

RESOLUCIÓN SOBRE EL CONFLICTO ENTRE DTI2 Y TELEFÓNICA EN RELACIÓN CON LA ENTREGA DE SEÑAL MEDIANTE FIBRA OSCURA EN EL MARCO DE LA OFERTA DE ACCESO AL BUCLE DE ABONADO (OBA).

CFT/DTSA/2283/14

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

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. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 28 de enero de 2016

Visto el expediente relativo al conflicto presentado por Desarrollo de la Tecnología de las Comunicaciones, S.C.A. en relación con la entrega de señal mediante fibra oscura, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES

Primero.- Expediente DT 2013/108

Con fecha 7 de enero de 2014, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) resolvió¹ que Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) debía atender determinadas solicitudes de Desarrollo de la Tecnología de las Comunicaciones, S.C.A. (en adelante, DTI2) de servicios de entrega de señal (EdS) de ámbito urbano mediante fibra oscura. Asimismo, se acordaba un plazo de 20 días tras el cual cualquiera de las partes podría acudir a esta Comisión en caso de no llegar a un acuerdo sobre los precios de los servicios prestados.

Segundo.- Información previa por el posible incumplimiento de varias resoluciones relativas a la OBA por parte de Telefónica

Con fecha 2 de octubre de 2014, la CNMC acuerda archivar el expediente de información previa incoado, tras denuncia de DTI2, por el posible

¹ Resolución, de 7 de enero de 2014, del conflicto de acceso planteado por Desarrollo de la Tecnología de las Comunicaciones, S.C.A. frente a Telefónica de España S.A.U. por denegación de solicitudes de entrega de señal mediante fibra oscura (DT2013/108).

incumplimiento de varias resoluciones relativas a la Oferta de acceso al bucle de abonado (OBA) por Telefónica al no apreciarse en dicho caso indicios suficientes de incumplimiento de la OBA por parte de Telefónica que motivaran la apertura de un procedimiento sancionador².

Tercero.- Escrito de solicitud de DTI2

Con fecha 30 de diciembre de 2014, se recibió escrito de DTI2 mediante el cual plantea conflicto de acceso contra Telefónica por considerar que tras la citada resolución de 7 de enero de 2014, Telefónica realizó una oferta incluyendo condiciones que DTI2 considera abusivas y con finalidad disuasoria.

Asimismo, DTI2 entendía que Telefónica bloqueó las negociaciones antes de su comienzo al no contestar a sus propuestas sobre determinados aspectos del servicio ni aclarar su postura, así como no proporcionar información esencial para que DTI2 pudiera realizar una contraoferta completa.

Por todo ello, DTI2 solicita a la CNMC que proceda a la apertura de un conflicto de acceso para resolver sobre el precio y las condiciones exigidas por Telefónica en relación con la prestación de un servicio de EdS mediante fibra oscura, adopte medidas cautelares que permitan desbloquear las negociaciones sobre las condiciones de prestación del servicio e incoe un expediente sancionador a Telefónica por las prácticas que, a su juicio, suponen un incumplimiento de la OBA y de las Resoluciones de esta Comisión.

Cuarto.- Inicio del procedimiento y requerimientos de información

El 16 de enero de 2015, esta Comisión comunicó a los interesados (DTI2 y Telefónica) el inicio del procedimiento administrativo de referencia con arreglo a las previsiones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), norma a la cual se acoge esta Comisión en el ejercicio de las funciones públicas que tiene encomendadas. En el mismo escrito de inicio se invitó a ambos interesados a aportar las alegaciones que tuviesen por convenientes y los documentos que considerasen oportunos.

Quinto.- Alegaciones al inicio de expediente

Con fechas 26 de enero y 3 de marzo de 2015, se han recibido escritos de Telefónica aportando sus alegaciones en el marco del presente procedimiento.

Sexto.- Conflicto sobre resolución del contrato

Mediante Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de fecha 17 de marzo de 2015, esta Comisión puso fin al conflicto de acceso planteado entre

² Acuerdo, de 2 de octubre de 2014, por el que se archiva el expediente de información previa incoado por el posible incumplimiento de varias resoluciones relativas a la Oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA) por Telefónica de España, S.A.U. (IFP/DTSA/1712/13/INCUMPLIMIENTO DE RESOLUCIONES OBA TELEFÓNICA).

Telefónica y DTI2) relativo a la resolución de los contratos de acceso al bucle de abonado vigentes entre ambas entidades (CNF/DTSA/1237/2015)³.

En este sentido, el Resuelve Segundo de dicha resolución autorizó a Telefónica a cesar en la prestación de los servicios de acceso al bucle de abonado en favor de DTI2, en caso de que ésta no procediese en el plazo de 2 meses desde la notificación de la resolución al pago de la cantidad reclamada por la facturación emitida entre el 19 de noviembre de 2009 y el 10 de mayo de 2013.

Séptimo.- Requerimientos de información

Con fechas 30 de marzo y 19 de mayo de 2015, se han recibido escritos de Telefónica en respuesta a sendos requerimientos remitidos por esta Comisión en fechas 11 de marzo y 30 de abril de 2015.

Octavo.- Trámite de audiencia

Con fecha 29 de septiembre de 2015 los Servicios de esta Comisión emitieron informe de audiencia en el procedimiento de referencia.

El 20 de octubre de 2015 se recibieron las alegaciones de Telefónica al informe de audiencia. Posteriormente, el 3 de noviembre de 2015 tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de DTI2 formulando alegaciones al informe.

Noveno.- Informe de la Sala de Competencia

Con fecha 28 de enero de 2016 la Sala de Competencia ha emitido informe sin observaciones.

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

Primero.- Objeto del procedimiento

El presente procedimiento tiene por objeto resolver el conflicto planteado por DTI2 en relación con las negociaciones para dos servicios de EdS en la modalidad de fibra oscura analizando la razonabilidad de las condiciones del servicio ofertado por Telefónica.

Segundo.- Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

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 en los conflictos que surjan en los mercados de comunicaciones electrónicas, tal como se prevé en sus artículos 12.5, 15 y 70.2, letras d) y g).

³ DTI2 ha interpuesto recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional contra la mencionada resolución. Asimismo, ha solicitado de dicha Audiencia la suspensión cautelar de su ejecución.

Asimismo, de conformidad con los artículos 5.3, 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), esta Comisión es competente para conocer los conflictos que se planteen entre los operadores en materia de obligaciones de interconexión y acceso.

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 es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

Primero.- Descripción de la EdS de la OBA basada en fibra oscura

La EdS está incluida en la OBA como facilidad asociada al acceso desagregado o indirecto al bucle de abonado y consiste en la prestación de los servicios necesarios para la conexión a la red del operador desde la central de Telefónica en la que el operador se ha ubicado. En la actualidad, la OBA recoge diversas modalidades de este servicio, entre las que se incluye la EdS mediante fibra oscura (puesta a disposición de cables de fibra sin equipos de transmisión).

Mediante Resolución de 31 de mayo de 2012⁴, se introdujo una nueva modalidad de EdS mediante fibra oscura, en un nuevo apartado 3.13 en la OBA. Se estableció que en aquellas centrales con un número total de pares (activos + vacantes) igual o menor a 7.000, y cuando existan fibras excedentarias, Telefónica suministrará conexiones de fibra oscura de hasta 20 km en condiciones razonables y no discriminatorias para la Entrega de Señal.

En dicha Resolución se resolvió no fijar los precios de esta modalidad estableciendo, no obstante, que habrán de adecuarse a los principios de razonabilidad y no discriminación.

Si bien Telefónica es a menudo la única que puede ofrecer el servicio de EdS mediante fibra oscura al ser un servicio de ámbito limitado a la conexión de las centrales de Telefónica, y además restringido a las centrales de menor tamaño, debe tenerse en cuenta que la fibra oscura es un servicio extendido y ofrecido comercialmente por un buen número de agentes en otros entornos. Por consiguiente no faltan referencias en el mercado para acordar dichos precios.

⁴ Resolución, de 31 de mayo de 2012, sobre la solicitud de France Telecom España S.A.U. de modificación del servicio de Entrega de Señal de la OBA (MTZ 2011/2045).

Segundo.- Actuación de DTI2 y Telefónica tras la Resolución de 7 de enero

En su escrito inicial DTI2 indicaba la falta de voluntad de Telefónica para negociar, ya que esta operadora, según DTI2, simplemente se limitaba a reafirmar su postura inicial sobre el precio pero sin detallar los diferentes elementos que se incluían en la oferta, ni cambiar algunos aspectos técnicos que pudieran modificar a la baja el precio del servicio. DTI2 adjunta diferentes comunicaciones entre ambas partes que entiende muestran la falta de voluntad de negociación por parte de Telefónica incumpliendo así el mandato de la citada resolución del expediente DT 2013/108.

Por su parte, Telefónica afirma haber cumplido con todo lo estipulado en la resolución habiendo negociado el precio y quedando a la espera de que DTI2 realizara el primer pago de los servicios para proceder a la provisión del mismo.

Respecto a los precios de los servicios, Telefónica manifiesta haber utilizado como referencia los precios aprobados para el proyecto Xarxa Oberta⁵, así como los precios de trabajos y materiales incluidos en otras modalidades de EdS de la OBA. También indica que inició los trabajos de instalación y que no se han finalizado por falta de los permisos para acceder a las instalaciones de DTI2, adjuntando correo con la comunicación a DTI2 de dicha incidencia.

Para Telefónica es la propia DTI2 quién ha procedido a dilatar el proceso de provisión, obstaculizando la negociación sobre el precio, no negociando ningún acuerdo provisional, no procediendo a efectuar el pago previo de los servicios ni acudiendo a la CNMC en el plazo establecido en la citada resolución.

En relación con la petición de DTI2 de apertura de un expediente sancionador, Telefónica indica que los hechos denunciados ya fueron tratados en la Información previa a un procedimiento sancionador por incumplimiento de las resoluciones OBA citada en el antecedente segundo, archivada por acuerdo de la CNMC de 2 de octubre de 2014 al no encontrarse indicios de incumplimiento, debiendo por tanto también desestimarse la nueva petición de DTI2.

Telefónica considera que no existen hechos nuevos que deban ser analizados ni necesidad ni urgencia de adoptar medidas cautelares, considerando que ha cumplido con los términos de la resolución del expediente DT 2013/108, habiendo llegado incluso a iniciar los trabajos y reservar los medios necesarios y que la denuncia interpuesta por DTI2 ante la CNMC se ha presentado nueve meses después de la última comunicación entre ambas entidades.

De las comunicaciones aportadas por DTI2 se desprendería lo alegado por Telefónica en el sentido de que, esta última habría iniciado la provisión de los

⁵ Resolución, de 17 de mayo de 2012, relativa al análisis y revisión del segundo catálogo de precios de la Oferta de servicios mayoristas presentada por la Generalitat de Catalunya en el marco del proyecto "Xarxa Oberta" (MTZ 2011/2666).

servicios de EdS solicitados por DTI2 y de que la habría parado por la negativa de DTI2 para el acceso en sus dependencias, así como la falta del pago previo que debería haber sido acordado por ambas partes.

Asimismo, de dichas comunicaciones también se desprende que, aunque DTI2 habría intentado negociar el precio de los servicios, Telefónica se habría limitado a aportar el número de fibras, criterios básicos utilizados para los precios recurrentes y no recurrentes así como la distancia para cada EdS, pero sin aportar más detalles que permitieran a DTI2 validar la solución y el precio ofrecido y negociar en caso de no estar de acuerdo.

Ante estos hechos, y aunque Telefónica debería haber aportado más información respecto al servicio de EdS ofertado, DTI2 podría haber seguido lo indicado en la citada resolución DT 2013/108 y, pasados 20 días, haber acudido a la CNMC solicitando que ésta fijara las cantidades a depositar como prepago o estableciera la razonabilidad de las condiciones del servicio que Telefónica le ofrecía.

Teniendo en cuenta que no es hasta varios meses después, con el inicio de este procedimiento, que DTI2 acude a esta Comisión, no estaría justificado adoptar medidas cautelares en el presente procedimiento por no haberse acreditado su urgencia ni necesidad.

Tercero.- Análisis de la oferta de EdS mediante fibra oscura de Telefónica

DTI2 solicita que se modifique el texto de la OBA, incorporando las condiciones del contrato que finalmente sea ofrecido a DTI2. A este respecto, Telefónica indica en sus alegaciones que en el presente procedimiento se le estarían imponiendo nuevas obligaciones que requerirían un análisis previo de mercado, y que las condiciones que resultaran del presente expediente sólo serían de aplicación a las dos EdS solicitadas por DTI2.

Como ya se señaló en el anterior expediente DT 2013/108, al definir la modalidad de EdS mediante fibra oscura se estableció que los precios aplicables debían seguir el principio de razonabilidad y no discriminación, no siendo el objeto del presente expediente modificar dicha decisión ni incorporar ninguna modificación en la OBA.

No obstante, sí procede analizar la oferta presentada por Telefónica a DTI2 para valorar su razonabilidad tanto en precio como en condiciones de prestación del servicio. Su análisis debe entenderse en el ámbito del presente conflicto, si bien las conclusiones que se realicen son precedentes respecto a la forma de actuar de buena fe que, a juicio de la CNMC, debe seguir Telefónica en cualquier proceso de análisis de una solicitud de este tipo de servicio.

Descripción de la oferta presentada por Telefónica

Telefónica presentó a DTI2, con fecha 30 de enero de 2014, una oferta para los servicios de EdS mediante fibra oscura desde las centrales CO/Las Quemadas y CO/Amargacena, ubicadas en el municipio de Córdoba, hasta el domicilio del nodo principal de DTI2 situado también en Córdoba. Dicha EdS se soportaba sobre dos fibras ópticas para cada central. Asimismo, Telefónica incluye, entre otras, las siguientes condiciones de contratación:

- *“Los pares de fibra serán destinados exclusivamente para el Servicio de Entrega de Señal OBA.*
- *El período de permanencia de cada una de las conexiones por par de fibra óptica ofertadas será de 60 meses desde la puesta en servicio del mismo.*
- *Penalizaciones por cancelación anticipada de los servicios: Si DTI2 rescindiera el contrato antes del cumplimiento de los 60 meses para la totalidad o parte de los servicios contemplados en la presente oferta, deberá satisfacer en concepto de penalización el 50% del total de cuotas pendientes de pago de los servicios cancelados desde el momento de la baja hasta el cumplimiento del mes 60 de contrato.*
- *Queda expresamente prohibida la reventa de capacidad a terceros Operadores. En caso de incumplimiento de esta cláusula DTI2 deberá satisfacer en concepto de penalización la cantidad resultante de multiplicar por dos el total de las cuotas recurrentes de los 60 meses de contrato del par de fibras afectados por la reventa.”*

Los precios ofertados para ambas conexiones fueron los siguientes:

Servicio	Cuota Alta	Cuota Mes
EdS fibra Las Quemadas	6.727 €	2.075 €
EdS Fibra Amargacena	6.153 €	1.107 €

Asimismo, bajo el epígrafe *“Solución y condiciones adicionales”*, Telefónica incluye las siguientes condiciones para la prestación del servicio:

- Para el mantenimiento y gestión de averías, *“se atenderán solo eventos por corte de la fibra, debiendo el Operador enviar el diagnóstico y la traza reflectométrica⁶ con formato Bellcore (*.sor)”* así como *“el plazo normal de reparación para el 80% de las averías es de 13 horas”*.
- Para los tiempos de provisión y penalizaciones asociadas, Telefónica indica que *“Se excluyen en estos plazos los tiempos necesarios para construir acometidas y tender fibras”* fijando el plazo de provisión en *90⁷ días naturales, tras los que “empieza a contabilizarse el tiempo de*

⁶ Fichero que puede obtenerse de diferentes equipos de medición de fibra, con información sobre las distancias entre los extremos de la fibra y/o los posibles cortes existentes.

⁷ En el caso de las dos conexiones analizadas, Telefónica indica específicamente en la oferta que *“En el caso específico de las dos solicitudes de DTI2 contempladas en la presente oferta,*

permanencia de los circuitos respecto a los 60 meses comprometidos, aun no estando instalado el circuito por razones imputables a Telefónica”.

- Finalmente, se establecen las penalizaciones por retrasos en la entrega, que “*serán medidas en porcentaje sobre la cuota mensual de cada circuito y nunca superaran “el importe correspondiente a una cuota de abono mensual”:*

“1% diario por los primeros 7 días naturales a la fecha de disponibilidad prevista.

3% diario por los siguientes 7 días naturales consecutivos a los anteriores.

4% diario por los siguientes 7 días naturales consecutivos a los anteriores.

5% diario por los siguientes 7 días naturales consecutivos a los anteriores.”

Comentarios de DTI2 y Telefónica a la oferta

DTI2 alega que Telefónica introdujo en su oferta términos relevantes e inéditos en la OBA, como son la permanencia de 60 meses, penalizaciones en caso de baja anticipada, prohibición de compartición y acuerdos de nivel de servicio muy inferiores a otras modalidades de EdS de OBA. Asimismo, DTI2 remarca que Telefónica ofreció unos precios que entiende elevados para un servicio dentro del contexto de la OBA, más teniendo en cuenta las condiciones de prestación impuestas. Según DTI2, Telefónica se habría negado a detallar las cantidades, medidas y recorrido de la fibra oscura.

Asimismo, en sus alegaciones al trámite de audiencia, DTI2 propone, según el artículo 80.2 de la LRJPAC, que Telefónica aporte unas pruebas al presente conflicto. Concretamente, propone a la CNMC que requiera a Telefónica información respecto a contratos que incluyan condiciones similares a las que está ofreciendo a DTI2. No obstante, dado el carácter novedoso de los servicios objeto del presente conflicto, se estima que las condiciones ofrecidas por Telefónica en contratos de otros servicios y en diferentes situaciones no pueden ser tenidas en cuenta para valorar la oferta presentada por Telefónica para los servicios de EdS mediante fibra oscura solicitados por DTI2.

En consecuencia, y de conformidad con lo establecido en reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁸, no se estima oportuna la práctica de la prueba solicitada por DTI2, al no ser ésta necesaria para introducir nuevos hechos que puedan ser de aplicación en el presente conflicto.

Por otro lado, Telefónica, manifiesta que, tras las cuestiones planteadas por DTI2, contestó indicando las distancias así como los criterios utilizados para el cálculo de precios, utilizando los precios de Xarxa Oberta para las cuotas

los plazos de provisión de los servicios serán los establecidos en la resolución de la CNMC DT 2013/108 de 10/1/2014.”

⁸ Sentencia núm. 212/1990 de 20 diciembre, de la Sala Primera del Tribunal Constitucional.

mensuales, y para la cuota de alta un estudio específico que valora los trabajos y materiales necesarios, basándose en precios incluidos en la OBA para otras modalidades de EdS.

Se analizan en los epígrafes siguientes los puntos de discrepancia.

Uso de una única fibra

Al ofrecimiento de Telefónica de un servicio basado en un par de fibras, DTI2 contestó con la posibilidad de utilizar una única fibra al ser suficiente para sus necesidades, sin que esta Comisión tenga constancia que Telefónica ofreciera finalmente dicha posibilidad. Telefónica en múltiples ocasiones ha alegado sobre las posibles dificultades para provisionar la modalidad de EdS mediante fibra oscura debido a la escasez de recursos de fibra. Actualmente, la disponibilidad de equipos que permiten una transmisión bidireccional sobre una única fibra mediante técnicas WDM con un coste razonable, ofrecen la posibilidad de enlazar ubicaciones mediante el uso de una fibra con el consiguiente ahorro de recursos.

Debe recordarse que esta posibilidad está disponible en ofertas de referencia de fibra oscura como la disponible en Francia, y también la propia oferta comercial de Xarxa Oberta utilizada por Telefónica como referencia para el cálculo de los precios recurrentes permite la posibilidad de contratar una única fibra. Por consiguiente, esta Comisión considera razonable una solicitud de la modalidad de EdS mediante fibra oscura basada en una única fibra por lo que Telefónica debe atender una solicitud de este tipo y adaptar su oferta.

Cláusulas de permanencia

Las facilidades asociadas a la OBA, como la EdS, son servicios definidos para complementar la ubicación de los operadores en las centrales de Telefónica. En ninguna de las modalidades de EdS reguladas existe condición alguna sobre cláusulas de permanencia. Por otro lado tampoco en las ofertas comerciales de fibra oscura como la utilizada como referencia por Telefónica existe una cláusula de permanencia, disponiendo en todo caso de importantes descuentos sobre el precio inicial en caso de contratar los servicios con permanencias largas. Finalmente, la modalidad de fibra oscura está basada en la disponibilidad de fibra vacante ya existente, por lo que no requiere inversiones específicas.

Por todo ello no es razonable que los precios ofrecidos por Telefónica estén sujetos a condiciones de permanencia y en consecuencia deberá eliminarlas de la oferta realizada a DTI2.

Posibilidad de compartición

En el apartado 3.1 de la OBA se especifica de forma clara, que *“con carácter general, los operadores autorizados podrán alcanzar acuerdos particulares y privados entre ellos para conectar sus equipos y hacer así posible la utilización del servicio de entrega de señal en modo conjunto, en cualquiera de las*

modalidades contempladas”. En la propia Resolución en la que se estableció la modalidad de EdS mediante fibra oscura ya se señalaba como una de las ventajas y razones para introducirla, la posibilidad de ser compartida por diversos operadores al permitir una total independencia al escoger las capacidades de ancho de banda y tecnologías implementadas sobre ella.

De este modo, no procede la aplicación de la prohibición de la compartición o reventa de la capacidad sobrante a terceros operadores, así como la aplicación de ningún tipo de penalización para este supuesto ya que atenta contra lo indicado en el propio redactado de la OBA.

Plazo de entrega

La CNMC ya se pronunció sobre el plazo de provisión aplicable a este servicio. En efecto, la resolución de 7 de enero de 2014 estableció que Telefónica debía atender las solicitudes de DTI2 de entrega de señal de ámbito urbano mediante fibra oscura, previo pago del precio acordado entre las partes, y en el plazo de 45 días naturales. Telefónica manifiesta en sus alegaciones que la imposición de un plazo general de 45 días sería imposible de cumplir, siendo asumible un plazo de 90 días. Esta Comisión mantiene su posición de que la provisión se lleve a cabo en un plazo de 45 días teniendo en cuenta que el servicio se basa en fibras ya existentes, por lo que dicho plazo sería compatible con la realización de los trabajos necesarios para completar la provisión del servicio, y además es acorde con el de servicios regulados de similar índole.

Cuota mensual y distancia aplicable

Esta Comisión no encuentra inconveniente en la utilización de ofertas de terceros para establecer el precio, existiendo referencias suficientes en el mercado en las zonas competitivas que permiten asegurar el cumplimiento de los principios de razonabilidad y no discriminación. Los precios de Xarxa Oberta aprobados en la ya mencionada resolución MTZ 2011/2666 son una referencia válida, siempre y cuando las condiciones ofrecidas por Telefónica se alineen también con las del servicio prestado por Xarxa Oberta, así como a la cantidad de fibras solicitadas, en este caso, una conexión de una fibra.

El precio de la cuota mensual es directamente proporcional a la distancia entre los puntos terminales por lo que se hace necesario el análisis de las distancias entre ambas centrales en la que DTI2 solicita el servicio y sus dependencias. En respuesta al requerimiento de información realizado para conocer más detalles de la oferta, y poder valorar su razonabilidad, Telefónica aportó las distancias utilizadas para el cálculo de la cuota mensual de las EdS considerando las centrales intermedias por las que transcurren.

Central	Distancia aportada por TESAU (m)	Distancia línea recta entre centrales y extremos (m)
EdS fibra Las Quemadas	15010	7800
EdS Fibra Amargacena	8280	5260

Las distancias presentadas por Telefónica distan mucho de las calculadas como suma mediante una línea recta de cada uno de los tramos entre las centrales intermedias por las que pasa la fibra entre ambos extremos. La distancia utilizada en los servicios regulados no puede ser un parámetro subjetivo, debiendo ser una magnitud fácilmente medible y comparable, de forma que se pueda cumplir con la transparencia y la no discriminación. Por tanto, el criterio de distancia utilizado para el cálculo de los precios no puede ser un valor que ofrezca Telefónica, sin posibilidad de que el operador conozca el detalle de la ruta concreta, sino el resultante de trazar una línea recta entre todos los puntos de conexión, incluyendo las centrales intermedias donde Telefónica tiene fibras disponibles. Telefónica debe detallar dichas centrales al operador solicitante para que pueda comprobar las distancias repercutidas en la oferta final así como la existencia de posibles puntos de presencia alternativos donde el operador pudiera solicitar el servicio de EdS por fibra oscura.

Si bien es cierto que, tal como refleja Telefónica en sus alegaciones, la distancia recta puede presentar ciertas diferencias por cuestión de orografía o el uso de rutas troncales predeterminadas, los puntos intermedios que marcan las centrales en paso garantizan que la desviación no pueda magnificarse en exceso. De igual modo, no parece razonable que en el escenario estudiado en este procedimiento se produzca una gran desviación, debido a la capilaridad de la red de obra civil de la que dispone Telefónica en ciudades como Córdoba. Esta Comisión ve razonable el uso de una estimación igual a la suma de las distancias rectas entre las centrales en paso y extremo añadiéndose un porcentaje razonable, en concepto de desviación respecto a las distancias en línea recta.

A la vista de las referencias disponibles dicho porcentaje debe ser del 10%, valor que ya fue utilizado en el modelo de costes que la CNMC encargó a Analysis Mason, en el marco del análisis sobre el mercado mayorista de terminación de llamadas en redes fijas⁹.

En caso de que Telefónica considere que la distancia real es superior a dicha estimación, para utilizar la distancia exacta en la oferta deberá aportar trazado acotado y exacto del recorrido de las fibras, donde pueda observarse correctamente el trazado y calles por la que discurren dichas fibras, debidamente acotado por tramos para que el operador pueda comprobar las distancias repercutidas.

Por otro lado, se ha detectado un cambio en las centrales intermedias citadas por Telefónica para la EdS de Las Quemadas. Mientras en el expediente DT

⁹ Resolución por la cual se aprueba la definición y el análisis de los mercados mayoristas de terminación de llamadas en redes fijas, la designación de los operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al organismo de reguladores europeos de comunicaciones electrónicas (ORECE) (ANME/DTSA/628/14/M3-3ªRONDA).

2013/108 se indicó que el trayecto de la fibra pasaba por la central Gondomar, en respuesta al primer requerimiento realizado por esta Comisión en el marco del presente procedimiento, Telefónica incluyó la central Abderramán a dicho trayecto en lugar de Gondomar. En respuesta al segundo requerimiento, Telefónica indicó que la razón del cambio era hacer pasar el trayecto por la central Abderramán que al ser una futura cabecera óptica garantiza una mejor evolución futura, existiendo en ambas alternativas fibras libres para su uso. No obstante, no se justifica la vinculación del trayecto seguido por un servicio de EdS que conecta una central coubicada con el punto de presencia del operador coubicado en función de la central cabecera de la red de acceso de fibra óptica, por lo que no tiene sentido dicha modificación, menos si cabe, si ello comporta un aumento de la distancia con el consiguiente incremento del precio recurrente del servicio.

Cuota de alta

En respuesta también al requerimiento de información, Telefónica incluyó el desglose que se detalla a continuación correspondiente a las instalaciones en las centrales extremo y de paso, correspondiente a la cuota de alta y que no fue facilitado a DTI2 durante sus comunicaciones:

[INICIO CONFIDENCIAL]

[FIN CONFIDENCIAL]

Esta Comisión ve acertada la utilización de los precios presentes en la OBA para la valoración de los costes de material y trabajos, incluso los diferentes elementos utilizados, siempre y cuando sean ajustados al servicio provisionado y no aproximados ni sobredimensionados. Para un servicio de una fibra oscura no deberían ser aplicados trabajos o materiales correspondientes a cableado de 8 fibras como la roseta reflejada en el cuadro anterior.

A diferencia de lo manifestado en las alegaciones por DTI2, esta Comisión entiende que no se estarían utilizando dos referencias distintas para el cálculo de precios recurrentes y de alta, ya que en la oferta de Xarxa Oberta los precios publicados para el alta no incluyen ningún tipo de instalación en las ubicaciones extremo del servicio, siendo también responsabilidad del operador contratante del servicio sufragar dichas instalaciones.

Por su parte, Telefónica defiende tanto en respuesta a los requerimientos como en las alegaciones que el uso de estimaciones medias para el cálculo de los costes resulta en un buen compromiso entre recursos asignados y precisión. Esta Comisión entiende que la ausencia de servicios de EdS mediante fibra oscura provisionados en el contexto de la OBA no permite obtener unos valores de coste medio representativo para esta modalidad, por lo que sería necesario que los costes reflejaran los trabajos específicos necesarios en cada caso.

Telefónica alega que ello implicaría la realización de un estudio o proyecto en cada caso particular y que dicho estudio o proyecto debería ser cobrado al operador solicitante en caso de no contratación del servicio, no obstante esta Comisión entiende que la conexión de equipos dentro de la misma central, edificación preparada para la distribución de cableado, no requiere la realización de ningún proyecto complejo para establecer los trabajos y materiales necesarios.

En el presente caso, como detalla DTI2 en sus comunicaciones y alegaciones al trámite de audiencia, debido a su tamaño, las centrales de CO/Las Quemadas y CO/Amargacena no necesitarían trazados tan largos como los estimados por Telefónica en su propuesta y dicha longitud no debería sobrepasar unas decenas de metros. Igualmente, en el caso de la central Séneca, donde ya existen fibras conectadas con las dependencias de DTI2, Telefónica indica que realizó un estudio de viabilidad de dichas fibras, concluyendo que existían fibras utilizables y que se incluyeron como un tramo más de fibra en la oferta, por lo que los costes de dicha central extremo deberían ser como los establecidos para una central en paso.

Además, Telefónica asigna un precio de **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** para cada central extremo en concepto de pruebas y medidas extremo a extremo. Dichas comprobaciones no parecen aportar nueva información a la que puede aportar otras medidas como las ya realizadas y contempladas en el propio desglose de los conceptos para la central extremo aportado por Telefónica. Por consiguiente dichas medidas serían realizadas únicamente en caso de solicitud expresa del operador solicitante del servicio, que por otro lado también puede realizar sus medidas de comprobación.

Solución y condiciones adicionales

Telefónica establece un plazo para la reparación de averías o corte de la fibra de 13 horas, limitado al 80% de las incidencias. Dicho plazo no está en consonancia con los de otras modalidades de entrega de señal presentes en la OBA, que se establece en 6 horas sin limitación de porcentajes. Asimismo, la referencia utilizada por Telefónica para el cálculo de los precios de la cuota mensual, Xarxa Oberta, establece un plazo de 6 horas para las averías. Por consiguiente, las condiciones aplicables serán las mismas que en las otras modalidades de EdS de la OBA.

Telefónica manifiesta que el servicio de fibra oscura puede llegar a ser de 20km, con lo que no puede garantizar movilizar al personal correspondiente y solucionar la avería en el plazo establecido. Asimismo, alega que debido a la naturaleza del servicio, es probable que las reparaciones impliquen actuaciones que requieran de desplazamiento de maquinaria, realización de obra civil o gestión de permisos.

Debe señalarse que las 6h del plazo establecido son para recuperar la conectividad pero ello no implica necesariamente la completa reparación de la

posible destrucción del cable o canalización que se realizaría posteriormente. En caso de avería grave o destrucción de algún cable, Telefónica se vería también afectada pues sus fibras forman parte del mismo cable y canalización, por lo que recuperará sus conexiones en los métodos que tenga para ello establecidos. Por tanto, deberá actuar de forma similar con la conexión de fibra del operador solicitante, proporcionando una alternativa para restablecer la conexión del servicio dentro del plazo establecido.

Tampoco parece razonable que DTI2 o cualquier operador tenga que presentar una traza o fichero en un formato concreto y propietario para demostrar un corte o fallo en las fibras. Existen otros métodos simples para demostrar ese tipo de incidencias, por lo que no es razonable obligar a la utilización de determinados equipos concretos que permitan la obtención de la información de traza solicitada por Telefónica. En las alegaciones al trámite de audiencia, la misma Telefónica reitera que es imprescindible la traza para aceptar la avería, y que el formato Bellcore sería el estándar.

Esta Comisión entiende que, ante la falta de comunicación entre ambos extremos, la aparición de indicaciones de falta de señal en el equipo receptor, o simples medidas de potencia, y tras comprobar que el problema no reside en los emisores y receptores de los equipos propios, son suficientes para notificar la avería a Telefónica que deberá resolverla utilizando las actuaciones que considere adecuadas, sin necesidad de que DTI2 aporte más justificación que dicha falta de conexión.

En lo que refiere a las penalizaciones por retrasos en la entrega, Telefónica aporta una propuesta en su oferta con unas penalizaciones calculadas de forma distinta a las establecidas en la OBA para el resto de EdS. Son calculadas en base a la cuota mensual y no a la cuota de alta como se contabilizan en la OBA y con unos porcentajes aplicados diferentes. Esta Comisión considera que las penalizaciones aplicables a esta modalidad de fibra oscura deben ser las mismas que las que la OBA contempla para el resto de servicios de EdS y que se establecieron para promover que Telefónica tenga incentivos para provisionar el servicio dentro del plazo:

Servicio	Retraso	Penalización
Entrega de señal	Hasta 0,25 x Tmax	Dr x 2% cuota alta
	Desde 0,25 x Tmax	Dr x 3% cuota alta

Cuarto.- Condiciones de prepago y posible resolución del contrato

La resolución de 7 de enero de 2014 estableció que Telefónica debía atender las solicitudes de DTI2 de entrega de señal de ámbito urbano mediante fibra oscura en las centrales de Córdoba/Quemadas y Córdoba/Amargacena, previo pago del precio acordado entre las partes, y en el plazo de 45 días naturales. Ese requisito de prepago debe seguir siendo de aplicación al seguir dándose las circunstancias que lo justificaron.

Por otra parte, la obligación de Telefónica de atender las solicitudes de DTI2 debe entenderse sin perjuicio de lo dispuesto por la CNMC en la Resolución de 17 de marzo de 2015, conforme a la cual Telefónica está autorizada a cesar en la prestación de los servicios de acceso al bucle de abonado en favor de DTI2 en caso de que ésta no proceda al pago de la cantidad reclamada por la facturación emitida entre el 19 de noviembre de 2009 y el 10 de mayo de 2013, y cuya ejecución se encuentra pendiente de decisión por parte de la Audiencia Nacional debido a la solicitud de suspensión cautelar de la misma presentada por DTI2¹⁰.

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.- Telefónica puede cesar en la prestación de los servicios de acceso al bucle de abonado en favor de DTI2 en los términos establecidos en la Resolución de 17 de marzo de 2015.

Segundo.- Telefónica deberá, en caso de mantener la prestación de sus servicios de acceso al bucle de abonado en favor de DTI2 y siempre previo pago del alta del servicio, atender las solicitudes de DTI2 de Entrega de Señal mediante fibra oscura realizando las siguientes modificaciones en las condiciones ofrecidas:

- El plazo de provisión será de 45 días naturales desde el pago de la cuota de alta del servicio.
- Telefónica deberá atender las solicitudes basadas en una única fibra ajustando el precio a dicha configuración.
- Telefónica deberá eliminar las cláusulas de permanencia.
- Telefónica deberá eliminar cualquier cláusula que prohíba la compartición con otros operadores, siendo de aplicación las condiciones especificadas en la OBA para la compartición de la Entrega de Señal.
- El cálculo del precio de la cuota recurrente deberá basarse en la suma de las distancias en línea recta entre las centrales por las que

¹⁰ Solicitada por DTI2 en el marco del Recurso contencioso-administrativo presentado por dicho operador contra la Resolución de la CNMC de fecha 17 de marzo de 2015, (Procedimiento Ordinario 0000358/2015).

transcurre el servicio de fibra oscura con un incremento del 10% como factor de corrección.

- Para el cálculo del precio de la Entrega de Señal de la central de Las Quemadas, deberá tenerse en cuenta que la fibra óptica transcurre por la central de Gondomar en lugar de Abderramán, con la consiguiente aminoración de la distancia total.
- Las cuotas de alta de los servicios de EdS solicitados por DTI se calcularán en base a los trabajos específicos necesarios en las centrales involucradas en el presente caso debiendo ser desglosados y poder ser comprobados y verificados por el operador solicitante del servicio.
- Las medidas y comprobaciones extremo-a-extremo incluidas por Telefónica en su oferta, y por consiguiente el pago asociado, serán opcionales, siendo el operador solicitante el que decide si quiere realizarlas.
- Las condiciones aplicables a la modalidad de fibra oscura en relación con los plazos de resolución de avería y penalizaciones asociadas por retraso en la provisión serán los estipulados en la OBA para el resto de servicios de Entrega de Señal.
- Telefónica no podrá obligar a la aportación de una reflectometría para demostrar un corte de fibras o cualquier avería.
- Los tiempos de provisión establecidos por Telefónica en la oferta presentada a DTI2 deben incluir cualquier actuación necesaria para la provisión del servicio.

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.