

RESOLUCIÓN SOBRE EL 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.**CFT/D TSA/1127/15/ORLA ALTO COSTE BT****Presidenta**D^a. María Fernández Pérez**Consejeros**

D. Eduardo García Matilla

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín**Secretario de la Sala**

D. Tomás Suárez-Inclán González, Secretario del Consejo

En Madrid, a 31 de mayo de 2016

Visto el expediente relativo al conflicto de acceso presentado por BT contra Telefónica sobre las condiciones de provisión de circuitos ORLA¹ de alto coste, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES DE HECHO**PRIMERO.- Resolución de la CNMC por la que se puso fin al conflicto de acceso interpuesto por BT contra Telefónica.**

Con fecha 23 de octubre de 2014 la Sala de Supervisión Regulatoria (en adelante, SSR) de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en lo sucesivo, CNMC) aprobó la Resolución sobre el conflicto de acceso interpuesto por BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A. (en adelante, BT) contra Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) sobre las condiciones de provisión de circuitos ORLA-E (Ethernet) de alto coste (CNF/D TSA/2494/13)².

En concreto, en dicho procedimiento se constató que Telefónica, desde octubre de 2010, había estado aplicando a BT condiciones diferentes a las establecidas

¹ Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas de Telefónica.

²

http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Telecomunicaciones/Resoluciones/2014/Octubre/141023_Res_CNCF-D TSA-2494-13%20ORLA%20Alto%20Coste%20BT%20VP.pdf

en la ORLA para la provisión de **[CONFIDENCIAL]** circuitos Ethernet, tales como altos costes sobre los precios regulados en situaciones no contempladas en la ORLA. Por ello, la CNMC resolvió lo siguiente:

“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.”³.*

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

Con fechas 13 y 29 de julio de 2015, se recibieron en esta Comisión dos escritos de BT, siendo el segundo escrito de subsanación del primero, interponiendo un conflicto de acceso contra Telefónica, debido a los altos

³ El mismo 23 de octubre de 2014, la SSR dictó el acuerdo de incoación del referido procedimiento sancionador contra Telefónica, que resolvió el 8 de octubre de 2015 imponiendo a esta operadora una sanción de 5 millones de euros como consecuencia de la comisión de una infracción continuada muy grave, consistente en el incumplimiento de las Resoluciones, de 20 de diciembre de 2007, 7 de diciembre de 2010 y 18 de julio de 2013, relativas a la aprobación y modificación de las Ofertas de Referencia de Líneas Alquiladas de Telefónica de 2007 y 2010. (SNC/D TSA/1821/14):

<http://cnmc.es/desktopmodules/buscadorexpedientes/mostrarfichero.aspx?dueno=1&codigoMetadato=711264>

costes sobre los precios regulados en la ORLA cobrados por dicha operadora sobre los circuitos instalados con anterioridad y tras la aprobación de la citada Resolución de 23 de octubre de 2014.

De forma adicional, BT denunciaba que Telefónica había incumplido la referida Resolución, de 23 de octubre de 2014, debido a que no le había devuelto, previa su reclamación, las cantidades cobradas indebidamente sobre los **[CONFIDENCIAL]** circuitos que fueron objeto del citado procedimiento, tal y como se reconoció en sus resuelve primero y segundo.

Por todo ello, BT solicitaba a esta Comisión que:

- a) Se proceda a ejecutar forzosamente la Resolución de fecha 23 de octubre de 2014 mencionada en el Antecedente de Hecho Primero, conminando a Telefónica a devolver a BT las cantidades indebidamente cobradas de conformidad con lo acordado en dicha Resolución, que afectan a **[CONFIDENCIAL]** circuitos provistos a BT.
- b) Se resuelva que Telefónica debe devolver a BT las cantidades indebidamente cobradas por altos costes por un total de **[CONFIDENCIAL]** nuevos circuitos no incluidos en la Resolución anterior y que fueron instalados durante y tras la tramitación de dicho expediente.
- c) Se incoe un procedimiento sancionador a Telefónica por el incumplimiento de la Resolución de fecha 23 de octubre de 2014.

Posteriormente, con fecha 2 de octubre de 2015 se recibió un nuevo escrito de BT en el que indicaba que, respecto al punto b) citado, dejaba de reclamar los importes cobrados indebidamente sobre **[CONFIDENCIAL]** circuitos, instalados durante la tramitación del precitado conflicto, debido a que había alcanzado un acuerdo con Telefónica en relación con la devolución de los altos costes aplicados sobre los mismos. Por tanto, BT seguía reclamando, en ese momento, sobre **[CONFIDENCIAL]** de los **[CONFIDENCIAL]** circuitos señalados en el punto b).

TERCERO.- Inicio de procedimiento administrativo

Con fecha 7 de agosto de 2015, mediante un escrito de la Dirección de Telecomunicaciones y Sector Audiovisual (en adelante, DTSA) se comunicó a BT y Telefónica el inicio del presente expediente.

CUARTO.- Escrito de alegaciones iniciales de Telefónica

Con fecha 19 de agosto de 2015 se recibió en esta Comisión el escrito de alegaciones de Telefónica sobre el inicio del presente procedimiento.

QUINTO.- Requerimiento de información para BT

Con fecha 28 de septiembre de 2015 la DTSA requirió a BT una serie de informaciones acerca de los circuitos que son objeto de conflicto. Asimismo, se solicitó a esta operadora que aportara el acuerdo suscrito con Telefónica, al que se refería en su escrito de 13 de julio de 2015, por el que acordaron regularizar determinadas cantidades relativas a **[CONFIDENCIAL]** circuitos. Finalmente, se requirió a BT que aportara copia de los correos electrónicos u otro tipo de comunicaciones intercambiadas con Telefónica para la provisión de los circuitos objeto de este expediente, desde su solicitud hasta su provisión.

El día 20 de octubre de 2015 BT respondió a dicho requerimiento de información, mientras que el día 4 de diciembre de 2015 y el día 11 de enero de 2016 aportó nuevos datos respecto a los circuitos objeto de conflicto, corrigiendo algunos de los anteriormente indicados.

SEXTO.- Trámite de audiencia

Mediante escrito de fecha 19 de enero de 2016, se comunicó a las partes interesadas el inicio del trámite de audiencia del presente procedimiento, notificándoseles adjunto al mismo el informe elaborado por la DTSA. Con fecha 26 de enero Telefónica solicitó ampliación de plazo, la cual fue aceptada. Con fecha 5 de febrero este operador tuvo acceso al expediente.

Con fechas 16 y 19 de febrero de 2016, se recibieron sendos escritos de alegaciones de Telefónica y BT al trámite de audiencia. Mientras que BT se muestra totalmente conforme con las valoraciones y conclusiones del informe de audiencia, Telefónica discrepa sobre las mismas.

Finalmente, con fecha 31 de marzo de 2016 BT aportó datos actualizados hasta esa misma fecha, sobre los importes indebidamente cobrados por Telefónica. En su escrito, BT también indicó que dicha operadora había regularizado uno de los nuevos circuitos denunciados, por lo que BT continúa reclamando el sobrecoste aplicado en las cuotas tanto de alta como mensuales de un total de **[CONFIDENCIAL]** nuevos circuitos.

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Objeto del procedimiento

El presente procedimiento tiene por objeto principal resolver el conflicto de acceso presentado por BT, relativo la aplicación indebida de sobrecostes por parte de Telefónica para la provisión de **[CONFIDENCIAL]** circuitos ORLA-E⁴.

⁴ Como se ha expuesto en los antecedentes, BT planteó el conflicto respecto **[CONFIDENCIAL]** circuitos, pero esta cifra ha disminuido hasta **[CONFIDENCIAL]** durante la

Para ello, se analizará la procedencia o no de calificar estos nuevos circuitos solicitados por BT como de alto coste, conforme a lo establecido en el marco regulatorio de la ORLA.

De forma adicional, se analizarán el resto de cuestiones planteadas por BT en su escrito de interposición del conflicto en relación con el mantenimiento de los sobrecostes cobrados por Telefónica sobre **[CONFIDENCIAL]** circuitos que fueron objeto del expediente CNF/DTSA/2494/13. En concreto, se analizará el cumplimiento por parte de Telefónica de la mencionada Resolución, de 23 de octubre de 2014, que puso fin al citado expediente, y su posible incumplimiento.

Estas últimas cuestiones relativas a los posibles incumplimientos de la Resolución de 23 de octubre de 2014 se analizan de oficio en el presente procedimiento y ante la denuncia de BT por estar íntimamente relacionadas con el presente conflicto de acceso planteado en relación con los nuevos **[CONFIDENCIAL]** circuitos ORLA-E y por razones de economía procesal, en línea con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

SEGUNDO.- Habilitación competencial

La Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) otorga a la CNMC las competencias para intervenir en las relaciones entre operadores y los conflictos que surjan en los mercados de comunicaciones electrónicas, tal y como se prevé en sus artículos 12.5, 15 y 70.2, en sus letras d) y g). Asimismo, los artículos 6.4 y 12.1.a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia –en adelante, LCNMC– atribuyen a la CNMC la competencia para conocer los conflictos que se planteen entre los operadores en materia de acceso e interconexión de redes.

Además, 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”*.

tramitación del presente expediente al alcanzar un acuerdo con Telefónica sobre **[CONFIDENCIAL]** circuitos.

En el ejercicio de esta competencia, el día 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 mayor⁵, 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 *retail minus* (líneas con interfaces Ethernet), (ii) obligación de no discriminación en las condiciones de acceso a los servicios mayoristas de líneas alquiladas terminales, y (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 diciembre⁶, 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; [...]”*⁷.

En ejercicio de dicha habilitación competencial la CMT aprobó, mediante las Resoluciones de 20 de diciembre de 2007, 7 de diciembre de 2010, 18 de julio de 2013 y de 23 de julio de 2015, las sucesivas revisiones de la ORLA de Telefónica.

⁵ Denominado en su momento 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]. Este mercado ha pasado recientemente a estar incluido dentro del nuevo Mercado 4, de conformidad con lo establecido en la Recomendación CE (2014/710/UE) de 9 de octubre de 2014, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante.

⁶ Vigente en virtud de la Disposición Transitoria Primera de la LGTel.

⁷ 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.

Por otro lado, el artículo 84 de la LGTel, al igual que hacen los artículos 6.5 y 29 de la LCNMC, atribuyen a la CNMC “*el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos por esta ley [LGTel]*”. A este respecto, el artículo 84 de la LGTel establece la competencia sancionadora en los siguientes términos:

“A la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 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”.

Por último, la Disposición Adicional Sexta de la LGTel autoriza a esta Comisión para imponer multas coercitivas por importe diario de 125 hasta 30.000 euros, si ello es necesario para asegurar el cumplimiento de las resoluciones que dicte, en los términos previstos en la LRJPAC.

Asimismo, se dispone que “*las multas coercitivas serán independientes de las sanciones que puedan imponerse con tal carácter y compatibles con ellas*”, y que “*el importe de las multas coercitivas previstas en esta disposición se ingresará en el Tesoro Público*”.

Por ello, de conformidad con los preceptos citados y en atención a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC, y en virtud del artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano competente para resolver el presente procedimiento, para incoar un posible procedimiento administrativo sancionador y para el acordar, en su caso, la ejecución forzosa solicitada por BT es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

En primer lugar, se analizará de forma resumida el marco regulatorio que aplica a la provisión de los circuitos objeto de conflicto.

A continuación se abordarán todas las cuestiones asociadas (i) a los **[CONFIDENCIAL]** circuitos analizados por primera vez en este expediente, y (ii) a la Resolución de 23 de octubre de 2014, relativa a los **[CONFIDENCIAL]** circuitos objeto del expediente CNF/D TSA/2494/13.

Finalmente, se responderán las alegaciones de Telefónica y se expondrán las conclusiones del presente procedimiento.

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

Como ya se expuso ampliamente tanto en la mencionada Resolución, de 23 de octubre de 2014, sobre el conflicto de BT y Telefónica por altos costes, como

en la Resolución, de 10 de febrero de 2015, por la cual se ponía fin a otro conflicto similar interpuesto por Vodafone España S.A.U. contra Telefónica (expediente CNF/DTSA/1189/14⁸), el marco que regula los circuitos de alto coste, respecto de las obligaciones relevantes para el objeto del presente análisis, es el siguiente:

- 1) Telefónica sólo puede repercutir alto coste sobre los circuitos asociados a centrales de cobertura B, siendo la única causa que se contempla como motivo de alto coste la necesidad de realizar una inversión considerable para construir la acometida de fibra en el domicilio del cliente.
- 2) Para los circuitos en zona A, Telefónica debe aplicar los precios estándar recogidos en la ORLA sin ningún tipo de recargo o sobrecoste.

SEGUNDO.- Respecto a los [CONFIDENCIAL] nuevos circuitos reclamados por BT por su calificación por parte de Telefónica como de alto coste

A través de su escrito de 13 de julio de 2015, BT ha puesto en conocimiento de esta Comisión que, sin perjuicio del pronunciamiento alcanzado en la Resolución de 23 de octubre de 2014, Telefónica ha continuado aplicando altos costes sobre determinados circuitos Ethernet provistos a BT.

De acuerdo con los datos aportados por BT al expediente (incluyendo la copia de correos electrónicos intercambiados con Telefónica para cada uno de los circuitos solicitados), durante el periodo comprendido entre octubre de 2013 a febrero de 2015 Telefónica ha notificado y provisionado un total de **[CONFIDENCIAL]** circuitos Ethernet de alto coste, sobre los que BT reclama la aplicación indebida de sobrecostes sobre los precios regulados en la ORLA, ya que los mismos no pueden ser calificados por Telefónica como de alto coste.

En relación con estos circuitos, en sus alegaciones al trámite de audiencia, Telefónica afirma que la CNMC ha analizado estos nuevos circuitos sin su intervención, no dándole traslado de los requerimientos e informaciones intercambiados entre CNMC y BT.

A este respecto, cabe recordar que, en primer lugar, Telefónica tuvo acceso a la información sobre los circuitos aportada por BT desde el inicio de este expediente y no hizo ninguna observación al respecto en su escrito inicial de alegaciones. Además, con anterioridad al trámite de audiencia, esta operadora ha podido tomar acceso al expediente en todo momento sin que haya ejercido dicho derecho.

⁸http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Telecomunicaciones/Resoluciones/2015/1502_Febrero/150210_Res_CNFD TSA-1189-14%20ORLA%20Alto%20Coste%20Vodafone%20VP.pdf

En segundo lugar, durante el trámite de audiencia Telefónica ha tenido conocimiento del detalle actualizado de todos los circuitos analizados, no solo a través del propio informe de audiencia de la DTSA sino también mediante el acceso al expediente, derecho que ejerció con fecha 5 de febrero de 2016.

Es más, Telefónica solicitó (y así se le concedió) la ampliación del plazo inicialmente otorgado para aportar sus alegaciones al referido informe durante el trámite de audiencia y así permitirle analizar pormenorizadamente toda la documentación del expediente a la que tuvo acceso. Sin embargo, este operador no ha mostrado su desacuerdo con el detalle de ninguno de los circuitos comunicados por BT.

Por todo ello, esta Comisión considera que no ha existido ningún impedimento para el ejercicio del derecho de defensa de Telefónica.

El motivo por el cual Telefónica ha aplicado altos costes en ambas zonas es por la falta de fibra o capacidad de transmisión inter-central. En concreto, para **[CONFIDENCIAL]** circuitos en zona A y otros **[CONFIDENCIAL]** circuitos en zona B solicitados por BT. El detalle de cada uno de los circuitos se puede encontrar en el Anexo 1.

Teniendo en cuenta los razonamientos expuestos en el Fundamento Jurídico Material Primero, la calificación de estos circuitos por parte de Telefónica como de alto coste no se ajusta a la regulación en vigor. En efecto, la ORLA establece que Telefónica no puede aplicar altos costes por falta de fibra o capacidad de transmisión inter-central.

Además a fecha de la presente resolución Telefónica continúa aplicando altos costes, a través de la facturación de las cuotas mensuales, sobre los nuevos **[CONFIDENCIAL]** circuitos reclamados por BT en el presente procedimiento. Es decir, Telefónica, en relación con la provisión de los **[CONFIDENCIAL]** nuevos circuitos, aplicó altos costes no permitidos en la ORLA en las cuotas de alta y, de forma adicional, continua aplicando a día de hoy altos costes contrarios a la ORLA a través de las cuotas mensuales que factura para esos mismos circuitos⁹.

Por ello, esta Sala considera que Telefónica deberá **asegurar el cumplimiento de la ORLA para estos nuevos circuitos desde la notificación la presente resolución y deberá abstenerse de facturar cuantías superiores a las establecidas en ella.**

⁹ En definitiva, para estos **[CONFIDENCIAL]** nuevos circuitos Telefónica ha actuado de la misma forma que en los **[CONFIDENCIAL]** circuitos analizados en la Resolución de 23 de octubre de 2014. Cabe recordar que como consecuencia de este conflicto, se incoó el expediente sancionador SNC/DTSA/1821/15. Este expediente fue resuelto por la SSR en fecha 8 de octubre de 2015, sancionando a Telefónica por infracción continuada de la ORLA durante el periodo comprendido entre octubre de 2010 y febrero de 2015.

TERCERO.- Sobre la denuncia de BT en relación con el incumplimiento por parte de Telefónica de la Resolución, de 23 de octubre de 2014

Adjunto a su escrito de 13 de julio de 2015, BT ha justificado que en fecha 23 de diciembre de 2014, mediante un correo electrónico, procedió a reclamar a Telefónica los importes cobrados indebidamente por esta operadora sobre [CONFIDENCIAL] circuitos, de acuerdo con lo dispuesto en la citada Resolución de esta Comisión de fecha 23 de octubre de 2014.

No obstante, BT denuncia a Telefónica por incumplir dicha Resolución, debido a que Telefónica todavía no ha pagado las cantidades reclamadas conforme a lo que estableció ésta, ya que se ampara, tal y como ella misma alega, en que los resuelve de dicha Resolución señalan que BT *“tiene derecho a reclamar”* y no que Telefónica tenga la obligación de pagar.

Para Telefónica, esta cuestión, relativa al pago de los sobrecostes cobrados indebidamente por la provisión de circuitos Ethernet, tiene que ser dirimida ante la jurisdicción civil, al considerar que esta Comisión no tiene competencias para instar al pago de cantidades dinerarias, así como para determinar un procedimiento conforme al que reclamarlas, de conformidad con lo dispuesto por el Tribunal Supremo (en adelante, TS) a través de las sentencias de 28 de junio¹⁰ y 14 de noviembre¹¹ de 2011, 18 de enero¹² y 24 de abril¹³ de 2012.

En sus alegaciones al trámite de audiencia, Telefónica añade que la propia CNMC admite dicha falta de competencia en el momento en que los Resolves de sus Resoluciones anteriores sobre el mismo asunto no incluían la obligación de pago de Telefónica, sino solo el derecho de BT a reclamar cantidades.

BT también reclama que, para los referidos circuitos de alto coste objeto del expediente CNF/DTSA/2494/13, Telefónica le ha seguido aplicando cargos fijos mensuales superiores a los precios regulados en la ORLA.

A este respecto, es conocida la jurisprudencia¹⁴ 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 la interconexión de las redes en condiciones no discriminatorias, transparentes y proporcionales en

¹⁰ RJ 2011\5588.

¹¹ RJ 2012\2158.

¹² RJ 2012\200.

¹³ RJ 2012\7653

¹⁴ 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).

beneficio de todos los usuarios. Todos estos intereses, incluido el del cumplimiento efectivo de las obligaciones contractuales principales de un contrato sectorial regulado, son intereses generales de carácter jurídico-público, dignos de protección por esta Comisión.

Por consiguiente, esta Comisión no comparte la opinión de Telefónica sobre que pueda concurrir una duplicidad jurisdiccional a la hora de sancionar el incumplimiento de la Resolución de 23 de octubre de 2014.

Sobre los dos primeros resuelve de la Resolución de 23 de octubre de 2014, en los que se otorga a BT el derecho a reclamar a Telefónica el sobreprecio cobrado por ésta para la provisión de circuitos ORLA-E que fueron objeto del expediente, no cabe duda que éstos son plenamente ejecutivos para ambas partes.

La citada Resolución, que fue extensa y clara en su motivación, ya que determinó, a lo largo de sus Fundamentos Jurídicos Materiales, la indebida aplicación por parte de Telefónica de altos costes sobre los circuitos Ethernet solicitados por BT, acordó estimar lo solicitado por esta operadora.

Cumpliendo así la citada Resolución con el principio de congruencia, y siguiendo lo dispuesto por la jurisprudencia del TS y del Tribunal Constitucional citada por BT¹⁵ en su escrito de 13 de julio de 2015, cabe tener en cuenta que los actos administrativos, al igual que las sentencias, han de ser analizados según una interpretación finalista de lo resuelto, y, por tanto, infiriendo de ellos todas sus naturales consecuencias en relación con la *causa petendi*, aunque estas no estén literalmente reflejadas en el resuelve.

En este sentido, en la citada sentencia el TS indica, remitiéndose a lo dispuesto en otra sentencia emitida por el propio tribunal en 2004¹⁶, que *“poco importa que el fallo de la sentencia se limitara a anular el acto administrativo impugnado, sin ordenar expresamente ninguna de aquellas dos posibles actuaciones, pues es también doctrina constitucional la que integra en el derecho fundamental a la ejecución de sentencias la llamada garantía de interpretación finalista del fallo, que infiera de él todas sus naturales consecuencias”*.

Telefónica, apoyándose en una interpretación literal de los citados resuelve, pretende eludir su consecuente obligación de aplicar los precios regulados por

¹⁵ Entre otras, véase la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del TS de 3 de abril de 2014 (RJ 2014/1437) (Recurso de casación 484/1013).

¹⁶ Véase la Sentencia del TS de 31 de marzo de 2010 (RJ 2010/2756), que se remite a lo dispuesto a una sentencia anterior de 4 de mayo de 2004, la cual utiliza los argumentos emitidos sobre esta misma cuestión por el Tribunal Constitucional en sentencias de 15 de julio de 1987 (RTC 1987\125), 23 de mayo de 1988 (RTC 1988\92) y 21 de septiembre de 1989 (RTC 1989\148).

esta Comisión por la prestación de los circuitos ORLA. En ese sentido se debe interpretar el derecho de reclamación que esta Comisión reconoció a BT, esto es, se reconoció que tenía derecho a que se le aplicaran precios distintos a los aplicados y se le reconocía el derecho a reclamar lo indebidamente pagado y a que no se le siguieran aplicando tales precios.

Por tal motivo, en el resuelve cuarto de la Resolución de 23 de octubre de 2014 en base a la misma motivación que justificó los dos primeros resuelve, se acordó que se incoaría un procedimiento sancionador contra ella por presunto incumplimiento de las resoluciones de aprobación y modificación de la ORLA – el cual fue incoado el mismo 23 de octubre de 2014, a través de otro acto de esta Sala y resuelto, como se ha indicado, el 8 de octubre de 2015, concluyendo sobre la comisión de la infracción–.

Por todo ello, el argumento que Telefónica plantea en el trámite de audiencia sobre la interpretación del texto literal del Resuelve es errónea e interesada, no habiendo esta Comisión concluido dicho extremo, sino algo muy diferente, tal y como se ha expuesto.

Además, a la vista de lo expuesto por BT, se colige que Telefónica, a fecha de la presente resolución, continúa aplicando altos costes, a través de la facturación de las cuotas mensuales conforme a los altos costes indebidamente aplicados, no solo sobre los **[CONFIDENCIAL]** circuitos objeto de este conflicto –tal y como se ha analizado en el anterior fundamento jurídico material–, sino también sobre los **[CONFIDENCIAL]** circuitos provistos a BT que fueron objeto del expediente CNF/DTSA/2494/13. De ello se deriva el incumplimiento de las Resoluciones de esta Comisión de 18 de julio de 2013, que modificó los precios de los servicios mayoristas de líneas alquiladas, actualmente recogidos en la última revisión de la ORLA aprobada mediante Resolución de 23 de julio de 2015 y de 23 de octubre de 2014.

Es decir, Telefónica, no ha procedido a aplicar las cuotas mensuales que según la ORLA corresponden a los circuitos analizados en la Resolución de 23 de octubre, sino que sigue aplicando unas cuotas mensuales distintas de los precios regulados estándar para dichos servicios.

Con esta actuación se constata, más allá del incumplimiento de la Resolución de 23 de octubre de 2014, un extremo de mayor gravedad: Telefónica incumplió en su momento la regulación de la ORLA –tal y como se resolvió en el expediente SNC/DTSA/1821/15–, por el cobro de cuotas de alta y cuotas mensuales conocidas durante la instrucción del expediente citado y tenidas en cuenta como infracción continuada en la Resolución de 8 de octubre de 2015. Y, más aun, la empresa sigue presuntamente incumpliendo dicha obligación al continuar facturando, a día de hoy, sobrecostes no justificados en las cuotas mensuales de los **[CONFIDENCIAL]** circuitos citados y de los **[CONFIDENCIAL]** nuevos circuitos objeto de este conflicto.

Esta Comisión recuerda a Telefónica que una vez que le fue notificada la Resolución de 23 de octubre de 2014, debió y debe seguir ofreciendo los servicios objeto del citado procedimiento en las condiciones y precios establecidos en la citada Resolución. De esta actuación, una vez se haya instruido el correspondiente procedimiento sancionador, pudiera derivarse la concurrencia de las correspondientes responsabilidades administrativas por la comisión de forma reincidente y contumaz de una infracción de igual naturaleza a la ya sancionada. Lo anterior será de aplicación también si Telefónica incumple lo que se establece en esta Resolución con respecto a los **[CONFIDENCIAL]** nuevos circuitos.

Asimismo, se recuerda a BT que, una vez notificada a las partes la Resolución de 23 de octubre de 2014, no estaba obligada a abonar precios distintos por los citados circuitos de los que habían sido definidos en la Resolución de 23 de octubre de 2014, ni tampoco estará obligada a abonar precios distintos a los que se establezcan en esta Resolución con respecto a los nuevos circuitos.

Dado que existen suficientes indicios de que Telefónica ha continuado incumpliendo la ORLA, con posterioridad a la Resolución, de 8 de octubre de 2015, en la que la SSR sancionó a Telefónica por importe de 5.000.000 de euros, dado que ha continuado facturando cuotas mensuales por encima de los precios regulados para la provisión de los circuitos, esta Sala acordará la incoación de un nuevo procedimiento sancionador contra Telefónica, debido al presunto incumplimiento expuesto de la Resolución de 18 de julio de 2013, que modificó los precios de los servicios mayoristas de líneas alquiladas establecidos en la Resolución de 7 de diciembre de 2010¹⁷ y de la Resolución de 23 de octubre de 2014.

CUARTO.- Valoración de las alegaciones de Telefónica sobre la no existencia de un conflicto de acceso que justifique la intervención de la CNMC

Alegaciones

En su escrito de alegaciones iniciales, Telefónica considera que la CNMC carece de competencias para abrir un procedimiento administrativo por conflicto de acceso, al tratarse las discrepancias entre BT y Telefónica de cuestiones que afectan a la esfera de los intereses privados de las partes, sin interés jurídico público ni relación con las obligaciones existentes en virtud de la LGTel y la normativa sectorial de las telecomunicaciones.

Asimismo, Telefónica manifiesta que las condiciones de provisión de los circuitos son libremente negociadas y acordadas por los operadores y

¹⁷ Actualmente recogidos en la Resolución de 23 de julio de 2015, por la que se aprobó la última revisión de la ORLA.

Telefónica, que se establecen en contratos privados válidamente suscritos conforme a derecho, amparados en el principio de libertad de autonomía de la voluntad. En este sentido, esta operadora alega que las ofertas de referencia no restringen la capacidad de los operadores de celebrar contratos privados para la prestación de esos servicios, de manera tal que la autonomía de la voluntad de los contratantes prevalece, pues estos pueden acordar la aplicación de condiciones diferentes a las previstas en las ofertas reguladas, sin que ello implique vulnerar en modo alguno el contenido de las mismas y, por tanto, el de las resoluciones administrativas que las aprueben.

Por último, Telefónica indica que tampoco puede afirmarse que posibles discrepancias puntuales en la relación contractual privada, que vincula a BT y Telefónica, generen perjuicio para la competencia ni, en general, impacto en el interés jurídico-público, motivo por el cual no procedería la intervención de la CNMC.

En las alegaciones al trámite de audiencia, Telefónica indica que en el acuerdo de inicio del presente procedimiento esta Comisión le comunicó que el objeto del expediente era un conflicto de acceso, mientras que en el informe de audiencia se refería a cuatro objetos que, según este operador, se pueden resumir “*en una mera reclamación de cantidad*”.

Además, Telefónica incide en que este expediente no versa sobre un conflicto de acceso y que esta Comisión no es competente para resolver la mera reclamación de cantidades de BT, que además deriva de un contrato privado libremente negociado entre las partes. Telefónica afirma no entender por qué la CNMC acepta como acuerdo privado el contrato sobre los **[CONFIDENCIAL]** circuitos –mencionado en el Antecedente de Hecho Segundo–, y no el resto de acuerdos sobre los otros circuitos.

De forma adicional, Telefónica asevera que la CNMC incurre en una “*flagrante desviación de poder*” al usar la figura de ejecución forzosa para coaccionar a este operador a pagar las cantidades reclamadas por BT y a modificar contratos privados, cuando no tiene competencias para ello.

Finalmente, Telefónica afirma que la CNMC no tiene competencias para sancionar sobre una cuestión patrimonial y que no se dan los tres supuestos necesarios que deben ser probados por parte de esta Comisión para poder incoarle un procedimiento sancionador ni imponerle multas coercitivas; a saber, conducta típica, antijurídica y culpable.

Respuesta a las alegaciones

Por un lado, si bien es cierto que el expediente se inició con el objeto de resolver el conflicto de acceso presentado por BT sobre el cobro de sobrecostes no justificados por parte de Telefónica en la provisión de circuitos ORLA-E, ello no obsta para que en el seno del mismo, esta Comisión pueda

conocer y acordar lo procedente sobre otras denuncias planteadas por BT en el escrito de interposición del conflicto, del que además tuvo conocimiento Telefónica en el mismo acto de comunicación de inicio del presente expediente, en atención a las facultades de investigación y las competencias sancionadoras y, en su caso, de ejecución forzosa de sus resoluciones, indicada en los anteriores Fundamentos.

Por otro lado, remitiéndonos a lo ya comentado en el Fundamento Jurídico Material Tercero, sobre las prerrogativas que la jurisprudencia reconoce a este organismo con la finalidad última de favorecer la competencia entre operadores, entre ellas, garantizar el justo equilibrio de las contraprestaciones entre las partes, 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 siempre que estas condiciones estén comprendidas dentro del ámbito jurídico público de este tipo de contratos.

Tal y como ya se indicó en el Resolución de 23 de octubre de 2014, los operadores tienen libertad de negociar con Telefónica y fijar condiciones diferentes a las establecidas en la ORLA, pero no ha quedado acreditado que, en el momento de la interposición del conflicto, BT y Telefónica hubieran llegado o mantuvieran el consentimiento con respecto a un acuerdo para la aplicación de sobrecostes en los circuitos objeto de conflicto. Lo que sí se desprende de lo actuado, es que, si bien BT en un principio aceptó las condiciones propuestas por Telefónica y ha seguido abonando periódicamente los citados altos costes, desde la interposición del conflicto ha mostrado fehacientemente su voluntad de acogerse a las condiciones establecidas por la ORLA y, en ese sentido esta Comisión es competente para resolver.

Ello porque BT no ha obtenido ninguna ventaja de dichos acuerdos privados a los que hace referencia Telefónica y porque existe constancia de que, al menos desde la interposición del conflicto, BT ha manifestado fehacientemente su intención de acogerse a las condiciones de la ORLA en sus estrictos términos, aun cuando el pago de sobrecostes durante un largo período de tiempo antes de plantear el conflicto pudiera llevar a otra conclusión.

Así, en la información aportada por BT, se confirma que este operador ha reclamado a Telefónica en repetidas ocasiones la aplicación de las condiciones ORLA, rechazando el pago de sobrecostes. Es más, reiteradamente BT ha indicado a Telefónica que se ve obligado a aceptar sobrecostes por la presión comercial, los plazos y las necesidades de sus clientes. Así, por ejemplo, en un correo electrónico enviado por BT a Telefónica, de 11 de junio de 2014, se indica:

“Confirmamos que se acepta el alto coste únicamente en base a la urgencia de dar servicio a nuestro cliente, pero en desacuerdo con la

aplicación de este alto coste por no corresponderse con la regulación (...)”.

En consecuencia, no cabe duda de que BT, al menos desde la interposición del conflicto, rechaza firmemente la aplicación de los precios distintos a los establecidos en la ORLA.

Por todo ello, esta Comisión no acepta las alegaciones de Telefónica respecto a la inexistencia de un conflicto de acceso. El conflicto existe aun cuando se acreditara que, con anterioridad a la interposición del conflicto, hubieran las partes acordado otro precio diferente. Esta Sala considera que las condiciones de alto coste en que se han suministrado los circuitos objeto del presente conflicto no son acordes con las establecidas en la ORLA que, salvo acuerdo voluntario con los operadores alternativos, le vincula. Esta Comisión no puede entrar a determinar si las condiciones aceptadas en un principio por BT lo fueron por la necesidad de disponer del servicio mayorista para suministrar los servicios minoristas a sus clientes, ya que esto debería, en su caso, ser determinado por el órgano judicial competente, pero sí puede determinar y obligar al cumplimiento, a petición del operador beneficiario, de las obligaciones impuestas a Telefónica respecto de las condiciones de estos servicios mayoristas, a partir del momento en el que le conste fehacientemente que el alternativo solicita su aplicación y ello con independencia de que antes hubiera aceptado otras condiciones.

Es por este preciso motivo por el que existe una clara diferencia entre el mencionado acuerdo sobre los **[CONFIDENCIAL]** circuitos, donde BT y Telefónica negociaron libremente y BT no pide acogerse a las condiciones de la ORLA, y el resto de circuitos, donde BT pide que se le apliquen las resoluciones de revisión de las ORLA aprobadas por esta Comisión.

Finalmente, esta Sala abrirá un procedimiento sancionador por el presunto incumplimiento de varias resoluciones de esta Comisión, como son la de aprobación de los precios de la ORLA, de 18 de julio de 2013 y la Resolución de 23 de octubre de 2014.

En cuanto a los tres elementos a probar a los que se refiere Telefónica, procede indicar que los mismos habrán de ser analizados y probados en el seno de dicho procedimiento sancionador, bastando la existencia de indicios o elementos jurídicos suficientes de presunto incumplimiento, como los indicados a lo largo de esta Resolución, para su posible incoación.

En definitiva, de la tramitación del presente procedimiento se desprende que Telefónica pudiera seguir sin cumplir las Resoluciones de 20 de diciembre de 2007, 7 de diciembre de 2010, 18 de julio de 2013 y 23 de octubre de 2014. En concreto, para **[CONFIDENCIAL]** circuitos, dicho operador le habría continuado cobrando a BT sobrepagos en las cuotas mensuales después de la citada Resolución de 23 de octubre de 2014.

Además, para un total de **[CONFIDENCIAL]** nuevos circuitos, analizados en el presente procedimiento, se entiende que Telefónica podría haber aplicado sobrepuestos no permitidos en virtud de lo dispuesto en la ORLA.

En cuanto a la solicitud de ejecución forzosa de la Resolución de 23 de octubre de 2014 instada por BT, a la vista del contenido de los resuelve primero y segundo de la citada Resolución, esta Comisión no considera que se den las condiciones legalmente establecidas para su adopción en los términos solicitados por BT ya que Telefónica sigue proveyendo los servicios y BT ha seguido abonando los sobrepuestos aun cuando no estaba obligada a ello una vez fijados los precios por la citada Resolución. Esta Comisión podría, mediante los mecanismos de ejecución forzosa que la normativa le otorga, obligar a Telefónica a seguir prestando los servicios a los precios establecidos en la Resolución de 23 de octubre si se negase a ello pero, para eso, sería necesario que BT dejara de pagar por los sobre costes y Telefónica dejara de prestar los servicios.

No obstante lo anterior, esta Comisión sí puede obligar a Telefónica a que no siga facturando los circuitos afectados por la citada Resolución sobre precios distintos a los establecidos en la misma y en la ORLA. A tal efecto se advierte de la imposición de multas coercitivas en caso de incumplimiento a partir de la presente Resolución.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Conforme a lo indicado en el Fundamento Jurídico Material Segundo, Telefónica de España, S.A.U. no ha aplicado el precio regulado en la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas (ORLA) facturando indebidamente un precio de alto coste sobre los **[CONFIDENCIAL]** circuitos señalados en el Anexo 1.

Telefónica de España, S.A.U, deberá continuar prestando los servicios objeto del presente procedimiento en la condiciones y precios indicados en el fundamento de derecho jurídico material segundo de la presente Resolución. BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A. no está obligada a abonar precios de alto coste que le facture Telefónica de España, S.A.U por los citados circuitos.

SEGUNDO.- A partir de la notificación de la presente resolución, Telefónica de España, S.A.U, no podrá emitir facturas por los circuitos a los que se refiere la Resolución de esta Sala de 23 de octubre de 2014 que resolvió el conflicto

CNF/DTSA/2494/13 y los señalados en el Anexo 1 de la presente resolución a precios distintos a los establecidos en la ORLA.

Se apercibe a Telefónica de que en el caso de que incumpla la obligación que se le impone en el párrafo anterior, se acordará la iniciación de un procedimiento de ejecución forzosa por el que se le impongan a esta operadora multas coercitivas por cada día de retraso que pase sin emitir nueva factura, conforme a lo establecido en esta resolución, que sustituya a la factura emitida contraria a la misma.

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 1: DETALLE DE LOS CIRCUITOS
[CONFIDENCIAL]