos notificados como alto coste en zona B debido a la falta de medios inter-central, BT aceptó [Confidencial:] de ellos, correspondiendo [Confidencial:] exclusivamente a falta de medios inter-central y [Confidencial:] a falta de medios inter-central y falta de acometida combinadas.

Tabla 2: Resumen de número de circuitos de alto coste en zona B motivados por falta de medios inter-central

[Confidencial]

Fin Confidencial]

Por consiguiente, Telefónica no ha seguido las indicaciones establecidas en la ORLA 2007 y 2010 para la provisión de los circuitos Ethernet, ya que no puede repercutir altos costes por falta de medios inter-central. Por ello, se considera que, por lo que respecta a los circuitos ya proporcionados a BT desde octubre de 2010 con situación de alto coste, debido a la indisponibilidad de medios inter-central, BT tiene derecho a reclamar a Telefónica la diferencia entre el precio aplicado debido a la situación de alto coste y el precio regulado en la ORLA.

CUARTO.- Plazos para la notificación del alto coste de los circuitos solicitados

BT alega que Telefónica le ha estado notificando la condición de alto coste de los circuitos Ethernet solicitados en plazos superiores a 15 días, dejando a BT en una situación de indefensión, ya que ello le impide poder gestionar la prestación de sus servicios con los clientes adecuadamente y/o plantearse soluciones alternativas como solicitar el circuito a otro operador.

En relación con esta cuestión, Telefónica manifiesta que *“En cuanto a la demora en los comunicación de los sobrecostes al operador, hay que decir que éstos se trasladan en cuanto son detectados y se ha estudiado la posibilidad de dar una alternativa al operador. (...) en muchos casos la complejidad de la provisión es elevada, no contando con encontrar problemas de indisponibilidad de medios o sobrecostes en acometida en los primeros estadios de la provisión; y solo avanzados los trabajos para la provisión del circuito se confirma la invalidez de la solución inicialmente planificada”*.

Asimismo, Telefónica recuerda en sus alegaciones que ya indicó a la CMT que consideraba que el plazo máximo de notificación de situaciones de alto coste era insuficiente, solicitando que se estableciera un plazo de comunicación vinculante de al menos 20 días, que era la media de los plazos manejados en aquella ocasión. Finalmente, la CMT estableció un plazo de 15 días, en la Resolución, de 7 de diciembre de 2010, relativa a la modificación de la ORLA (MTZ 2009/2042). Telefónica manifiesta que queda patente que el plazo de 15 días sigue siendo

insuficiente, estando el plazo medio de notificación actual más cercano al plazo que Telefónica solicitó en su día en el seno de la citada revisión de la ORLA

Tal como se ha visto anteriormente, los circuitos en zona A no pueden ser calificados como de alto coste. Siguiendo lo dispuesto en el apartado 4 de la ORLA, Telefónica debería haber aportado una primera estimación de la fecha de entrega del servicio en el momento de aceptar la solicitud del operador. La fecha de entrega vinculante ha de proporcionarla Telefónica en el plazo de 15 días naturales para circuitos Ethernet de 10, 100 y 1000 Mbit/s. En caso de que se supere dicho plazo, sin que Telefónica proporcione dicha fecha vinculante al operador, se entiende que el plazo de entrega será el inicialmente comunicado por Telefónica o, en su defecto, el plazo estándar regulado para cada circuito en el acuerdo de nivel de servicio, es decir, 60 días para los circuitos Ethernet.

En relación con los circuitos ubicados en centrales de zona B calificados de alto coste por falta de acometida, el plazo máximo establecido para que Telefónica comunique al operador si el circuito es de alto coste, el importe de éste y la fecha vinculante de entrega, es de 15 días naturales a contar desde la solicitud del circuito por el operador peticionario.

Analizado los listados de circuitos aportados por ambos operadores sobre los circuitos solicitados por BT, entre octubre de 2010 y noviembre de 2013, ya estén asociados a centrales de zona A o B, se observa que en un **[Confidencial:]** de los circuitos Telefónica informó sobre el alto coste más tarde de los 15 días naturales. La media de días de comunicación es de **[Confidencial:]** días, es decir, casi el doble del plazo regulado. En la siguiente tabla se suministran los datos detallados del número de circuitos para cada zona en que se ha superado el plazo de notificación de 15 días, así como el tiempo medio de notificación, desglosado por zonas.

Tabla 3: Resumen plazos notificación alto coste por zona de la central

[Confidencial]

Fin confidencial]

Ninguno de dichos plazos se considera justificable, ya que en ambos supuestos el plazo regulado para comunicar la fecha vinculante a efectos de entrega de los circuitos es de 15 días desde que lo solicita el cliente, al tratarse de circuitos Ethernet localizados en centrales de zona A. Pero es menos aceptable, si cabe, teniendo en cuenta que los citados retrasos en la comunicación sobre la provisión del servicios, en relación con los circuitos que se encuentran en centrales de zona A, ha sido como consecuencia de la calificación de alto coste que les ha atribuido Telefónica, a pesar de conocer que sobre los circuitos en zona A no es posible aplicar alto coste.

Asimismo, el citado retraso tampoco es posible justificarlo en el caso de falta de fibras inter-centrales en zona B, donde Telefónica debe analizar cómo solucionar

esta carencia de infraestructura, ya que dicha infraestructura de red depende de la propia Telefónica y su escasez o carencia es más fácilmente detectable y gestionable por ella

En cuanto al citado plazo medio para la notificación del alto coste de los circuitos solicitados en zona B, éste ha sido de casi **[Confidencial:]** días, **[Confidencial:]** días por encima del plazo establecido en la ORLA.

Telefónica se sirve de los plazos medios de provisión para intentar justificar la necesidad de extender el plazo de 15 días regulado. Sin embargo, aun aplicando el plazo sugerido en su momento por Telefónica de 20 días, los citados tiempos medios de provisión son en todos los casos superiores a dicho plazo.

En respuesta a la supuesta motivación de retrasos en la notificación por problemas detectados en la provisión, no es posible aceptar que las incidencias en la fase de provisión sirvan para justificar el retraso en la comunicación inicial de alto coste, que ha de ser anterior al comienzo de las actuaciones necesarias para la efectiva provisión del circuito.

No hay que obviar que detrás de cada petición de BT existe el compromiso con un cliente (empresa o institución), por lo que los retrasos de Telefónica en comunicar la fecha de entrega del servicio pueden provocar la pérdida del citado cliente y la posibilidad de que el mismo sea captado por otro operador, incluido Telefónica, lo que impacta directamente en la imagen de BT como compañía y, por ende, en su capacidad de competir en el mercado de empresas.

Por todo ello, no se estiman las alegaciones de Telefónica a este respecto.

En sus alegaciones BT propone el establecimiento de penalizaciones en caso de retraso o incumplimiento injustificado del plazo de comunicación del alto coste por parte de Telefónica. Dichas penalizaciones no están contempladas en la ORLA en vigor, por lo que en el seno del expediente abierto para proceder a la modificación de la ORLA (MTZ 2014/1114) se analizará la razonabilidad de esta propuesta de BT.

QUINTO.- Información justificativa del alto coste a aportar por Telefónica

Cuando Telefónica notifica una situación de un circuito de alto coste, de acuerdo con la ORLA, “(...) *deberá aportar información suficientemente desglosada de las actuaciones a realizar y el precio de las mismas que permita valorar al operador su razonabilidad*”¹³.

BT señala que Telefónica incumple dichas directrices pues solo explica en una línea los motivos que justifican el alto coste y no suministra información relativa a los elementos de costes tenidos en cuenta a la hora de fijar el precio, limitándose a indicar el precio final del alto coste. Según BT, teniendo en cuenta lo señalado actualmente en la ORLA, donde el único motivo por el que es posible aplicar un alto coste es por la falta de acometida de fibra hasta las dependencias del cliente,

¹³ Página 17, Resolución relativa a la modificación de la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas de Telefónica de España, S.A.U. (MTZ 2009/2042).

Telefónica debería siempre poder realizar un desglose de los precios en base a servicios ya regulados, como son el uso de canalizaciones, el tendido de fibra y el correspondiente cableado.

BT solicita a la CNMC que regule los conceptos de costes que pueden estar involucrados en el despliegue de una nueva acometida de fibra hasta el cliente y los precios aplicables para dichas partidas.

En las respuestas de ambos operadores a los requerimientos de información, en los que se les solicitaba aportar la información proporcionada por Telefónica como justificación del alto coste, se observa una casuística muy variada. No obstante, la existencia de un alto coste por falta de acometida de fibra hasta el cliente es justificada por Telefónica, en la mayoría de casos, de modo escueto a través de frases como: *“Nuevo tendido de fibra óptica en acometida necesario para acceder a cliente de operador desde salida de la central. TOTAL: (...) €”* o, únicamente, *“Sobrecostes acometida cliente: (...) €”*, limitándose por tanto a indicar el precio final sin suministrar el desglose del sobrecoste, en contra de lo establecido en la ORLA en la que se requiere que se aporte información suficientemente desglosada.

Por otra parte, existen algunos casos en los que Telefónica aporta más información. Es necesario analizar si dicha información puede ser considerada como suficiente para que al operador pueda valorar el sobrecoste propuesto por Telefónica.

A este respecto, cabe tener en cuenta que, si bien las actuaciones y trabajos necesarios para la provisión del circuito pueden ser de diferente índole, la justificación de éstos debe permitir al operador solicitante evaluar los costes propuestos por Telefónica así como su razonabilidad. Por este motivo, es necesario que Telefónica detalle las tareas necesarias a desarrollar (desplegar fibra por conductos/subconductos existentes, necesidad de construcción nuevas canalizaciones involucrando obra civil, despliegue aéreo por postes existentes o por tendido aéreo, con construcción de nueva infraestructura con postes o despliegue por fachadas de edificios, etc.) y a continuación, para cada tarea, la distancia pendiente de tendido que debe desplegarse para la provisión del circuito.

Por ejemplo, alguna de las justificaciones dadas por Telefónica sobre el alto coste indica: *“Sobrecoste en acometida de cliente necesario para acceder a cliente de operador desde salida de central que le da cobertura. Debido a denegación de los permisos particulares necesarios para la instalación de cable en fachada de vivienda, es necesaria la construcción de una nueva canalización, incluyendo el fresado, requerida por el Ayuntamiento de (...). TOTAL: (...) €”*.

En este caso, esta Comisión considera que sí se aporta alguna información sobre la necesidad de desplegar una nueva fibra desde la central hasta el cliente así como construir una nueva canalización. No obstante, ello no es suficiente para que un operador pueda valorar el coste. Para ello es necesario aportar al menos qué longitud del tendido de nueva fibra transcurrirá por la canalización existente, y la distancia aproximada que debe cubrir la nueva canalización a construir.

Como modelo de información aportada que podría ser valorada como suficientemente detallada, para que el operador pueda valorar la oferta de Telefónica, sería la siguiente aportada para uno de los circuitos: *“...el circuito del*

asunto de referencia se ve afectado por un alto coste debido a la necesidad de instalar 280m de canalización y 8 postes, así como el tendido de 850m cable FO entre canalizado y aéreo. El coste estimado es de (...) EUR.”

Teniendo en cuenta únicamente los casos en los que la falta de acometida hasta el usuario final es citado por Telefónica como motivo para justificar el alto coste del circuito, de los **[Confidencial:]** circuitos que aparecen en las respuestas dadas, tanto por Telefónica como por BT, a los requerimientos de información realizados durante la instrucción de este expediente, se contabiliza que en **[Confidencial:]** circuitos la justificación del alto coste no aporta información alguna que permita a BT valorar la razonabilidad del precio. En conclusión, en la mayoría de casos, no ha suministrado la información adecuada incumpliendo con las disposiciones establecidas en la ORLA sobre las condiciones de provisión de los circuitos de alto coste.

BT, en sus alegaciones hace hincapié en que, una vez se ha constatado que de forma generalizada Telefónica no suministra la información adecuada sobre la justificación de los altos costes, no es suficiente con un mero apercibimiento del incumplimiento para evitar que dicha situación vuelva a producirse. Por tanto, BT estima que deberían tomarse algunas medidas para evitar la repetición de esta situación como (i) impedir a Telefónica cobrar por alto coste si dicha información está ausente, (ii) especificar el detalle de los elementos de coste que se debe aportar y (iii) establecer que Telefónica debe utilizar, como referencia para fijar el sobre coste, los precios de aquellos elementos o actuaciones que ya estén regulados en otras ofertas de referencia como la OBA o la MARCO.

La primera propuesta de BT no parece proporcionada, ya que las potenciales deficiencias en la información remitida no suponen una ausencia de los altos costes. Es de interés recordar a BT que, si Telefónica no cumple con su obligación de suministrar información suficientemente desglosada, de modo que impida analizar si las actuaciones a realizar y el precio propuesto son adecuados no arbitrarios, el operador dentro de la negociación puede requerir dicha información, y en su defecto, acudir a este Organismo para que adopte las medidas que garanticen el cumplimiento de dicha obligación.

Por lo que respecta al resto de la propuesta de BT, la ORLA ya prevé que Telefónica debe aportar una información suficientemente desglosada y que para el cobro extraordinario de las actuaciones que tengan que acometer ha de utilizar los precios regulados que por analogía sean de aplicación, en su caso. A este efecto, además de desglosar claramente los diferentes elementos y actuaciones que determinen el alto coste, se deduce es necesario que figuren también las distancias de las diferentes actuaciones, para poder valorar así adecuadamente el precio propuesto

SEXTO.- Aplicación de cláusulas de permanencia en alto coste debido a la indisponibilidad de medios entre centrales

De acuerdo con la información aportada por Telefónica, en la práctica totalidad de los circuitos notificados a BT como de alto coste debido a la indisponibilidad de medios inter-central, se fijan cláusulas de permanencia que varían entre los 12 y 36 meses. En concreto, de un total de **[Confidencial:]** circuitos notificados como alto

coste por indisponibilidad de medios entre centrales, en **[Confidencial:]** de ellos Telefónica ha propuesto a BT la aplicación de cláusulas de permanencia como condición para la provisión del circuito.

Tal como se ha indicado al presentar el marco regulatorio, la ORLA no establece la posibilidad de imponer cláusulas de permanencia para la provisión de ningún tipo de circuito. Sin embargo, en el seno de este expediente se ha observado que Telefónica ha aplicado cláusulas de permanencia a BT sobre circuitos que no pueden ser catalogados de alto coste, por existir una indisponibilidad de medios entre centrales.

En las alegaciones al trámite de audiencia, Telefónica considera que, al prohibir cláusulas de permanencia, la CNMC viene a establecer condiciones de prestación de los servicios ORLA que no están recogidas en la oferta, lo cual supone una modificación de las mismas. De acuerdo con este planteamiento, Telefónica indica que *“si la CNMC pretende establecer unas condiciones de prestación relativas al servicio ORLA, prohibiendo la realización de actuaciones que hasta ahora no prohíbe la ORLA, debe hacerlo por medio de un expediente de modificación de la Oferta y no por medio de un conflicto entre operadores”*.

Esta Comisión no se opone al establecimiento negociado entre los operadores de cláusulas de permanencia cuando se produce una situación legítima de alto coste, como es el caso del despliegue de acometida a cliente en centrales de zona B. Eso sí, siempre que dicha condición se plantee como una alternativa para reducir el sobreprecio del circuito a repercutir al operador alternativo o, incluso, para eliminarlo.

Sin embargo, no aceptar la imposición de cláusulas de permanencia ante situaciones donde el cobro del alto coste no está justificado, por tratarse de la provisión de circuitos en condiciones reguladas bajo niveles de calidad (circuitos de centrales en zona A), o por no ser razonable la justificación del alto coste propuesto por Telefónica, no implica que a través de esta Resolución se esté modificando la ORLA.

Ello porque como bien conoce Telefónica, a diferencia de lo estipulado para otros servicios regulados, como en la provisión de interconexión por capacidad o la prestación del servicio de conexión a la red de Telefónica que se incluían en la OIR –donde la CMT aprobó expresamente periodos mínimos de contratación, dadas las especiales circunstancias de estos servicios–, la ORLA no recoge el derecho de Telefónica para imponer este tipo de cláusulas de permanencia a los operadores en las situaciones antes citadas, ni los operadores están sujetos a esta condición para la contratación de los circuitos solicitados.

En este sentido, cabe recordar que ya Telefónica solicitó a la CMT la inclusión de cláusulas de permanencia en la última modificación de la ORLA por la que se revisaron los precios regulados¹⁴, de modo similar a la interconexión por capacidad, y dicha petición le fue denegada.

¹⁴ Ver expediente AEM 2013/237, Resolución de 18 de julio de 2013.

Por tanto, sobre los circuitos ya proporcionados a BT objeto de este expediente, las cláusulas de permanencia establecidas deberán ser consideradas como no aplicables. Asimismo, se entiende que Telefónica no ha seguido las condiciones establecidas en la ORLA para la provisión de los circuitos Ethernet al imponer este tipo de cláusulas a BT.

SÉPTIMO.- Respuesta a las alegaciones de Telefónica sobre la regularización de los precios aplicados a BT por los circuitos Ethernet y la no aplicación de las cláusulas de permanencia

En su escrito de alegaciones al trámite de audiencia, Telefónica manifiesta que la CNMC carece de competencias para imponer la regularización del precio de los circuitos por tratarse de una cuestión que afecta a la esfera de los intereses privados de las partes, sin trascendencia en el interés público.

A este respecto, cabe indicar que es conocida la jurisprudencia¹⁵ que, de conformidad con la regulación sectorial, reconoce la existencia de ciertas prerrogativas a esta Comisión con la finalidad última de favorecer la competencia entre operadores. Entre estas prerrogativas se encuentra la de supervisar el comportamiento de los operadores en relación con el cumplimiento de sus obligaciones, garantizar el justo equilibrio contractual entre las partes y salvaguardar el acceso y la interconexión de las redes en condiciones no discriminatorias, transparentes y proporcionales en beneficio de todos los usuarios.

Por tanto, en base a la habilitación competencial para la resolución de conflictos entre operadores reconocida por la normativa sectorial y en ejercicio de las prerrogativas confirmadas por la jurisprudencia, esta Comisión está habilitada para conocer y resolver sobre las concretas condiciones contractuales aplicables por Telefónica a BT para la provisión de los circuitos Ethernet diferentes a las establecidas en la ORLA.

Telefónica continúa alegando que, hasta noviembre de 2012, BT estuvo aceptando el alto coste en el marco de una relación comercial acordada. Por ello, esta operadora considera que los circuitos contratados con anterioridad a esa fecha deben quedar al margen del objeto del presente expediente y no ser objeto de regularización.

Telefónica aporta algunos correos intercambiados con BT entre julio y noviembre de 2012. En ellos, si bien se observa que en noviembre de 2012 BT acepta el sobrecoste propuesto por Telefónica para la provisión del circuito, haciendo hincapié en que está disconforme y que lo hace porque le es urgente que se le provisione el circuito, cabe indicar que en dos correos consecutivos de julio de 2012, también BT expresó su conformidad con el sobrecoste y la aplicación de la cláusula de permanencia de 12 meses que le imponía Telefónica, justificado en el hecho de que

¹⁵ Entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo, de 1 de octubre de 2008 (RJ/2008/4601), de 18 de noviembre de 2008 (RJ/2008/5966) y de 24 de junio de 2009 (RJ 2009/4681).

ya había transcurrido el plazo de provisión regulado en la ORLA de 60 días y que le corría bastante urgencia su provisión.

A este respecto, en su escrito de alegaciones de fecha 23 de septiembre de 2014, BT manifiesta que no ha existido acuerdo alguno entre ambas empresas sobre la aplicación de dichos altos costes.

Esta Comisión entiende que los operadores tienen libertad de negociar con Telefónica y fijar condiciones diferentes a las establecidas en la ORLA, siempre que Telefónica cumpla todas las obligaciones establecidas en el mercado 6, pero, tal y como se ha señalado en la Resolución de 23 de octubre citada, no es posible aceptar que Telefónica llegase a un acuerdo en su momento con BT para la aplicación de dichas cláusulas de permanencia en los circuitos objeto de conflicto.

Ello porque BT no ha obtenido ninguna ventaja de dichos “supuestos acuerdos” a los que hace referencia Telefónica, sino que ha tenido que asumir mayores precios a los establecidos para la provisión de los circuitos, ya fueran en zona A (por acometidas a clientes y/o fibra inter-central) o B (por fibra inter-central), y aceptar condiciones – cláusulas de permanencia– fuera de lo establecido en la ORLA, todo ello con la finalidad de no perder al cliente –empresa– con el que se había comprometido bajo una oferta comercial, debido a los importantes retrasos en la provisión de los circuitos provocados por Telefónica.

Si bien es cierto que BT, a pesar de estar soportando esta situación desde el año 2010, de acuerdo con la información de los circuitos proporcionada por ambos operadores, no denunció la conducta de Telefónica a esta Comisión hasta noviembre de 2013, lo cual debe ser objeto de reproche –ya que han de ser los propios operadores los primeros interesados en facilitar a este Organismo la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones regulatorias impuestas a Telefónica, para facilitarles el desarrollo de su actividad en el mercado en condiciones de competencia–, ello no es óbice para que este Organismo garantice la salvaguarda del acceso a las red de Telefónica en condiciones proporcionales, es decir, reguladas.

Ello porque, según se ha podido comprobar de los listados de circuitos objeto de conflicto, Telefónica desde octubre de 2010 ha estado haciendo uso de su poder de negociación, como titular de la infraestructura de red necesaria para la prestación de servicios por parte de los operadores alternativos, rompiendo el justo equilibrio en las condiciones contractuales, condicionando la prestación de los circuitos al pago de un sobrecoste y a la aceptación de cláusulas de permanencia, que supone un presunto incumplimiento de la ORLA.

Por todo ello, esta Comisión no acepta el criterio de regularización que plantea Telefónica. En consecuencia, esta operadora deberá atenerse a lo dispuesto en los resuelve primero y segundo de esta Resolución.

OCTAVO.- Valoración de la conducta de Telefónica analizada en este expediente

A raíz de lo expuesto a lo largo de la presente Resolución, se ha observado la existencia de claros indicios de presunto incumplimiento por parte de Telefónica en

las condiciones de provisión de los circuitos Ethernet, tanto asociados a centrales de zona A como B, conforme a lo dispuesto en la ORLA para ambos tipos de circuitos (por el tratamiento de los circuitos ORLA-E en zona A como de alto coste, alto coste en zona B debido a indisponibilidad de medios inter-central, plazos excesivos para la comunicación de la fecha de entrega del circuito, falta de información desglosada que permita analizar a BT la razonabilidad del precio propuesto por Telefónica e imposición de cláusulas de permanencia).

Por tanto, se estima que concurren suficientes elementos de juicio para considerar que Telefónica podría haber realizado conductas tipificadas en el artículo 53.r) de la LGTel de 2003 (artículo 76.12 de la vigente LGTel) susceptibles de motivar la incoación de un procedimiento administrativo sancionador.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, la Sala de Supervisión Regulatoria de esta Comisión, en uso de las competencias que tiene atribuidas

RESUELVE

PRIMERO.- BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A. tiene derecho a reclamar a Telefónica de España, S.A.U. la diferencia entre el precio regulado en la ORLA y el precio de alto coste aplicado por esta operadora a los circuitos que en el momento de su solicitud se encontraran asociados a centrales de zona A, durante el periodo correspondiente entre octubre de 2010 y noviembre de 2013.

SEGUNDO.- BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A. tiene derecho a reclamar a Telefónica de España, S.A.U. la diferencia entre el sobreprecio aplicado, debido a la falta de medios inter-central, y el precio regulado en la ORLA, correspondiente a los circuitos que en el momento de su solicitud se encontraran asociados a centrales de zona B, durante el periodo correspondiente entre octubre de 2010 y noviembre de 2013.

TERCERO.- No serán de aplicación las condiciones de permanencia ya establecidas por Telefónica de España S.A.U. a BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones S.A. en los circuitos Ethernet proporcionados desde octubre de 2010 hasta noviembre de 2013, objeto de este conflicto.

CUARTO.- Se acordará la incoación de un procedimiento sancionador contra Telefónica de España, S.A.U. por el presunto incumplimiento de las Resoluciones de 20 de diciembre de 2007 y 7 de diciembre de 2010, por las que se aprobaron las revisiones de la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas Terminales de Telefónica (MTZ 2009/2042), modificada esta última por la Resolución de la CMT, de 18 de julio de 2013, por la que se aprobó la revisión de los precios de la ORLA 2010.

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.

**ANEXO: LISTADO DE CIRCUITOS
[CONFIDENCIAL]**