

**RESOLUCIÓN POR LA QUE SE PONE FIN AL CONFLICTO DE ACCESO
INTERPUESTO POR VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. CONTRA TELEFÓNICA
DE ESPAÑA S.A.U., SOBRE LAS CONDICIONES DE PROVISIÓN DE
CIRCUITOS ORLA DE ALTO COSTE.****Expediente CNF/DTSA/1189/14/ORLA ALTO COSTE VODAFONE****SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA****Presidenta**D^a. María Fernández Pérez**Consejeros**

D. Eduardo García Matilla

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

Secretario de la Sala

D. Tomás Suárez-Inclán González, Secretario del Consejo

En Madrid, a 10 de febrero de 2015

Visto el expediente relativo al conflicto interpuesto por Vodafone S.A.U. contra Telefónica de España, S.A.U., en relación con la provisión de circuitos ORLA de alto coste, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.- Escrito de Vodafone**

Con fecha 27 de mayo de 2014 tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (en adelante, CNMC) un escrito de Vodafone España S.A.U. (en adelante, Vodafone) por el que interponía conflicto de acceso frente a Telefónica de España S.A.U. (en adelante, Telefónica).

En dicho escrito, Vodafone indica que Telefónica estaba notificando situaciones de alto coste para determinados circuitos Ethernet en zona A y aplicando sobrecostes derivados de esta circunstancia, cuando la regulación no permite la imputación de alto coste en circuitos Ethernet en zona A.

Asimismo, Vodafone manifiesta que Telefónica, además de aplicar un sobrecoste en estos circuitos, impone otras condiciones, como el establecimiento de un tiempo mínimo de contratación (permanencia), que no están contempladas en la ORLA.

Finalmente, Vodafone alega que Telefónica ha estado retrasando también la provisión del servicio al realizar paradas de reloj hasta la aceptación del alto coste de los circuitos. Este operador señala que ha comunicado a Telefónica los supuestos incumplimientos de la regulación en cada situación en que se han producido.

Para acreditar las conductas de Telefónica, Vodafone ha aportado un listado de circuitos sobre los que Telefónica ha aplicado altos costes así como cláusulas de permanencia. Asimismo, Vodafone ha presentado la copia de algunos de los correos electrónicos intercambiados con Telefónica, en los que mostraba su reticencia a aceptar las condiciones que este operador le imponía.

Por todo ello, Vodafone solicita a esta Comisión que:

- (i) ordene a Telefónica que con carácter inmediato deje de aplicar sobrecostes a los circuitos ORLA Ethernet de cobertura A y declare expresamente que ninguno de los circuitos notificados por Vodafone debería haber sido objeto de sobrecoste de acuerdo con la normativa vigente, e
- (ii) incoe un expediente sancionador a Telefónica por infracción muy grave, de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

Segundo.- Inicio de procedimiento administrativo y requerimiento de información a Telefónica y Vodafone

Con fecha 27 de junio de 2014, mediante un escrito de la Dirección de Telecomunicaciones y Sector Audiovisual (en adelante, DTSA) se comunicó a Vodafone y Telefónica el inicio del presente expediente. Asimismo, se requirió a ambas partes un listado completo de los circuitos solicitados por Vodafone a Telefónica, durante el periodo comprendido entre febrero de 2014 y la fecha de presentación del escrito inicial de Vodafone (27 de mayo de 2014).

Asimismo, en el requerimiento de información se pidió también el número total de circuitos en centrales de zona A proporcionados por Telefónica a Vodafone en el periodo considerado, independientemente de que se hubiesen planteado o no situaciones de alto coste para estos circuitos.

Tercero.- Escritos de contestación al requerimiento de información de Vodafone y Telefónica

Con fechas 4 y 11 de julio de 2015 se recibieron en esta Comisión los escritos de Vodafone y Telefónica por los que daban contestación al citado requerimiento de información.

Cuarto.- Petición de subsanación de errores

En el análisis realizado por los servicios de la DTSA sobre los listados de los circuitos objeto de conflicto, proporcionados por ambas compañías en su contestación a los requerimientos de información, se detectó que: (i) en cuatro

de los circuitos existían discrepancias sobre varios aspectos (fecha de petición, notificación de alto coste, código MIGA¹ de la central, aceptación del circuito por parte de Vodafone) y (ii) un circuito había sido notificado solo por Telefónica.

Mediante un escrito de la DTSA, el 16 de julio de 2014 se solicitó a Vodafone la subsanación de las discrepancias detectadas en los circuitos comunicados por Telefónica cuyo listado comprendía un circuito más que el listado notificado por Vodafone. La finalidad de dicho requerimiento era delimitar el conjunto de circuitos objeto de conflicto y disponer de una información lo más exacta posible sobre la información asociada a cada uno de dichos circuitos.

Quinto.- Escrito de subsanación de errores enviado por Vodafone.

Con fecha 29 de julio de 2014 se recibió el escrito de subsanación de errores de Vodafone. En base a los datos aportados se han resuelto la mayor parte de las discrepancias, siendo las pequeñas discrepancias remanentes no relevantes para la tramitación y resolución del presente conflicto de acceso.

Sexto.- Trámite de audiencia

Mediante escrito de 24 de noviembre de 2014, se comunicó a las partes interesadas el informe de audiencia elaborado por la DTSA en relación con el conflicto, a fin de que éstos pudiesen alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimasen pertinentes. Para ello, en dicha comunicación se concedió a los interesados un plazo de diez días.

Séptimo.- Petición de ampliación de plazo para alegaciones de Telefónica

Con fecha 27 de noviembre de 2014 Telefónica solicitó una ampliación de plazo para realizar alegaciones al trámite de audiencia, la cual le fue concedida, por un plazo adicional de cinco días, mediante escrito de la DTSA de 28 de noviembre de 2014.

Octavo.- Escritos de alegaciones de Vodafone y Telefónica

Con fechas 5 y 15 de diciembre de 2014 se recibieron los escritos de alegaciones al trámite de audiencia remitidos, respectivamente, por Vodafone y Telefónica.

¹ MIGA es un código numérico de 7 cifras que identifica de manera única cada central de conmutación de Telefónica.

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Objeto del procedimiento

El presente procedimiento tiene por objeto resolver el conflicto planteado por Vodafone referente a la determinación por parte de Telefónica de los circuitos de cobertura A solicitados por Vodafone como de alto coste, durante el periodo comprendido entre el 1 de febrero y el 27 de mayo de 2014.

En esta resolución se analiza el marco regulatorio establecido hasta la fecha en relación con los circuitos de alto coste, al objeto de determinar la procedencia o no por parte de Telefónica de declarar los circuitos solicitados por Vodafone en zona A de alto coste, así como la correcta aplicación de las condiciones establecidas en la ORLA en relación con la provisión de los circuitos objeto de conflicto.

SEGUNDO.- Habilitación competencial

La Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) en su artículo 12 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 15 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel)² dispone que esta Comisión conocerá de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivados de esta Ley y de sus normas de desarrollo. Además, el artículo 12.5 de la LGTel establece que esta Comisión podrá intervenir en las relaciones entre operadores (o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión), 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 señalados en el artículo 3 del mismo texto legal.

Asimismo, entre las funciones cuyo ejercicio corresponde a la Comisión, en relación con las materias reguladas en la propia Ley, el artículo 70.2.a) de la LGTel, de forma análoga a como se preveía en la letra g) del artículo 48.4 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, le atribuye competencia para *“definir y analizar los mercados de referencia relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas, entre los que se incluirán los*

² La Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, publicada el 10 de mayo de 2014 en el Boletín Oficial del Estado (corrección de errores de la Ley publicado en el BOE el 17 de mayo de 2014), ha derogado, entre otras, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

correspondientes mercados de referencia al por mayor y al por menor, y el ámbito geográfico de los mismos, cuyas características pueden justificar la imposición de obligaciones específicas, en los términos establecidos en el artículo 13 de la presente Ley y su normativa de desarrollo”.

En base a esta competencia, el 23 de noviembre de 2006, 23 de julio de 2009 y 11 de abril de 2013 se aprobaron la primera, segunda y tercera revisión de la definición y análisis del mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor³, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas.

En las citadas Resoluciones, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT), tras definir y analizar el mercado de referencia, concluyó que dicho mercado no es competitivo e identificó a Telefónica como operador con peso significativo de mercado (PSM) en el mismo, imponiéndole las correspondientes obligaciones, entre las que se encuentran las siguientes: (i) obligación de dar acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización, a precios regulados en función de los costes de producción (líneas con interfaces tradicionales) o de un mecanismo *retail minus* (líneas con interfaces Ethernet), (ii) obligación de no discriminación en las condiciones de acceso a los servicios mayoristas de líneas alquiladas terminales, y (iii) obligación de transparencia en la prestación de los citados servicios, incluyendo la obligación de presentar una Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas (ORLA).

De conformidad con lo establecido en el artículo 7.3 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración aprobado por Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre⁴, el organismo regulador podrá *“introducir cambios en las ofertas de referencia para hacer efectivas las obligaciones a las que se refiere este capítulo y establecerá, para cada tipo de oferta de referencia, el procedimiento para su aplicación y, en su caso, los plazos para la negociación y formalización de los correspondientes acuerdos de acceso; [...]”*⁵.

³ Denominado en su momento Mercado 6, de conformidad con lo establecido en la Recomendación CE (2007/879/CE) de 17 de diciembre de 2007, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante [C(2007) 5406]. Este mercado ha pasado recientemente a estar incluido dentro del nuevo Mercado 4, de conformidad con lo establecido en la Recomendación CE (2014/710/UE) de 9 de octubre de 2014, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante.

⁴ Vigente en virtud de la Disposición Transitoria Primera de la LGTel.

⁵ Transposición del artículo 9.2 de la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva de Acceso), modificada por la Directiva 140/2009/CE, de 25 de noviembre.

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

En consecuencia, a la vista de la normativa citada y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 20.1 y 21.2 de la citada Ley, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia es el órgano competente para conocer y resolver el presente conflicto de acceso planteado por Vodafone contra Telefónica.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

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

1.1 Obligación de Telefónica de proporcionar circuitos Ethernet y situaciones de alto coste.

Una línea alquilada suministra una capacidad de transmisión permanente para la conexión de dos puntos a través de una red pública de telecomunicaciones. El servicio mayorista de líneas alquiladas terminales pone a disposición de los operadores que las solicitan una capacidad de transmisión permanente hasta las dependencias de los usuarios finales conectándolos con los puntos de presencia de su red a través de la red de acceso de Telefónica. Una característica muy relevante del suministro de las líneas alquiladas es que no es un servicio de uso residencial. Su principal aplicación es conectar diferentes sedes de una empresa o institución.

De acuerdo con las resoluciones aprobadas por la CMT sobre las tres revisiones que se han llevado a cabo en relación con el mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor, Telefónica tiene obligación de suministrar a otros operadores circuitos Ethernet en base a las condiciones establecida en la ORLA.

En el apartado 3.1 de la ORLA se ha regulado una serie de condiciones bajo las cuales ciertas solicitudes pueden conllevar un sobrecoste para el peticionario (denominado “alto coste”) al considerarse que para ellas las condiciones estándar pueden no ser razonables.

La calificación de alto coste conlleva el establecimiento de un precio superior para su provisión, así como un procedimiento específico para la notificación de dicha situación y negociación del precio final aplicado al circuito de alto coste.

El apéndice 1B de la ORLA establece las centrales en las que Telefónica está obligada a suministrar circuitos Ethernet, que coinciden con aquellas en las cuales Telefónica está prestando servicios minoristas. Dichas centrales se encuentran divididas en dos zonas: la zona A, que se corresponde con

centrales con área de cobertura estándar, en las cuales existe una elevada disponibilidad de fibra óptica de acceso y que, por tanto, han de ser provistas aplicando los precios y niveles de calidad recogidos en el anexo 3 y en el apartado 4 de la ORLA respectivamente, y la zona B, dónde no se cumplen estas condiciones y para cuya provisión Telefónica ha de seguir una serie de principios regulados en dicha oferta mayorista.

En consecuencia, para los circuitos en zona A, Telefónica debe aplicar los precios regulados estándar recogidos en el anexo 3 de la ORLA, sin imputar ningún tipo de recargo o sobrecoste sobre los mismos.

El listado de centrales Ethernet ha de ser actualizado regularmente por parte de Telefónica, determinando la adscripción de dichas centrales a la zona A o zona B según las condiciones establecidas en la ORLA para su clasificación. Telefónica debe comunicar dichas actualizaciones tanto a esta Comisión como a los operadores a los que suministra líneas alquiladas⁶.

1.2 Circunstancias justificativas de alto coste

Tal y como se ha indicado, en base a lo establecido en las ORLA de 2007 y 2010, cuando la central asociada a los circuitos Ethernet requerido se encuentra en zona B, Telefónica puede, bajo determinadas condiciones, plantear a los operadores la condición de alto coste. En la ORLA 2007 se indicaba lo siguiente:

“El apéndice 1B informa del tipo de cobertura prestada por cada central. El área de cobertura estándar se identifica como cobertura A. Para el área cubierta por las centrales identificadas como cobertura B ciertas solicitudes (principalmente por la necesidad de realizar una inversión considerable para construir la acometida de fibra en el domicilio del cliente) pueden no ser razonables en las condiciones estándar reguladas por esta oferta”

Las situaciones y zonas en las que puede plantearse la condición de alto coste ha sido objeto de análisis por parte de la CMT a instancia de la propia Telefónica. Así, en Resolución, de 7 de diciembre de 2010, relativa a la modificación de la ORLA de Telefónica (MTZ 2009/2042), dicha Comisión indicó lo siguiente⁷:

“(…), puesto que la obligación de transparencia impuesta a Telefónica hace referencia expresa a la ORLA para las líneas Ethernet, conviene aclarar que, como se vio en la anterior revisión de la ORLA y dada la situación en el mercado minorista, Telefónica sólo podrá repercutir circuitos de alto coste en las líneas prestadas en cobertura B.

⁶ El apéndice 1B de la ORLA actualizado está disponible en <http://telecos.cnmc.es/orla>.

⁷ Página 16 de la Resolución de 7 de diciembre de 2010.

En cuanto a las causas que pueden motivar la calificación de un circuito como de alto coste, se considera que la única causa que debe figurar en la ORLA como posible causante de alto coste es la necesidad de realizar una inversión considerable para construir la acometida de fibra en el domicilio del cliente.

En particular, no debe incluirse en la ORLA la posibilidad de que un circuito sea de alto coste por la dedicación de fibras intercentrales de la red de transporte nacional, pues la fibra dedicada es una característica intrínseca del servicio mayorista Ethernet (cabe recordar que el servicio fue propuesto y definido por Telefónica) y no una circunstancia excepcional que justifique un alto coste.

En este sentido, la petición de Telefónica con respecto a esta cuestión no es coherente con su posición sobre el servicio E-Line⁸, pues si realmente la dedicación de fibras inter-centrales le supone una inversión de alto coste, Telefónica debería ser la primera interesada en evolucionar el servicio Ethernet hacia la tecnología E-Line, dónde el servicio no necesita ser provisto a través de fibras dedicadas".

Además, cabe mencionar la Resolución por la que se resolvieron los recursos de reposición interpuestos por Telefónica y France Telecom España, S.A.U⁹ contra la citada Resolución de 7 de diciembre de 2010 (AJ 2011/13), donde la CMT volvió a abordar la cuestión relativa a la posible existencia de circuitos de alto coste en zona A, ante la reiteración de los argumentos de Telefónica sobre esta cuestión:

"Según TESAU, la Resolución solo considera para alto coste las zonas de cobertura de tipo B, al contrario de lo pretendido por la entidad recurrente que señala que los circuitos de alto coste pueden plantearse tanto en la zona de cobertura A como en zonas de cobertura B. En consecuencia, TESAU considera totalmente justificado y probable que puedan darse situaciones de alto coste tanto en zona A como en zona B, sin que ello implique contradicción alguna con el principio de transparencia".

A este respecto, se acordó que:

"Las alegaciones de TESAU son una reiteración de las ya presentadas en el expediente cuya resolución se recurre, dónde están debidamente

⁸ Los servicios E-Line son conexiones Ethernet punto a punto prestadas sobre una red Ethernet de nivel 2. Este tipo de servicio tiene la ventaja de permitir emular conexiones dedicadas, con las mismas garantías de calidad que las líneas alquiladas tradicionales, sobre una red Ethernet de nivel 2 compartida.

⁹ Actualmente, su denominación social es Orange Espagne, S.A.U.

contestadas¹⁰. Sólo cabe añadir que fue la propia TESAU quien comunicó a esta Comisión, en la primera revisión de la ORLA, dónde se definió el servicio Ethernet, las características de las centrales situadas en zona de cobertura A y B, y una de las características de las zonas cubiertas en zona A es que su despliegue de red era tal que hacía altamente improbable un alto coste.

De hecho, si ahora se permitieran los circuitos de alto coste también en zona A, la diferencia entre zona de cobertura A y B dejaría de tener sentido.

”

Por último, en la Resolución de la CNMC del 23 de octubre de 2014 por la que se pone fin al conflicto de acceso interpuesto por BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A. contra Telefónica sobre las condiciones de provisión de circuitos ORLA de alto coste, se reitera que no es ajustado a la ORLA en vigor aplicar sobrecostes en ningún caso en zona A, siendo solo posible aplicar la situación de alto coste por falta de acometida en zona B¹¹.

En consecuencia, de conformidad con lo establecido expresamente en reiteradas ocasiones por la CMT y la CNMC desde el año 2007:

- A) Telefónica sólo puede repercutir circuitos de alto coste en las líneas prestadas en cobertura (zona) B.
- B) La única causa regulada que justifica el alto coste en la provisión de un circuito es la necesidad de realizar una inversión considerable para construir la acometida de fibra en el domicilio del cliente.

1.3 Plazos para la provisión de los circuitos en zona A.

Una vez examinadas la zona y las condiciones bajo las cuales se pueden repercutir altos costes a los operadores peticionarios de circuitos Ethernet, procede analizar las obligaciones impuestas a Telefónica en relación con los plazos de que dispone para comunicar la fecha de entrega de los circuitos en zona A y el plazo de provisión.

A este respecto, el apartado 4 de la ORLA 2010, relativo a los niveles de calidad del servicio, establece lo siguiente para el plazo de provisión de todos los circuitos, tanto de zona A como de zona B, que no sean de alto coste:

“El plazo de entrega, de acuerdo a la definición de la Orden de Calidad, es el tiempo que transcurre desde el instante en el que el proveedor del servicio recibe una solicitud válida de suministro hasta que la línea o líneas, están disponibles para su uso y se ha notificado al solicitante.

¹⁰ Página 95, apartado 1.5 del Anexo 2

¹¹ http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Telecomunicaciones/Resoluciones/2014/Octubre/141023_Res_CNCF-DTSA-2494-13%20ORLA%20Alto%20Coste%20BT%20VP.pdf

*Se establecen los siguientes plazos de provisión de medios circuitos:
(...)*

Interfaces Ethernet:

Circuitos Ethernet: 60 días

Circuitos Fast Ethernet: 60 días

Circuitos Gigabit Ethernet: 60 días

El porcentaje de cumplimiento de estos plazos ha de ser superior al 85%. Dicho porcentaje se medirá de forma trimestral por cada operador. Telefónica de España deberá indicar el plazo de provisión del circuito y la fecha prevista de instalación en el momento de aceptar la solicitud del Operador. Para el 15% restante Telefónica de España podrá indicar unos plazos de provisión que no excedan el doble de los plazos recogidos anteriormente.

La fecha indicada por Telefónica en el momento de aceptar la solicitud debe considerarse como una primera estimación de la fecha de entrega La fecha vinculante a efectos de entrega y penalizaciones asociadas en caso de incumplimientos debe ser facilitada por Telefónica como máximo transcurridos 9 días naturales desde la solicitud del servicio para las líneas de nx64 Kbit/s y 15 días naturales para el resto de velocidades. En el caso de que se supere el plazo establecido sin que Telefónica haya fijado la fecha vinculante, se asumirá que la misma vendrá dada por el plazo inicial comunicado por Telefónica o, en su defecto, por el plazo estándar (...).

Sin perjuicio de las obligaciones existentes en cuanto a plazos vinculantes y penalizaciones asociadas, Telefónica deberá informar al operador de las circunstancias que se produzcan en la provisión que puedan suponer un retraso en la entrega”.

Dado que la ORLA en vigor no permite aplicar alto coste para circuitos en zona A, Telefónica tiene establecida la obligación de notificar la fecha vinculante de entrega de los circuitos Ethernet de cobertura A, sometidos a condiciones estándar, en un plazo máximo de 15 días naturales. Además, esta operadora tiene regulada la obligación de provisionar estos circuitos en un plazo máximo de 60 días naturales para el 85% de las solicitudes que reciba por operador dentro de cada trimestre¹²; permitiéndole que para el 15% restante el plazo de provisión sea como máximo el doble del regulado (para los circuitos Ethernet hasta 120 días naturales). Si Telefónica no notifica la fecha vinculante de entrega dentro del plazo de 15 días naturales establecido para los circuitos Ethernet, el plazo de provisión del circuito, por defecto, ha de ser el regulado (60 días).

¹² Siempre que el operador haya solicitado a Telefónica al menos 50 circuitos en uno o varios trimestres.

1.4 Cláusulas de permanencia

Para parte de los circuitos objeto de conflicto (aquellos cuya causa de alto coste es la falta de fibra o capacidad de transmisión inter-central), Telefónica ha establecido condiciones de permanencia a Vodafone. Por ello, es de interés revisar la situación regulatoria al respecto.

La ORLA no regula la posibilidad de establecer cláusulas de permanencia para la contratación de ningún tipo de circuito. Esta cuestión fue tratada de manera explícita en la Resolución, de 18 de julio de 2013, por la que se aprobó la revisión de precios de la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas de Telefónica (AEM 2013/237). Así, en respuesta a la propuesta de Telefónica de permitir el establecimiento de un compromiso mínimo de permanencia de dos años para los circuitos ORLA, estableciéndose penalizaciones de un 15% de las cuotas restantes hasta completar el plazo de 2 años, si el operador no cumpliera el periodo de permanencia en la contratación de los circuitos, la CMT consideró que:

“En primer lugar, cabe señalar que los precios de la cuota de alta y de la cuota mensual de las líneas tradicionales están orientados a costes, mientras que las líneas Ethernet se calculan mediante retail minus. Por tanto, si el operador da de baja el circuito poco después de la solicitud, Telefónica habrá percibido una cuota de alta y las cuotas mensuales que correspondan. En promedio, el alta habrá cubierto los costes de instalación del circuito y las cuotas mensuales los costes de operación y mantenimiento del mismo. Por tanto, en promedio, Telefónica recuperará los costes incurridos aunque el cliente solicite la baja del circuito en poco tiempo.

En segundo lugar, el operador usuario de la ORLA no tiene ningún incentivo a dar de baja el circuito mayorista, pues eso significa que ha perdido el cliente final. En la mayoría de los casos, el operador solicita la baja del circuito mayorista porque el cliente final ha decidido contratar sus servicios a otro operador. Debido a que Telefónica es el operador con mayor cuota en el mercado minorista, el cliente final se habrá migrado a Telefónica en la misma proporción que su cuota de mercado. En estos casos, Telefónica no sufre perjuicio, pues puede reutilizar la infraestructura construida para el operador mayorista para prestar servicios de forma directa al cliente final y recibe unos ingresos superiores a los que percibía en el mayorista.

Por tanto, se desestima la petición de Telefónica.”

En definitiva, la ORLA no reconoce el derecho de Telefónica para imponer cláusulas de permanencia en la contratación de circuitos considerados como estándar.

Por lo que respecta a los circuitos de alto coste, en la ORLA tampoco se establece la posibilidad para Telefónica de imponer cláusulas de permanencia en su contratación. Por tanto, no es ajustado a la ORLA condicionar la entrega del circuito a la aceptación de una cláusula de permanencia que suponga un compromiso añadido del operador contratante del circuito de alto coste.

La aplicación de cláusulas de permanencia fue también analizada y considerada como no ajustada a la ORLA en el conflicto resuelto el 23 de octubre de 2014, anteriormente citado, entre BT y Telefónica.

1.5 Retrasos en provisión debido a paradas de reloj

El texto consolidado de la ORLA en vigor contempla, entre otras, la siguiente causa de “parada de reloj” en los plazos de provisión:

“Cliente con exceso de inversión”. En este caso, debe aclararse que el plazo de la parada de reloj comienza en el momento en el que Telefónica ha facilitado toda la información al operador que permita valorar el importe de alto coste, y finaliza en el momento en el que el operador acepta o rechaza el circuito. (...)

Las comunicaciones electrónicas relativas a las paradas de reloj (tanto en provisión como para la resolución de incidencias) deberán indicar de forma clara la causa, el inicio y la conclusión de la suspensión por parada.”

Esto es, bajo la causa “Cliente con exceso de inversión”, Telefónica puede realizar paradas de reloj para circuitos de alto coste durante el periodo en el cual el operador petionario evalúa y toma la decisión sobre si aceptar o rechazar el alto coste.

La justificación de esta parada de reloj es que el operador petionario puede rechazar el circuito a la luz del importe del alto coste y/o de los plazos de provisión que le comunique Telefónica. Por tanto, Telefónica no sigue con la provisión hasta que el operador le confirma su aceptación de las condiciones del alto coste.

La causa “Cliente con exceso de inversión” está contemplada de forma exclusiva para circuitos de alto coste, no siendo válida su aplicación para la provisión de circuitos que no reúnan esta característica.

1.6 Resumen del marco regulatorio de los circuitos de alto coste

- 1) Telefónica sólo puede repercutir circuitos de alto coste en las líneas prestadas en cobertura B, siendo la única causa que se contempla como motivo de alto coste la necesidad de realizar una inversión considerable para construir la acometida de fibra en el domicilio del cliente. Para los

- circuitos en zona A, Telefónica debe aplicar los precios estándar recogidos en la ORLA sin ningún tipo de recargo o sobrecoste.
- 2) Telefónica tiene la obligación de notificar la fecha vinculante de entrega de los circuitos, sometidos a condiciones estándar, en un plazo máximo de quince (15) días naturales.
 - 3) La ORLA no reconoce el derecho de Telefónica a exigir a los operadores cláusulas de permanencia para la provisión de ningún tipo de circuito, sea estándar o de alto coste.
 - 4) La parada de reloj motivada por la espera de Telefónica a la aceptación del operador peticionario del alto coste, comunicado para la provisión de los circuitos, está contemplada en la ORLA para situaciones en las que Telefónica tiene la posibilidad de repercutir un cargo adicional (acometida de fibra en el domicilio del cliente en zona B). En el resto de circuitos, donde no se puede repercutir un alto coste, no es posible aplicar paradas de reloj por este motivo.

SEGUNDO.- Análisis de los circuitos calificados de alto coste objeto de conflicto

Vodafone considera que Telefónica incumple de manera sistemática la ORLA, al aplicar y cobrar alto coste en circuitos Ethernet ubicados en zona A. De acuerdo con los datos aportados durante la tramitación del expediente por Vodafone y Telefónica, para los circuitos requeridos por Vodafone en el periodo contemplado desde el 1 de febrero de 2014 hasta el 27 de mayo de 2014, Telefónica ha notificado un total de **[Confidencial:]** circuitos Ethernet de alto coste que se encuentran en zona A.

En el mismo periodo, Vodafone solicitó un total de **[Confidencial:]** circuitos en zona A. Por tanto, el porcentaje de circuitos de zona A a los que se han aplicado condiciones de alto coste asciende al **[Confidencial:]**.

La casuística por la cual se plantean altos costes en zona A se divide en dos motivos: falta de acometida en dependencias de cliente (**[Confidencial]** circuitos) y falta de fibra o capacidad de transmisión inter-central (**[Confidencial]** circuitos).

El sobrecoste notificado por Telefónica por falta de acometida en zona A varió entre los **[Confidencial]** y los **[Confidencial]** siendo el total cobrado por acometidas en zona A de **[Confidencial]**.

En lo que respecta a los circuitos de alto coste motivados por la falta de fibras o capacidad de transmisión inter-central, se ha comprobado que en **[Confidencial:]** de los **[Confidencial:]** circuitos Telefónica ha aplicado sobrecostes respecto a los precios regulados en la ORLA, tanto en la cuota de alta como en la cuota mensual. El sobrecoste en la cuota de alta varió entre los **[Confidencial]** y los **[Confidencial]**, siendo el valor total del sobrecoste

cobrado sobre la cuota de alta de [Confidencial] y el sobrecoste medio en la cuota mensual de [Confidencial].

Sobre los otros [Confidencial:] circuitos de zona A calificados de alto coste por falta de fibra inter-central, se ha detectado que Telefónica ofreció dos soluciones alternativas a Vodafone basadas bien en tecnología JDS¹³ (que suponían un sobrecoste respecto a los precios regulados ORLA) o bien a través de soluciones MAN¹⁴ (al mismo precio regulado que fija la ORLA), habiendo optado Vodafone por la solución MAN y, por tanto, no teniendo que asumir un sobrecoste respecto a los precios regulados, aunque sí la aplicación de cláusulas de permanencia.

En la siguiente tabla se muestra el número de circuitos de alto coste notificados de acuerdo a cada una de estas casuísticas y el sobrecoste en la cuota de alta aplicado respecto a los precios regulados ORLA:

Tabla 1: Resumen de número de circuitos de alto coste en zona A y sobrecostes aplicados por Telefónica en cuota de alta [Confidencial]

Fin Confidencial]

Todos los circuitos objeto del conflicto se encuentran ubicados en zona A, por lo que la calificación de estos circuitos por parte de Telefónica como de alto coste no se ajusta a la regulación en vigor.

Vodafone indica en sus alegaciones al trámite de audiencia que la presente resolución sería de aplicación a casos previos en los que Telefónica incumplió la normativa pero que Vodafone no aportó al conflicto por ser su frecuencia muy inferior.

Si bien el marco regulatorio de la provisión de circuitos Ethernet de alto coste por parte de Telefónica presentado en el fundamento material primero es de aplicación para todos los circuitos proporcionados por Telefónica desde la entrada en vigor de la ORLA de 2007, no es posible a esta Comisión extender el objeto de la presente resolución sobre circuitos que no han sido aportados por Vodafone durante la tramitación del expediente, al no conocerse ni haberse comprobado junto con Telefónica las circunstancias bajo las cuales puedan haberse suministrado dichos circuitos a Vodafone.

En conclusión, teniendo en cuenta los razonamientos expuestos, esta Comisión considera que para los circuitos en zona A requeridos por Vodafone, entre el 1

¹³ Jerarquía Digital Síncrona: permite la prestación de líneas alquiladas con características técnicas muy similares a las establecidas en la ORLA para las líneas Ethernet.

¹⁴ *Metropolitan Area Network*: es una solución que permite prestar líneas Ethernet de nivel 2.

de febrero y el 27 de mayo de 2014, donde se hayan aplicado sobrecostes, este operador tendrá derecho a reclamar a Telefónica la diferencia entre el precio aplicado debido a la calificación de alto coste y el precio regulado en la ORLA.

TERCERO.- Paradas de reloj para provisión en zona A

De acuerdo con la ORLA en vigor, se considera lícito realizar paradas de reloj desde el momento en que Telefónica comunica al operador peticionario del circuito que éste es de alto coste, el importe del mismo, la fecha vinculante de entrega y la información desglosada de las actuaciones a realizar, y hasta que el operador acepta la provisión del circuito en las citadas condiciones previamente negociadas entre ambos operadores.

No obstante, como ya se ha señalado en este informe, todos los circuitos notificados por Vodafone son de zona A y, por tanto, no puede aplicarse sobre éstos situaciones de alto coste. Sin embargo, en los correos aportados por Vodafone se ha constatado que Telefónica le ha estado aplicando la referida parada de reloj al comunicarle indebidamente que dichos circuitos debían ser calificados de alto coste.

Telefónica no debería haber cargado a Vodafone un sobrecoste para la provisión de dichos circuitos, ni haber utilizado la parada de reloj asociada a la comunicación de circuitos de alto coste. En consecuencia, tal como indica Vodafone, las paradas de reloj aplicadas por este motivo deben descontarse del plazo de provisión, que en el caso de circuitos provistos en zona A se debe corresponder con el plazo estándar, siendo de aplicación las penalizaciones que pudieran dar lugar por incumplimiento de este plazo de entrega, de conformidad con las reglas para el cálculo de penalizaciones establecidas en la ORLA.

CUARTO.- Aplicación de cláusulas de permanencia en alto coste debido a la indisponibilidad de medios entre centrales

De acuerdo a la información aportada por Telefónica, en la totalidad de los circuitos notificados a Vodafone indebidamente como de alto coste, como consecuencia de la indisponibilidad de medios inter-central (un total de **[Confidencial:]** circuitos), este operador le ha estado aplicando cláusulas de permanencia que varían entre 18 y 36 meses.

Tal como se ha indicado al presentar el marco regulatorio, la ORLA no contempla la posibilidad de imponer cláusulas de permanencia sobre ningún tipo de circuito. Por tanto, sobre los circuitos de zona A ya proporcionados a Vodafone objeto de este expediente, la DTSA considera que las cláusulas de permanencia impuestas por Telefónica han de ser consideradas como no aplicables.

QUINTO.- Respuesta a las alegaciones de Telefónica sobre la no existencia de un conflicto de acceso que justifique la intervención de la CNMC

En su escrito de alegaciones al trámite de audiencia, Telefónica considera que la CNMC carece de competencias para abrir un procedimiento administrativo por conflicto de acceso, al tratarse las discrepancias entre Vodafone y Telefónica de cuestiones que afectan a la esfera de los intereses privados de las partes, sin trascendencia en el interés público.

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

Asímismo, de acuerdo a Telefónica, tampoco puede afirmarse que posibles discrepancias puntuales en la relación contractual privada que vincula a Vodafone y Telefónica estén generando perjuicio para la competencia ni, en general, impacto en el interés jurídico-público, motivo por el cual no procedería la intervención de la CNMC.

A este respecto, cabe indicar que es conocida la jurisprudencia¹⁵ que, de conformidad con la regulación sectorial, reconoce la existencia de ciertas prerrogativas a esta Comisión con la finalidad última de favorecer la competencia entre operadores. Entre estas prerrogativas se encuentra la de supervisar el comportamiento de los operadores en relación con el cumplimiento de sus obligaciones, garantizar el justo equilibrio contractual entre las partes y salvaguardar el acceso y la interconexión de las redes en condiciones no discriminatorias, transparentes y proporcionales en beneficio de todos los usuarios.

Por tanto, en base a la habilitación competencial para la resolución de conflictos entre operadores reconocida por la normativa sectorial y en ejercicio de las prerrogativas confirmadas por la jurisprudencia, esta Comisión está habilitada para conocer y resolver sobre las concretas condiciones

¹⁵ Entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo, de 1 de octubre de 2008 (RJ/2008/4601), de 18 de noviembre de 2008 (RJ/2008/5966) y de 24 de junio de 2009 (RJ 2009/4681).

contractuales aplicables por Telefónica a Vodafone para la provisión de los circuitos Ethernet diferentes a las establecidas en la ORLA.

Esta Comisión entiende que los operadores tienen libertad de negociar con Telefónica y fijar condiciones diferentes a las establecidas en la ORLA, siempre que Telefónica cumpla todas las obligaciones establecidas en el mercado 6, pero no es posible aceptar que Telefónica llegase a un acuerdo en su momento con Vodafone para la aplicación de sobrecostes y cláusulas de permanencia en los circuitos objeto de conflicto.

Ello porque Vodafone no ha obtenido ninguna ventaja de dichos supuestos acuerdos privados a los que hace referencia Telefónica, sino que ha tenido que asumir mayores precios a los establecidos para la provisión de los circuitos y aceptar condiciones –cláusulas de permanencia– fuera de lo establecido en la ORLA, todo ello con la finalidad de no perder al cliente –empresa– con el que se había comprometido bajo una oferta comercial, debido a los importantes retrasos en la provisión de los circuitos provocados por Telefónica.

Así, en la información aportada por Vodafone, se confirma que este operador ha reclamado repetidas veces la aplicación de las condiciones ORLA, rechazando como contrario a la regulación la aplicación de sobrecostes y cláusulas de permanencia. En el correo enviado por Vodafone el 9 de abril de 2014 se indica:

[Confidencial:].

Vodafone, asimismo, indica en sendos correos que se ve aceptado a aceptar sobrecostes y cláusulas de permanencia por la presión comercial, plazos y necesidades de sus clientes. En el correo del 14 de marzo de 2014 Vodafone notifica a Telefónica que:

[Confidencial:].

Por último, en el correo remitido por Vodafone a Telefónica el 30 de abril de 2014 se indica:

[Confidencial:].

En consecuencia, Telefónica ha condicionado la prestación de los circuitos al pago de un sobrecoste y a la aceptación de cláusulas de permanencia no acordes con la ORLA.

Por todo ello, esta Comisión no acepta las alegaciones de Telefónica respecto a la inexistencia de un conflicto de acceso y considera que las condiciones en que se han suministrado los circuitos objeto del conflicto son una imposición de Telefónica no acorde con la ORLA en vigor que fueron aceptadas por Vodafone por la necesidad de disponer del servicio mayorista para suministrar los

servicios minoristas a sus clientes, y no como resultado de un acuerdo privado libremente establecido por las partes.

SEXTO.- Valoración de la conducta de Telefónica analizada en este expediente

A raíz de lo expuesto a lo largo de la presente resolución, se ha observado la existencia de claros indicios de presunto incumplimiento por parte de Telefónica de las condiciones de provisión de los circuitos Ethernet asociados a centrales de zona A conforme a lo dispuesto en la ORLA.

En efecto, Telefónica ha estado tratando los circuitos ORLA-E en zona A solicitados por Vodafone como de alto coste, lo que ha supuesto finalmente cargar indebidamente a Vodafone un sobrecoste por provisionarle algunos de los circuitos, **[Confidencial]**, y usar incorrectamente la parada de reloj regulada en la ORLA “Clientes con exceso de inversión”.

Asimismo, se ha observado que Telefónica ha estado condicionando la provisión de los circuitos de zona A en los que alegaba la indisponibilidad de fibras entre centrales a la aceptación por parte de Vodafone de cláusulas de permanencia que oscilan entre los 18 y 36 meses. Sin embargo, de conformidad con lo establecido en la ORLA, Telefónica no puede imponer este tipo de condiciones.

Finalmente, de la información proporcionada por ambos operadores se ha podido descubrir que en **[Confidencial]** de los circuitos se ha superado el plazo de 15 días naturales establecido en la ORLA para comunicar la fecha vinculante de entrega del circuito de cobertura A o estándar, siendo la media del tiempo de comunicación para todos los circuitos de 21 días (6 más del plazo establecido en la ORLA), llegando en alguno de los casos a tardar **[Confidencial]** días en comunicarse con Vodafone, no para notificarle la fecha vinculante de entrega del circuito, sino su decisión de calificarlo como de alto coste.

Además, para el resto de circuitos donde Telefónica se puso en contacto con Vodafone dentro del plazo de los 15 días naturales, concurre también la circunstancia de que no fue para comunicarle la fecha vinculante de entrega sino la repercusión de un alto coste, lo que al final también impactó sobre el plazo regulado para provisionar dichos circuitos de zona A, tal y como se ha podido observar de la información proporcionada por Telefónica, en al menos, uno de ellos **[Confidencial]**.

Por tanto, se estima que concurren suficientes elementos de juicio para considerar que Telefónica podría haber realizado conductas tipificadas en los artículos 53.r) de la LGTel de 2003 y 76.12 de la vigente LGTel de 2014 susceptibles de motivar la incoación de un procedimiento administrativo sancionador, por el presunto incumplimiento de la Resolución de 7 de

diciembre de 2010, modificada por la Resolución de 18 de julio de 2013, en la que se revisaron los precios de la ORLA.

Cabe indicar que como consecuencia de la existencia de indicios de presunto incumplimiento por parte de Telefónica de las condiciones de provisión de los circuitos Ethernet establecidas en la ORLA, descubiertos en el seno de los citados expedientes CNF/DTSA/2494/13, relativo al conflicto de acceso planteado por BT contra Telefónica, y CNS/DTSA/1250/14, por el que se contesta una consulta planteada por Jazztel, el 23 de octubre de 2014 la CNMC acordó incoar un procedimiento sancionador contra Telefónica (SNC/DTSA/1821/14/Telefónica ORLA), que se encuentra actualmente en tramitación.

Debido a que dicha operadora ha podido incurrir en conductas presuntamente infractoras en la provisión de circuitos Ethernet de zona A solicitados por Vodafone, de la misma naturaleza a las que dieron lugar a la incoación del procedimiento sancionador citado en el párrafo anterior (SNC/DTSA/1821/14/Telefónica ORLA), en virtud del principio de economía procesal, se acuerda remitir a la instructora del referido procedimiento sancionador la documentación obrante en el presente expediente, para que proceda al análisis y valoración de los indicios de presunto incumplimiento descritos en este Fundamento Jurídico Material en el expediente sancionador en curso.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Vodafone España S.A.U. tiene derecho a reclamar a Telefónica de España, S.A.U. la diferencia entre el precio regulado en la ORLA y el precio de alto coste aplicado por esta operadora a los circuitos que en el momento de su solicitud se encontraran asociados a centrales de zona A, durante el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2014 y el 27 de mayo de 2014.

SEGUNDO.- No serán de aplicación las paradas de reloj asociadas a la comunicación indebida de circuitos de alto coste en los circuitos Ethernet solicitados por Vodafone España S.A.U, desde el 1 de febrero de 2014 al 27 de mayo de 2014, objeto de este conflicto.

TERCERO.- No serán de aplicación las condiciones de permanencia ya establecidas por Telefónica de España S.A.U. a Vodafone España S.A.U. en

los circuitos Ethernet solicitados por Vodafone España S.A.U, desde el 1 de febrero de 2014 al 27 de mayo de 2014, objeto de este conflicto.

CUARTO.- Remitir a la instructora del procedimiento sancionador (SNC/DTSA/1821/14/Telefónica ORLA) la resolución y documentación completa obrante en el presente expediente, al objeto de que el citado procedimiento sancionador abierto contra Telefónica de España S.A.U, por el presunto incumplimiento de las condiciones de provisión de los circuitos Ethernet establecidas en la ORLA, se extienda al conocimiento de los indicios de presunto incumplimiento de dicha oferta por parte de esta operadora, analizados en el Fundamento Jurídico Material Sexto de la presente resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.

**ANEXO: LISTADO DE CIRCUITOS
[CONFIDENCIAL]**