



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

CERTIFICA:

Que en la Sesión /07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día de de 2007, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con el expediente RO 2007/823 se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE ACCESO PRESENTADO POR CABLEUropa, S.A. FRENTE A IBERDROLA, S.A. EN RELACIÓN CON LA INTERRUPCIÓN POR ESTA ÚLTIMA DEL SUMINISTRO DEL SERVICIO DE FIBRAS ALQUILADAS DEL TRAMO ALCUDIA-ALICANTE-MURCIA.

HECHOS

PRIMERO.- Escrito presentado por CABLEUropa, S.A.

Con fecha 6 de julio de 2007, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de D. Miguel Langle Barrasa, en nombre y representación de CABLEUropa, S.A., sociedad unipersonal (en adelante, ONO), en virtud del cual se plantea conflicto de interconexión frente a IBERDROLA, S.A. (en lo sucesivo, IBERDROLA), en relación con determinados problemas surgidos en el seno de la relación contractual existente entre ambos operadores que tiene por objeto el alquiler de fibra de IBERDROLA por parte de ONO.

En particular, ONO realiza las siguientes alegaciones:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que ONO, originalmente o en virtud de la absorción de Retecal Sociedad Operadora de Telecomunicaciones de Castilla y León, S.A. (en adelante, RETECAL) y de la absorción de Auna Telecomunicaciones, S.A.U. (en adelante, AUNA) es parte de los siguientes acuerdos de alquiler de fibra con IBERDROLA:

- Contrato para el arrendamiento de fibra oscura y su mantenimiento, suscrito entre ONO e IBERDROLA con fecha 14 de junio de 1999, y sus modificaciones posteriores (en adelante, Contrato Marco).

Los tramos alquilados al amparo de este Contrato Marco han ido variando a lo largo de los años, manteniendo en la actualidad, muchos de ellos, su vigencia, incluyendo los que se identifican en el Anexo 2 A de ampliación del Anexo 2 al Contrato Marco, suscrito por ONO e IBERDROLA con fecha 31 de julio de 2001, cuyo vencimiento tendrá lugar el próximo día 14 de julio de 2007 (en adelante, Anexo 2 A).

Las condiciones de alquiler de estos tramos resultan, además de lo establecido en el Contrato Marco y del Anexo 2 A, del Anexo 6 al Contrato Marco suscrito el 27 de diciembre de 2001 y de la carta remitida por ONO a IBERDROLA el 29 de enero de 2003, recibida y aceptada por esta última con fecha 15 de febrero de 2003.

- Contrato para el arrendamiento de fibra oscura y su mantenimiento, suscrito entre ONO e IBERDROLA con fecha 16 de abril de 2001.
- Contrato para el arrendamiento de fibra oscura y su mantenimiento, suscrito entre ONO (antes, RETECAL) e IBERDROLA con fecha 16 de noviembre de 1999.
- Contrato de alquiler de fibra oscura y su mantenimiento, suscrito entre ONO (originalmente MADRITEL COMUNICACIONES, S.A. absorbida por AUNA, absorbida a su vez por ONO) e IBERDROLA con fecha 16 de junio de 1999, que ha sido prorrogado.
- Contrato de prestación de servicios de uso de infraestructuras, suscrito entre ONO (originalmente AUNA) e IBERDROLA con fecha 16 de enero de 2001.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Acuerdo de intenciones suscrito entre ONO (originalmente, por CABLE I TELEVISIÓ DE CATALUNYA, S.A., absorbida por AUNA, absorbida a su vez por ONO) e IBERDROLA con fecha 14 de febrero de 2002.
 - Contrato de cesión de uso de infraestructuras para telecomunicaciones y servicios de mantenimiento y asistencia técnica suscrito entre ONO (antes AUNA) e IBERDROLA con fecha 13 de mayo de 1998 (en adelante, Contrato IRU).
- Que *“desde principios de 2007, ONO y NEO-SKY, S.A. (en adelante, NEO-SKY) e IBERDROLA, a petición de ésta, y ante la inminente terminación de los tramos alquilados en virtud del Anexo 2 A, han estado negociando el establecimiento de un acuerdo global de alquiler de fibra sustitutivo de los diversos acuerdos suscritos con el mismo objeto entre ambas partes desde el año 1998, y de modificación del Contrato IRU”*.
- Que es voluntad de ONO, una vez iniciada la renegociación señalada de la relación global existente para el alquiler de fibra, dotar de eficiencia al despliegue de su red, intentando unificar en un solo contrato dicha relación, y mantenerlo en sus mismos términos siempre que ello sea posible a la vista de dicha renegociación, o negociando, en su caso, una modificación puntual del mismo, encaminada a contemplar de forma expresa la segregación de las fibras utilizadas al amparo del mismo o la sustitución de ciertas fibras del Contrato IRU por otras alquiladas en la actualidad al amparo del Contrato Marco, en aras todo ello a realizar inversiones eficientes en infraestructuras.
- Que *“en el seno de la renegociación indicada, IBERDROLA está ofreciendo a ONO condiciones totalmente desproporcionadas y, seguramente, discriminatorias, en relación a las resultantes de los Contratos ONO y a las ofrecidas a otros operadores similares, tanto para el alquiler de nuevos tramos como para el alquiler de aquellos vigentes en la actualidad y suscritos al amparo del Contrato Marco (por cuanto que, respecto a estos últimos, elimina de forma absoluta las mejoras obtenidas como consecuencia de la asunción por ONO de determinados compromisos menos favorables que IBERDROLA sí pretende mantener, como por ejemplo, el relativo a la duración del alquiler)...”*.
- Que IBERDROLA está vinculando la negociación de ciertos elementos de la conexión de las dos redes de comunicaciones electrónicas a la aceptación por parte de ONO de determinadas condiciones, que perjudican la interoperabilidad de los servicios y generan ineficiencias en



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el despliegue de la red de ONO, que pueden afectar a la continuidad de la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas por parte de ONO.

- Que, por un lado, IBERDROLA está ofreciendo, tanto para los nuevos tramos que se pretendan alquilar como para tramos alquilados al amparo del Contrato Marco, cuya aplicación sigue vigente en la actualidad, unas condiciones de precio, penalizaciones por cancelación anticipada, descuentos y procedimiento de permuta de tramos desproporcionadas, en comparación con la realidad del mercado y en relación a las mejoras que ONO había obtenido a lo largo de la vigencia de los contratos firmados, así como seguramente discriminatorias, por razón de la desproporción existente.

Que, por otro lado, *“IBERDROLA vincula el inicio de las negociaciones encaminadas a dotar de eficiencia al despliegue de red de ONO en los tramos que se dirán a continuación, a la aceptación por parte de ONO de las condiciones indicadas en el párrafo anterior. En efecto, existe un tramo de fibras arrendadas en virtud del Anexo 2 A (tramo: Alcudia-Alicante-Murcia) que discurre por el mismo cable que otro tramo de fibras equivalentes arrendadas en virtud del IRU.”*

- Que las fibras sujetas al Contrato Marco fueron segregadas en virtud del mismo, esto es, se permitió conectar una determinada localidad con el tramo segregado para la conexión, para permitir dar servicio en determinadas localidades de la Comunidad Valenciana y Murcia en el tramo Alcudia-Alicante-Murcia.
- Que dado que las fibras sujetas al Contrato IRU y las sujetas al Contrato Marco son equivalentes, es decir, existe una duplicidad de red en el mismo tramo, y que, además, dichas fibras no están identificadas de forma individual, ONO considera eficiente para su despliegue de red disponer únicamente de uno de los tramos de fibras alquilados a IBERDROLA.
- Que por ello, ONO considera necesario en el marco de la renegociación de la relación de alquiler (i) o bien sustituir las fibras del Contrato IRU (sin segregar) por las fibras sujetas al Contrato Marco, pasando el uso de las mismas a ser regulado por las condiciones del Contrato IRU, (ii) o bien, poder segregar las fibras del Contrato IRU para poder prestar el servicio que en la actualidad presta a determinadas localidades de la Comunidad Valenciana y Murcia mediante fibras sujetas al Contrato Marco, y ello, en cualquier caso, a cambio de una contraprestación razonable y sin perjuicio del alquiler de la fibra que une la localidad de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

destino con el punto de conexión en las fibras del Contrato IRU o en las fibras sujetas al Contrato Marco, según la opción elegida.

- Que el Contrato IRU ni permite ni prohíbe de forma expresa la posibilidad de segregar fibras, si bien IBERDROLA lo ha permitido en otras situaciones.
- Que IBERDROLA, actualmente, ha negado la posibilidad de que ONO segregue las fibras del Contrato IRU, así como la posibilidad de sustituir las fibras del Contrato IRU por las fibras sujetas al Contrato Marco, señalando que, antes de valorar tal petición, ONO debe aceptar las condiciones de precio, penalización por cancelación anticipada, descuentos y procedimiento de permuta de tramos que le ofrece para la renegociación de la relación global de alquiler de fibra para nuevos tramos y para tramos vigentes, y que resultan desproporcionadas y discriminatorias.
- Que, ante la inminente terminación del Anexo 2 A, las partes acordaron prorrogar el plazo del mismo por el período de un mes, esto es, hasta el día 14 de julio, en tanto negociaban las condiciones del futuro contrato único y la modificación del Contrato IRU, en lo que atañe a las fibras del Contrato IRU y a las fibras sujetas al Contrato Marco.
- Que las negociaciones no han avanzado, razón por la que el 25 de junio de 2007, ONO dirigió a IBERDROLA un burofax en el que se solicitaba que se atendiera, antes del día 2 de julio de 2007, la solicitud de respetar de forma razonable las condiciones adquiridas durante la vigencia de los Contratos firmados, así como la cuestión relativa a la sustitución de fibras solicitada en el marco de la renegociación, anunciando la presentación del presente conflicto de interconexión ante la CMT, ante una eventual negativa o silencio por parte de IBERDROLA.
- Que, dada la imposibilidad de alcanzar un acuerdo sobre las cuestiones planteadas, IBERDROLA emitió un burofax de fecha 29 de junio de 2007 en el que se comunica el corte del servicio de las fibras alquiladas al amparo del Anexo 2 A (que incluye el tramo Alcudia-Alicante-Murcia, implicando la interrupción del servicio, la imposibilidad de ONO de prestar servicios, entre otras, a poblaciones como Orihuela, donde se cuenta con un total de [CONFIDENCIAL] a los que ONO actualmente está prestando servicios de comunicaciones electrónicas). Así, ONO interpuso conflicto ante esta Comisión, respecto de las siguientes cuestiones:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *“Las condiciones relativas al precio, penalizaciones por cancelación anticipada, descuentos y procedimiento de intercambio de tramos, por discriminatorias y desproporcionadas, afectando a la garantía de interoperabilidad de los servicios.*
 - *La negativa a sustituir las fibras del Contrato IRU por las fibras del Contrato Marco o a permitir las segregaciones de las fibras sujetas al Contrato IRU, por afectar tal negativa a la continuidad de los servicios y, en consecuencia, a la interoperabilidad de los servicios.”*
- Que IBERDROLA tiene la obligación de negociar la interconexión de su red de comunicaciones electrónicas con la de ONO en condiciones objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias, de conformidad con los apartados segundo y quinto del artículo 11 de la Ley General de Telecomunicaciones, de 3 de noviembre (en adelante, LGTel) y su normativa de desarrollo.
 - Que la imposibilidad de alcanzar un acuerdo de interconexión perjudica gravemente la garantía de interoperabilidad de los servicios, y afecta uno de los objetivos de la LGTel establecidos en su artículo 3, como es el de fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas.
 - Que las condiciones esenciales de la interconexión como son las relativas al precio, penalizaciones por cancelación anticipada, descuentos y procedimiento de intercambio de tramos ofrecidas por IBERDROLA se alejan de forma sustancial de las que venía disfrutando ONO hasta la fecha, sin que existan razones sobrevenidas que justifiquen una modificación tan desproporcionada del alcance que pretende IBERDROLA en el seno de la actual negociación.
 - Que la negativa de IBERDROLA a considerar la cuestión planteada por ONO respecto de las fibras sujetas al Contrato Marco impide su inclusión en el ámbito del acuerdo único global que se pretende suscribir, logrando con ello la percepción de las cantidades correspondientes al alquiler de las mismas como nuevos tramos, y ello con independencia de la exigencia de la propia LGTel de promover una inversión eficiente en materia de infraestructuras.
 - Que, a mayor abundamiento, una eventual negativa de IBERDROLA a la modificación puntual del Contrato IRU que propone ONO, conculcaría la garantía de conexión extremo a extremo consagrada en la Directiva de Acceso 2002/19/CE, al controlar indirectamente IBERDROLA el acceso de los usuarios finales a la red. Y ello, porque la segregación de una



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

fibra permite ofrecer servicio a los usuarios localizados en la zona donde se instala la línea segregada conectada a la red troncal de fibra alquilada a IBERDROLA, teniendo un impacto en la conexión de extremo a extremo de los usuarios al controlar IBERDROLA el acceso a tales efectos.

Formuladas estas alegaciones, ONO solicita a esta Comisión que proceda a:

- (i) *“Fijar las condiciones de precios, penalizaciones por cancelación anticipada, descuentos y procedimiento de permuta para los nuevos tramos que ONO quiera alquilar y también para los tramos alquilados al amparo del Contrato Marco y que siguen vigentes en la actualidad, en la línea de la propuesta facilitada por ONO a IBERDROLA.*
- (ii) *Sustituir las fibras del IRU por las fibras sujetas al Contrato Marco (que incluyen el tramo Alcudia-Alicante-Murcia), pagando las cuotas de mantenimiento del tramo extremo a extremo de conformidad con el IRU y el alquiler del tramo segregado de conexión entre la localidad de destino y el punto de conexión de conformidad con las condiciones que fije la CMT al amparo de lo solicitado en el número anterior.*
- (iii) *Subsidiariamente, en el supuesto de que esa CMT no considere apropiada la sustitución de las fibras del IRU por las fibras sujetas al Contrato Marco, permitir la segregación de las fibras del IRU, asumiendo ONO los costes que resulten de dicha segregación, pagando las cuotas de mantenimiento de las fibras del IRU y el alquiler del tramo segregado de conexión entre la localidad de destino y el punto de conexión con las fibras del IRU, de conformidad con las condiciones que fije la CMT al amparo de lo solicitado en el número (i).”*

Asimismo, ONO solicita de esta Comisión la adopción de la siguiente medida cautelar:

“... se solicita la adopción de la medida cautelar consistente en que Grupo Iberdrola siga prestando a ONO el servicio de alquiler de fibra en el tramo Alcudia-Alicante-Murcia incluido en el Anexo 2 A en sus términos actuales hasta la resolución del presente conflicto, a los efectos de asegurar la eficacia de la resolución que recaiga en el mismo, que se justifica por cumplirse los requisitos exigidos por la legislación aplicable para su adopción”.

SEGUNDO.- Apertura de procedimiento para la resolución del conflicto.

Con fecha 9 de julio de 2007, mediante sendos escritos fechados el mismo día, y en cumplimiento de lo establecido en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), se comunicó a los interesados, ONO e IBERDROLA, que había quedado iniciado expediente



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

administrativo para la resolución del conflicto planteado por la primera de estas entidades.

TERCERO.- Escrito de alegaciones de IBERDROLA de 10 de julio de 2007.

Con fecha 11 de julio de 2007, IBERDROLA presentó escrito de alegaciones en el que afirmaba, esencialmente, lo siguiente:

- Que un problema en la negociación de las condiciones del arrendamiento de fibra oscura no es un conflicto de interconexión ni un conflicto de acceso, sino una discrepancia entre dos partes sobre un contrato puramente derivado del alquiler de un tramo de red troncal (que ni interconecta la red de ONO con la de IBERDROLA ni da acceso a ONO a la red de IBERDROLA), en cuya negociación ninguna de las dos partes está sujeta a restricción alguna.
- Que la fibra oscura de IBERDROLA alquilada a ONO no es una red pública de comunicaciones electrónicas, ya que a través de ella IBERDROLA no presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público.
- Que con fecha 9 de julio de 2007, IBERDROLA ha remitido escrito a ONO mediante el cual le comunica a ésta que los servicios prestados a través de los acuerdos de arrendamiento de fibra oscura se mantendrán hasta el próximo 30 de septiembre de 2007. Durante este plazo, añade IBERDROLA, *“ambas partes pueden llegar a un acuerdo que todavía no han podido alcanzar y, por otro lado, ONO podrá ir buscando alternativas a ese arrendamiento, para el caso de que no haya acuerdo”*.
- Que, en consecuencia, no concurre el requisito del *“periculum in mora”*, que justifique la adopción de la medida cautelar. *“IBERDROLA en un acto de buena fe, ha decidido mantener los servicios y dar un plazo de casi tres meses más a ONO para intentar llegar a un acuerdo. Esta ampliación de plazo supone que, a día de hoy, no tenga que adoptarse ninguna medida cautelar, puesto que no se va a dejar sin servicio a ONO y, en consecuencia, a sus usuarios”*.

CUARTO.- Aprobación de la Resolución adoptando medidas cautelares.

Esta Comisión aprobó, con fecha 12 de julio de 2007, la Resolución por la que se adoptó medida cautelar consistente en que IBERDROLA siguiera prestando a ONO el servicio de alquiler de fibra en el tramo Alcudia-Alicante-Murcia, de forma idéntica a como lo viniera prestando hasta entonces en el marco de su relación contractual.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Dicha Resolución fue notificada a las partes interesadas con fecha 19 de julio de 2007.

QUINTO.- Escrito de alegaciones de IBERDROLA de 20 de julio de 2007.

Con fecha 24 de julio de 2007 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de IBERDROLA que, en síntesis, son las siguientes:

- Que la “fibra oscura” de IBERDROLA no es una red pública de comunicaciones electrónicas puesto que la misma se utiliza, por definición, en su totalidad o principalmente, para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público, y éste no es el caso en el que nos encontramos, ya que IBERDROLA la alquila a otros operadores que, eventualmente, pueden destinarlas a prestar este tipo de servicios, pero nunca lo hace IBERDROLA directamente.
- Que como esta Comisión ha señalado “*el operador sólo ofrece el medio de transporte sin ningún tipo de elemento activo, de forma que es dicho usuario el que deberá iluminar la fibra óptica mediante los equipos de transmisión correspondientes*”, es decir, la fibra oscura solamente puede ser aquella que no se utiliza para la prestación de ningún tipo de servicio de comunicaciones electrónicas, ya que si se estuviera prestando, no sería fibra oscura.
- Que según la definición de interconexión, la conexión lógica permite que las dos redes interconectadas puedan transmitirse información, mientras que en el presente caso sólo hay una red, la de ONO, y ello, porque la fibra oscura se integra en su red y pasa a formar parte, exclusivamente, de la misma. Es decir, IBERDROLA arrienda únicamente un determinado material físico sin prestar un servicio de carácter lógico como pueda ser la capacidad de transmisión entre dos puntos, el transporte de señales o la conmutación de éstas.
- Que incluso si nos encontráramos ante un conflicto de acceso o interconexión, la CMT no podría intervenir en cualquier caso, pues para hacerlo precisa de la existencia de una obligación específica que pueda estar siendo incumplida o que el operador haya sido declarado con peso significativo en el mercado.
- Que IBERDROLA no tiene obligaciones específicas ni en su antigua licencia, ni obligaciones de servicio público, ni ha sido declarado operador con peso significativo en el mercado.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que tampoco tendría IBERDROLA la obligación de conexión extremo a extremo recogida en el artículo 12 de la LGTél puesto que la norma se refiere a conexión entre usuarios conectados a dos redes de comunicaciones, no a usuarios que únicamente se hallen conectados a la red de ONO.
- Que la intervención de la CMT en conflictos de esta naturaleza sólo está justificada si media algún interés público que tutelar, que en este caso no existe.
- Que la fibra oscura que IBERDROLA proporciona a ONO es perfectamente sustituible, no teniendo aquélla usuarios finales a los que haya que garantizar la interoperabilidad. Lo único que existe son unas condiciones contractuales libremente pactadas por las partes.
- Que la no consideración de un mercado de referencia para el caso que nos ocupa por parte de la Comisión Europea implica asumir que el mercado de referencia no presenta problemas de competencia, por cuanto está garantizada la oferta con terceros o la sustitución de servicios de alquiler de tramos de fibra oscura por otras alternativas, como puede ser el de inversión en red propia.
- Que ONO está intentando solventar las ineficiencias de su red de transporte causadas por ella misma al proceder a diversas absorciones de empresas con tramos de fibra oscura mediante un conflicto de interconexión eludiendo sus obligaciones contractuales.
- Que IBERDROLA tiene que realizar inversiones en el arrendamiento de tramos de fibra oscura cada vez que recibe una solicitud, razón por la cual se ve obligada a establecer periodos mínimos de contratación en sus contratos, con las correspondientes penalizaciones por rescisión anticipada del periodo de duración pactado para cada uno de los tramos de fibras oscuras solicitadas.
- Que cuando se habla de eficiencia en inversión en redes se ha de considerar la eficiencia global de todos los agentes que intervienen en la creación de la red, en este caso IBERDROLA y ONO conjuntamente, y no sólo este último, siendo además IBERDROLA quien asume mayor riesgo en la creación de redes al crear la infraestructura y los tramos de fibra mientras que ONO invierte en los equipos de transmisión y/o conmutación.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que ONO se encuentra con varias redes de transporte resultantes de las diversas compañías adquiridas y fusionadas, y habiendo realizado en su momento IBERDROLA todas las inversiones asociadas a dichos tramos, no puede esta última compensar esas inversiones ante la cancelación de aquellos tramos solicitados por ONO que todavía no han llegado a su vencimiento, quedando a expensas de la voluntad del operador contratante de respetar o no la duración contratada de cada tramo de fibra oscura si así se hiciera.
- Que respecto al intercambio de fibras solicitado por ONO, IBERDROLA podría o no permitir cambiar un tramo de fibra oscura por otro, una vez que analizara las pérdidas de sus inversiones en los tramos de fibra oscura que se dejarían de prestar y la nueva inversión que tendría que realizar en el nuevo tramo de fibra oscura que se solicitara, suponiendo ello una facultad propia como proveedor y no pudiendo ser considerada como una obligación para IBERDROLA respecto de las solicitudes de tramos de fibra oscura.
- Que en cuanto a la segregación de tramos de un alquiler de fibra oscura, no se encuentra contenida en los contratos en vigor y la misma deberá ser acordada de mutuo acuerdo.
- Que en vez de segregaciones lo que existe es una baja de un tramo y alta de varios subtramos con puntos de origen y destino diferentes, así como nuevos tramos parciales. Por tanto, lo que ONO solicita ya lo puede implementar mediante la operativa de bajas y altas.
- Que como demuestra el acta de reunión de 20 de marzo de 2007, las negociaciones no han sido iniciadas ni por IBERDROLA ni por NEO-SKY sino por el contrario, fue ONO quién solicitó el inicio de las mismas.
- Que ONO pretende evadir sus obligaciones contractuales forzando la negociación del reducido conjunto de tramos que permanecerían activos tras la cancelación masiva de tramos en los que ya no está interesada con condiciones de descuento por volumen no ya similares a las actuales, sino muy superiores y lejanas a la realidad del mercado, evitando cumplir con sus obligaciones de cancelaciones anticipadas o inaplicación de descuentos por volumen a las que está sometida.
- Que resulta lógico, en una renegociación de nuevo contrato global, que los descuentos por volumen que IBERDROLA ofrezca sean inferiores, pero no por ser discriminatorios, sino simplemente por situarse en un escalón inferior en la tabla de descuentos que corresponda al disponer de menor volumen de contratación.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que dicho lo anterior, IBERDROLA, en aras a favorecer el mutuo entendimiento entre las partes, ha mejorado dichas condiciones ofreciendo descuentos comerciales similares a los anteriores volúmenes de contratación y para la totalidad de los tramos y no sólo para los tramos de CABLEEUROPA.
- Que la propia ONO se contradice en sus argumentos puesto que, de forma paralela a la renegociación, ha contratado nuevos tramos de fibra oscura en nuevos contratos con condiciones muy diferentes a las que solicita en las negociaciones.
- Que el hecho de que IBERDROLA no acepte las pretensiones de ONO de mantener unas condiciones contractuales históricas, para menores volúmenes de contratación que los históricos, no implica que se esté comportando de forma desproporcionada ni discriminatoria, sino que se está negociando libremente sobre la base de una nueva situación comercial entre ambas partes y al amparo del principio de libertad de empresa, debiendo tenerse en cuenta que, en caso de que no exista acuerdo de renegociación, no existe conflicto, sino simplemente falta de acuerdo comercial, disponiendo ONO de otras alternativas a los servicios de IBERDROLA para garantizarse su red de transporte.
- Que los contratos de fibra oscura que tiene con ONO son claramente diferenciados, al tratarse de contratos en alquiler o contratos de cesión de uso (IRU) y los mismos son claramente diferentes, por lo que realizar un cambio de tramos de fibras entre ambos contratos, como propone ONO, es inviable.
- Que IBERDROLA *“ha demostrado que ha negociado, negocia y negociará de buena fe, eso sí, ofertará para percibir una contraprestación justa a sus servicios y como no podía ser de otra forma, no se hará cargo de las consecuencias de las operaciones corporativas de compras, fusiones y absorciones de empresas del Grupo ONO, que naturalmente se incluyeron en el “Due Diligence” que Grupo ONO hizo en su día así como en el impacto en la sociedad fusionada”*.
- Que se pone de manifiesto que ONO ha incumplido de forma reiterada los contratos firmados con IBERDROLA, llegando a adeudar sistemáticamente determinadas cantidades sin que medie justificación alguna, como muestran los continuos requerimientos realizados a dicho operador.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que respecto a la solicitud de ONO de requerir a IBERDROLA los contratos firmados con otros operadores de redes de comunicaciones electrónicas para el alquiler de fibra óptica, a efectos de verificar las condiciones ofrecidas en los mismos y ver si son desproporcionadas o discriminatorias, dicha petición resulta desproporcionada e incongruente, por cuanto cada uno de esos contratos ha sido producto de una negociación individualizada, concurriendo circunstancias “sui generis” en las mismas, no siendo coherente comparar los términos y condiciones de cada relación contractual.

Formuladas estas alegaciones, IBERDROLA solicita a esta Comisión que proceda a:

1. *“Archivo del presente expediente considerando que el conflicto planteado no es un conflicto de acceso o interconexión al ser los servicios ofrecidos por el Grupo IBERDROLA, de tramos de fibra oscura, sin tráfico alguno entre operadores ni servicios de comunicaciones electrónicas prestados a usuarios. No concurre en el presente caso interés público alguno.*
2. *Subsidiariamente, para el supuesto de que la CMT considere que el conflicto planteado tiene la naturaleza de conflicto de acceso y/o interconexión, la CMT desestime que existe discriminación o desproporcionalidad respecto de los servicios de alquiler de tramos de fibras oscuras de IBERDROLA al no estar regulado el mercado de referencia y no haber sido declarado el Grupo IBERDROLA operador con poder significativo en el mercado, ni tener ésta el control o acceso de los usuarios de la red.*
3. *Consecuentemente, y considerando que no concurren los elementos previstos en la regulación vigente, se desestime, en lo sucesivo, la imposición de interconectar la red de IBERDROLA en condiciones distintas a las actualmente vigentes relativas a precios, penalizaciones, cancelaciones por rescisión anticipada, descuentos, permutas y segregaciones.”*

SEXTO.- Remisión a las partes del Informe Preliminar.

Mediante sendos escritos de fecha 4 de octubre de 2007, con salida de esta Comisión el día 11 del mismo mes, una vez finalizada la instrucción del procedimiento y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la LRJPAC, se procedió a comunicar a los interesados, ONO e IBERDROLA, la apertura del trámite de audiencia previo a la resolución definitiva del expediente así como el Informe elaborado por los Servicios de esta Comisión de fecha 4 de octubre de 2007.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SÉPTIMO.- Escrito de alegaciones de IBERDROLA de 29 de octubre de 2007.

Con fecha 5 de noviembre de 2007 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de la representación de IBERDROLA por el cual presentaba de nuevo alegaciones y en el que, en resumen, manifestaba lo siguiente:

- Que de acuerdo con lo establecido en el Informe Preliminar las discrepancias existentes entre IBERDROLA y ONO han de ser resueltas en el marco de una negociación global en base a su ya dilatada relación contractual y, en última instancia, ante la jurisdicción civil.
- Que lo que la LGTel pretende con el principio de “*promover la inversión eficiente de los operadores*” es orientar la actuación de los poderes públicos de modo que procuren abrir a terceros redes no duplicables de manera eficiente y promover la inversión en aquello que tenga capacidad de incrementar la pluralidad y calidad de redes y servicios.
- Que la CMT ni tan siquiera debería analizar si el conflicto que nos ocupa afecta o no a los principios establecidos en el artículo 3 puesto que, aun cuando se vieran tales principios afectados, la CMT no podría exigir a IBERDROLA que diera acceso a su fibra oscura a ONO, ni podría imponer condiciones para tal acceso o alterar los plazos, servicios, penalizaciones pactados libremente por ambas partes.

OCTAVO.- Escrito de alegaciones de ONO de 29 de octubre de 2007.

Con fecha 5 de noviembre de 2007 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de la representación de ONO por el cual presentaba de nuevo alegaciones y en el que, en resumen, manifestaba lo siguiente:

- Que ONO desiste de la pretensión primera indicada en el escrito del conflicto presentado relativa a la solicitud a esta Comisión de que fije, con carácter global, las condiciones de precios, penalizaciones por cancelación anticipada, descuentos y procedimiento de permuta que han de regir para la totalidad de tramos vigentes y para aquellos nuevos que se contraten, solicitando que se delimite el objeto del conflicto al desacuerdo existente entre las partes en relación con el tramo concreto de Alcoy-Alicante-Murcia.
- Que ONO entiende justificada la intervención de esta Comisión basándose en la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 apartados a) y e) de la LGTel, y por tanto, en aras del interés jurídico-



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

público que puede verse afectado en caso de no alcanzarse un acuerdo en relación con dicho tramo.

- Que solicita a esta Comisión que, en la Resolución que se dicte, imponga a las partes una solución que promueva la inversión eficiente en despliegue de red y, con ello asegure la defensa de los intereses de los usuarios afectados, proponiendo que:
 - Se imponga a IBEDROLA el intercambio de fibras en el tramo en cuestión por ser la opción más eficiente.
 - Subsidiariamente, se obligue a IBEDROLA a ofrecer a ONO la conexión de fibra cedida del IRU a los puntos de conexión realizados sobre la fibra alquilada que unen la misma con los nodos de ONO, en las localidades de Alcoy, Orihuela y Rocamora, exigiendo que dicha conexión sea la más eficiente y menor coste.
 - Subsidiariamente a lo anterior, se exija a IBEDROLA ofrecer cualesquiera otras soluciones que, a juicio de esta Comisión, sean igualmente eficientes para garantizar el mantenimiento de las conexiones realizadas en esas localidades.

- Que teniendo en cuenta que las propias cláusulas del Contrato Marco establecen que las partes negociarán la posible prórroga del mismo sobre la base de la buena fe de forma que se permita asegurar la continuidad de la operatividad de la red de telecomunicaciones de las operadoras, IBEDROLA estaría incumpliendo las mismas, por cuanto no está dispuesta a ofrecer una solución de continuidad eficiente y que garantice el servicio, alejándose con ello del principio de buena fe que ha de regir su actuación. Es más, estaría indirectamente obligando a ONO, en último término, a que ante unas alternativas costosas y por ello ineficientes se vea obligado a dejar de prestar sus servicios a los usuarios.

- Que si esta Comisión no tuviera en cuenta lo anterior dictase una obligación a IBEDROLA de mantener durante un período mínimo de seis meses el servicio de alquiler de fibra donde ONO tiene realizadas sus conexiones para poder cubrir las localidades de Alcoy, Orihuela y Rocamora, teniendo en cuenta la tabla que aporta a su escrito donde se detallan las opciones con que cuenta ONO para implementar su red al margen del alquiler de fibra a IBEDROLA y el coste de dichos tramos.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial para conocer del conflicto planteado.

El artículo 48.2 de la LGTel determina cuál es el objeto que tiene este organismo público que, entre otros aspectos, alcanza a la resolución de los conflictos que se produzcan entre los operadores:

*“La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora, **la resolución de los conflictos entre los operadores** y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos.”*

En relación con este objeto, y en lo que afecta a las materias de telecomunicaciones reguladas en la LGTel, el artículo 48.3.d) de la misma atribuye a la CMT la siguiente función:

*“La resolución vinculante de los **conflictos que se susciten entre los operadores en materia de acceso e interconexión de redes**, en los términos que se establecen en el título II de esta Ley, así como en materias relacionadas con las guías telefónicas, la financiación del servicio universal y el uso compartido de infraestructuras. (...)”*

El Título II de la LGTel viene rubricado con el título “*Explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de libre competencia*”. A su vez, el Capítulo III de dicho título se refiere al “*Acceso a las redes y recursos asociados e interconexión*”. Interesa recordar el ámbito de aplicación de este capítulo. Así, el artículo 11.1 de la LGTel señala:

*“Este capítulo y su desarrollo reglamentario serán aplicables a la **interconexión y a los accesos a redes públicas de comunicaciones electrónicas** y a sus recursos asociados, salvo que el beneficiario del acceso sea un usuario final”.*

Más aun, en relación con los conflictos que se puedan producir en las relaciones entre operadores, el artículo 11.4 de la LGTel señala que:

*“La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la **adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3**”.*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por su parte, el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (en lo sucesivo, Reglamento de Mercados), reitera los anteriores principios.

IBERDROLA manifiesta que no nos encontramos ante un conflicto de interconexión o un conflicto de acceso, sino ante una discrepancia entre dos partes sobre un contrato puramente derivado del alquiler de un tramo de red troncal (que ni interconecta la red de ONO con la de IBERDROLA ni da acceso a ONO a la red de IBERDROLA), en cuya negociación ninguna de las dos partes está sujeta a restricción alguna. En base a lo anterior, a juicio de IBERDROLA, esta Comisión carece de competencia para resolver sobre el fondo de la controversia.

Señala IBERDROLA, en su escrito de alegaciones de 11 de julio de 2007, que la red que ésta alquila a ONO no es una red pública de comunicaciones electrónicas, ya que a través de ella IBERDROLA no presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público.

De acuerdo con el Anexo II de la LGTel, “*red pública de comunicaciones electrónicas*” es aquella red de comunicaciones electrónicas que se utiliza, en su totalidad o principalmente, para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público. Es decir, para poder calificar una red de comunicaciones como una red pública es necesario que el servicio que se soporta sobre la misma sea un servicio de comunicaciones electrónicas y que, además, esté disponible al público en general. Por lo tanto, se estará ante un supuesto de explotación de red o prestación a terceros de servicios de comunicaciones electrónicas en el caso de que el suministrador ofrezca su actividad al público, esto es, que haga una oferta pública de la actividad.

Así, en contra de lo alegado por IBERDORLA, para que una red sea considerada de comunicaciones electrónicas no resulta necesario que el titular de la misma, en este caso IBERDROLA, tenga que prestar servicios de comunicaciones electrónicas, basta que el servicio de comunicaciones electrónicas lo preste a quien se le cede la red, en este caso ONO.

Por otro lado, esta Comisión ha reiterado en numerosas ocasiones que cuando un operador tiene la intención de explotar redes o prestar servicios de comunicaciones electrónicas debe notificar su intención a esta Comisión, al objeto de que se inscriba en el Registro de Operadores. Esta obligación de notificar a la Comisión sólo nace cuando el servicio a prestar es un servicio de comunicaciones electrónicas o cuando la red a explotar sea una red pública de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

comunicaciones electrónicas, es decir, cuando sobre la misma se presten servicios de comunicaciones disponibles al público. Asimismo, la Ley prevé una excepción a esta obligación de notificar a favor de quienes exploten redes y presten servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de autoprestación.

Por ello, como es conocido por IBERDROLA, la misma está inscrita en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas para explotar una red de comunicaciones electrónicas, consistente concretamente en una red de fibra oscura, sin equipos de conmutación, transmisión, recepción o procesado de señales (derivada de la obtención de su antiguo título habilitante de licencia individual de tipo C1).

Dicho esto, resulta necesario determinar ahora si nos encontramos ante un conflicto de interconexión o de acceso, sobre los que esta Comisión tiene competencia para resolver.

Efectivamente, como señala IBERDROLA en su escrito de alegaciones, el alquiler de fibra oscura no se puede encuadrar en la definición de interconexión que establece la LGTel, puesto que es necesaria la existencia de *“una conexión física y lógica de las redes públicas de comunicaciones utilizadas por un mismo operador o por otro distinto, de manera que los usuarios de un operador puedan comunicarse con los usuarios del mismo operador o de otro distinto, o acceder a los servicios prestados por otro operador”* tal y como se define en el Apartado 14 del Anexo II de la LGTel y en este caso, IBERDROLA únicamente arrienda un determinado material físico sin prestar un servicio de carácter lógico.

La fibra oscura se caracteriza por ser aquella fibra que necesita de los equipos de transmisión conectados para que la iluminen, esto es, que la activen, de forma que sin ellos es un dispositivo pasivo que no permite el tráfico. Así, en el caso que nos ocupa, ONO utiliza la fibra alquilada de IBERDROLA introduciendo los correspondientes elementos necesarios para ofrecer servicios de comunicaciones electrónicas desde un punto a otro del tramo de red alquilada, razón por la cual no podemos calificar de interconexión la conexión física y no lógica que ofrece IBERDROLA al alquilar su red de fibra a otros operadores.

Como ya se ha determinado por esta Comisión¹, la cesión de un operador a otro de determinada fibra oscura sí que se encuadra en la definición que

¹ Resolución de 5 de febrero de 2004 relativa al conflicto de acceso planteado por AUNA TELECOMUNICACIONES, S.A. contra DESARROLLO DEL CABLE, S.A. en relación con la imposición de condiciones abusivas para el acceso a la red de DESARROLLO DEL CABLE, S.A.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

establece la misma Ley relativa al Acceso, al señalarse que se trata de *“la puesta a disposición de otro operador, en condiciones definidas y sobre una base exclusiva o no exclusiva, de recursos o servicios con fines de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. Este término abarca, entre otros aspectos, los siguientes: el acceso a elementos de redes y recursos asociados que pueden requerir la conexión de equipos por medios fijos y no fijos; el acceso a infraestructuras físicas, como edificios, conductos y mástiles...”*. Es decir, IBERDROLA está poniendo a disposición de ONO, en determinadas condiciones, una serie de recursos de su propia red al alquilarle tramos de fibra oscura con el fin de que éste preste servicios de comunicaciones electrónicas a sus clientes finales.

A la luz de lo anterior, la habilitación para intervenir en el presente caso deriva de la competencia atribuida a esta Comisión de garantizar la adecuación del acceso con el objetivo de fomentar la competencia efectiva en los mercados de comunicaciones electrónicas, constituyendo un conflicto de acceso sometido a lo dispuesto en los artículos 11 y 14 de la LGTel.

SEGUNDO.- Objeto del procedimiento.

ONO ha formulado conflicto frente a IBERDROLA con fundamento en la interrupción por parte de este último operador de la prestación del servicio que venía garantizando al amparo de un contrato firmado entre ambos que, por la práctica de las relaciones mantenidas entre ambas entidades durante estos años, consiste en el alquiler de fibra titularidad de IBERDROLA por ONO.

En su escrito de denuncia la solicitante alega que las condiciones esenciales del contrato como son las relativas al precio, penalizaciones por cancelación anticipada, descuentos y procedimiento de intercambio de tramos ofrecidas por IBERDROLA en el marco de la renegociación entre ambas partes se aleja de forma sustancial de las que venía disfrutando ONO hasta la fecha, sin que existan razones sobrevenidas que justifiquen una modificación tan desproporcionada del alcance de la que pretende IBERDROLA en el seno de la actual negociación.

Mediante escrito de alegaciones de 29 de octubre de 2007 ONO desiste parcialmente de sus pretensiones relativas a la solicitud a esta Comisión de la fijación de las condiciones de precios, penalizaciones por cancelación anticipada, descuentos y procedimientos de permuta para los nuevos tramos que ONO quiera alquilar y para aquellos que sigan vigentes, delimitando el objeto del conflicto a las controversias surgidas en relación con el tramo Alcudia-Alcoy-Alicante-Murcia.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TERCERO.- Análisis de la actuación de IBERDROLA en el marco de de sus relaciones con ONO.

a) Inexistencia de una Posición Significativa en el Mercado (PSM) por parte de IBERDROLA.

La LGTel incorporó al ordenamiento jurídico español las directivas que constituyen el nuevo marco normativo en materia de comunicaciones electrónicas, atribuyendo a esta Comisión la competencia de definir los mercados de referencia relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas, debiendo hacerse de acuerdo con las Directrices de la Comisión Europea sobre el análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado y la Recomendación de la Comisión de 11 de febrero de 2003.

Así, esta Comisión ha llevado a cabo un análisis individual de los mercados definidos con la finalidad de determinar si cada uno de ellos es realmente competitivo, es decir, si se desarrolla en un entorno de competencia efectiva entendiendo por tal la ausencia de empresas con peso significativo en dichos mercados.

De acuerdo con el procedimiento establecido, y a los efectos que en este caso nos interesa, esta Comisión identificó entre otros, los mercados de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor (mercado 13 de la Recomendación) y el mercado de segmentos troncales de líneas arrendadas al por mayor (mercado 14 de la Recomendación), para determinar si los mismos se desarrollaban en un entorno de competencia efectiva, para si no era así, identificar los operadores con PSM e imponer las obligaciones necesarias a los mismos.

Los segmentos troncales de líneas arrendadas al por mayor (líneas alquiladas troncales) son aquéllos que se proveen a terceros operadores mediante los que se suministra un tramo de circuito entre dos nodos del operador demandante del servicio. Un operador contrata este tipo de líneas con el objeto de construir determinadas rutas de su red troncal.

Es en este mercado de líneas troncales, en el que se analizó si estaba justificada la inclusión de la fibra oscura, en tanto que el uso característico de dicha fibra es conformar la red propia del operador.

Analizados ambos servicios, se concluyó que la fibra oscura y las líneas alquiladas troncales no eran sustituibles desde el punto de vista de la oferta y de la demanda y, por tanto, no pertenecían al mismo mercado de referencia. Asimismo, esta Comisión no ha estimado oportuno definir un mercado que incluyese el servicio de alquiler de fibra oscura ya que, por un lado, considera



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que éste se desenvuelve en un entorno de competencia efectiva donde existen alternativas de suministro y ningún operador posee un control exclusivo sobre dicha estructura y, por otro lado, las actuaciones ex post del Derecho de la competencia son suficientes para solucionar los problemas que pudieran surgir en dicho mercado, no siendo susceptible por tanto de regulación ex ante por parte de esta Comisión.

b) Sobre la obligación de IBERDROLA de dar acceso a ONO según la regulación sectorial de comunicaciones electrónicas.

Pues bien, una vez analizado que el servicio de alquiler de fibra oscura no está incluido en el mercado 14 de la Recomendación por lo que ni IBERDROLA ni ningún otro operador ha sido designado con PSM, y que el servicio solicitado por ONO conlleva el acceso a la red de aquel operador, falta por analizar si, como ONO señala en su escrito de denuncia, una eventual negativa de IBERDROLA a la modificación puntual del Contrato que rige entre ambos conculcaría la normativa sectorial de comunicaciones electrónicas.

El Capítulo III del Título II de la LGTel regula el acceso a las redes y recursos asociados e interconexión, y en concreto su artículo 11 establece los principios generales aplicables.

Por su parte, tanto el apartado tercero del artículo 11 de la LGTel como el apartado tercero del artículo 22 del Reglamento de Mercados señalan en lo relativo a los contratos de acceso celebrados entre operadores que no existen restricciones que impidan su negociación. Es decir, mientras que en el caso de la interconexión, todos los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas tienen derecho y la obligación, si se solicita, de negociar con otros dicha interconexión, en el resto de accesos a redes, la regla general es la libertad de negociación voluntaria.

Dicho esto, una vez que dos operadores celebran un acuerdo de acceso, el apartado cuarto del artículo 11 de la LGTel señala que esta Comisión puede intervenir en su relación, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 de la LGTel.

En base a la habilitación anterior, esta Comisión podría intervenir en un conflicto de acceso si fuera necesario garantizar la adecuación del acceso o la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 según establece la Ley, por afectar ello a la esfera jurídico-pública, cosa que parece no ocurrir en este caso, puesto que a pesar de encontrarnos ante un acuerdo de acceso



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

entre ONO e IBERDROLA, las discrepancias existentes son de carácter puramente contractual y se deben discernir en el ámbito de la esfera privada como analizaremos mas adelante.

Así lo indica la la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de diciembre de 2005 (1161/2003) en la que señalaba lo siguiente:

“De los hechos expuestos y de la propia argumentación jurídica de las partes, que invocan preceptos de derecho privado, se constata que la cuestión suscitada no afecta a los principios citados sino a las relaciones “inter privados” que suscribieron los acuerdos. En este sentido es adecuado puntualizar que sólo en aquellos aspectos de dichos acuerdos que afecten a principios de trascendencia jurídico pública puede intervenir el Organismo regulador, quedando fuera de su ámbito las cuestiones jurídico privadas que sean ajenas a tales principios. Por tanto, si bien a priori no se puede descartar la competencia de la Comisión para conocer de los conflictos relativos a la ejecución e interpretación de los acuerdos de interconexión y de sus anexos, el Organismo regulador no puede extenderse en el ejercicio de esta competencia a discernir cuestiones jurídico privadas las cuales quedan incorporadas a los acuerdos de interconexión por voluntad de las partes y que sean ajenas a los intereses públicos implicados. La Administración debió limitarse a señalar si existía o no discriminación y si existía debía precisar los motivos para anular”.

Dicho lo anterior, quedaría analizar si en base a lo establecido en el resto de normativa sectorial IBERDROLA tendría alguna obligación de garantizar y ofrecer acceso a ONO en unas determinadas condiciones.

Efectivamente, la Directiva de Acceso establece en su artículo 5 apartado 1 a) que, en particular y sin perjuicio de las medidas que puedan adoptarse por la Autoridades Nacionales de Reglamentación (ANRs) en relación con las empresas que tengan PSM, éstas podrán imponer en la medida que sea necesario para garantizar la posibilidad de conexión extremo a extremo, obligaciones a las empresas que controlen el acceso a los usuarios finales, incluida, en casos justificados, la obligación de interconectar sus redes cuando no lo hayan hecho.

Esta misma disposición ha sido incorporada a nuestro ordenamiento a través del artículo 12, apartado 2 de la LGTel, relativo a las condiciones aplicables al acceso a las redes y recursos asociados y a su interconexión, con la misma exigencia, que no es otra que la de imponerla a operadores que controlen el acceso a los usuarios finales.

Aplicando dicho escenario al presente caso, se puede determinar que no nos encontramos ante esta situación, puesto que en el servicio mayorista contratado por ONO con IBERDROLA no existe una relación directa de ésta con los clientes finales que claramente pertenecen a ONO.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En conclusión, del análisis de la normativa sectorial de las telecomunicaciones no se desprende la existencia de una obligación específica de acceso que se pueda traducir en la imposición a IBERDROLA de la obligación de continuar la prestación del servicio de acceso contratado por ONO.

Por otra parte, ONO solicitó en su escrito de interposición del presente conflicto que esta Comisión obligara a IBERDROLA, ante la negativa de ésta, a sustituir las fibras del Contrato IRU por las fibras del Contrato Marco o a permitir las segregaciones de las fibras sujetas al Contrato IRU, por afectar tal negativa a la continuidad de los servicios y, en consecuencia, a la interoperabilidad de los mismos.

Respecto a la solicitud de intercambio o segregación de tramos solicitado por ONO en las negociaciones, señala IBERDROLA que ésta podría o no permitirlo una vez analizara las pérdidas de sus inversiones en los tramos de fibra oscura que se dejarían de prestar y la nueva inversión que tendrían que realizar, pero no por tratarse de un obligación para IBERDROLA, puesto que las mismas no están contenidas en los contratos en vigor que les unen.

Analizados los contratos aportados, en el Anexo 2 A del Contrato Marco firmado con fecha 31 de julio de 2001 entre ambas partes se permite *“intercambio de kilómetros”* al señalar que *“en cualquier momento de la vigencia del contrato, CABLEEUROPA podrá intercambiar alguno de los tramos relacionados en los anexos por otros tramos de igual o superior longitud en cualquier punto de España”*.

Por otro lado, con fecha 13 de mayo de 1998 se firmó entre RETEVISIÓN e IBERDROLA un contrato de cesión de uso de infraestructuras para telecomunicaciones y servicios de mantenimiento y asistencia técnica (calificado por las partes como Contrato IRU) el cual no presenta cláusula alguna relativa al intercambio o segregación de tramos.

Dado que las fibras del Contrato IRU y las sujetas al Contrato Marco son equivalentes, esto es, existe una duplicidad de red en casi el mismo tramo, ONO considera eficiente para el despliegue de su red disponer únicamente de uno de los tramos de fibras alquilados a IBERDROLA. Por ello, entiende necesario en el marco de la renegociación global de la relación de alquiler, bien sustituir la fibras del Contrato IRU por las fibras sujetas al Contrato Marco, pasando el uso de las mismas a ser reguladas por las condiciones establecidas en el Contrato IRU, bien poder segregar las fibras del Contrato IRU para poder prestar el servicio que en la actualidad presta a determinadas localidades de la Comunidad Valenciana y Murcia mediante fibras sujetas al Contrato Marco, y ello a cambio de una contraprestación razonable.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como se ha podido apreciar, solamente en el Contrato Marco se hace referencia a la posibilidad de intercambiar, en cualquier momento durante la vigencia del contrato, alguno de los tramos relacionados en el anexo del mismo por otros tramos, pero ello no significa que se pueda, como pretende ONO, intercambiar las condiciones que se aplican a una serie de tramos en el marco de una determinada relación contractual por las condiciones establecidas para otro tramo en otro contrato.

Cosa distinta es que las partes quieran en el marco de la negociación en la que se encuentran inmersas, modificar o establecer nuevas cláusulas en un único contrato de cara a sus futuras necesidades, pero ello siempre de mutuo acuerdo.

Lo mismo ocurre en el caso de la segregación de tramos solicitada por ONO, puesto que en ningún caso se estipula en los contratos firmados entre las partes la posibilidad de realizarlo. Es por ello que esta Comisión tampoco puede atender a la petición realizada por ONO.

Claramente, ONO decidió en un determinado momento contratar con IBERDROLA y hacerlo en las condiciones que se establecieron en diferentes acuerdos. Las referidas condiciones se pactaron libremente y son vinculantes, disponiendo las partes de las posibilidades que el ordenamiento jurídico contempla para la resolución de las controversias que puedan surgir a lo largo de cualquier relación jurídica, que en este caso al tratarse de cuestiones jurídico-privadas, sería acudir a los Tribunales Ordinarios.

c) Sobre la inversión eficiente de infraestructuras por parte de ONO.

ONO alega en su escrito de interposición del presente conflicto que la actitud de IBERDROLA le está generando la imposibilidad de dotar de eficiencia el despliegue de su red, al impedir unificar en un solo contrato su relación contractual que va encaminada a contemplar, de forma expresa, la segregación de las fibras utilizadas o la sustitución de ciertas fibras de un contrato por las de otro.

En su escrito de alegaciones de 29 de octubre de 2007 ONO añade que, centrándose la controversia en el tramo Alcoy-Alicante-Murcia, donde las fibras alquiladas en base al Contrato Marco tienen conexiones adicionales realizadas por ONO que permiten unir la fibra alquilada por IBERDROLA con sus nodos en dichas localidades, el número de clientes que ONO tiene en dichas ciudades son los siguientes:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

[CONFIDENCIAL]

Por su parte, IBERDROLA señala que ONO está intentando solventar ineficiencias de su red de transporte causadas por ella misma al sufrir diversas absorciones de empresas con tramos de fibra oscura mediante un conflicto de interconexión eludiendo sus obligaciones contractuales.

Efectivamente, la intervención de la Comisión en las relaciones entre los operadores debe tener en cuenta la consecución de los objetivos del artículo 3 de la LGTel entre los que se encuentra fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y en particular en la explotación de redes y suministro de recursos asociados, todo ello promoviendo una inversión eficiente en materia de infraestructuras. Ello es así, en base a la posibilidad de que se produzca un desarrollo de la competencia a diferentes ritmos en función de los mercados para todos los agentes que actúan en el mismo, y no en el único sentido que alega ONO, en cuanto que la actitud de IBERDROLA le está generando la imposibilidad de dotar de eficiencia el despliegue de su red, al impedir unificar en un solo contrato su relación contractual, ya que del mismo modo, IBERDROLA intenta actuar de forma eficiente a la hora de crear infraestructuras y arrendar las mismas.

Cabe señalar que existen tecnologías que pueden considerarse sustitutivas de la fibra oscura y susceptibles de ser utilizadas igualmente para el despliegue de una red troncal, que estaban disponibles tanto en el momento en que se firmó el contrato que ONO pretende modificar como en la actualidad. Es decir, la propia ONO tenía y tiene varias opciones:

- a) Desplegar su red mediante medios propios.
- b) Alquilar fibra óptica a las entidades que ofrecen fibra oscura como lo hace IBERDROLA.
- c) Contratar líneas alquiladas troncales a otros operadores.

ONO, en el caso de que no le interesaran las condiciones que le ofrece IBERDROLA (bien una vez alcanzada la finalización del contrato, bien resuelto anticipadamente según las condiciones que se pactaron en su momento y con las penalizaciones que negociaron) y en aras a conseguir una inversión más eficiente como busca cualquier empresa, se encuentra con una variedad de soluciones tecnológicas mayores que cuando se firmaron los contratos en cuestión y que le permitiría contratar un menor número de fibras con alguno de los proveedores existentes y con una duración de años probablemente inferior, vista la proliferación de alternativas de suministro y la evolución de la tecnología.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ONO en el escrito de alegaciones de 29 de octubre de 2007 señala que ante la negativa de IBERDROLA de aceptar las opciones propuestas por aquél en el tramo Alcoy-Alicante-Murcia, la única opción viable en el tramo de Alcoy como en el de Rocamora sería el de construcción de red propia con un tiempo estimado para su implantación de tres para el primero y cinco meses para el segundo. Por su parte, en el tramo de Orihuela existiría la posibilidad de alquilar fibra a otras entidades que la ofrecen o desplegar red por parte de ONO mediante sus propios medios lo que supondría un plazo mínimo de seis meses.

Teniendo en cuenta que la inmediata interrupción del servicio de alquiler de fibra que le está prestando IBERDROLA a ONO no tenga en consideración los derechos de los usuarios finales que puedan verse afectados (cuya salvaguardia es uno de los objetivos y principios del artículo 3 por los que esta Comisión debe velar), o que la interrupción automática pueda suponer tiempo insuficiente para la búsqueda de las alternativas por las que opte ONO y que se han señalado con anterioridad, resulta procedente determinar un plazo razonable durante el cual IBERDROLA siga ofreciendo el servicio de alquiler hasta ahora prestado en el tramo en cuestión.

Por analogía al presente caso, si acudimos al procedimiento de constitución de Pdls regulado en la Oferta de Servicios de Interconexión de Referencia (OIR) de Telefónica de España, S.A.U., en la misma se establecen los hitos y los plazos necesarios para su constitución. Así, sin tener en cuenta los primeros quince días requeridos para el intercambio de información entre ambos operadores (TESAU y el operador alternativo) que en este caso no resulta de aplicación por ser la propia ONO quien va a construir su red, la Oferta determina un plazo de noventa días dentro de lo cuales se obtendrán las licencias oportunas, se desarrollarán los proyectos necesarios, enlaces, obra civil, etc.

Dicho lo anterior, y con el objeto de acordar un plazo razonable para las partes implicadas se determina acordar la obligación de mantener por parte de IBERDROLA el servicio de alquiler prestado sobre el tramo Alcoy-Alicante-Murcia durante un período de cuatro meses.

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

RESUELVE

Primero.- Desestimar la solicitud de intervención de CABLEEUROPA, S.A. en el presente conflicto de acceso.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segundo.- IBERDROLA, S.A. deberá prestar a CABLEEUROPA, S.A. el servicio de alquiler de fibra en el tramo Alcoy-Alicante-Murcia de forma idéntica a como lo viene prestando hasta ahora en el marco de su relación contractual durante un periodo de cuatro meses a contar desde la notificación de la presente Resolución.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y el Artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de lo dispuesto en el número dos del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Ignacio Redondo Andreu

Reinaldo Rodríguez Illera