

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE ACCESO PLANTEADO POR DESARROLLO DE LA TECNOLOGÍA DE LAS COMUNICACIONES, S.C.A. FRENTE A TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. POR DENEGACIÓN DE SOLICITUDES DE ENTREGA DE SEÑAL MEDIANTE FIBRA OSCURA (EXPTE. DT 2013/108)

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LA CNMC

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla.

D. Josep María Guinart Solá.

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 7 de enero de 2014

Visto el expediente relativo al conflicto de acceso planteado por Desarrollo de la Tecnología de las Comunicaciones, S.C.A. frente a Telefónica de España S.A.U. por denegación de solicitudes de Entrega de Señal mediante fibra oscura, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA**, acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES

Primero.- Escrito de DTI2 planteando conflicto de acceso con Telefónica

Con fecha 17 de enero de 2013 se recibe en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) escrito de Desarrollo de la Tecnología de las Comunicaciones, S.C.A. (en adelante, DTI2) por el que planteó conflicto de acceso frente a Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica), por el supuesto rechazo de peticiones de Entrega de Señal en la modalidad fibra oscura.

Segundo.- Comunicación de inicio de procedimiento

En virtud de lo establecido en la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), mediante sendos escritos del Secretario de la CMT de 7 de febrero de 2013, se procedió a notificar a DTI2 y Telefónica el inicio del correspondiente procedimiento administrativo a instancia de DTI2.

Tercero.- Nuevo escrito de DTI2 y alegaciones iniciales

Con fecha 14 de marzo de 2013 se recibió nuevo escrito de DTI2 solicitando que la CMT se pronunciara sobre determinados aspectos técnicos y económicos directamente relacionados con las peticiones de fibra oscura motivo del expediente. Con fecha 17 de abril de 2013 se comunicó a los interesados que el nuevo escrito se acumulaba en el presente expediente y se dio traslado del mismo a Telefónica. Con fecha 21 de marzo de 2013 se recibió escrito de alegaciones de Telefónica.

Cuarto.- Requerimientos de información a DTI2 y Telefónica

Con fecha 8 de julio de 2013 tuvo entrada en el Registro de la CMT escrito de DTI2 dando respuesta al requerimiento de información efectuado por la misma CMT mediante escrito del Secretario con fecha de 10 de junio de 2013. Asimismo, con fecha 3 de septiembre de 2013 tuvo entrada escrito de Telefónica respondiendo al requerimiento de información de 5 de agosto de 2013 realizado también por la CMT.

Quinto.- Informe de los servicios y trámite de audiencia

Mediante sendos de 18 de junio de 2013 se procedió a notificar a los interesados la instrucción del presente procedimiento y a darles trámite de audiencia.

Con fechas 11 y 23 de julio de 2013, se recibieron escritos de alegaciones al trámite de audiencia de Telefónica y DTI2 respectivamente.

Sexto.- Adopción de medidas cautelares para garantizar el pago

Con fecha 30 de julio de 2013, la CMT resolvió adoptar medidas cautelares en el conflicto de acceso presentado por Telefónica frente a DTI2 por el que solicita resolver los contratos de acceso al bucle de abonado vigentes entre ambas partes. Según las medidas cautelares, DTI2 deberá garantizar el pago de los servicios de acceso al bucle que le preste Telefónica mediante la constitución de un aval o un sistema de prepagado.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1 OBJETO DEL PROCEDIMIENTO

El presente procedimiento tiene por objeto resolver el conflicto planteado por DTI2 en relación con los supuestos rechazos de sus peticiones de Entrega de Señal (EdS) en la modalidad de fibra oscura.

II.2 HABILITACIÓN COMPETENCIAL

La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), en su artículo 48.4. d) atribuye a la CMT la función de resolver de forma vinculante los conflictos que se susciten entre operadores en materia de acceso e interconexión de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

Asimismo, el artículo 11.4 de la LGTel establece que la CMT podrá intervenir en las relaciones entre operadores 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. A tales efectos, el artículo 14 de la LGTel dispone que la CMT conocerá de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivados de esta Ley y de sus normas de desarrollo.

Por último, el artículo 23 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración (en adelante, Reglamento de Mercados), aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, establece que la CMT podrá intervenir en las relaciones entre los operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado. Además, se dispone que esta Comisión conocerá de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de la LGTel, de este reglamento y de otras normas de desarrollo de la citada ley, a tal efecto, dictará una resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto y las medidas provisionales que correspondan.

El presente procedimiento fue iniciado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en virtud de la habilitación competencial antes citada. Sin embargo, la Disposición Adicional Segunda, apartado 1, de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, señala que la constitución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia implicará la extinción, entre otros organismos, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cuyas funciones serán ejercidas por aquella o, en su caso, por el correspondiente departamento ministerial¹. El citado precepto también señala que las referencias a la legislación vigente a los organismos extinguidos se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o al ministerio correspondiente según la función de que se trate².

El artículo 6, en relación con el artículo 12 de la Ley 3/2013, señala que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ejercerá las funciones atribuidas a la CMT por la Ley 32/2003 y, en concreto, las relativas a la resolución de conflictos en los mercados de comunicaciones electrónicas en materia de acceso e interconexión de acuerdo con lo establecido en la citada Ley 32/2003.

¹ La Disposición Transitoria Quinta, apartado 1, de la citada Ley 3/2013, señala que los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2013, de 4 de junio, continuarán tramitándose por los órganos de la autoridad a los que la citada Ley atribuye las funciones anteriormente desempeñadas por los organismos extinguidos.

² El artículo 1 de la Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, señala el día 7 de octubre de 2013 como la fecha de puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y por ello, las referencias que se hagan a lo largo de la presente Resolución a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, a partir del 7 de octubre de 2013, deberán entenderse realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

En consecuencia, esta Comisión resulta competente para conocer del presente conflicto de acceso suscitado entre DTI2 y Telefónica. Asimismo, de conformidad con el artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, corresponde su resolución a la Sala de Supervisión regulatoria.

II.3 MODALIDAD DE EDS DE LA OBA BASADA EN FIBRA OSCURA

El origen del conflicto planteado es el supuesto rechazo por parte de Telefónica de las solicitudes de DTI2 de EdS mediante fibra oscura. DTI2 manifiesta que las solicitudes que realizó en dos centrales de pequeño tamaño de la ciudad de Córdoba y con destino a otra central de Córdoba fueron rechazadas por Telefónica aduciendo que no eran de ámbito interurbano. Posteriormente, según señala DTI2, presentó dos nuevas solicitudes para las mismas centrales pero con destino en ubicaciones fuera de la ciudad de Córdoba, las cuales también fueron rechazadas por Telefónica aduciendo falta de dirección postal de los puntos destino.

DTI2 solicita que se inste a Telefónica a atender sus cuatro solicitudes de servicio de EdS de fibra oscura y que ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo sobre las condiciones de prestación del servicio, sean determinadas por esta Comisión.

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

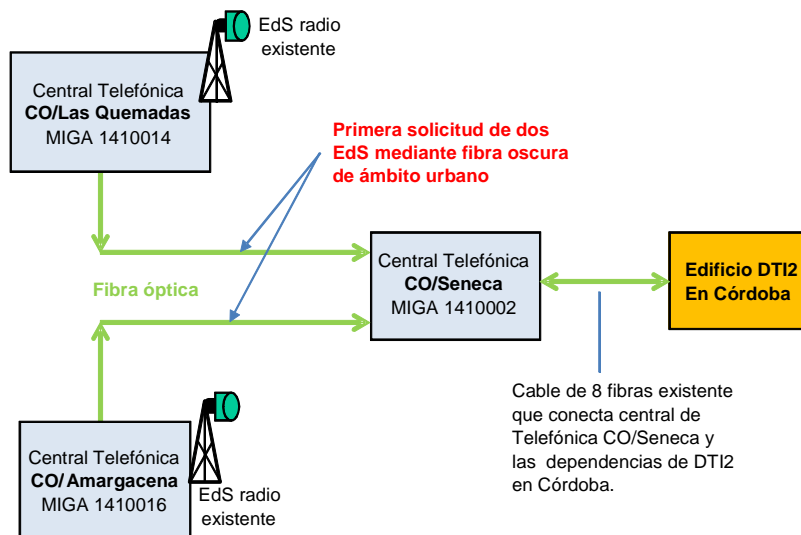
Con fecha 31 de mayo de 2012 la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la resolución en la que se definió e introdujo en la OBA una nueva modalidad de EdS mediante fibra oscura (MTZ2011/2045). En efecto, el apartado 3.13 de la OBA establece que en aquellas centrales con un número total de pares (activos + vacantes) igual o menor a 7.000, y cuando existan fibras excedentarias, Telefónica suministrará una conexión de fibra oscura de hasta 20 km en condiciones razonables y no discriminatorias para la Entrega de Señal, si existe una solicitud por parte de un operador ubicado o que haya solicitado la ubicación.

II.4 SOLICITUDES DE DTI2 DE EDS MEDIANTE FIBRA OSCURA

Según manifiesta DTI2 en su escrito inicial por el que interpone conflicto de acceso, este operador cursó a Telefónica la petición de dos servicios de EdS en la modalidad de fibra oscura desde las centrales CO/Las Quemadas y CO/Amargacena, ubicadas en el municipio de Córdoba, hasta el domicilio del nodo principal de DTI2 situado también en Córdoba. Dichas dependencias de DTI2 están ya conectadas con la red de Telefónica, concretamente con la central CO/Seneca, mediante un cable de 8 fibras ópticas actualmente todas vacantes desde que en julio de 2007 se dieron de baja los accesos primarios RDSI que soportaban. En consecuencia las EdS por fibra

oscura solicitadas reutilizarían dicho cable de 8 fibras ya existente para alcanzar las dependencias de DTI2.

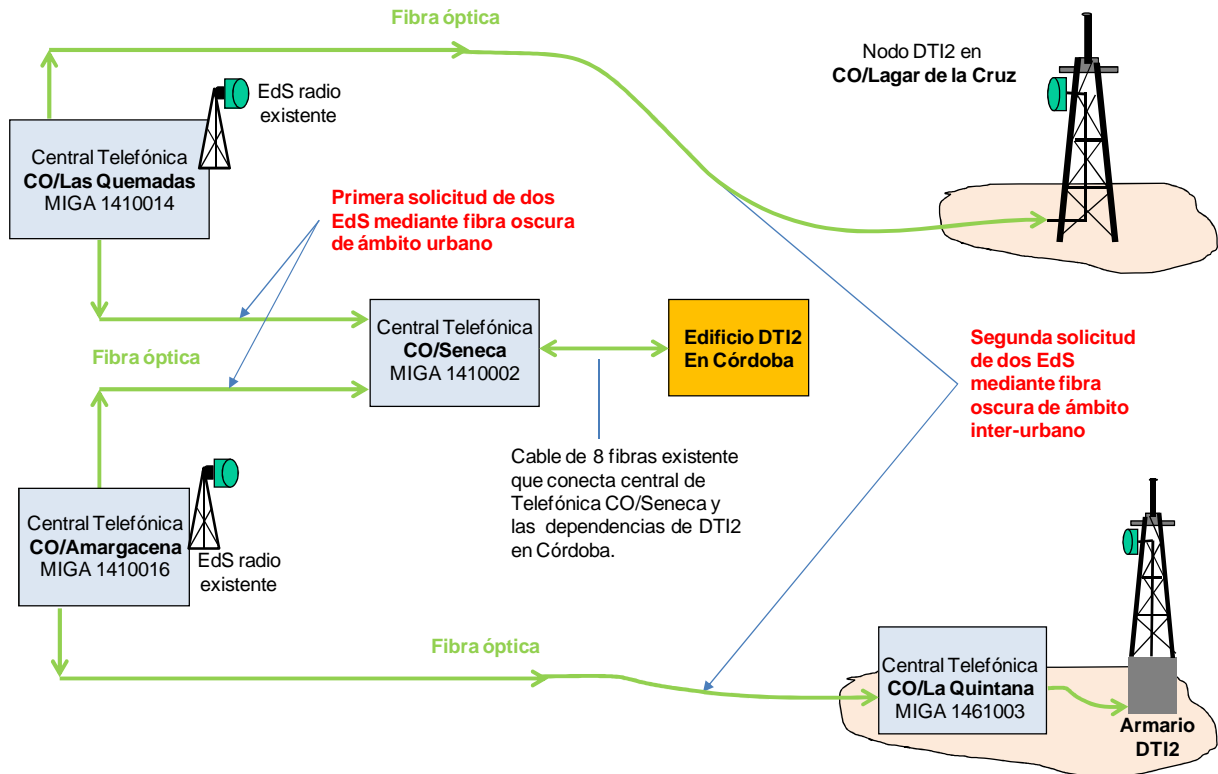
Según se indica en el documento de solicitud de ambos servicios que fue enviado a Telefónica con fecha de 10 de setiembre de 2012, y que DTI2 anexa a su escrito inicial, el extremo remoto en el que se debía hacer la entrega de ambas EdS era el nodo principal de DTI2 ubicado muy próximo a la central CO/Séneca de la misma Córdoba, y que en línea recta estaría ubicado a 5,7 km y 4,1 km de las centrales solicitadas. En consecuencia quedaría dentro del límite máximo de 20 km establecido en la OBA para este tipo de solicitudes.



Por otro lado, DTI2 señala que ambas centrales tenían menos de 7.000 pares según constaba en la información publicada por Telefónica en la fecha de la solicitud.

De acuerdo con la documentación aportada por DTI2, Telefónica rechazó dichas peticiones mediante el envío de un burofax de fecha 28 de setiembre de 2012, manifestando que las solicitudes realizadas eran de ámbito urbano y no reunían por tanto las condiciones previstas en el servicio de referencia.

Posteriormente, con fecha 17 de octubre de 2012, DTI2 cursó dos nuevas peticiones de EdS mediante fibra óptica desde las mismas centrales pero en este caso los puntos de entrega estaban fuera del entorno urbano. Para cada EdS DTI2 aportó la identificación de los extremos donde se debería realizar la entrega del servicio, definiendo una primera opción como preferida y una segunda opción, por si la primera no fuera posible. Las ubicaciones se identificaron con diferentes datos, coordenadas geográficas, descripción del punto y/o indicación de la central de Telefónica. Según DTI2 son puntos en los que Telefónica llega con su fibra óptica, y al mismo tiempo son accesibles por la red de transmisión de DTI2.



En la documentación aportada por DTI2 referente a todo el intercambio de mensajes entre DTI2 y Telefónica relacionados con esta segunda petición se observa que, con fecha 29 de octubre, Telefónica instó a DTI2 a aportar la dirección o central de destino, información sin la cual, señalaba, no podía proceder a evaluar la solicitud. DTI2 respondió que (i) en la solicitud para la central de CO/Amargacena, ya se había identificado la dirección postal completa e identificación de la central (ii) en la solicitud para la central CO/Quemadas se aportaba información suficiente que permitía su identificación, incluidas referencias catastrales completas de los emplazamientos, si bien, al ser zonas rurales, carecían de dirección postal.

Con fecha 5 de noviembre DTI2 reclamó la provisión de dichas solicitudes, recibiendo respuesta de Telefónica al día siguiente, indicando de nuevo que en el formulario no se aportaba el código postal del punto de presencia del operador, campo obligatorio en los formularios para otras modalidades de EdS de la OBA. El mismo día DTI2 responde que en la OBA no figura formulario alguno para esta modalidad de EdS, y que los puntos de entrega del servicio se han identificado con información postal, cuando estaba disponible, o por otros métodos para los restantes lugares, además de poner a disposición recursos técnicos y humanos adicionales para localizar los emplazamientos. Entre los días 8 y 15 de noviembre DTI2 acude a los tres niveles de escalado definidos y finalmente el 12 de diciembre de 2012 pidió a Telefónica que le facilitara los datos de las cajas terminales de fibra óptica que dispusiera en el área de interés y donde DTI2 pudiera solicitar el servicio, con la

finalidad de poder identificar los puntos a los que DTI2 podía conectarse con la misma nomenclatura utilizada por Telefónica. Tampoco se recibió respuesta alguna a dicha petición según DTI2.

En sus alegaciones iniciales Telefónica coincidía con la información aportada por DTI2 relativa a que el motivo del rechazo de las dos primeras solicitudes realizadas por DTI2 fue que no se ajustaban a las condiciones previstas del servicio. Para Telefónica las dos primeras solicitudes no reunían las condiciones adecuadas ya que, al estar ambos extremos ubicados en la misma ciudad de Córdoba, eran de ámbito urbano. Según Telefónica el operador debía hacer uso, como alternativa de la solicitud realizada, del servicio de EdS mediante conductos de Telefónica.

En consecuencia, Telefónica entiende que dichas solicitudes no pueden ser tramitadas y por tanto no es posible que sobre las mismas se puedan abrir incidencias de provisión.

Respecto a las dos solicitudes posteriores, Telefónica ratifica también la información aportada por DTI2 respecto a que fueron rechazadas al no haberse formulado correctamente según Telefónica, ya que no se informaba de la dirección o central destino, siendo éste un dato preciso para la correcta provisión de la solicitud. En el caso de estas dos últimas peticiones, Telefónica indicó además que, en las coordenadas que DTI2 aportó como identificación del emplazamiento no dispone de fibras excedentarias, si bien es la incorrecta formulación de las solicitudes y no la falta de fibras excedentarias la que impidió la provisión y posterior análisis.

Asimismo Telefónica señalaba que DTI2 solicitó la EdS por fibra oscura en unas centrales en las que actualmente dispone de un número muy reducido de abonados y a las que ya accede mediante EdS por radioenlace. Telefónica remarcaba que la propia DTI2 señalaba en su escrito que haría uso de las EdS con ineficiencias y sobrecostes al solicitar los servicios a 15 ó 18 km de sus nodos, cuando podría utilizar otras modalidades más eficientes como acceso a los conductos o la arqueta multi-operador para acceder a las centrales con sus propios medios.

II.5 ANÁLISIS DE LAS PETICIONES DE DTI2

II.5.1 Peticiones de ámbito urbano realizadas por DTI2

En primer lugar debe señalarse que la citada Resolución de 31 de mayo de 2012 que introdujo la modalidad de EdS de fibra oscura, impone condiciones respecto al tamaño de las centrales donde se puede solicitar dichos servicios y su distancia máxima, pero no existe ninguna disposición respecto a si el ámbito ha de ser urbano o interurbano. Tampoco en el texto de la OBA, la definición del servicio resultante de dicha Resolución cita ninguna limitación respecto al ámbito del servicio.

Telefónica en sus alegaciones iniciales determina que el servicio es solo de ámbito interurbano, aludiendo a la siguiente frase contenida en el Anexo a dicha

Resolución: “Dado el objetivo de la EdS, y en este caso el de la modalidad de fibra oscura, el ámbito de esta modalidad es interurbano”.

Ahora bien, tanto en la propia Resolución como en la OBA solo se especifica explícitamente una limitación relativa a la distancia máxima o el tamaño de las centrales, mientras que Telefónica se refiere a una afirmación extraída del Anexo de la Resolución en respuesta a las alegaciones de los operadores, para justificar una limitación consistente en excluir el ámbito urbano.

Si se analiza el conjunto de las alegaciones a las que se está dando respuesta y la argumentación global en la que dicha afirmación es realizada, no solo en ningún momento se señala que el ámbito urbano quede excluido de la aplicación del servicio, sino que es obvio que se está argumentando sobre la disponibilidad de dicho servicio también en el ámbito interurbano, de forma adicional al urbano. Precisamente se daba respuesta a la propia solicitud de Telefónica de que la nueva modalidad de EdS quedara limitada al entorno urbano. Es decir, en ningún momento se ponía en duda que el ámbito del servicio incluyese las zonas urbanas sino, al contrario, Telefónica solicitaba que éste fuera el ámbito único de aplicación, sin extenderlo al ámbito interurbano, alegación que no fue atendida al establecerse una limitación del servicio de 20km independientemente del ámbito urbano o interurbano.

Dicha argumentación anterior es coincidente con la realizada por DTI2 en su escrito, y DTI2 hace referencia también a la posición de la propia Telefónica en dicha Resolución, que no solo admitía que el ámbito del servicio fuera urbano sino que proponía que se limitara a él.

Tampoco dan lugar a equívoco ni el propio resuelve de la Resolución de 31 de mayo ni la definición del servicio incluida en la oferta de referencia, que solo limitan de forma explícita la solicitud de la fibra oscura a una distancia máxima y a un tamaño máximo de la central, sin realizar mención alguna al ámbito urbano o interurbano.

Finalmente en relación con las peticiones de ámbito urbano se realizó un requerimiento de información a Telefónica para conocer la disponibilidad de recursos de fibra para conectar las centrales solicitadas. De su respuesta se desprende que dispone de fibra para unir las centrales en las que DTI2 ha solicitado la EdS por fibra oscura con la central CO/Seneca en la que DTI2 ya dispone de una conexión por fibra para transportar dichas EdS hacia su red. De la fibra disponible, después de que Telefónica descontara la fibra ocupada, la reservada para mantenimiento y supervisión y la reservada para ampliación de servicios y estaciones base, se obtiene que quedarían aún fibras vacantes y para futuros usos.

Telefónica en su respuesta subraya que la planificación de la red que realiza está basada en necesidades de sus clientes tanto actuales como futuras, con las incertidumbres y dificultades que tales previsiones a largo plazo implican. Según Telefónica, el hecho de que puedan existir fibras vacantes no necesariamente implica que sean excedentarias puesto que cualquier cambio en el número de clientes y tráfico puede obligar a tener que volver a asumir una nueva inversión no

prevista incumpliendo presupuestos y plazos de provisión con posibles problemas de saturación de las infraestructuras y de permisos para ampliación de las canalizaciones y tendidos de cable.

No obstante, la existencia de dicha fibra vacante más allá de la reserva que ya se realiza para el crecimiento de servicios y estaciones base además de la fibra para mantenimiento y supervisión justifica que debe atenderse la petición de DTI2.

Puesto que las peticiones de DTI2 en ambas centrales cumplen con las limitaciones establecidas en la OBA para la EdS basada en fibra oscura, tanto de distancia máxima como de tamaño de la central, y hay existencia de fibra entre las centrales, Telefónica debe atender ambas solicitudes.

II.5.2 Peticiones de ámbito interurbano realizadas por DTI2

En cuanto a las peticiones de ámbito interurbano Telefónica adujo en sus alegaciones iniciales la falta de una dirección postal en las solicitudes para poder ser aceptadas y entregadas.

La introducción de la EdS mediante fibra oscura debía, entre otros usos, permitir a los operadores acceder o acercarse, desde las centrales en las que estaban cobijados, a las ubicaciones en las que pudieran encontrarse otras infraestructuras de fibra oscura de terceros operadores como podrían ser Adif, empresas eléctricas, de gas, concesionarios de autopistas u otras empresas, algunas de las cuales pueden estar ubicadas en zonas rurales sin una dirección postal precisa.

Por consiguiente, al recibir una solicitud de EdS por fibra óptica, aunque el destino en que deba ser entregada no corresponda a una dirección postal completa, si la información entregada identifica de forma clara y unívoca una ubicación, Telefónica debe evaluar la solicitud y analizar si es posible atenderla.

Lógicamente, el poder atenderla implica que deba existir cable de fibras y, como se indica en la definición del servicio, que hayan fibras excedentarias. Adicionalmente, dadas las especiales condiciones respecto a las ubicaciones que se están tratando, es muy probable que la fibra de Telefónica no se encuentre de forma exacta en la ubicación solicitada, si bien puede que sí esté en las proximidades. Si éste fuera el caso, y de la misma forma que actuaría para sí misma, debería informar al operador solicitante de las ubicaciones que, estando en las cercanías del punto solicitado, serían susceptibles de dar acceso a la fibra oscura.

No obstante, podría suceder también que existiendo un cable de fibras y disponiendo incluso de fibras excedentarias cerca de la ubicación solicitada, Telefónica no estuviera en disposición de atender dicha solicitud al no haberse implementado ni previsto en ningún lugar cercano un punto que permita el acceso a la fibra y su despeine. La zanja y el cable de fibras pasarían cerca del punto solicitado, pero sin que se estuviera en disposición de acceder a ellas.

Las solicitudes realizadas por DTI2 contienen una descripción detallada de los puntos en los que se solicita la entrega del servicio. En una de las solicitudes DTI2 señala la dirección postal y la central en la que solicita de forma preferente la entrega del servicio, mientras que la otra solicitud se señala mediante coordenadas y una descripción del punto. Además, en este segundo caso, DTI2 también solicita a Telefónica que, de no estar exactamente en la ubicación solicitada, se informe de cualquiera de los puntos próximos en los que estaría en disposición de ofrecer acceso a las fibras.

De acuerdo con los criterios señalados anteriormente, Telefónica no debería haber rechazado las solicitudes de DTI2 basándose en que no se ha suministrado una dirección postal completa. Con todos los datos y descripciones aportadas por DTI2 Telefónica podía identificar y ubicar los puntos solicitados como entrega del servicio. Menos aún habiéndose identificado directamente la central telefónica de interés en uno de los casos y, en el otro, habiendo llegado Telefónica a las inmediaciones del punto de interés, según se desprende de la información de DTI2, para conectar por fibra instalaciones tanto de empresas de su grupo como de otros operadores.

Se concluye que Telefónica no debe denegar una solicitud de fibra oscura aludiendo a la falta de una dirección postal para identificar la ubicación de entrega el servicio, y en caso que disponga de la información para identificar la ubicación debe evaluar si efectivamente dispone de fibra excedentaria hasta la ubicación solicitada o hasta un punto próximo.

Por consiguiente, si Telefónica dispusiera de fibra excedentaria que transite en las inmediaciones del área solicitada y dispone de puntos de acceso y despeine a dichas fibras, deberá atender la solicitud recibida y poner en conocimiento del operador solicitante el posible punto de acceso para que pueda evaluar si es adecuado como alternativa a la ubicación solicitada y su conveniencia de llegar allí mediante sus propias infraestructuras.

En respuesta a la alegaciones de Telefónica en el trámite de audiencia y como ya se indicó en el expediente MTZ2011/2045, a efectos de la EdS mediante fibra oscura Telefónica no debe contabilizar la fibra tendida para ser utilizada en su red de acceso GPON para determinar la existencia de fibra excedentaria.

Sobre el uso del servicio de EdS mediante fibra oscura por DTI2

En general, no sería lógico que DTI2 solicitara la entrega de la fibra oscura en ubicaciones en las que no llegara ya por fibra óptica, o al menos hubiese un proyecto firme para desplegarla y conectar dichas ubicaciones con su red troncal.

Debe señalarse que atendiendo al objetivo con el que se introdujo la EdS mediante fibra óptica, así como a criterios de eficiencia y razonabilidad, no sería admisible que DTI2 prolongara dicha fibra óptica desde el punto de entrega hacia sus dependencias mediante un radioenlace cuando ya dispone de dicho radioenlace

actualmente desde la central de Telefónica conectando directamente con su punto de presencia.

No es el objetivo determinar o juzgar si el uso de la fibra óptica como EdS por parte de un operador está justificado o no en función del número de usuarios existentes y planes de crecimiento, como parece Telefónica sugerir cuando apunta en sus alegaciones iniciales la planta actualmente existente de clientes de DTI2 en cada central. No obstante, atendiendo a las consideraciones anteriores sí puede evaluarse si en determinados casos el uso que se hace se ajusta o no al objeto del servicio de la EdS.

Por esta razón se efectuó un requerimiento de información a DTI2 en relación con la conexión de las ubicaciones interurbanas que había solicitado. En su respuesta DTI2 señala que en la actualidad no dispone de conexión por fibra óptica a ninguno de los emplazamientos interurbanos solicitados si bien en el caso del emplazamiento referido como Llagar de la Cruz detalla los planes para llegar con fibra a corto o medio plazo. Sin embargo, como DTI2 ya reconoció en su escrito inicial, las solicitudes de EdS de fibra óptica urbanas que han sido analizadas anteriormente son una mejor solución que las solicitudes interurbanas al implicar longitudes más cortas y menor uso de fibra.

Ya se ha señalado que Telefónica no puede rechazar solicitudes por el mero hecho de que no se aporte una dirección postal o no se identifique una central de Telefónica como punto de entrega. No obstante, teniendo en cuenta la obligación de Telefónica de atender las solicitudes efectuadas por DTI2 en ámbito urbano y las circunstancias concretas de la solicitud en Llagar de la Cruz (dicho emplazamiento fue descrito como ineficiente también por DTI2 en comparación con la entrega en ámbito urbano; y dicha solicitud sería utilizada como redundancia de la solicitud en ámbito urbano y supone unos costes superiores por la mayor distancia respecto a una redundancia también urbana), se concluye que existirían opciones más eficientes para implementar la conexión deseada.

Respecto a la solicitud de EdS por fibra oscura de la central CO/Amargacena hasta la central CO/La Quintana, teniendo en cuenta que Telefónica ya debe atender la solicitud de DTI2 de una EdS por fibra oscura en el ámbito urbano y que DTI2 ha reconocido que no tiene planes para llegar a CO/La Quintana mediante su propia fibra, no parecería tampoco actualmente justificada dicha solicitud.

II.6 CONDICIONES DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO

Tanto en su escrito inicial como en el segundo escrito DTI2 solicitó que la CMT se pronunciara sobre determinados aspectos técnicos y económicos relacionados con la provisión del servicio de EdS basado en fibra oscura.

Por otra parte, en el escrito de alegaciones al trámite de audiencia Telefónica señala que la propuesta de nuevos procedimientos, interpretaciones y plazos para su

disponibilidad supone el desarrollo de nuevas obligaciones lo que constituiría una ampliación del ámbito del servicio de entrega de señal mediante fibra oscura a partir de un conflicto, soslayando así los procedimientos de tramitación de un expediente de modificación de la OBA.

Al respecto, los aspectos técnicos y de procedimiento que se abordan están directamente relacionadas con la actuación de Telefónica en el presente conflicto y presentan cuestiones que el operador denunciante entiende que es necesario resolver ante el comportamiento de Telefónica con las solicitudes existentes y, por tanto, es necesario el pronunciamiento de esta Comisión.

Su análisis debe entenderse en el ámbito del presente conflicto, si bien las conclusiones que se realicen son precedentes respecto a la forma de actuar de buena fe que a juicio de la CNMC debe seguir Telefónica en cualquier proceso de análisis de una solicitud de este tipo de servicio.

Sobre la condición de fibras excedentarias

DTI2 solicitó en su segundo escrito que se estableciera y concretara las condiciones de existencia de fibra excedentaria. DTI2 señaló que con fecha 16 de enero de 2013 envió a Telefónica un burofax donde se remitía una propuesta sobre diversos aspectos relativos a las condiciones de prestación del servicio sin que, transcurridos más de 45 días se recibiera respuesta alguna por parte de Telefónica.

La interpretación de DTI2 en su propuesta sobre la existencia de fibras excedentarias implica la disponibilidad de fibras en el recorrido solicitado, si bien no implica que haya existencia también de la acometida óptica, caja de registro, PTR ópticos y que la fibra esté fusionada en el 100% de los tramos entre ambos extremos. Por otro lado, respecto a la reserva, si bien entiende razonable una cantidad o porcentaje de fibras de reserva para averías y reserva operativa, sin embargo, la reserva para nuevos servicios o ampliaciones sería discriminatoria respecto al nuevo servicio que también representaría su solicitud.

La condición de existencia de fibra excedentaria ante una solicitud no implica obviamente que todos los elementos, terminaciones ópticas, acometidas etc. estén completamente disponibles o que todas las fusiones en todos los tramos estén ya realizadas.

Por otro lado, como DTI2 reconoce, habrá fibras que no estén ocupadas si bien no pueden considerarse fibras excedentarias al estar dedicadas a reserva operacional ante averías. El porcentaje de dichas fibras podría depender del nivel/tramo de la red en que se encuentren, tipología de la red óptica (existencia de anillos, rutas redundantes, etc.) y del número de fibras utilizadas.

Finalmente, respecto a la posible reserva para incrementos de la capacidad por nuevos servicios que DTI2 dice que no debería aplicar (puesto que sería discriminatorio respecto a su solicitud que también representa un nuevo servicio), debe tenerse en cuenta que no son equivalentes todos los usos que se vayan a dar

a una fibra, pudiendo ser algunos casos más prioritarios que otros en función, por ejemplo, del número de servicios soportados. En este sentido, si bien normalmente Telefónica pueda disponer en muchas ocasiones de fibra excedentaria que una centrales, debido precisamente también al uso de sistemas WDM que optimizan el uso permitiendo satisfacer los incrementos de demanda, debe reconocérsele la posibilidad de que haya realizado una previsión de uso de fibras actualmente no ocupadas para el despliegue de servicios y crecimiento de la demanda.

En este sentido en Francia la oferta de referencia de France Telecom de fibra oscura le reconoce una reserva de fibras para su uso además de las de reserva operacional, sin especificar no obstante el número exacto.

En el presente caso, respecto a las solicitudes de DTI2 de ámbito interprovincial, Telefónica menciona en su documento que si bien el motivo de la no aceptación era la falta de una dirección postal en la solicitud del servicio, por otro lado tampoco en dichos puntos tiene fibras vacantes.

Por otro lado, DTI2 en su escrito inicial aportó documentación gráfica detallada sobre fibra óptica que ha sido desplegada por Telefónica en las cercanías del emplazamiento interurbano solicitado de Llagar de la Cruz.

Sin perjuicio de las conclusiones sobre las solicitudes de ámbito interurbano realizadas anteriormente resultantes, entre otros motivos, de la obligación de Telefónica de atender las peticiones de ámbito urbano de DTI2, debe señalarse que no es aceptable que Telefónica no llegara ni tan siquiera a valorar la solicitud de DTI2 y analizar la información aportada, especialmente cuando, según la información aportada por DTI2, en el emplazamiento de Llagar de la Cruz esté actualmente suministrando fibra óptica no solo como auto-prestación sino también a otras empresas del grupo o terceros operadores.

Siendo inadmisibles no analizar las solicitudes que se realicen y la información que se aporte, cuando Telefónica deniegue una solicitud amparándose en la falta de fibras excedentarias deberá aportar las justificaciones al operador solicitante en base al número de fibras existentes, el número de las utilizadas, y las fibras no ocupadas como reserva operacional o de crecimiento de servicios. Además, si Telefónica no dispone de fibra oscura que alcance de forma exacta la ubicación solicitada, pero sí dispone de posibles puntos de acceso a la fibra en su área de proximidad, deberá suministrar dicha información al operador solicitante para que éste pueda evaluar si es adecuada como alternativa.

Al definir la modalidad de EdS mediante fibra oscura no se procedió a especificar un procedimiento detallado, estableciendo únicamente la obligación genérica de suministrar fibra oscura en determinadas condiciones. Pero resulta claro que atender una solicitud de forma diligente implica examinar si existe infraestructura de fibra que cubra el punto solicitado o las inmediaciones y si existe fibra excedentaria. Cuando el solicitante aporta además, como en el caso de DTI2, información sobre infraestructuras de fibra de Telefónica que llegan hasta las inmediaciones del punto

solicitado y empresas a las que se estaría dando servicio, en caso de rechazo de la solicitud, debería aportarse una descripción suficiente que justifique dicho rechazo.

Sobre las condiciones económicas y la obligación de garantizar el pago de servicios

DTI2 solicitó también que la CMT se pronunciara sobre las condiciones económicas que proponía a Telefónica para la prestación del servicio, tomadas directamente de precios establecidos en la OBA por el uso de fibra de interconexión o de la oferta MARCo para el despliegue de fibra entre central y cámara cero.

Debe señalarse que en la Resolución previamente mencionada por la que se introdujo el servicio de EdS de fibra oscura (MTZ2011/2045), se limita la obligación a ofrecer condiciones razonables y no discriminatorias. Por consiguiente no sería lógico que ahora se establecieran unos precios cuando no se ha llegado a producir ninguna negociación entre ambas partes sobre la cuestión, y cualquier pronunciamiento debería analizar la falta de razonabilidad de los precios propuestos. No obstante, en el presente conflicto, dado que Telefónica rechazó desde un principio todas las solicitudes de servicio (si bien de forma inadecuada tal como se ha puesto de relieve), y no llegó a proponer ningún precio para ninguno de los casos, no es posible realizar la valoración de su razonabilidad.

En cualquier caso, si bien DTI2 propuso unas condiciones basadas en otros servicios con ciertas similitudes, existirían también otras condiciones que se podrían estimar razonables. A modo de ejemplo, puede mencionarse que los precios regulados de la oferta de fibra oscura de France Telecom en Francia son sensiblemente superiores a la propuesta realizada por DTI2.

DTI2 opina que no es lógico que ante la falta de una propuesta de precios no exista un pronunciamiento sobre dicho aspecto y, en cambio, sí lo habría habido de existir alguna propuesta de Telefónica, lo que equivaldría a que Telefónica se beneficiara más de su inactividad que de actuar diligentemente. DTI2 entiende que la normativa no permite a esta Comisión abstenerse de resolver esta cuestión una vez Telefónica ha tenido también ocasión de exponer su criterio en el expediente.

DTI2 considera que no debería resultar aún más perjudicada con nuevos retrasos para acordar los precios, y que no sería adecuado ni deseable que tras la Resolución del presente conflicto sobre las condiciones técnicas y operativas de las solicitudes, debiera abrirse otro conflicto relativo a las condiciones económicas.

La Resolución que definió la modalidad de EdS mediante fibra oscura resolvió no fijar los precios de esta modalidad estableciendo, no obstante, que habrán de adecuarse a los principios de razonabilidad y no discriminación.

Si bien Telefónica es a menudo la única que puede ofrecer el servicio de EdS mediante fibra oscura al ser un servicio con un ámbito limitado a la conexión de las centrales de Telefónica, y además restringido a las centrales más pequeñas, debe tenerse en cuenta que la fibra oscura es un servicio extendido y ofrecido comercialmente por un buen número de empresas en otros entornos. Por

consiguiente no parece que deban faltar referencias en el mercado para acordar dichos precios.

Por ello no se considera adecuado modificar ahora la decisión inicial sobre los principios que deben guiar los precios para este servicio de EdS basados en la negociación previa, no debiendo adoptar en el marco de un conflicto basado inicialmente en un rechazo indebido y cuando no se ha llegado a producir ninguna negociación entre ambas partes sobre la cuestión.

Sí es cierto que, una vez que se ha establecido que los rechazos de las solicitudes de DTI2 fueron inadecuados, debería evitarse que DTI2 resulte más perjudicada con nuevos retrasos debidos a la negociación de los precios.

Ahora bien, no puede obviarse que se está tramitando en esta Comisión un conflicto de acceso interpuesto por Telefónica en el que ha solicitado autorización para resolver los contratos de acceso al bucle de abonado vigentes entre ambas entidades³. En el seno de dicho conflicto, con fecha 30 de julio de 2013 la CMT resolvió adoptar medidas cautelares que consisten en conminar a DTI2 a garantizar el pago de los servicios de acceso al bucle que le preste Telefónica mediante la constitución de un aval o un sistema de prepago en los términos descritos en la propia Resolución. En cumplimiento de dicha Resolución, DTI2 ha constituido un sistema de prepago mensual de los servicios OBA que Telefónica le suministra.

Por consiguiente, si bien en aras a minimizar retrasos adicionales el suministro de las solicitudes objeto del expediente podría no estar condicionado al acuerdo en los precios aplicables, ello no es posible ya que la medida cautelar vigente implica que sí debe estar sujeto a garantías en el pago establecidas en dicha medida. No obstante, la falta de un acuerdo y proceso de negociación para definir el precio del servicio impide precisamente la determinación del montante del prepago exigido para iniciar el proceso de entrega de los servicios y minimizar cualquier retraso adicional.

Por ello, si no se llegara a un acuerdo entre ambas partes sobre el precio en un plazo de veinte (20) días hábiles, plazo considerado suficiente para acordar dicha cantidades, en aras a evitar retrasos en la entrega de los servicios solicitados y teniendo en cuenta la medida cautelar dictada, DTI2 y Telefónica podrán acudir a la CNMC para que ésta fije el importe provisional a prepagar y, si es necesario, el propio precio del servicio. En todo caso, y para el supuesto de que los servicios empiecen a entregarse con un prepago que luego se modifique por acuerdo de las partes o decisión de este organismo, el precio final deberá aplicarse desde la entrega efectiva de los servicios y por tanto las cantidades iniciales que sean

³ Resolución, de 30 de julio de 2013, por la que se adoptan medidas cautelares en el conflicto de acceso presentado por Telefónica de España, S.A. frente a Desarrollo de la Tecnología de las Comunicaciones, SCA, por el que solicita autorización para resolver los contratos de acceso al bucle de abonado vigentes entre ambas entidades (RO 2013/1237).

satisfechas por DTI2 como prepago deberán ajustarse pertinentemente si fuera menester.

Sobre actuaciones o nuevos despliegues de Telefónica

DTI2 solicitó en su escrito que la CMT se pronunciara sobre la razonabilidad de las actuaciones complementarias que DTI2 puede pedir a Telefónica en el marco de la EdS de fibra oscura tales como instalación de punto de terminación óptico o caja terminal, instalación acometida óptica, conexiones, empalmes o incluso realizar posibles pequeños despliegues de fibra en determinados tramos.

A este respecto debe señalarse que son necesarias, lógicamente, aquellas actuaciones en ambos extremos que permitan la provisión del servicio de fibra oscura. Así en el extremo ubicado en central de Telefónica, deberían realizarse los trabajos necesarios para que el operador, ya sea desde sala OBA o sala de coubicación distante tenga acceso a la fibra oscura. Se trata de trabajos muy similares a los realizados en otras modalidades de EdS que implican el acceso a una infraestructura de fibra por parte de un operador coubicado (reutilización de fibra vacante de interconexión, o entrega de señal mediante cámara multi-operador).

En el extremo donde Telefónica entrega el servicio al operador solicitante sería razonable realizar las actuaciones necesarias para permitir que el operador acceda al servicio, incluyéndose por tanto la instalación del punto de terminación óptico, acometidas que fueran necesarias, fusiones, y empalmes o conexiones a lo largo del recorrido entre ambos extremos para suministrar el servicio.

Telefónica alega al respecto que no parecería razonable que se viera obligada a realizar los trabajos que también pudiera llevar a cabo el operador solicitante, como el tendido de acometidas, aun cuando dicho operador solicitante asumiera el coste. Más si cabe cuando ello implique obra civil con la consiguiente problemática de gestión de permisos y posibles conflictos con los Ayuntamientos.

No es el objetivo que en el extremo de entrega del servicio Telefónica deba realizar actuaciones que impliquen obra civil y gestión de permisos. Si en una determinada zona no hay cobertura o la fibra no llega exactamente a la ubicación en la que es solicitada, el operador solicitante podrá realizar las actuaciones que crea necesarias para prolongar la fibra. Ello sin perjuicio de que se pueda analizar en cada caso concreto la razonabilidad de determinadas actuaciones.

En general es necesario que Telefónica facilite el acceso del operador al punto en el que se entrega el servicio de fibra oscura de forma lógica y razonable. Las acometidas en el punto de acceso efectivamente pueden ser realizadas por el operador solicitante aunque pueden existir circunstancias que requieran, o aconsejen, que el trabajo lo realice Telefónica, por ejemplo, por tener el acceso a la infraestructura o recinto donde el servicio es entregado. En todo caso obviamente con el consiguiente acuerdo respecto al coste que debe satisfacerse.

Sobre plazos de tramitación de las solicitudes

DTI2 solicita que se definan los plazos para la tramitación y aceptación/rechazo de los pedidos de EdS. Para el servicio de EdS mediante fibra oscura, DTI2 propone mantener el plazo de 5 días en caso de que Telefónica les facilitara toda la información necesaria sobre la planta de fibras en las centrales en las que se vaya a pedir el servicio. En caso contrario, y si es Telefónica la responsable de analizar las viabilidades sobre los puntos de entrega, propone un plazo de 10 días hábiles.

Debe tenerse en cuenta que para varios servicios de EdS, la existencia de un plazo de 5 días para la aceptación o denegación de la solicitud no incluye los plazos necesarios para la presentación del proyecto a implementar para la provisión del servicio solicitado.

Un ejemplo de ello es la EdS mediante cámara multi-operador, en la que tras el plazo de 5 días establecido para aceptar o denegar la solicitud, Telefónica dispone de 15 días adicionales para presentar el proyecto, a contar tras los 7 días también adicionales para conocer si existen otros operadores interesados en dicho EdS. Otro ejemplo sería la modalidad de reutilización de infraestructuras de interconexión en la que Telefónica dispone de 7 días adicionales tras la aceptación de la solicitud para remitir una propuesta de proyecto. En el caso de EdS mediante enlace radio, además de la existencia de una visita replanteo para acordar entre ambos operadores los parámetros técnicos y el anteproyecto previo a la solicitud, tras la solicitud y los 5 días de plazo de aceptación, Telefónica dispone también de un plazo de entre 7 y 15 días para presentar el proyecto completo definitivo.

Teniendo en cuenta que una vez realizada una petición del servicio de EdS mediante fibra oscura deberá analizarse la disponibilidad de la fibra y la propuesta de posibles puntos de entrega alternativos y actuaciones necesarias para la conexión y provisión del servicio, se considera que este caso podría asimilarse más bien a cualquiera de las modalidades en la que existe un proyecto para su entrega y provisión. En el presente caso dicho proyecto iría también unido a la aceptación o denegación de la solicitud.

Mientras 5 días serían suficientes para responder cuando Telefónica no disponga de fibra ni tan siquiera en las inmediaciones de la ubicación solicitada por el operador y por tanto denegar el servicio por no existir cobertura de fibra, por el contrario, un plazo de 15 días en línea con las demás EdS sería necesario ante la existencia de fibra óptica en la ubicación solicitada o en las inmediaciones. Estos 15 días laborables permitirían evaluar la posibilidad de entregar el servicio y realizar un proyecto con las actuaciones necesarias o posibles puntos alternativos de entrega si no es posible alcanzar exactamente la ubicación solicitada.

Telefónica alega que los plazos propuestos son muy exigentes y claramente insuficientes, sin perjuicio de que no se aclara si el plazo de 15 días para informar de puntos de entregar alternativos a la ubicación exacta solicitada son acumulables al

plazo inicial de 5 días disponible para denegar una solicitud cuando no hay cobertura en las inmediaciones de la ubicación solicitada.

Con este plazo inicial no se está definiendo un proyecto técnico concreto para la unión y acceso a dicho puntos, sino que únicamente se pretende que Telefónica informe al operador de posibles puntos alternativos viables de acceso a su infraestructura de fibra óptica punto a punto ya existente cuando la ubicación inicial solicitada no tiene cobertura directa con dichas infraestructuras existentes. En consecuencia no parece que una vez identificado por ambas partes el punto de entrega del servicio de forma inequívoca, un plazo de 15 días sea escaso para que Telefónica consulte en sus sistemas los puntos de acceso a su infraestructura existentes en las cercanías de la ubicación solicitada.

Respecto a la entrega propiamente del servicio de EdS por fibra oscura y ejecución de los trabajos para ello, no es lógico que debiera requerir plazos mayores a los establecidos en la OBA para los servicios de capacidad portadora cuando éstos requieren de mayor configuración y pueden necesitar de la extensión de las infraestructuras para alcanzar las dependencias del operador hecho que no aplica a la fibra oscura. Por consiguiente y habiéndose establecido 45 días naturales para la entrega de la capacidad portadora Ethernet cuando se requieren ambos servicios, el de conexión y el de enlace, este plazo debe también ser suficiente para la entrega del servicio de fibra oscura. Dicho plazo contará desde el momento en que Telefónica y el operador solicitante hayan acordado los puntos de entrega del servicio.

Por todo cuanto antecede, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

RESUELVE

PRIMERO.- Telefónica debe atender las solicitudes de DTI2 de entrega de señal de ámbito urbano mediante fibra oscura en las centrales de Córdoba/Quemadas y Córdoba/Amargacena, previo pago del precio acordado entre las partes, y en el plazo de 45 días naturales.

SEGUNDO.- Si en el plazo de veinte días hábiles desde el día siguiente al de la notificación de esta resolución DTI2 y Telefónica no hubiesen llegado a un acuerdo sobre los precios de los servicios contemplados en el Resuelve primero, Telefónica deberá entregar los servicios solicitados previo pago por DTI2 de la cantidad que se acuerde provisionalmente entre las partes. Si no se llegara a un acuerdo entre ambas partes sobre el precio en dicho plazo de 20 días, DTI2 y Telefónica podrán acudir a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que ésta fije el precio o las cantidades de referencia a pagar como prepagado a Telefónica con el

objetivo de que se pueda proveer el servicio de forma inmediata. La regularización del precio que finalmente se aplique deberá tener en cuenta las cantidades previamente satisfechas por DTI2 como prepago.

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.