



JORGE SÁNCHEZ 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 número 02/11 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 20 de enero de 2011, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución sobre el conflicto de acceso al bucle de abonado entre Grupalia Internet S.A. y Telefónica de España S.A.U (DT 2010/1228).

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 15 de abril de 2010, la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (en adelante, Comisión) aprobó la resolución sobre el conflicto de acceso al bucle de abonado entre Grupalia Internet S.A. y Telefónica de España S.A.U. (DT 2009/1510) sobre las cantidades reembolsables a Grupalia en relación a los costes comunes de la Entrega de Señal (EdS) mediante cámara multioperador (CRMO) en la central de Madrid/Castellana.

SEGUNDO.- Con fecha 25 de junio de 2010 tuvo entrada en el registro de la Comisión escrito de Grupalia Internet S.A (en adelante, Grupalia) solicitando la apertura de un conflicto de acceso al bucle de abonado con Telefónica de España S.A.U (en adelante Telefónica) por los costes específicos aplicados en las Entrega de Señal mediante cámara multioperador que Telefónica cobró y por los que Grupalia está en desacuerdo.

TERCERO.- A la vista de la solicitud presentada por Grupalia, esta Comisión, con arreglo a las previsiones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (norma a la cual se acoge esta Comisión en el ejercicio de las funciones públicas que tiene encomendadas), procedió a la incoación e instrucción del correspondiente procedimiento administrativo. Con fecha 9 de julio de 2010 esta Comisión envió sendos escritos a Grupalia y a Telefónica notificándoles, como interesados, la apertura del expediente administrativo DT 2010/1228 para la resolución del conflicto planteado en fecha 25 de junio de 2010 por la primera de estas entidades.

CUARTO.- Con fecha 5 de agosto de 2010, tuvo entrada en el registro de la Comisión escrito por el que Telefónica solicita ampliación de plazo para la formulación de alegaciones al expediente DT 2010/1228.



QUINTO.- Con fecha 13 de agosto de 2010, tuvo entrada en el registro de la Comisión escrito de Telefónica mediante el cual procede a remitir las alegaciones oportunas al expediente DT 2010/1228 sobre el conflicto planteado por Grupalia.

SEXTO.- Con fecha 22 de octubre de 2010, se procede a emitir Informe de los Servicios.

SÉPTIMO.- Con fecha 12 de noviembre de 2010, se recibe escrito de Telefónica aportando nuevas alegaciones al Informe de los Servicios. En dichas alegaciones, Telefónica señala la existencia de un acuerdo privado firmado entre las partes relativo a compensaciones mutuas derivadas de pagos pendientes en relación con los servicios OBA que según el operador conllevaría a la improcedencia de la solicitud remitida por Grupalia.

OCTAVO.- Con fecha 18 de noviembre de 2010, se remite a Telefónica un requerimiento de información para que el operador aporte el acuerdo suscrito entre las partes para el análisis del mismo.

NOVENO.- Con fecha 26 de noviembre de 2010, se recibe en el Registro de la Comisión respuesta al requerimiento de información remitido a Telefónica.

DÉCIMO.- Dado que Telefónica de España S.A.U. aporta un acuerdo privado firmado entre ambos operadores y alega en base al mismo la improcedencia de la reclamación efectuada por Grupalia se procede a dar traslado de esta información a Grupalia. Con fecha 1 de diciembre de 2010 se recibe petición por parte de Grupalia de acceso al expediente DT 2010/1228 para revisión de las alegaciones adicionales al Informe de los Servicios y requerimiento de información remitidos por Telefónica.

UNDÉCIMO.- Con fecha 2 de diciembre de 2010, se remite escrito a Telefónica, en el que se mantiene la confidencialidad del acuerdo suscrito entre las partes ante terceros operadores.

DUODÉCIMO.- Con fecha 2 de diciembre de 2010 se remiten a Grupalia las alegaciones al Informe de los Servicios y respuesta al requerimiento de información solicitado a Telefónica.

DECIMOTERCERO.- Con fecha 14 de diciembre de 2010, tuvo entrada en el registro de la Comisión escrito de Grupalia por el que procede a aportar nuevas alegaciones al expediente en relación con el acuerdo privado firmado entre ambos operadores.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del procedimiento

El presente procedimiento tiene por objeto el análisis del conflicto de acceso iniciado por Grupalia contra Telefónica por los costes específicos aplicados en las entregas de señal solicitadas por el operador mediante cámara multioperador.

SEGUNDO.- Habilitación competencial

La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), en su artículo 48.2, indica que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto, entre otras cuestiones, el establecimiento y supervisión de las obligaciones



específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y la resolución de los conflictos entre operadores. Dichas competencias generales se concretan en la habilitación competencial de esta Comisión para actuar en esta materia, recogida en el apartado 3, letra d) del mismo artículo, que establece que es función de esta Comisión la resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre operadores en materia de acceso o interconexión.

La LGTel, en su artículo 11 apartado 4, 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.” La letra a) del mencionado artículo 3 establece como objetivo de esta Ley, 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.

A tal efecto, el artículo 14 de la LGTel señala que “de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de esta ley y de sus normas de desarrollo conocerá la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Ésta, previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo máximo de cuatro meses a partir del momento en que se pida su intervención, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva.”

De conformidad con lo anterior, esta Comisión tiene habilitación competencial suficiente para resolver el conflicto planteado por Grupalia contra Telefónica.

III ANÁLISIS DEL CONFLICTO

PRIMERO.- Descripción de la problemática planteada por Grupalia

Grupalia procede a plantear nuevo conflicto de acceso al bucle de abonado contra Telefónica de España por los costes aplicados en la instalación de la entrega de señal mediante cámara multioperador y en concreto en la aplicación de los costes específicos de las siguientes EdS:

MIGA	Central	Modalidad	Fin de Instalación	Administrativo
2810006	M/NORTE	CRMO	12/11/2004	2810000 1538354
2810002	M/JORDAN	CRMO	15/11/2004	2810000 1538353
2810022	M/VELAZQUEZ	CRMO	15/11/2004	2810000 1538357
2810008	M/VENTAS	CRMO	11/01/2005	2810000 1558684
2810060	M/ATOCHA	CRMO	23/05/2005	2810000 1639405
2810014	M/ARAGON	CRMO	20/07/2005	2810000 1842432
2810001	M/HERMOSILLA	CRMO	26/07/2005	2810000 1842421
2810063	M/OSUNA	CRMO	24/08/2005	2810000 1842631
2810063	M/OSUNA	CRMO	24/08/2005	2810000 1842639
2810029	M/CAMPAMENTO	CRMO	11/11/2005	2810000 1744751



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2810029	M/CAMPAMENTO	CRMO	11/11/2005	2810000 1744753
2810027	M/TETUAN	CRMO	14/11/2005	2810000 1752482
2810013	M/ALBENIZ	CRMO	14/12/2005	2810000 1781166
2810025	M/VALLECAS	CRMO	22/12/2005	2810000 1842665
2810025	M/VALLECAS	CRMO	22/12/2005	2810000 1842663
2810033	M/ALBUFERA	CRMO	29/12/2005	2810000 1842666
2810033	M/ALBUFERA	CRMO	29/12/2005	2810000 1842667
2810054	M/VISTA ALEGRE	CRMO	03/01/2006	2810000 1789795
2810054	M/VISTA ALEGRE	CRMO	03/01/2006	2810000 1789798
2810061	M/ALCANTARA	CRMO	12/01/2006	2810000 1791992
2810035	M/RICARDOS	CRMO	13/01/2006	2810000 1789972
2810035	M/RICARDOS	CRMO	13/01/2006	2810000 1790001
2810003	M/DELICIAS	CRMO	25/01/2006	2810000 1800578
2810003	M/DELICIAS	CRMO	25/01/2006	2810000 1800580
2810052	M/DIANA	CRMO	10/02/2006	2810000 1812222
2810052	M/DIANA	CRMO	10/02/2006	2810000 1812222
2810010	M/PACIFICO	CRMO	20/02/2006	2810000 1818772
2810010	M/PACIFICO	CRMO	20/02/2006	2810000 1818772
2810010	M/PACIFICO	CRMO	20/02/2006	2810000 1818772
2810044	M/MORATALAZ	CRMO	23/02/2006	2810000 1824943
2810044	M/MORATALAZ	CRMO	23/02/2006	2810000 1824945
2810020	M/ESQUERDO	CRMO	06/03/2006	2810000 1830764
2810020	M/ESQUERDO	CRMO	06/03/2006	2810000 1830776
2810068	M/SAN ANTON	CRMO	14/03/2006	2810000 1832428
2810068	M/SAN ANTON	CRMO	14/03/2006	2810000 1832430
2815001	COSLADA/CAÑADA	CRMO	24/04/2006	2815000 1057032
2815004	TORREJÓN DE ARDOZ	CRMO	22/05/2006	2815000 1056999

Si bien Grupalia señala que Telefónica parece aceptar la valoración de los costes comunes¹ de las EdS del operador y proceder con las devoluciones de las diferencias halladas según lo especificado en la OBA, no parece que Telefónica vaya a proceder con la reevaluación de los costes específicos, los cuales según Grupalia son igualmente erróneos.

Grupalia indica que de los datos revisados² según la OBA vigente en el momento de la contratación, el resultado obtenido para los costes específicos de las diferentes EdS ascendería a 44.787,69 €. Sin embargo Telefónica habría cobrado un total de 60.474,86 € existiendo por tanto un diferencial de 15.687,17 € a favor de Grupalia.

SEGUNDO.- Análisis detallado del conflicto

Mediante Informe de los Servicios se procedió a revisar el conflicto planteado por Grupalia y se analizaron las discrepancias detectadas entre ambos operadores resumidas en los siguientes puntos:

¹ En la resolución DT 2009/1510 se determinó la metodología de cálculo de los costes comunes de la EdS mediante cámara multioperador a medida que se van incorporando nuevos operadores. Telefónica debía reevaluar ya que el procedimiento utilizado era erróneo.

² Con la salvedad de Madrid/Aragón y Madrid/Albéniz, centrales de las que indica no disponer de información necesaria para proceder con el cálculo. Grupalia evalúa la EdS de Madrid/Castellana aún sin estar incluida en la tabla previa.



- Valoración del cableado óptico
- Número de fusiones ópticas necesarias.

En la propuesta del Informe de los Servicios se indicó a ambos operadores que el número de fusiones ópticas evaluado por Telefónica era correcto. Sin embargo, se discrepó con la valoración del cableado óptico ya que éste no se ajustaba al servicio solicitado por Grupalia. Por ello, se proponía una reevaluación de dichos costes por parte de Telefónica y que se reembolsaran las cantidades oportunas a Grupalia. En base a la propuesta del Informe, Telefónica procedió a remitir nuevas alegaciones al presente conflicto.

Como primera alegación, Telefónica discrepó con la opinión manifestada por CMT. Telefónica considera que se le deben reconocer los trabajos adicionales³ para realizar el tendido del cable de 8 fibras ópticas y que, según el operador, no quedarían reflejados en el precio del servicio contratado.

Telefónica señala que existen dos tipos de precios para la instalación de cableado de fibras ópticas, uno sobre canalización existente y otro que requiere la instalación de canaletas y la realización de trabajos específicos de sujeción. El precio reflejado en la EdS mediante cámara multioperador, no incluiría según Telefónica, todos estos trabajos adicionales. Por consiguiente, Telefónica decidió cobrar el valor reflejado de otros servicios⁴ que, según su entender, se asemejaría más a las actuaciones realizadas. Solicita asimismo la modificación de la OBA para evitar futuros conflictos.

Telefónica debe ajustarse al valor recogido en la oferta de referencia en el momento de contratación del servicio de EdS mediante cámara multioperador y que incluye la instalación del mismo. Telefónica siempre puede proponer la modificación de la OBA, tal y como solicita actualmente, justificando el incremento del precio, aspecto que no realizó en ningún momento.

Como segunda alegación al Informe de los Servicios, Telefónica manifiesta la existencia de un acuerdo privado suscrito entre las partes⁵, que justificaría la improcedencia de la reclamación iniciada por Grupalia y que evitaría a Telefónica de tener que resarcir a Grupalia en tales casos.

[CONFIDENCIAL]

[FIN CONFIDENCIAL]

Grupalia, sin embargo, considera que en el momento de suscribir el acuerdo de referencia, desconocía que el cálculo que Telefónica realizaba de los costes tanto comunes como

³ Instalación de canaletas, realización de trabajos específicos de sujeción, etc.

⁴ Servicio de EdS mediante capacidad portadora, servicio de coubicación, etc. en los que sí se incluirían las canalizaciones, sujeciones, etc.

⁵ Acuerdo firmado el 24 de mayo de 2006 entre Grupalia y Telefónica



específicos de las EdS fuera incorrecto, aceptando los costes que Telefónica le imponía, entre otras cuestiones, porque su falta de aceptación conllevaba necesariamente la paralización de la entrega de señal, con el evidente perjuicio para Grupalia.

Por tanto apunta que si, como es el caso, la CMT determina con posterioridad, mediante resolución expresa, que Telefónica no habría realizado de forma correcta el cálculo de los costes de las EdS y fijase los criterios aplicables a las partes para su correcto cálculo, es evidente que la reclamación de esta entidad debe prosperar, sin que el acuerdo suscrito en fecha 24 de mayo de 2006 deba impedir la reclamación por parte del operador.

Grupalia señala que la propia actuación de Telefónica en el expediente evidencia que también entendía que el referido acuerdo no afectaba a la reclamación efectuada por Grupalia y así en su escrito de alegaciones inicial no hizo referencia al mismo. Únicamente cuando tiene conocimiento del Informe de la CMT, Telefónica procede a aportar el referido acuerdo, a sabiendas de que el mismo no guarda relación con el presente expediente.

Por otro lado, Telefónica señala que resulta unánimemente aceptado, que los operadores puedan alcanzar acuerdos transaccionales que pongan fin a las discrepancias que existan en torno al monto de indemnizaciones, a cantidades derivadas de una cláusula penal (artículos 1809 y siguientes del Código Civil) o a cantidades derivadas de cualquier otra reclamación, como sería una reclamación sobre facturación. Es decir, en estas materias, sus relaciones están presididas por el principio positivo y la autonomía de la voluntad. Por ello entiende Telefónica que, habiendo transado las partes sobre tales conceptos, no procede la reclamación realizada por Grupalia.

Al respecto, Grupalia indica que Telefónica realiza una “consideración” relativa al carácter estrictamente civil de la cuestión planteada, manifestación que realiza sin motivación alguna. Alega que la Comisión tiene competencia para resolver el conflicto planteado en base a los artículos 14 y 48.3d de la LGTel, debiendo dictar dicha Comisión Resolución que ponga fin al mismo.

Sin embargo se discrepa con la opinión manifestada con Grupalia. Sí que es cierto que Telefónica, por haber sido declarado operador con PSM⁶ en el momento de la contratación de los servicios, tenía la obligación de publicar una oferta de referencia para la prestación de los servicios mayoristas. Además, los precios de los servicios debían estar orientados a los costes de producción, aspectos ambos que sí se cumplieron. No obstante, Grupalia procedió a firmar un nuevo acuerdo al margen de la oferta regulada, renunciando por tanto a que se mantuvieran las condiciones recogidas en la oferta de referencia OBA en el periodo 2004 hasta la firma del acuerdo.

La oferta de referencia mayorista es un acuerdo de carácter mínimo que obliga al operador declarado con poder significativo en el mercado de referencia pero permite que los operadores, de común acuerdo, modifiquen las condiciones que rigen sus acuerdos de acceso. El acuerdo transaccional al que se ha hecho referencia más arriba no es un acuerdo aislado e independiente, sino que forma parte de un contexto jurídico más amplio y complejo, cual es la relación de acceso entre ambos operadores y de la que forma parte, al determinar de forma indirecta las condiciones económicas que le son aplicables.

6 Peso significativo en el mercado



La intervención de esta Comisión en un conflicto de acceso tiene un límite negativo, que se refiere al respeto a la voluntad de las partes en la configuración de sus relaciones privadas. En un conflicto de acceso esta Comisión no puede interpretar contratos privados de las partes, ni pronunciarse en sus resoluciones sobre sus consecuencias internas o privadas, su validez o si la conducta de una de ellas es un incumplimiento de aquél. El contrato aportado por Telefónica es parte de una relación de acceso, pero se refiere a efectos meramente privados en los que no subyace un interés público que justifique la intervención administrativa.

Lo anterior implica que el que Grupalia incumpla o no el contrato de transacción al pretender el cobro de las cantidades a las que se refiere la resolución y sus consecuencias es una cuestión que está fuera el ámbito propio de la intervención administrativa y serán ambos operadores los que deberán concretarlo, en su caso, acudiendo a la jurisdicción civil. De la misma manera, Grupalia no puede pretender que esta Comisión resuelva un conflicto de acceso en el que se dirime una cuestión estrictamente privada, por referirse exclusivamente a su derecho a exigir a Telefónica unas cantidades de dinero sobre las que había transigido.

TERCERO.- Sobre las EdS facturadas en fecha 19 de octubre de 2007

Grupalia reitera que el Acuerdo de fecha de 24 de mayo de 2006 en ningún caso impediría la reclamación efectuada por Grupalia pero es que, además, en el presente expediente son objeto de reclamación facturas posteriores al Acuerdo alcanzado entre las partes, y más concretamente a las solicitudes siguientes:

- 118ESEW52172006040500: EdS en la central de Coslada/Cañada.
- 118ESEW52192006040500: EdS en la central de Torrejón de Ardoz.

Sin embargo, tanto la fecha de solicitud de alta como la fecha de finalización de trabajos son anteriores a la firma del acuerdo para ambas EdS. Si bien es cierto que la facturación de ambas EdS se realiza fuera del plazo del acuerdo firmado entre Grupalia y Telefónica, la provisión de las mismas sería anterior a la firma del mismo. Por tanto, no se considera oportuno un pronunciamiento de esta Comisión sobre estas dos EdS ya que el acuerdo privado firmado entre las partes no incluye tan sólo la facturación sino la provisión de servicios OBA quedando por tanto fuera del ámbito propio de la intervención administrativa tal y como se describe en la sección previa.

Conforme a los anteriores hechos y fundamentos de derecho, esta Comisión

RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar la pretensión de Grupalia de reevaluar los costes específicos de las diferentes EdS.

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 48.17 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, 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.