COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. JOSÉ GIMÉNEZ CERVANTES, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 21 de noviembre de 2002, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

POR EL QUE SE APRUEBA LA RESOLUCIÓN RELATIVA AL CONFLICTO DE ACCESO AL BUCLE DE ABONADO DE TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. PLANTEADO POR DESARROLLO DE LA TECNOLOGIA DE LAS COMUNICACIONES, S.C.A.

(Exp.: RO 2002/7001)

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Solicitud de DTI.

D. Rafael Aranda Doncel, en nombre y representación de DESARROLLO DE LA TECNOLOGIA DE LAS COMUNICACIONES, S.C.A. (en adelante DTI), mediante escrito presentado en el Registro de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante CMT) el día 17 de junio de 2002, planteó conflicto de acceso al bucle de abonado de TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U (en adelante TELEFONICA).

DTI manifiesta en su escrito que con fecha 4 de abril de 2002 solicitó a TELEFONICA el alta de un puerto de acceso indirecto (pPAI) al bucle de abonado en modalidad "155 mbps óptico" para la demarcación de "Córdoba", solicitando asimismo, que se realizara la conexión del citado puerto con las instalaciones de conmutación de DTI en la modalidad de entrega de señal usando fibras vacantes sobre el PDI de PROCONO, S.A. (en adelante PROCONO).

En relación con el establecimiento del pPAI, DTI alega que remitió su solicitud de alta con fecha 4 de abril de 2002, indicando el día 1 de mayo de 2002 como fecha deseada para el alta. El 30 de abril de 2002, TELEFONICA comunicó a DTI que ya tenían el pPAI activado con el número administrativo 141000-1009690, sin que TELEFONICA le hubiera entregado el código de usuario y contraseña para poder acceder al sistema web de TELEFONICA y poder gestionar las altas de los abonados. Ese mismo día DTI remitió a TELEFONICA los datos necesarios para que la entrega de señal se realizase utilizando infraestructuras de interconexión de PROCONO, mediante la utilización de fibras vacantes de su PDI.

En cuanto a la solicitud del servicio de entrega de señal, TELEFONICA, en un primer momento comunicó a DTI la necesidad de realizar dicha solicitud a través de PROCONO, para posteriormente indicar que no era posible provisionar el servicio por no disponer PROCONO de servicio de Coubicación de equipos en la central solicitada.

Tras numerosas reclamaciones y ante la falta de respuesta por parte de TELEFONICA, DTI solicitó de esta Comisión, en relación con la solicitud del pPAI, lo siguiente:

1. Que se instase a TELEFONICA a facilitar el juego de palabras de paso y la dirección del sistema WEB para poder hacer un seguimiento adecuado de las solicitudes.
2. Que se obligase a TELEFONICA a no facturar cargo alguno por la constitución y cuotas periódicas del citado PAI en tanto en cuanto no se resolviera el problema descrito.
3. Que se instase a TELEFONICA a poner sus mejores esfuerzos en resolver las incidencias de provisión en los dos días hábiles reglamentados.
4. Que se evaluasen las medidas dilatorias utilizadas sistemáticamente por TELEFONICA, por si fueran constitutivas de algún tipo de falta o irregularidad.

Y en cuanto a la solicitud del servicio de entrega de señal:

1. Que se reconociese como fecha de la misma el 30 de abril de 2002, momento en que se emitió el pedido mediante correo electrónico, y en su defecto el 22 de mayo de 2002, fecha en que se entregó por correo la solicitud referida.
2. Que se instase a TELEFONICA a facilitar el número de solicitud para poder realizar un seguimiento adecuado de la misma.
3. Que se dispusieran medidas para obligar a TELEFONICA a entregar sus trabajos dentro del plazo de 35 días hábiles a partir de la fecha de solicitud. Y en el caso de que no se pudiera concluir a tiempo se dispusiera que se realizase extremo a extremo de forma virtual.

4. Que se dispusieran medidas para que TELEFONICA no facturara cargo alguno por la constitución y cuotas periódicas del citado PAI, en tanto no se resolviese la interconexión del citado PAI a sus redes de la forma solicitada.
5. Que se instase a TELEFONICA a poner sus mejores esfuerzos en resolver las incidencias de provisión en los dos días hábiles reglamentados.
6. Que se evaluasen las medidas dilatorias utilizadas sistemáticamente por TELEFONICA, por si fueran constitutivas de algún tipo de falta o irregularidad.

Segundo. Requerimiento de información.

Con fecha 11 de julio de 2002, y en contestación al requerimiento de información efectuado por esta Comisión mediante escrito fechado el día 27 de junio, DTI comunicó a la CMT que seguían sin poder utilizar el PAI por las causas anteriores, y en relación con el servicio de entrega de señal, tras diversas incidencias, gestiones y la intervención de TELEFONICA DATA, seguían sin disponer del servicio.

DTI, mediante escrito presentado el día 18 de julio, amplió su petitum, solicitando:

1. Que se instase a TELEFONICA a facilitar un procedimiento para el tratamiento de los problemas interoperadores.
2. Que se especificase, a la vista de las alegaciones y documentación aportada, la fecha en la que debió estar operativo el servicio de entrega de señal solicitado a TELEFONICA.
3. Que se obligase a TELEFONICA a emitir la facturación de constitución y subsiguientes costes a nombre de DTI en lugar de a PROCONO.

Con fecha 26 de julio DTI comunicó a esta Comisión que el día 17 de julio a las 13:00 horas quedaron terminados y recepcionados los trabajos de entrega de señal, desconociendo el solicitante si se trata de la entrega de señal solicitada o de una forma virtual de prestarla, quedando en espera de recibir el juego de palabras de paso y la dirección del sistema web en relación con el PAI solicitado.

Tercero. Comunicación de inicio del procedimiento.

A la vista de la solicitud presentada por DTI, esta Comisión, en uso de la habilitación competencial prevista en la legislación sectorial de aplicación, y con arreglo a las previsiones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establecida más abajo, procedió a la incoación e instrucción del correspondiente procedimiento administrativo.

Dicho trámite fue comunicado a los interesados, DTI y TELEFONICA, dirigiéndoles sendos escritos fechados el día 20 de junio de 2002 (cuya salida fue registrada el día 21 de junio), mediante los cuales se les informaba de que, en virtud de la solicitud de intervención presentada por la primera, había quedado iniciado el correspondiente procedimiento administrativo.

Cuarto. Nuevas alegaciones

El día 19 de agosto se recibió en el registro de la CMT escrito presentado por DTI en el que aportaba información adicional sobre el conflicto que nos ocupa, aduciendo nuevos hechos y solicitando la adopción de medidas cautelares.

DTI manifiestó que con fecha 17 de julio de 2002 realizó mediante correo electrónico, dado que no disponen de las claves para el uso del Sistema de Gestión de Operadores, una solicitud de alta de acceso GIG-ADSL para dos líneas concretas de abonado. Al día siguiente TELEFONICA remitió a DTI un formulario específico para que efectuase dicha solicitud añadiendo DTI una línea de abonado adicional a las dos líneas anteriormente solicitadas. DTI reenvió a TELEFONICA el citado formulario ese mismo día. Los días 19 de julio y 29 de julio DTI remitió dos nuevas solicitudes para líneas concretas.

El 29 de julio, TELEFONICA remitió confirmación de la solicitud efectuada ese día por DTI, así como confirmación positiva de tramitación de las solicitudes anteriores. Habiéndose producido la instalación únicamente de uno de los accesos solicitados.

Quinto. Adopción de una Medida Cautelar

Con fecha 19 de septiembre de 2002, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó una Resolución por la cual se adoptaba una medida cautelar para obligar a TELEFONICA a suministrar a DTI los accesos ADSL solicitados con fechas 17, 19 y 29 de julio de 2002, disponiendo lo siguiente:

> *"Obligar cautelarmente a TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U., a efectuar la entrega de los servicios de alta de conexión en acceso indirecto (que permite a un operador solicitar el alta en el servicio GigADSL para una línea concreta de abonado) solicitados con fechas 17, 19 y 29 de julio de 2002 por DESARROLLO DE LA TECNOLOGIA DE LAS COMUNICACIONES, S.C.A., en el plazo de 6 días desde la recepción de la presente resolución, en las condiciones establecidas en el Reglamento que establece las condiciones para el acceso al bucle de abonado de la*

red pública telefónica fija de los operadores dominantes aprobado por Real Decreto 3456/2000, de 22 de diciembre y en la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado aprobada por Resolución de esta Comisión de 29 de abril de 2002"

El 16 de septiembre de 2002 se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de DTI denunciando diferentes actuaciones de TELEFONICA. Manifiesta que el día 3 de septiembre, TELEFONICA comunicó a DTI la imposibilidad de realizar el alta de conexión sobre el número 957761685 por no existir cobertura, indicando que si no había cobertura *"eso sería para todas las operadoras"*.

El 6 de septiembre, DTI contrató en una "Tienda Telefónica" un acceso a Internet sobre ADSL de la oferta minorista del operador en relación con el número que TELEFONICA había indicado que no podía provisionar por no existir cobertura, es decir el número 957761685, realizándose la instalación, no obstante la imposibilidad alegada, el día 12 del mismo mes.

En relación con la constitución del pPAI y del servicio que DTI denomina como de entrega de señal, DTI comunica a esta Comisión el desacuerdo existente entre ambos operadores en relación con la facturación de los servicios suministrados por TELEFONICA.

A pesar de que TELEFONICA comunicó el alta del pPAI el 30 de abril de 2002, y que había comenzado a facturar el servicio desde el 15 de abril, con fecha 18 de julio todavía no estaba operativo el PAI por estar *"en bucle"* según manifestaciones de DTI.

En relación con la adopción de las Medidas Cautelares adoptadas por esta Comisión mencionadas en el antecedente de hecho octavo, DTI con fecha 1 de octubre de 2002, comunicó a esta Comisión el incumplimiento parcial por parte de TELEFONICA de dicha Resolución. Por todo ello, por la posible utilización de medidas dilatorias y por la mala fe alegada por DTI, con fecha 2 de octubre se procedió a la apertura del expediente de Información Previa RO 2002/7551 al objeto de determinar si los hechos denunciados pudieran dar lugar a la incoación de un procedimiento sancionador.

DTI en el mencionado escrito alega la falta de respuesta por parte de TELEFONICA ante la solicitud de DTI de formalizar por escrito el contrato tipo establecido en la OBA para la provisión por parte de TELEFONICA del acceso indirecto al bucle de abonado de su red pública telefónica fija. Por otro lado manifiestan que TESAU les había indicado que para darles acceso al SGO *"debían ser operador con licencia y que ellos únicamente contaban con autorización"*. Así mismo denuncia un nuevo retraso en la provisión de una solicitud de alta de conexión de acceso indirecto.

Sexto. Trámite de audiencia.

Una vez instruido el presente procedimiento, con fecha 21 de octubre se abrió el trámite de audiencia, en el que los servicios de la Comisión informaron sobre las diferentes cuestiones objeto del conflicto, otorgando un plazo de 10 días a las partes, a fin de que alegaran y presentaran los documentos y justificaciones que estimasen pertinentes.

El día 8 y 12 de noviembre tuvieron entrada en el Registro de esta Comisión respectivamente escritos de TELEFONICA y DTI en los que formulaban diversas alegaciones al informe del que se les dio traslado en el trámite de audiencia que se analizarán posteriormente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. En lo referente a la habilitación competencial de la CMT para intervenir en el presente procedimiento

En relación con la solicitud de intervención presentada por DTI, las competencias de la CMT para intervenir en este caso derivan de lo dispuesto en las siguientes normas sectoriales:

La Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, modificada por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre (en adelante Ley 12/97), en su artículo 1.Dos.1, establece que la CMT tiene por objeto salvaguardar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, velar por la correcta formación de los precios en este mercado y ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surjan en el sector; idéntica previsión se establece en el artículo 4 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre (en adelante RCMT).

Dichas competencias generales se concretan en la habilitación competencial de esta Comisión para actuar en esta materia, recogida en el artículo 1.Dos.2, letras c) y f), de la citada Ley 12/97, que disponen que la CMT velará por la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, adoptando en su caso las medidas necesarias para equilibrar en su caso las situaciones discriminatorias que se produzcan, salvaguardar la pluralidad de oferta de servicios, y la interconexión y el acceso a las redes por los operadores en condiciones de red abierta.

Asimismo, el artículo 3.6 del Real Decreto 3456/2000, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones para el acceso al bucle de abonado de la red pública telefónica fija de los operadores dominantes, disponen que la CMT conocerá de los conflictos que se produzcan en relación con el acceso al bucle de abonado en los términos establecidos en el artículo 25 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (en adelante LGTel).

Por otra parte, esta Comisión adecuará sus actuaciones a lo previsto en la antes citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (en adelante LRJPAC), texto legal al cual, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la citada Ley 12/97 y en el artículo 2 del asimismo citado RCMT, se sujeta la CMT en el ejercicio de las funciones públicas que tiene encomendadas.

Por tanto, se debe concluir que esta Comisión está especialmente habilitada para conocer y resolver el Conflicto de Acceso al Bucle de Abonado entre DTI y TELEFONICA, planteado por la primera.

Segundo.- Consideraciones generales sobre la OBA

La Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de TELEFONICA, constituye una oferta de mínimos a la que pueden acogerse los operadores autorizados en los términos establecidos en el Reglamento que establece las condiciones para el acceso al bucle de abonado de la red pública telefónica fija de los operadores dominantes, habiendo sido modificada la primera OBA de TELEFONICA por la Resolución de esta Comisión de 29 de abril de 2002. Dicha Oferta, en tanto que oferta de referencia, garantiza un contenido que permite, a falta de acuerdo, la prestación de los servicios que incluye en condiciones competitivas, lo que no impide a las partes que en cada acuerdo concreto decidan esquemas más flexibles o de menor detalle si consideran suficiente tales términos para la prestación de los servicios correspondientes.

La Oferta constituye una manifestación de la voluntad de contratar de TELEFONICA, dado que el operador dominante tiene la obligación legal[1] de atender las solicitudes que en relación con esta oferta los operadores autorizados presenten, siendo vinculante desde el momento en que se notificó a TELEFÓNICA la Resolución por la que se modifica la OBA anteriormente en vigor. Por todo ello el contrato se perfeccionaría mediante la aceptación de los operadores autorizados de la referida oferta, una vez que dicha aceptación es

[1] Artículo 3.4 del Reglamento que establece las condiciones para el acceso al bucle de abonado de la red pública telefónica fija de los operadores dominantes

conocida por el oferente, y siempre y cuando dicha aceptación sea lo suficientemente completa como para contener todos los elementos esenciales necesarios para la conclusión del contrato.

En el conflicto que nos ocupa, DTI manifestó su aceptación mediante la solicitud de los servicios que más adelante se analizan, aportando el solicitante información completa comprensiva de los elementos esenciales necesarios para su provisión, por lo que sólo queda por llevar a cabo la formalización escrita del negocio jurídico.

TELEFONICA alega que no existe en la OBA mención alguna a un Acuerdo General para la modalidad de acceso indirecto al bucle de abonado, lo que no significa que porque no se mencione expresamente, no exista obligación por parte de TELEFONICA de formalizar un contrato para el acceso indirecto al igual que ocurre con el acceso desagregado, a pesar de las diferencias y particularidades que ambos servicios presentan.

El propio texto de la OBA señala que la Oferta recoge un conjunto de contratos tipos, servicios, procedimientos administrativos para su provisión, condiciones técnicas y precios que permitirá a los operadores autorizados el acceso desagregado **e indirecto al bucle de abonado** en condiciones transparentes, objetivas, no discriminatorias y orientadas a costes. (Así, dedica el punto 1.4 al Servicio de Acceso Indirecto al bucle de abonado (GigADSL).)

Así, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el ejercicio de la competencia que el artículo 25 de la LGTel le atribuye, es competente para la ejecución e interpretación de los acuerdos sobre el acceso al bucle de abonado de TELEFONICA, en la medida en que se produzca un conflicto entre las partes contratantes. Ejercida esa facultad, la interpretación se aplica desde el momento en que nació la relación contractual que, evidentemente, es anterior al conflicto de interpretación y ejecución planteado.

DTI, por su parte alega la necesidad de establecer un procedimiento de escalado por departamentos y niveles, entre ambos operadores. Esta Comisión entiende que, dado el principio de mínima intervención del Regulador, el referido procedimiento deberá ser acordado por las partes, pudiendo quedar reflejado, en su caso, en el contrato que ambos operadores deberán formalizar.

Tercero.- En relación con el servicio de Acceso Indirecto al Bucle de Abonado

El conflicto que se plantea en el presente caso se incardina dentro de la prestación del servicio de Acceso Indirecto al Bucle de Abonado de la red de

TELEFONICA. Así, este servicio posibilita, mediante técnicas basadas en tecnologías ADSL, la concentración del tráfico procedente de un número variable de usuarios sobre una única interfaz de operador, compartiendo el acceso de cada uno de dichos usuarios con el servicio telefónico. Dicho tráfico se transporta hasta el Punto de Acceso Indirecto de la propia demarcación, por lo que el operador presente en esa demarcación habrá solicitado previamente el alta de, al menos, un pPAI.

Para transportar el tráfico entregado en el pPAI hasta algún punto de destino remoto, la OBA (apartado 1.4.1., servicio de acceso indirecto al bucle de abonado) establece que "se podrá hacer uso de las infraestructuras de puntos de interconexión o de las desplegadas para la entrega de señal en acceso desagregado (cámaras multioperador o enlaces radio). Igualmente, se podrán contratar los servicios de líneas alquiladas, GIGACOM, y servicios de capacidad portadora para acceso indirecto que ofrece Telefónica".

Esto es, en la propia OBA se contempla una variedad de posibilidades y servicios ofrecidos por Telefónica, algunos de ellos regulados en la propia OBA (como el servicio de entrega de señal) y otros fuera de ella como los de líneas alquiladas o el servicio denominado de capacidad portadora para acceso indirecto.

El apartado 3.7 de la OBA relativo al servicio de entrega de señal mediante utilización de infraestructuras de interconexión establece que:

> *"Todo lo establecido sobre esta modalidad de entrega de señal es aplicable igualmente a la utilización de infraestructuras de interconexión para la conexión a PAI o PAI-D del acceso indirecto al bucle de abonado."*

Una vez establecido el PAI, el operador, mediante el procedimiento de alta de conexión en acceso indirecto, podrá solicitar a TELEFONICA el servicio GigADSL para una línea concreta de abonado.

Cuarto.- Análisis del conflicto planteado

La problemática analizada en este expediente se refiere por un lado al establecimiento del pPAI y al servicio de transporte del tráfico entregado en el pPAI hasta las dependencias del operador autorizado y por otro lado a la aplicación web que Telefónica debía implementar para las comunicaciones con los operadores autorizados y al servicio GigADSL que permite al operador autorizado solicitar el alta para una línea concreta de abonado.

Establecimiento del pPAI y conexión del puerto con las instalaciones de DTI.

DTI, operador inscrito en el Registro Especial de Autorizaciones Generales, como titular de una Autorización General de tipo C, solicitó el alta del pPAI el día 4 de abril de 2002, indicando el 1 de mayo como fecha deseada para que se produjera el alta efectiva. TELEFONICA comunicó el 30 de abril la activación del pPAI solicitado y procedió a facturar el servicio desde el 15 de abril.

En cuanto a la conexión del citado puerto con las instalaciones de DTI, esta, con fecha 30 de abril, solicitó que se realizara usando fibras vacantes sobre el PDI de PROCONO. Este servicio, según indica DTI en sus escritos, fue provisionado el 17 de julio, fecha en la que se constató que el PAI no estaba operativo, procediendo TELEFONICA a subsanar dicha deficiencia.

Respecto del establecimiento del pPAI, no estuvo operativo hasta el día 17 de julio, no obstante iniciar Telefónica la facturación del servicio el día 15 de abril. Alega Telefónica que lo producido es una confusión entre la activación del pPAI y el servicio de entrega de señal, que debía materializarse previa petición de PROCONO con lo que hasta que este servicio no estuvo operativo no resultaba posible la activación del pPAI.

En la OBA ambos servicios se encuentran diferenciados tanto en su configuración y naturaleza como en los procedimientos reglados previstos para su puesta en funcionamiento. Con independencia de que el operador peticionario pueda incurrir en incoherencias o ineficacias en las peticiones, que puedan redundar en pérdidas económicas propias, Telefónica, si no se encontraba con dificultades insalvables en el suministro de los servicios solicitados, que por otra parte pudo advertir en el momento adecuado, debió atender las peticiones en las fechas establecidas en la OBA.

En este sentido, resulta perfectamente posible el establecimiento del pPAI con independencia del momento en que se activara el transporte de la señal hasta las dependencias del operador solicitante del servicio de acceso indirecto, con lo que Telefónica no se ajustó a los plazos previstos en la OBA para la activación de ese servicio.

Respecto del servicio de transporte de tráfico, en la documentación aportada, DTI se refiere al servicio de transporte del tráfico entregado en el pPAI hasta las dependencias del operador autorizado con la denominación de servicio de entrega de señal, pero la OBA reserva el término "servicio de entrega de señal" para el acceso completamente desagregado y compartido al bucle de abonado. No obstante, la similitud de los servicios se deduce del propio texto de la OBA, llegando a prever la utilización de infraestructuras de interconexión que se

establecen para el servicio de entrega de señal para la propia conexión al PAI, como hemos indicado anteriormente.

TELEFONICA manifiesta en su escrito de alegaciones que hasta el 19 de junio PROCONO no solicitó el cuestionario en el que se recogían los datos referentes al servicio de utilización de fibras vacantes que, según TELEFONICA, debía cumplimentar, por lo no se produjo retraso alguno al provisionarse el servicio el 17 de julio. Alega además, como hilo conductor de su posición, que el servicio de entrega de señal según la OBA es un servicio ofertado solamente a los operadores que dispongan de o hayan solicitado coubicación física o ubicación distante en dependencias de Telefónica.

Entiende, en definitiva, que este servicio sólo puede ser prestado a operadores con licencia y no a operadores con autorización de tipo C, como es el caso de DTI, con lo que no estaba obligado a atender su petición.

DTI, con fecha 30 de abril, suministró a TELEFONICA todos los datos necesarios para provisionar el servicio de transporte del tráfico, indicando que dicho transporte se iba a realizar utilizando las fibras vacantes de PROCONO, mediante el servicio de transporte de señal con reutilización de las infraestructuras de interconexión. Ante esta comunicación, Telefónica debió mostrar una actitud diligente y, en caso de entender que no podía prestar dicho servicio por cuanto la petición y la relación contractual, según la OBA, debía producirse con PROCONO, debió manifestarlo así a DTI en lugar de guardar silencio y provocar , en consecuencia, un retraso no justificado en la activación final del servicio.

Téngase en cuenta que la OBA establece que si transcurren 5 días sin comunicación en contrario, la solicitud del operador se considera aceptada.

En efecto, tras la recepción de la solicitud de provisión del servicio, TELEFONICA, en el plazo de 5 días, debería haber aceptado o rechazado la solicitud remitida por DTI, si consideraba que era necesario contar con información adicional para poder provisionar el servicio demandado. Es decir, si se le planteaba alguna duda sobre la existencia de titulo jurídico suficiente por parte de DTI para que el transporte del tráfico se efectuase a través de fibras vacantes del PDI de PROCONO, debería haber solicitado, en ese momento, la información pertinente. Por lo que, en estos momentos, no se puede condicionar la provisión del servicio a la aportación por DTI de una autorización clara, expresa e inequívoca de PROCONO, toda vez que en la actualidad el servicio se está suministrando.

Esto es, incluso ante peticiones que puedan parecer no acordes con lo establecido en la OBA, que es una oferta de la propia Telefónica que no impide

acuerdos específicos que se aparten de ella, esa operadora está obligada a contestar en un plazo adecuado, cuando no reglado, a las solicitudes que los operadores le presenten, y de no hacerlo así puede generar situaciones anticompetitivas, contrarias a los intereses de los usuarios o a una adecuada interconexión o acceso a las redes.

Otra de las alegaciones de DTI se refiere al hecho de que TELEFONICA facture este servicio a PROCONO dado que utiliza fibras vacantes sobre el PDI que esta entidad tiene constituido. Entiende DTI que Telefónica debería facturarle a ella, con independencia que el transporte de la señal se realice utilizando en parte a PROCONO.

Esta Comisión estima que lo que propone DTI es factible pero dentro del marco de un acuerdo entre partes que se puede alcanzar en cualquier momento, pero fuera de los términos de la OBA vigente. Si DTI pretende que se le apliquen las condiciones y plazos del servicio de entrega de señal de la OBA, deberá asumir también el resto de elementos que conforman este servicio, entre ellos la manera de provisionar el servicio, el procedimiento para solicitarlo y los mecanismos de facturación allí previstos.

En este sentido, una cosa es que TELEFONICA no se mostrara diligente al activar finalmente el servicio de entrega de señal y otra muy diferente el que se pueda admitir una configuración general de los servicios recogidos en la OBA en una manera diferente a la que hoy contiene dicha oferta.

Acreditado lo anterior, deben determinarse las consecuencias derivadas del incumplimiento por Telefónica de los procedimientos previstos en la OBA, a fin de resolver el conflicto planteado.

En la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado, modificada por Resolución de la CMT de fecha 8 de noviembre de 2001 y por Resolución de 29 de abril de 2002, dictada dentro del Expediente MTZ 2001/4038, se establece que el alta del pPAI se producirá en un plazo de 15 días laborables desde el envío de la solicitud, mientras que el plazo de entrega del transporte del tráfico hasta las dependencias del operador autorizado utilizando fibras vacantes sobre un PDI, a tenor de lo dispuesto en el punto 3.7 de la OBA en relación con el punto 3.8.4, se realizará en 35 días hábiles. De todo lo anterior se deduce claramente un retraso efectivo en los plazos de suministro de los servicios analizados.

La Comisión en su Resolución de 30 de julio de 2002 ha señalando en este sentido que:

> *"Es preciso garantizar que los operadores que se acogen a los servicios de la OBA no se vean perjudicados por los posibles retrasos que no les*

sean imputables. La garantía de este derecho es un elemento esencial de salvaguarda de la competencia, puesto que son evidentes los efectos perniciosos para la libre competencia que pueden conllevar los retrasos injustificados. Así pues, los incumplimientos de plazos que se han analizado no hacen más que fundamentar aún más la inclusión en la OBA de un capítulo de acuerdos de nivel de servicio junto con penalizaciones por su eventual incumplimiento, puesto que, de otro modo, los plazos establecidos se vacían de contenido si su incumplimiento no va acompañado de las correspondientes penalizaciones. Evidentemente, los operadores con derecho de acceso al bucle pueden acogerse a las citadas previsiones de la OBA como mecanismo de garantía del cumplimiento de las condiciones pactadas."

En este sentido, la OBA establece que en caso de incumplimiento de los plazos establecidos para la provisión de los servicios relativos al acceso indirecto al bucle de abonado que no sean conexiones de usuario, cuya responsabilidad sea de TELEFONICA DE ESPAÑA, se aplicará una penalización a favor del operador autorizado calculada como un porcentaje del precio total de instalación o alta del servicio, conforme a la siguiente tabla:

- Días laborables de retraso 1-10: 1% diario
- Días laborables de retraso 11-40: 1,5% diario

Por lo que se refiere al pPAI, por motivos no imputables a DTI, no se encontró operativo hasta el 17 de julio de 2002 cuando la fecha indicada de alta fue el 1 de mayo, habiendo transcurrido en esa fecha, los 15 días de los que como máximo disponía TELEFONICA para provisionar el servicio, puesto que el servicio se solicitó el 4 de abril. Así, el plazo resulta sobrepasado en 53 días.

Como decimos anteriormente, TELEFONICA en su escrito de alegaciones manifiesta que se ha producido una confusión entre el servicio del alta del pPAI y el de entrega de señal (aunque en realidad debería referirse al servicio de transporte del tráfico entregado en el PAI hasta las dependencias del DTI) en cuanto al cómputo del plazo en que el primero de los servicios referidos debería haber sido provisionado.

En el análisis del presente conflicto, se ha tenido en cuenta que se trata de servicios diferenciados aunque dependientes entre si. Cuando el día 17 de julio se provisionó el servicio de transporte del tráfico, se constató que el PAI no estaba operativo, procediendo el área de operaciones de TELEFONICA a solventar dicha incidencia "sobre la marcha" según manifestaciones de DTI , por lo que el PAI no fue provisionado correctamente el 2 de mayo, fecha solicitada por DTI.

DTI en sus alegaciones se refiere al "acto irregular de corte de servicio del pPAI", en relación con una carta de fecha 22 de agosto remitida por TELEFONICA donde se indica que se procedería a suspender el servicio de los número 1009690 a partir del 21 de agosto de 2002, otorgando un plazo de 20 días para regularizar la situación. Lo cierto es que el día 26 de septiembre al realizarse los primeros accesos al servicio GigADSL, el PAI se encontraba operativo no pudiendo acreditarse la suspensión del servicio que alega DTI.

No obstante, como alega DTI, la Comisión se ha pronunció a este respecto en su resolución de 29 de abril de 2002 al señalar que:

> *"Con respecto a la cuantía del aval y la posibilidad de suspensión del servicio, ha de indicarse que la obligación de suministrar acceso indirecto al bucle que pesa sobre TESAU no permite establecer contractualmente un sistema que deje en manos de este operador la resolución unilateral del contrato por presunto impago de cantidades adeudadas.."*

En cuanto al servicio de transporte del tráfico del citado puerto a las instalaciones de DTI solicitado el 30 de abril, no quedó recepcionado asimismo hasta el 17 de julio, por lo que se ha producido un retraso de 19 días, teniendo en cuenta que el servicio debería haber estado disponible desde el 19 de junio de 2002, dado que TELEFONICA disponía de 35 días para provisionar el servicio.

El retraso de 53 días supone, según el criterio enunciado, una penalización del 55% de la cuota del alta del pPAI, considerando que el periodo de facturación comienza a contar desde la provisión real del servicio, es decir el 17 de julio de 2002. En relación con el servicio de transporte del tráfico de continua referencia, se ha producido un retraso de 19 días, lo que supone una penalización del 23,5% de la cuota no recurrente.

Ahora bien, como es lógico, las penalizaciones deben entenderse sin perjuicio de las indemnizaciones a que hubiere lugar como consecuencia de los daños y perjuicios causados por acciones u omisiones que supongan un incumplimiento de las obligaciones establecidas.

<u>La aplicación web para gestionar las solicitudes de servicios de acceso al bucle de abonado y el servicio GigADSL</u>

DTI alega en su escrito de 30 de septiembre la negativa de TELEFONICA de proporcionarles acceso a la aplicación web para la gestión automatizada de solicitudes por parte de los operadores autorizados que TELEFONICA, según la Resolución de esta Comisión de 29 de abril de 2002, debía implementar para

pruebas, en un plazo máximo de seis meses y de forma definitiva, en un plazo máximo de ocho desde la aprobación de la referida resolución. El motivo que según DTI alega TELEFONICA es que el solicitante no cuenta con licencia individual sino autorización general.

El procedimiento de alta de conexión en acceso indirecto que recoge la OBA es bastante claro al respecto estableciendo que el procedimiento se inicia con la grabación de un formulario de solicitud de alta en la página web que Telefónica habrá dispuesto a tal efecto. De hecho, el capítulo relativo a los procedimientos de provisión de los servicios establece que el modelo de procedimientos administrativos entre los operadores autorizados y Telefónica está basado en una solución implementada por Telefónica mediante un sistema de acceso seguro a web. Cada operador solicitará a Telefónica de España mediante escrito formal un código de usuario y una contraseña para acceder al sistema web, que Telefónica le entregará en el plazo de cinco días.

Por lo tanto, siendo DTI operador autorizado para solicitar el servicio de acceso indirecto al bucle de abonado, lo es para la utilización del sistema de gestión de los servicios de acceso al bucle de abonado que TELEFONICA debe implementar.

En cuanto a las solicitudes de alta en el servicio GigADSL que DTI ha realizado en relación con determinadas líneas de abonado, se han producido determinados retrasos en su provisión. El plazo establecido en la OBA para la provisión de este servicio es de 12 días laborables.

La OBA establece que en caso de incumplimiento de los plazos establecidos para la provisión de conexiones de usuario de acceso indirecto al bucle de abonado cuya responsabilidad sea de TELEFONICA DE ESPAÑA, se aplicará una penalización a favor del operador autorizado calculada como un porcentaje de la cuota de alta del servicio, conforme a la siguiente tabla:

- Días laborables de retraso 1-2: 3% diario de la cuota no recurrente.
- Días laborables de retraso 3-7: 5% diario de la cuota no recurrente.
- Días laborables de retraso 8-14: 10% diario de la cuota no recurrente.

En relación con la solicitud de alta relativa al número de abonado 957411005 realizada el día 17 de julio de 2002, se ha producido un retraso en la provisión del servicio de **36 días** laborables toda vez que la instalación se realizó el 26 de septiembre de 2002. Por su parte, la provisión del alta relativa al número 957235628 cuya solicitud se realizó igualmente el 17 de julio, se produjo el 27 de septiembre de 2002, ocasionado un retraso de **37 días** laborables.

La solicitud del alta efectuada el 19 de julio de 2002 referente al número de abonado 957480567 fue atendida el 4 de octubre de 2002, originándose un retraso de **41 días** laborables, mientras que el alta sobre el número 957761685 solicitada el 29 de julio, se provisionó el día 7 de octubre de 2002, produciéndose un retraso de **42 días** laborables.

Los retrasos mencionados anteriormente, según el criterio enunciado, suponen una penalización del 101% de la cuota del servicio. Dado que las penalizaciones, en este sentido, únicamente se podrían aplicar sobre las cuotas de alta de las conexiones de usuario, solamente se podrá descontar el 100% de las mismas, por lo que TELEFONICA deberá descontar la totalidad de la cuotas de alta de conexión de usuario de los números de abonado 957411005, 957235628, 957480567 y 957761685. Todo ello sin perjuicio de las indemnizaciones a que hubiere lugar como consecuencia de los daños y perjuicios causados por acciones u omisiones que supongan un incumplimiento de las obligaciones establecidas.

DTI, en su escrito de alegaciones entiende que deberían penalizarse los días que sobrepasen los máximos indicados por la OBA con el mismo porcentaje establecido para el tramo anterior, así considera que si se penaliza el retraso en el suministro del servicio de 8 a 14 días en un 10% diario, los retrasos que se produzcan a partir del día 15 debería penalizarse también en un 10% diario. Siendo esta regla aplicable al retraso que se produzca en la provisión de cualquier servicio.

Por el principio de seguridad jurídica, las penalizaciones que se recogen en la OBA, no pueden extenderse más allá de los propios límites que establecen, por lo que no podría aumentarse los porcentajes a aplicar según indica DTI. No debe confundirse las penalizaciones establecidas en la OBA con la indemnización por daños y perjuicios[2]. Cualquier operador en su caso, dispone de la acción de daños y perjuicios para resarcirse de los causados por la otra parte. Esta posibilidad se recoge en la cláusula vigésima del Contrato tipo para la provisión por TELEFONICA del acceso indirecto al bucle de abonado de su red pública telefónica fija, señalando que

> *"Cada parte contratante responderá de los daños y perjuicios directos causados a la otra por sus acciones u omisiones que supongan un incumplimiento de las obligaciones previstas en el presente Contrato .....*
>
> *Cada parte es responsable del servicio que presta a su cliente. Por dicha razón, cada una de las partes de este acuerdo sólo podrá exigir a la otra las responsabilidades en las que hubiese podido incurrir por la prestación de los servicios contemplados en el presente Contrato"*

[2] Artículo 1.101 del Código Civil.

En razón de lo expuesto, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

RESUELVE

Primero.- Requerir a DTI y TELEFONICA para que formalicen por escrito el acuerdo para el acceso al bucle de abonado en un plazo de 5 días desde la fecha de notificación de la presente Resolución y lo comuniquen a la CMT de acuerdo con lo establecido en el artículo 3.8 del Reglamento que establece las condiciones para el acceso al bucle de abonado de la red pública telefónica fija de los operadores dominantes.

Segundo.- Se reconoce como fecha de solicitud del servicio de transporte del tráfico del pPAI a las instalaciones de DTI el día 30 de abril de 2002.

Tercero.- TELEFONICA deberá descontar a DTI un porcentaje del 55% de la cuota no recurrente del alta del pPAI y un 23,5% de la cuota no recurrente del servicio solicitado para el transporte del tráfico del citado puerto a las instalaciones de DTI.

Cuarto.- Requerir a TELEFONICA para que, en el plazo de 5 días hábiles, facilite a DTI el juego de palabras de paso y la dirección del sistema WEB para poder gestionar las solicitudes de los servicios y realizar un seguimiento adecuado de las mismas, o en su defecto, y de manera provisional hasta la implementación de la solución definitiva, proporcionar un mecanismo alternativo que cumpla con las condiciones establecidas en la OBA, de la misma forma que lo facilita al resto de operadores.

Quinto.- TELEFONICA deberá descontar a DTI el 100% del importe de las cuotas de alta de conexión de usuario de los números de abonado 957411005, 957235628, 957480567 y 957761685.

El incumplimiento de la presente resolución puede ser considerado como infracción muy grave de conformidad con lo dispuesto en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998 de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.

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

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 del la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO,

Vº. Bº. EL PRESIDENTE,

José Giménez Cervantes.

José María Vázquez Quintana.