



JORGE SANCHEZ VICENTE, 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 15/11 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 5 de mayo de 2011, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

Resolución por la que se resuelve el conflicto interpuesto por Grupalia Internet, S.A. contra Telefónica de España, S.A.U. en relación al cobro de cuotas periódicas de potencia eléctrica del servicio de cubricación de la OBA no solicitadas.

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Escritos iniciales de Grupalia

Con fecha 9 de julio de 2010, tuvieron entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones cuatro escritos de Grupalia Internet, S.A. (en adelante, Grupalia) mediante los cuales planteaba sendos conflictos contra la entidad Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) en relación con el erróneo procedimiento de facturación que, desde el año 2004, le ha venido realizando esta entidad respecto a cuotas periódicas de potencia eléctrica en las centrales Madrid/Pacífico, Madrid/Atocha, Madrid/Albéniz y Madrid/Yuste.

La denunciante solicitaba la apertura de los correspondientes expedientes en los que la Comisión se pronunciase sobre los siguientes extremos:

- Que se declare la procedencia de la devolución de las cantidades cobradas indebidamente por concepto de cuota periódica de potencia eléctrica no solicitada por Grupalia.
- Que se ordene a Telefónica la regularización de los datos obrantes en el SGO para dichas centrales a efectos de facturación.

SEGUNDO.- Comunicación de inicio del procedimiento

Con fecha 21 de julio de 2009, 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 el Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), se comunicó a los interesados, Grupalia y Telefónica, el inicio de los correspondientes expedientes administrativos para la resolución de los conflictos planteados (RO 2010/1344, 2010/1345, 2010/1346 y 2010/1347).

Los citados inicios fueron notificados a las partes con fecha 28 de julio de 2010.

TERCERO.- Escrito de alegaciones de Telefónica

Con fecha 27 de septiembre de 2010, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de Telefónica mediante el cual realiza las siguientes manifestaciones:

- Que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no es competente para decidir la presente discrepancia creada entre las partes. Según Telefónica, los conflictos planteados consisten simplemente en reclamaciones de cantidad, siendo la jurisdicción civil la que debe juzgar y ejecutar este tipo de discrepancias.
- Que, con fecha 24 de mayo de 2006, ambas entidades firmaron un acuerdo cuyo objeto consistía, entre otros, en el análisis y regularización de la facturación de todos los servicios prestados por Telefónica a Grupalia tanto en interconexión como en acceso al bucle de abonado. En el marco del citado acuerdo las partes convinieron proceder a la liquidación de las discrepancias surgidas entre ambos operadores entre el año 2004 y la firma del citado acuerdo. Asimismo, las partes se comprometían a renunciar a cualquier reclamación relacionada con la provisión de servicios OBA relativa a los años 2004, 2005 y 2006, hasta la fecha del acuerdo (mayo del 2006).

CUARTO.- Comunicaciones de acumulación.

Con fecha 14 de octubre y a tenor de lo dispuesto en el artículo 73 de la LRJPAC, se acuerda la acumulación de los expedientes RO 2010/1344, 2010/1345, 2010/1346 y 2010/1347. Las citadas acumulaciones fueron notificadas a las partes con fecha 15 de octubre de 2010.

QUINTO.- Informe de Audiencia

Mediante sendos escritos de fecha 15 de diciembre de 2010, 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 la apertura del trámite de audiencia previo a la resolución definitiva del expediente así como el Informe elaborado por los Servicios de esta Comisión.

SEXTO.- Escrito de alegaciones de Telefónica

Con fecha 10 de enero de 2011, y dentro del plazo conferido para realizar alegaciones en el trámite de audiencia, la representación de Telefónica presentó escrito de alegaciones en el Registro de esta Comisión, manifestaciones que serán tratadas en el cuerpo de la presente Resolución.



SÉPTIMO.- Escrito de alegaciones de Grupalia

Dentro del plazo conferido para realizar alegaciones en el trámite de audiencia, la representación de Grupalia presentó escrito de alegaciones que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el día 17 de enero de 2011. En el citado escrito, Grupalia manifiesta su conformidad tanto con el análisis como con las conclusiones del informe de audiencia.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del expediente.

El expediente tiene por objeto dilucidar si, por un lado, (i) Telefónica ha estado facturando de conformidad con el procedimiento establecido en la OBA en aras a determinar si corresponde la devolución de las cantidades cobradas indebidamente y si, por otro lado, (ii) Telefónica está obligada a modificar los datos existentes en la actualidad en el Sistema de Gestión de Operadores (SGO).

Cabe aclarar que, si bien los hechos que dan lugar al presente conflicto tienen su origen en el año 2004 (fecha desde la cual se iniciaron las discrepancias en la facturación entre ambas partes), de las manifestaciones y documentación aportada al presente expediente, se desprende que Grupalia únicamente está exigiendo la regularización de las facturas erróneamente facturadas a partir de junio del 2006. Esta circunstancia se debe a que, con fecha 24 de mayo de 2006, ambas entidades firmaron un acuerdo cuyo objeto consistía, entre otros, en el análisis y regularización de la facturación de todos los servicios prestados por Telefónica a Grupalia tanto en interconexión como en acceso al bucle de abonado hasta esa fecha.

Dado que el citado acuerdo incluía la regularización de las cantidades cobradas indebidamente por cuotas periódicas en las centrales objeto del presente conflicto hasta mayo del 2006, el ámbito temporal del mismo debe circunscribirse únicamente a la problemática acaecida a partir de la citada fecha.

Asimismo debe precisarse que la problemática descrita no afecta a todas las centrales de Telefónica sino únicamente a las centrales de Madrid/Pacífico, Madrid/Atocha, Madrid/Albeniz y Madrid/Yuste, dado que para las mismas Telefónica no ha podido acreditar la existencia de solicitudes de potencia eléctrica realizadas por Grupalia, a través del SGO, que acrediten las cantidades efectivamente facturadas.

SEGUNDO.- Habilitación competencial

En relación con la solicitud presentada por Grupalia, las competencias de esta Comisión para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial.

En particular, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) establece en su artículo 48.3 que *“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”.

Para el cumplimiento de su objeto, el artículo 48.4 d) de la LGTel atribuye a esta Comisión la función de resolver de forma vinculante los conflictos que se susciten entre operadores en materia de acceso e interconexión de redes.

Asimismo, el artículo 11.4 de la LGTel establece 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”.*

Por su parte, el artículo 3 de la citada Ley recoge los objetivos cuya consecución debe garantizar esta Comisión, siendo el primero de ellos *“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 y en el suministro de los recursos asociados a ellos. Todo ello promoviendo una inversión eficiente en materia de infraestructuras y fomentando la innovación”.*

El artículo 14 de la LGTel señala que la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones conocerá de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de esta ley y de sus normas de desarrollo.

De conformidad con lo anterior, esta Comisión está legitimada para resolver la controversia suscitada entre Grupalia y Telefónica que se sustancia en el presente procedimiento.

Telefónica, a través de sus escritos de fechas 27 de septiembre de 2010 y 10 de enero de 2011, cuestiona la citada habilitación competencial en relación con el objeto del presente expediente.

En primer lugar, Telefónica manifiesta que las partes en conflicto alcanzaron un acuerdo suscrito con fecha 24 de mayo de 2006, cuyo objeto consistía en el análisis y la regularización de la facturación de todos los servicios prestados por Telefónica a Grupalia en materia de interconexión y acceso al bucle desde el año 2004 hasta la fecha del acuerdo. Fruto de este acuerdo las partes acordaron la liquidación de todas las discrepancias que tenían hasta ese momento. Según Telefónica, parte de las cantidades sobre las que Grupalia solicita que esta Comisión se pronuncie entran dentro del ámbito de aplicación del citado acuerdo.

Telefónica indica que resulta unánimemente aceptado, que los operadores pueden alcanzar acuerdos transaccionales que pongan fin a las discrepancias que existan en



torno al monto de indemnizaciones, a cantidades derivadas de una cláusula penal o a cantidades derivadas de cualquier otra reclamación, como sería una reclamación de facturación.

En relación con los posibles acuerdos privados que puedan alcanzar los citados operadores, esta Comisión ha reiterado en diversas ocasiones que la existencia de una oferta regulada no obsta para que estos operadores, al amparo del principio de libertad de pactos que debe regir entre las partes, puedan alcanzar sus propios acuerdos.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa y tal y como reconoce la propia Telefónica, el periodo cubierto por el acuerdo firmado entre las partes (desde el año 2004 a 24 de mayo de 2006), no abarca el ámbito temporal respecto del que Grupalia plantea sus discrepancias. Como ya hemos indicado anteriormente, si bien Grupalia pone de manifiesto que la problemática viene generada desde el 2004, de la documentación aportada se desprende que tan sólo está exigiendo la regularización de las facturas erróneamente emitidas a partir de junio del 2006.

En segundo lugar, Telefónica manifiesta que los conflictos planteados por Grupalia consisten simplemente en reclamaciones de cantidad, cuyo objeto no es otro que obtener un pronunciamiento sobre la devolución de las cuotas recurrentes de energía eléctrica supuestamente cobradas por error a Grupalia.

Según Telefónica, el hecho de que para las centrales en conflicto existan discrepancias con Grupalia respecto de la “potencia máxima declarada”, circunstancia que incide directamente en las cantidades a facturar, no implica que Telefónica esté incumpliendo las obligaciones que en el mercado de acceso al bucle recaen sobre ella como operador con PSM.

Frente a estas alegaciones debe señalarse que el servicio de coubicación en las centrales de Telefónica así como las condiciones en las que se debe prestar el mismo, entre las que se encuentran la energía eléctrica, es un servicio regulado que debe prestarse de conformidad con lo establecido en la OBA. Por tanto esta Comisión, como garante del cumplimiento de las obligaciones impuestas a Telefónica de conformidad con la normativa sectorial, es competente para resolver los conflictos que se puedan suscitar al respecto entre operadores de comunicaciones electrónicas.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Audiencia Nacional en su sentencia de 27 de diciembre de 2005¹ – confirmada en este punto por el Tribunal Supremo – respecto de los acuerdos de interconexión, señalando que *“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”*. En este mismo sentido señala la

¹ Recurso contencioso-administrativo núm. 1161/2003, relativo al recurso interpuesto contra la Resolución de la CMT de 23 de octubre de 2003 por la que se pone fin al conflicto de interconexión planteado por la entidad Intermail Telematic Services S.L. contra Telefónica de España, S.A.U. por presuntas prácticas discriminatorias en materia de precios aplicados al servicio de terminación de tráfico de voz internacional (RO 2003/736).



sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2008², *“la intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones [al resolver conflictos de interconexión] no puede desligarse de los objetivos públicos cuya salvaguarda tiene encomendada, entre otros, el de fomentar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones”*.

De lo anterior cabe concluir que las discrepancias sobre las que versa el presente conflicto afectan a cuestiones jurídico públicas dado que, las condiciones en las que Telefónica debe prestar el citado servicio de cobricación a Grupalia (y entre las que se encuentra la facturación de potencia eléctrica) se encuentra recogido entre las obligaciones impuestas a Telefónica de conformidad con la regulación actual, y que se concretan en la OBA. Por tanto, dado que no existe un acuerdo privado que cubra las diferencias mantenidas en materia de facturación entre el periodo de tiempo comprendido entre julio de 2006 y junio de 2010, esta Comisión está legitimada para resolver la controversia suscitada entre Grupalia y Telefónica en el presente procedimiento.

TERCERO.- Contexto jurídico y regulatorio

- Obligaciones de Telefónica en materia de acceso al bucle

Mediante Resolución de 22 de enero de 2009, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la definición y el análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas.

En la citada Resolución se determinó que Telefónica tiene individualmente poder significativo en los mercados de referencia, en el sentido de lo dispuesto en el apartado 2, artículo 14, de la Directiva Marco, y en el Anexo 2, apartado 8 de la LGTel. En consecuencia, en dicha Resolución se impusieron a Telefónica una serie de obligaciones, entre las que se cuenta la de transparencia. En este sentido la Resolución disponía que:

“TESAU está obligada a la publicación de una Oferta de Referencia para la prestación de los servicios de acceso al bucle de abonado suficientemente desglosada para garantizar que no se exija pagar por recursos que no sean necesarios para el servicio requerido (arts. 13.1 a) de la LGTel y 7 del Reglamento de Mercados; art. 9 de la Directiva de Acceso).

[...]

A efectos de esta obligación, se considera que la actual oferta de servicios mayoristas de acceso desagregado al bucle recogida en la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado, cuya última modificación fue aprobada mediante Resolución de la CMT de 22 de mayo de 2008, continúa vigente. Ello, sin perjuicio de la

² Recurso de casación núm. 1633/2006. La citada sentencia del Tribunal Supremo fue dictada al amparo del recurso de casación interpuesto contra la sentencia precitada de la Audiencia Nacional.



competencia de la CMT para introducir cambios en la oferta de referencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 9.2 de la Directiva de Acceso y en el artículo 7.3 del Reglamento de Mercados”.

- Servicios recogidos en la Oferta de Referencia de Telefónica

Uno de los servicios principales ofrecidos por Telefónica a través de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (en adelante, OBA) vigente es aquél que permite a los operadores solicitantes ubicar sus equipos en las centrales de Telefónica para poder acceder a los bucles de abonado (servicio de coubicación). En la OBA se define el procedimiento detallado del servicio de coubicación, recogiendo, entre otras, las condiciones aplicables al suministro de energía eléctrica para la alimentación de dichos equipos tanto en corriente continua como alterna.

En cuanto a la prestación de corriente continua (objeto del presente expediente) el apartado 2.10.1 de la OBA establece las condiciones en que debe prestarse:

“La cantidad a facturar mensualmente se basará en la estimación del consumo en kilowatios-hora (Kwh) para la potencia máxima consumida por los equipos (potenciaxdiasmesx24). Al ser el consumo real, en media significativamente inferior al de la potencia máxima, la estimación incluye la disponibilidad del servicio soporte de corriente continua.

Cada operador autorizado que solicite corriente continua deberá declarar al solicitar la coubicación la potencia máxima en watios del conjunto de los equipos coubicados.

Será responsabilidad del operador autorizado garantizar que los valores declarados de consumo son máximos y que no serán superados en la práctica.

El número de Kwh estimados de acuerdo a la potencia máxima será incrementado en un 35% para reflejar el consumo de aire acondicionado y en un 10% para reflejar las pérdidas de conversión de alterna a continua. Es decir, el número de Kwh para la potencia máxima deberá multiplicarse por un factor de 1,45.

Telefónica ofrecerá la posibilidad alternativa de facturar el consumo real medido mediante contadores eléctricos, de carácter opcional (por central) para el operador autorizado. Podrá instalarse un contador común para todos los operadores coubicados en una determinada central, cuando éstos así lo acuerden. Telefónica deberá consensuar con los operadores la concreción de los procedimientos correspondientes, así como los costes de instalación, gestión y mantenimiento de los contadores”.

Por otro lado, el Anexo 3 que contiene la lista de precios de la OBA, fija las condiciones de facturación aplicables a la energía eléctrica suministrada por Telefónica en los inmuebles de su propiedad donde se encuentran ubicados equipos del resto de operadores. En concreto, respecto de la corriente continua el citado anexo establece que Telefónica está obligada a aplicar las siguientes condiciones:



“La corriente continua se facturará mensualmente de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$\text{potencia máxima declarada} \times \frac{365,25}{12} \times 24 \times 1,45 \text{ Kwh}$$

El factor 1,45 refleja un incremento del 35% por consumo del aire acondicionado y otro del 10% por pérdidas de conversión de continua a alterna.

En caso de acogerse el operador a la modalidad opcional de facturación mediante contador eléctrico, se incrementará la lectura registrada en un factor 1,6, que representa un 50% de incremento sobre el consumo real en concepto de aire acondicionado, y el 10% por pérdidas de conversión de continua a alterna. De forma adicional, se facturará una cuota mensual de 12,5€ por Kw de potencia declarada en concepto de disponibilidad del servicio soporte. Los costes de instalación, gestión y mantenimiento de los contadores eléctricos serán los acordados entre las partes”.

Por tanto, de conformidad con la regulación actual, Telefónica está obligada a ofrecer el suministro de energía eléctrica de conformidad con las condiciones y precios anteriormente indicados.

CUARTO.- Análisis del conflicto planteado por Grupalia

1. Descripción de la problemática

- **Alegaciones planteadas por Grupalia**

Grupalia pone de manifiesto que, tras la firma del acuerdo alcanzado con Telefónica con fecha 24 de mayo de 2006, inició una nueva negociación con Telefónica con el fin de regularizar ciertas divergencias que, en relación a distintas centrales³, se seguían observando respecto a la potencia declarada por Grupalia mediante el Sistema de Gestión de Operadores (SGO) y la que efectivamente estaba siendo facturada por Telefónica.

Tal y como se desprende de la documentación aportada, las partes iniciaron conversaciones con el objetivo de identificar en qué centrales se estaba realizando una facturación incorrecta.

Tras el intercambio de numerosos correos electrónicos y la celebración de una reunión, con fecha 8 de abril de 2010, ambas partes convienen *“revisar sólo aquellas centrales donde de manera objetiva se podía demostrar que Grupalia no había solicitado la potencia facturada mediante el SGO”*. Es decir, aquellas centrales donde Telefónica no hubiese

³ En concreto las centrales que Grupalia consideraba incorrectamente facturadas eran las siguientes: Pacífico, Albéniz, Atocha, Yuste, Ríos Rosas, Delicias, Aragón, Usera, Aravaca, Barajas, Prosperidad, Puerta del Ángel, San Ignacio y Venecia.



podido encontrar ninguna solicitud realizada por Grupalia que viniera a justificar la potencia eléctrica que aparece en el SGO.

En base a lo anterior, con fecha 21 de abril de 2010, Telefónica remite un correo electrónico a Grupalia confirmando que las centrales donde no se ha podido constatar la existencia de ninguna solicitud por SGO que justifique la potencia facturada son únicamente las de Pacífico, Albéniz y Atocha.

Días después, con fecha 3 de mayo de 2010, Telefónica remite un nuevo correo electrónico indicando que en la central Madrid/Yuste tampoco aparecen peticiones en SGO para más de los 300w solicitados en la petición original, por ello indica a Grupalia que debe incluir esta central en los cálculos de facturas a regularizar.

En concreto las solicitudes de potencia solicitadas por Grupalia se pueden resumir de la siguiente forma:

- Respecto a la central de Madrid/Albéniz.

Con fecha 27 de septiembre de 2004, Grupalia remitió a Telefónica, a través del formulario habilitado en dicha fecha⁴ y enviado por correo electrónico, solicitud inicial de coubicación de una huella grande (UNC) y otra pequeña con potencia eléctrica máxima para corriente continua de 100w. Esta información fue descargada en el SGO con esa misma fecha. Sin embargo, al trasladar Telefónica los citados datos al SGO, la solicitud de potencia de 100w realizada por Grupalia tomó erróneamente el valor de 2000w en el SGO.

Con fecha 3 de abril de 2006, Grupalia pidió la ampliación de las citadas solicitudes a dos huellas grandes sin solicitar potencia eléctrica para las mismas.

Con fecha 26 de junio de 2009, con motivo del contrato de compartición de infraestructuras OBA que mantiene con Grupalia el operador BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A.U. (en adelante, BT), se solicitó para las citadas huellas una potencia de 170w. Esta solicitud se pudo realizar por SGO.

⁴ El procedimiento de solicitud de servicios de ubicación debería haber estado disponible con fecha 30 de junio de 2004, de conformidad con lo establecido en la Resolución sobre la modificación de la Oferta de Bucle de Abonado de Telefónica de España S.A.U., aprobada por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones con fecha 31 de marzo de 2004. No obstante, tal y como quedó acreditado en el Expediente Sancionador RO 2006/12, incoado a la entidad Telefónica de España S.A.U. por Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 18 de enero de 2006, estos procedimientos no estuvieron disponibles hasta enero de 2005. Transitoriamente los operadores remitían por correo electrónico las solicitudes de ubicación que con posterioridad Telefónica debía volcar en el Sistema de Gestión de Operadores.



- Respecto a la central de Madrid/Atocha.

Con fecha 11 de noviembre de 2004, Grupalia remitió a Telefónica, a través del formulario habilitado en dicha fecha y enviado por correo electrónico, solicitud inicial de coubicación de una huella grande (UNC) y otra pequeña con potencia eléctrica máxima para corriente continua de 100w. Esta información fue descargada en el Sistema de Gestión de Operadores (SGO) con fecha de 10 de junio de 2004. Sin embargo, al trasladar Telefónica los citados datos al SGO, la solicitud tomó como valor de potencia 2000w en lugar de los 100w realmente solicitados.

Con fecha 3 de abril de 2006, Grupalia pidió la ampliación de las citadas solicitudes a dos huellas grandes sin solicitar potencia eléctrica para las mismas.

Con fecha 26 de junio de 2009, con motivo del contrato de compartición de infraestructuras OBA que mantiene con Grupalia el operador BT, se solicitó para las citadas huellas una potencia de 170w. Esta solicitud se pudo realizar por SGO.

- Respecto a la central de Madrid/Pacífico.

Con fecha 27 de septiembre de 2004, Grupalia remitió a Telefónica, a través del formulario habilitado en dicha fecha y enviado por correo electrónico, solicitud inicial de coubicación de una huella grande (UNC) y otra pequeña con potencia eléctrica máxima para corriente continua de 100w. Esta información fue descargada en el Sistema de Gestión de Operadores (SGO) con esa misma fecha. Sin embargo, al trasladar Telefónica los citados datos al SGO, la solicitud tomó como valor de potencia 2000w en lugar de los 100w realmente solicitados.

Con fecha 15 de septiembre de 2006, Grupalia pidió la ampliación de las citadas solicitudes a dos huellas grandes solicitando una potencia máxima para corriente continua de 300w.

Con fecha 27 de julio de 2009, con motivo del contrato de compartición de infraestructuras OBA que mantiene con Grupalia el operador BT, se solicitó para las citadas huellas una potencia de 170w. Esta solicitud se pudo realizar por SGO.

- Respecto a la central Madrid/Yuste.

Con fecha 24 de marzo de 2004, Grupalia solicitó a Telefónica, a través del formulario habilitado en dicha fecha y enviado por correo electrónico, solicitud inicial de coubicación de una huella grande (UNC) y otra pequeña en la central Madrid/Yuste sin declarar ni solicitar potencia eléctrica máxima para corriente continua. Esta información fue descargada en el Servicio de Gestión de Operadores (SGO).

Con fecha 19 de mayo de 2005, a través del SGO se solicitó una potencia eléctrica máxima para corriente continua de 300w.



Con fecha 3 de abril de 2006, Grupalia solicitó la ampliación de la solicitud inicial de coubicación física, pidiendo dos huellas grandes sin especificar ni declarar potencia eléctrica máxima para corriente continua.

Con fecha 26 de junio de 2009, con motivo del contrato de compartición de infraestructuras OBA que mantiene con Grupalia el operador BT, se solicitó para las citadas huellas una potencia de 255w. Esta solicitud se pudo realizar por SGO.

Según Grupalia, a pesar de los avances a los que habían conseguido llegar ambos operadores, finalmente Telefónica se puso en contacto telefónicamente con esa entidad y, cambiando la postura mantenida hasta ese momento, manifiesta que no procederá a cursar los cambios de potencia ni a regularizar las facturas reclamadas, dado que había sido encontrado un correo electrónico (de fecha 23 de agosto de 2007) remitido por un antiguo trabajador de Grupalia donde manifestaba estar de acuerdo con la potencia facturada por Telefónica.

- **Alegaciones planteadas por Telefónica**

En su escrito de fecha 27 de septiembre, Telefónica resalta algunos aspectos relevantes que se produjeron desde el año 2004 hasta junio de 2010, y que deben de ser tomados en cuenta por incidir indirectamente en la reclamación de Grupalia:

- Que las solicitudes realizadas por Grupalia para las cuatro centrales objeto del conflicto se realizaron en el 2004 mediante la cumplimentación de un formulario que recogía los campos establecidos como obligatorios en virtud de lo dispuesto en la OBA entonces vigente. Estos formularios se enviaban por correo electrónico al no estar disponible el servicio de coubicación en el SGO. En este periodo las aclaraciones y modificaciones respecto de las solicitudes tramitadas se realizaban a través de correo electrónico.

En marzo de 2005, se incorpora el servicio de coubicación al SGO, y se notifica a los operadores que todas las solicitudes se realicen a partir de ese momento deben tramitarse a través del citado sistema. Adicionalmente, el 30 de septiembre de 2005, Telefónica procedió a realizar una carga masiva en SGO de las solicitudes de coubicación (espacio y/o fuerza) ya finalizadas y solicitadas antes de marzo de 2005 con el fin de que en el referido sistema estuvieran recogidas todas las solicitudes.

Sin embargo, por razones técnicas, Telefónica procedió a cargar las solicitudes iniciales sin poder incorporar los correos adicionales que modificaban la misma para corregir errores o cambios de criterio, debido a que, en la mayoría de los casos, la solicitud inicial no era objeto de modificación posterior. Según Telefónica, esto no fue así con las solicitudes de Grupalia donde si se modificaron los criterios iniciales.

Que tras firmar el acuerdo de 24 de mayo de 2006, se regularizaron y se liquidaron las discrepancias con los pagos relacionadas con la provisión de los servicios OBA relativas a los años 2004, 2005 y hasta mayo 2006. Asimismo, como consecuencia de este acuerdo, Telefónica procedió a minorar la potencia declarada en las centrales en las cantidades indicadas por Grupalia, lo cual tuvo su pertinente reflejo en la



facturación de julio de 2006. No obstante, la propia Telefónica indica que dicha actualización se realizó a nivel administrativo pero no se acometió en el SGO. En prueba de ello Telefónica aporta los históricos de facturación de energía correspondientes a las 4 centrales objeto del conflicto, a fecha de 30 de octubre de 2010, donde se puede observar que, con excepción de la central Madrid/Yuste, se produjo una minoración de potencia en julio de 2006 disminuyendo la potencia inicial de 2000w al nuevo valor de 1200w, *“tal y como las partes habían acordado tras el acuerdo de 24 de mayo de 2006”*.

A este respecto cabe indicar que Telefónica no aporta al presente procedimiento ni el citado acuerdo, ni cualquier otro documento que acredite que ambas partes pactaran el cambio de potencia alegado por Telefónica. Es más, dado que el mencionado acuerdo, de 24 de mayo de 2006, fue aportado por Telefónica en el seno del expediente DT 2010/1228, esta Comisión ha podido comprobar que, en sus cláusulas, no existe mención alguna a un convenio sobre este cambio de potencia.

- Que desde julio de 2006 Grupalia recibió facturación detallada mensualmente sin manifestar disconformidad alguna hasta el 18 de diciembre de 2006. Sin embargo, unos meses después, en concreto el 23 de agosto de 2007 Grupalia indicó por correo electrónico su conformidad con la potencia facturada por Telefónica, es decir 1200w en las centrales de Madrid/Albéniz, Madrid/Atocha y Madrid/Pacífico. En base al citado correo, Telefónica se niega a regularizar las centrales objeto del conflicto.
- Que no fue hasta septiembre de 2009, es decir, dos años más tarde de la última noticia de desavenencia cursada por dicho operador, cuando Grupalia vuelve a manifestar su desacuerdo, con el agravante de que en junio de 2009 había solicitado un nuevo aumento de potencia en las citadas centrales.
- Que desde junio de 2010, Grupalia está recibiendo la facturación según los valores expresados por dicho operador a lo largo del presente expediente, y además se ha regularizado el SGO.
- Que en relación con la central de Madrid/Yuste, Grupalia solicitó el 24 de marzo de 2004 una potencia inicial de 100w. No obstante, la decisión de facturar 300w, no se debió a una decisión unilateral de Telefónica sino que se hizo como consecuencia de un correo remitido por Grupalia con fecha 18 de noviembre de 2004, donde se solicitaba expresamente esta potencia.

Según Telefónica, el resto de solicitudes cursadas por Grupalia en la central de Madrid/Yuste (tanto para tramitar altas y bajas como solicitudes de espacio y de energía) se han solicitado y tramitado por SGO, reflejando fielmente dicho sistema todo lo pedido por dicho operador.

- Que de todo lo anterior Telefónica concluye que, primeramente, realizó una facturación conforme al acuerdo alcanzado con Grupalia con fecha 24 de mayo de 2006 y,



posteriormente, conforme a las peticiones y ulteriores confirmaciones realizadas por dicho operador.

• Conclusiones

Una vez analizadas las manifestaciones y documentos aportados por las partes, se puede concluir que las discrepancias existentes entre Telefónica y Grupalia son las siguientes:

1) Respecto a las centrales de Madrid/Albéniz, Madrid/Atocha y Madrid/Pacífico.

- En relación con las solicitudes iniciales realizadas para las citadas centrales (27 de septiembre de 2004, para el caso de Albéniz y Pacífico, y 11 de noviembre para el caso de Atocha), Telefónica facturó a Grupalia 2000w en lugar de los 100w solicitados para cada central⁵. Estas solicitudes se gestionaron mediante correo electrónico, al no estar disponible en esos momentos el SGO. Estas discrepancias ya fueron resueltas por las partes mediante el acuerdo de 24 de mayo de 2006 y, por tanto, no son objeto del presente procedimiento.
- A partir de julio de 2006, Telefónica rebaja la potencia eléctrica de estas tres centrales a 1200w argumentado que así se había decidido por las partes a raíz del acuerdo de 24 de mayo de 2006. No obstante, como indicamos con anterioridad, una vez analizado el citado acuerdo esta Comisión ha podido concluir que en el mismo no consta mención alguna a lo manifestado por Telefónica. Asimismo, Telefónica no ha aportado ningún otro documento que acredite el acuerdo al que se refiere. Es más, la propia Telefónica reconoce que este cambio de potencia se produjo a nivel administrativo pero no a nivel de SGO. Es decir, no se ha podido acreditar que Grupalia solicitara este cambio de potencia por SGO.
- A partir de las solicitudes de potencia solicitadas por Grupalia entre junio y julio de 2009 (tras el acuerdo con BT), Telefónica procedió a facturar los 170w solicitados para cada una de las centrales. La solicitud de Grupalia se hizo por SGO en este caso. Es decir, a partir de esta fecha, Telefónica procedió a facturar tanto los 1200w que le venía facturando desde julio de 2006 mas los 170w solicitados por SGO.
- Con fecha 14 de junio de 2010, Telefónica realiza una reducción de facturación de potencia eléctrica por SGO, tal y como le venía solicitando Grupalia (-1200w). Por tanto, a partir de este momento Telefónica únicamente factura por las potencias efectivamente solicitadas por Grupalia por los procedimientos habilitados, es decir, 170w de potencia eléctrica.

2) Respecto a la central Madrid/Yuste.

⁵ En el caso de la central Madrid/Pacífico, a partir del 27 de enero de 2006 se solicitó una ampliación de 300w, por tanto, en este caso Telefónica estuvo facturando 2300w desde enero hasta julio de 2006.



- Analizada la documentación aportada por ambas partes se ha comprobado que, tal y como alega Telefónica, en la solicitud inicial realizada por Grupalia, el 24 de marzo de 2004, esta entidad procedió a requerir 100w de potencia. Es decir, no es cierto como indica Grupalia que en la citada solicitud no requirieran potencia alguna. Sin embargo, Telefónica estuvo facturando un total de 300w amparándose en un correo electrónico remitido por Grupalia en fecha 18 de noviembre de 2004 (pero no a través del formulario habilitado en aquel momento).

Posteriormente, con fecha 19 de mayo de 2005, Grupalia solicitó efectivamente y a través de SGO un aumento de potencia a 300w. A partir de esta fecha, Telefónica procedió a facturar 600w en lugar de los 300w efectivamente solicitados por Grupalia. Esta discrepancia ya fue resuelta por las partes mediante acuerdo de 24 de mayo de 2006 y por tanto no es objeto del presente procedimiento.

- Tras la firma del acuerdo de 24 mayo de 2006, Telefónica continuó facturando 600w en lugar de los 300w solicitados.
- Con fecha 26 de junio de 2009, Grupalia solicitó un aumento de potencia de 255w (tras el acuerdo con BT), desde ese momento Telefónica sigue facturando 600w mas los 255w solicitados.

Con fecha 14 de junio de 2010, Telefónica realiza una reducción de facturación de potencia eléctrica por SGO, tal y como le venía solicitando Grupalia (-300w). Por tanto, a partir de este momento Telefónica únicamente factura por las potencias efectivamente solicitadas por Grupalia por el procedimiento habilitado, es decir, 300w más 255w de potencia eléctrica.

2. Valoración de la solicitud de Grupalia

Como se señaló anteriormente el objeto del presente expediente consiste en dilucidar si, por un lado, (i) Telefónica ha estado facturando de conformidad con el procedimiento establecido en la OBA en aras a determinar si corresponde la devolución de las cantidades cobradas indebidamente y si, por otro lado, (ii) Telefónica está obligada a modificar los datos existentes en la actualidad en el Sistema de Gestión de Operadores (SGO).

En cuanto a la primera cuestión, cabe recordar que el Anexo 3 de la OBA establece que Telefónica está obligada a facturar la potencia eléctrica mensualmente de conformidad con la siguiente fórmula:

$$\text{potencia máxima declarada} \times \frac{365,25}{12} \times 24 \times 1,45 \text{ Kwh}$$

En el caso que nos ocupa las discrepancias únicamente se centran en la interpretación del factor de la ecuación que corresponde a la "*potencia máxima declarada*".



Por un lado, Grupalia considera que el valor que debe ser tomado en cuenta por Telefónica para calcular las cuotas periódicas de energía eléctrica debe ser aquél que corresponda con las potencias que fueron declaradas en sus respectivas solicitudes de coubicación a través del SGO o, en su caso, a través de los procedimientos habilitados en su momento cuando aún no estaba disponible el citado sistema.

Por su parte Telefónica considera que la facturación que se ha venido realizando a Grupalia es conforme con las solicitadas por el operador. Según Telefónica, pese a no existir solicitudes formales (ni por el procedimiento previamente habilitado ni posteriormente por el SGO), del correo electrónico remitido por Grupalia el 23 de agosto de 2007, donde un trabajador manifiesta su conformidad con la potencia facturada, se debe deducir que la misma ha sido la correcta.

En este sentido cabe aclarar que en la propia OBA se recoge el procedimiento que deben seguir aquellos operadores que vayan a solicitar el servicio de coubicación, así como sus recursos asociados (potencia eléctrica, climatización, etc.). Así el apartado 2.15.1 de la OBA indica que *“Las solicitudes de asignación de espacio para la ubicación de equipos en edificios de Telefónica se presentarán por parte de los Operadores autorizados mediante el procedimiento vía Web implementado por Telefónica”*. Para ello, los operadores deberán rellenar un formulario con una información determinada entre la que se encuentra la *“potencia eléctrica máxima total (indicando corriente continua o alterna)”*. Es decir, esta potencia declarada será la que deba constar en el SGO y sobre la que Telefónica tendrá que basar su facturación.

En el caso concreto que nos ocupa cabe indicar que, cuando se realizaron las solicitudes iniciales de coubicación en las centrales en conflicto, aún no había sido implementado el citado sistema. No obstante, las peticiones de los operadores alternativos debían realizarse a través de un procedimiento que Telefónica tenía habilitado a tal efecto, en tanto no estuviera disponible el citado SGO.

De la documentación aportada al presente expediente ha quedado acreditado que Grupalia, haciendo uso del procedimiento antes citado, solicitó determinada potencia eléctrica para las citadas centrales de Telefónica, las cuales no coinciden con la potencia que efectivamente les ha estado facturando esta entidad.

En efecto, a pesar de que estas solicitudes se hicieron de forma correcta por parte de Grupalia, los datos que finalmente aparecieron (hasta junio de 2010) volcados en el SGO tomaron un valor distinto a la potencia eléctrica solicitada por este operador. Esta circunstancia es reconocida por la propia Telefónica. Así, con fecha 21 de abril de 2010, Telefónica remite un correo electrónico a Grupalia confirmando que en las centrales de Pacífico, Albéniz y Atocha no se había podido constatar la existencia de ninguna solicitud realizada por el SGO que pudiera justificar la potencia que constaba en el SGO y que le está siendo facturada. Esta misma circunstancia se alegó, con fecha 3 de mayo de 2010, para la central de Madrid/Yuste.



Es decir, a pesar de que la propia Telefónica admite la existencia de un error en cuanto a los datos que aparecen en el SGO respecto de la potencia eléctrica solicitada por Grupalia, se niega finalmente a su regularización basándose exclusivamente en la existencia de un correo electrónico donde un trabajador de Grupalia acepta la facturación.

A este respecto cabe indicar que Telefónica parece omitir que también existen muchos otros correos, anteriores y posteriores al alegado por esa entidad, donde Grupalia manifiesta su disconformidad con la facturación que se está llevando a cabo. Prueba de ello es que Grupalia ha seguido reclamando esta bajada de potencia, hasta que, con fecha 14 de junio de 2010, la misma se ha hecho efectiva.

En conclusión, esta Comisión considera que ha quedado acreditado que Telefónica ha estado facturando a Grupalia cantidades que no se ajustan a lo establecido en la OBA, dado que la citada entidad ha estado tomando como valor de referencia para efectuar el cálculo de las cuotas periódicas de potencia eléctrica, valores distintos de los declarados por Grupalia a través del SGO y, en consecuencia, debe devolver lo indebidamente facturado.

En cuanto a la segunda cuestión planteada, esto es, quién debe regularizar los datos que constan en el SGO a día de hoy, cabe reiterar que, de conformidad con la OBA, es Telefónica la responsable de la llevanza y mantenimiento del SGO. Por tanto, deberá ser esta entidad la encargada de llevar a cabo la regularización de la citada base de datos, evitando así la emisión de futuras facturas incorrectas.

Grupalia ha estado reclamando en diversas ocasiones, como así se acredita en diversos correos electrónicos, la regularización de la base de datos del SGO. A mayor abundamiento, de la documentación aportada por Grupalia se desprende que la propia Telefónica se comprometió a su modificación al haber constatado que los datos solicitados en el formulario por Grupalia no coincidían con los que efectivamente debían aparecer en el citado sistema. Así lo acredita el correo electrónico remitido por esta entidad donde un empleado de Telefónica indica que *“Efectivamente. En este caso en que las peticiones que aparecen en SGO no coinciden con la energía facturada, nosotros lo modificamos”*.

Por lo tanto, siendo Telefónica la responsable de la llevanza y mantenimiento del SGO, deberá ser esta entidad la encargada de llevar a cabo la regularización de la citada base de datos, evitando así la emisión de futuras facturas incorrectas.

A este respecto cabe indicar que Telefónica ha manifestado a esta Comisión, en su escrito de 10 de enero de 2011, que en junio de 2010 Telefónica procedió a regularizar el SGO de las centrales objeto de conflicto. Es decir, las centrales en conflicto ya han sido regularizadas a nivel SGO tal y como reclama Grupalia.

En atención a lo recogido en los anteriores Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones



RESUELVE

PRIMERO.- Declarar que Telefónica de España, S.A.U., en el periodo comprendido entre julio de 2006 y junio de 2010, no ha realizado la facturación a Grupalia Internet, S.A. por consumo de energía eléctrica en las centrales de Madrid/Pacífico, Madrid/Atocha, Madrid/Albéniz y Madrid/Yuste, de conformidad con el procedimiento establecido en la OBA. Para el citado periodo, Telefónica de España, S.A.U. deberá proceder a regularizar la facturación del consumo eléctrico repercutido a Grupalia Internet, S.A., en las centrales citadas, sobre la base de las solicitudes remitidas por Grupalia y de conformidad con el procedimiento establecido en la OBA.

SEGUNDO.- Declarar que, desde junio de 2010, las centrales de Madrid/Pacífico, Madrid/Atocha, Madrid/Albéniz y Madrid/Yuste han quedado regularizadas, a nivel de facturación, en el Sistema de Gestión de Operadores (SGO).

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior aprobado por Resolución del Consejo de la Comisión de fecha 20 de diciembre de 2007 (B.O.E. de 31 de enero de 2008), 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 48.12 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, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.