



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. JAIME VELÁZQUEZ VIOQUE, 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 nº 22/04 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 10 de junio de 2004 se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con el expediente **RO 2004/425** se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE INTERCONEXIÓN ENTRE 11811 NUEVA INFORMACIÓN TELEFÓNICA, S.A.U Y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., COMO CONSECUENCIA DEL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA OFERTA DE INTERCONEXIÓN DE REFERENCIA Y DEL ACUERDO GENERAL DE INTERCONEXIÓN SUSCRITO ENTRE AMBAS ENTIDADES

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero.- Con fecha 3 de marzo de 2004, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de D. Francisco Tripero Cascales, en nombre y representación de la entidad 11811 NUEVA INFORMACIÓN TELEFÓNICA, S.A.U. (en adelante, 11811 NIT), por el que solicitaba la intervención de esta Comisión en el conflicto suscitado por el presunto incumplimiento, por parte de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U (en adelante, TESAU) de la Oferta de Interconexión de Referencia (en adelante OIR) y del Acuerdo General de Interconexión suscrito entre ambas entidades (en adelante, AGI) en la resolución de la incidencia descrita en el citado escrito de interposición del conflicto. En síntesis, en su escrito de interposición, 11811 NIT manifiesta lo siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- € Que el día 15 de enero de 2004, se produjo una grave incidencia técnica de interconexión en la red origen de TESAU. En concreto, a las 16:10 horas se produjo una pérdida de conexión de todos los troncales que 11811 NIT tiene con TESAU, lo que supuso que todas las llamadas generadas desde la red de TESAU y dirigidas a los rangos de numeración de la entidad 11811 NIT fueran fallidas. La avería se prolongó desde las 16.10 horas hasta las 23:07, lo que supone un total de casi 7 horas en los que 11811 no pudo prestar servicio a sus usuarios.
- € Que la cláusula 1.15.13 del Anexo 1 del AGI suscrito entre ambas entidades, señala que, entre las reclamaciones que se clasifican como muy urgentes o críticas, se encuentra la pérdida total de llamadas entre algún punto de ambas redes, que es el caso referido, y que el plazo para la resolución de este tipo de reclamaciones muy urgentes o críticas es: para las reclamaciones efectuadas entre las 8:00 y las 15:00 horas, 180 minutos y, para las reclamaciones efectuadas entre las 20:00 a las 8:00 horas, de 240 minutos. Aplicando al caso los citados plazos, la avería debería haberse subsanado en un plazo máximo de tres horas y no en seis horas y trece minutos como efectivamente ocurrió.
- € Que según lo establecido en el punto 7.19.6 de la OIR, la incidencia que nos ocupa debería ser calificada como "Destino inaccesible, definida por la OIR como la avería que *"Se trata de la situación en que un destino (parte de una central o una central completa) o un conjunto de destinos (varias centrales) son inaccesibles por un largo período de tiempo debido a un fallo, en general, de naturaleza catastrófica"*.
- € Que, según o dispuesto en la OIR la locución que TESAU debería haber puesto en funcionamiento es: *"Telefónica de España le informa de que, por avería en la red, el número no es accesible en este momento. Disculpe las molestias"* (Locución Tipo 4 de la OIR). Sin embargo, TESAU articuló las dos alocuciones intermitentes siguientes: *"Telefónica le informa que el número marcado no está actualmente en servicio (Locución Tipo 1 de la OIR) y Telefónica de España le informa que en este momento hay sobrecarga en la red. Rogamos vuelva a marcar dentro de unos segundo (Locución Tipo 2 de la OIR)"*. Por lo tanto TESAU incumplió lo dispuesto en la OIR para el tratamiento de la incidencia que nos ocupa en las llamadas que se efectuaron durante las siete horas que se mantuvo interrumpido el servicio.
- € Que el incumplimiento de la obligación de emitir la locución de tipo 4 por parte de TESAU produjo a 11811 NIT perjuicios considerables por cuanto se ha producido en el momento en el que 11811 NIT estaba desarrollando una importante campaña publicitaria para dar a conocer su número y sus servicios.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- € Que 11811 NIT ha reclamado, con fecha 31 de enero de 2004 a TESAU, la reparación de los daños y perjuicios causados por los hechos relatados considerando que se han producido, por TESAU determinados incumplimientos de las obligaciones previstas en el AGI y en la OIR para este tipo de incidencias. Los daños y perjuicios reclamados se han cuantificado en el valor económico de las llamadas no terminadas en el período de tiempo que duró la incidencia y la pérdida comercial y de margen derivada de la mala articulación de las locuciones durante la incidencia y la coincidencia de esto con la campaña publicitaria lanzada por 11811 NIT.

Finaliza su escrito 11811 NIT solicitando de esta Comisión:

- € Que intervenga en el conflicto suscitado por el incumplimiento de TESAU de la OIR y del AGI suscrito con 11811 NIT en la resolución de la incidencia descrita en el presente escrito.
- € Que se inste a TESAU a cumplir, en lo sucesivo, con lo dispuesto en la OIR en materia de locuciones en los supuestos de incidencias de interconexión con otros operadores.
- € Que se declare el incumplimiento de TESAU de la OIR y del AGI suscrito con 11811 NIT y se ratifique la aplicabilidad de las cláusulas 10.1 y 10.2 del AGI en este caso.

Segundo.- Mediante sendos escritos fechados el día 8 de marzo de 2004, y en cumplimiento de lo establecido en el artículo 42.4 de la LRJPAC, se comunicó a los interesados, 11811 NIT y TESAU, que había quedado iniciado expediente administrativo para la resolución del conflicto planteado por la primera de estas entidades.

Tercero.- Con fecha 24 de marzo de 2004 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de la representación de TESAU en el que, en resumen, exponía lo siguiente:

- € Ausencia de los presupuestos necesarios para la existencia de un conflicto de interconexión: Inexistencia del elemento teleológico del procedimiento. TESAU manifiesta que la solicitud de intervención practicada por 11811 NIT, no tiene por objeto sino un pronunciamiento meramente declarativo por parte de esta Comisión acerca de la existencia de tales incumplimientos. De este modo, con arreglo a este planteamiento, no se insta al conocimiento e intervención de la Comisión una solicitud de pronunciamiento vinculante, conforme a la dicción del artículo 14.1 de la Ley General de Telecomunicaciones, que pudiera determinar, en su caso, el nacimiento para TESAU de una obligación de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

dar, hacer o no hacer alguna cosa. La persecución de un pronunciamiento vinculante para las partes en un conflicto de interconexión es un requisito consustancial para la existencia de un conflicto de interconexión. En el presente caso no existe tal requisito por cuanto que 11811 NIT únicamente persigue una resolución meramente declarativa.

- ∉ Falta de competencia de la CMT para pronunciarse sobre la solicitud de 11811 NIT. Nulidad de una eventual resolución, de conformidad con lo establecido en el artículo 62.1 c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Según esta alegación, TESAU manifiesta que contrariamente a lo que establecía el artículo 25 de la Ley General de Telecomunicaciones de 1998, la vigente LGTel atribuye competencias a la CMT en materia de resolución de conflictos de interconexión (artículo 48.3.d) según el artículo 11.4 dirigidas al fomento y, en su caso, garantía de la *“adecuación del acceso, interconexión y la interoperabilidad de los servicios ...”*. En atención a lo anterior, TESAU manifiesta que en el contexto legal de la competencia atribuida por la nueva Ley a la CMT en esta materia, no pueden tener cabida aquellas solicitudes de intervención, como es el caso de la que nos ocupa, dirigidas a obtener pronunciamientos meramente declarativos. Por todo ello, entiende TESAU que la CMT no está *“competencialmente”* habilitada para intervenir dictando una resolución que entre en el fondo de la cuestión planteada por 11811 NIT.
- ∉ Utilización de la figura del conflicto de interconexión en fraude de ley. Según TESAU el conjunto de circunstancias comentadas en la precedentes alegaciones revelan también que la solicitud de conflicto planteada ha sido formulada en fraude de ley, ya que 11811 NIT está pidiendo la intervención de la CMT con el único objetivo de obtener una resolución administrativa *“prejudicial”* que, sin duda, pretende utilizar para acudir a los Tribunales a fin de que éstos se pronuncien sobre la correspondiente reclamación de daños y perjuicios.
- ∉ Por lo que se refiere a la circunstancias concurrentes en relación con los hechos determinantes de la solicitud de conflicto de interconexión, TESAU manifiesta lo siguiente:
 - Que el factor desencadenante de la incomunicación del PDI fue la rotura de un cable de 24 FO entre Las Matas y las Rozas Cruces, producido con motivo de unas obras causadas por una maquina propiedad de una empresa ajena a TESAU. Estas circunstancias las acredita documentalmente y fueron puestas en conocimiento de 11811 NIT.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que lo anterior tiene, desde el punto de vista jurídico, una enorme relevancia en cuanto que es constitutivo de un caso de fuerza mayor cuya existencia no puede ser ignorada a los efectos propugnados por 11811 NIT, ya que el apartado 3 del artículo 10 del AGI, suscrito entre ambas entidades, excluye la responsabilidad de los contratantes si los daños y perjuicios estuvieran causados en supuestos de caso fortuito o fuerza mayor.
- Asimismo, TESAU manifiesta que, al propio tiempo, y contraviniendo el tenor del apartado 1.15.3 del Anexo I del AGI, 11811 NIT pretende que se haga caso omiso a la previsión contenida en el último párrafo del referido apartado, que dice: *“Para el cálculo de los tiempos medios de reparación, no se incluirán las demoras ocasionadas por imposibilidad de acceso a las dependencias del Operador, condiciones climatológicas u otras causas de fuerza mayor y todas aquellas que en su momento...”*
- TESAU realiza, a continuación, un relato fáctico detallado de las operaciones llevadas a cabo para la subsanación de la avería, al objeto de hacer notar que su actuación, examinada a la luz de las circunstancias acaecidas, no se hacía merecedora del más mínimo reproche.
- Respecto a la supuesta emisión de la locución Tipo 1, TESAU niega tal circunstancia y señala que tal afirmación no se ha acreditado por 11811 NIT, además, niega las consecuencias que al hilo de esa cuestión se predicen en el escrito de 11811.
- Respecto a la locución Tipo 2, TESAU afirma que esa fue la locución emitida y entiende que es la procedente, ya que, conforme a lo previsto en el OIR, la situación acaecida queda englobada en el concepto del epígrafe “Avería” relativo, en este caso, al tratamiento de llamadas de acceso directo, y no en el epígrafe “Destino inaccesible” por cuanto que las características de la incidencia que nos ocupa denotan que la misma no participaba de las notas de larga duración (horas o días según la OIR) y origen catastrófico.
- Finalmente, TESAU manifiesta que de todo ello se desprende la inexistencia del incumplimiento que se le imputa y que, en última instancia, oculta el artificio del que intenta prevalerse 11811 NIT con el único objetivo de reclamar los daños y perjuicios que haya



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

podido sufrir y, en ese sentido, parecería más lógico, a la par que más deseable, que hubiera entablado sus acciones en la vía oportuna (que no es la intervención de la CMT) y frente al verdadero responsable de los mismos, de cuya existencia tiene cumplida información.

Finaliza TESAU su escrito solicitando el archivo del expediente o, en su caso, una resolución desestimatoria de lo solicitado por 11811 NIT.

Cuarto.- Con fecha 25 de marzo de 2004, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión, escrito de la representación del 11811 NIT, al que adjunta un escrito del Departamento de Servicios para Operadores Nacionales de TESAU dirigido al representante de 11811 NIT, en el que da contestación al escrito de 11811 NIT de 31 de enero de 2004, por el que se reclama la suma de 223.855 Euros en concepto de daños y perjuicio supuestamente derivados de la incidencia objeto del presente procedimiento.

En el citado escrito 1181 NIT aclara que es el incumplimiento de las condiciones de calidad del AGI y de la OIR por parte de TESAU, y no otro, lo que ha dado lugar a que 11811 NIT plantee el conflicto de interconexión con TESAU antes esta Comisión con base en la cláusula 9.1.1 del AGI y los artículos 48.3 d) y 14.1 de la LGTel.

Quinto.- Con fecha 5 de mayo de 2004, una finaliza la instrucción del presente procedimiento, se procedió a la apertura del trámite de audiencia, dentro del cual los servicios de la Comisión informaron sobre el conflicto planteado por 11811 NIT, otorgando un plazo de 10 días a las partes, a fin de que alegaran y presentaran los documentos y justificaciones que estimasen pertinentes.

Sexto.- Dentro del plazo establecido, TESAU ha presentado escrito de alegaciones en el que muestra su conformidad parcial con las conclusiones del informe emitido por los Servicios de Esta Comisión.

TESAU, se manifiesta conforme con la propuesta de desestimar la solicitud formulada por 11811 NIT en lo relativo a que se declare el incumplimiento de los plazos de resolución de incidencias establecidos en el Apéndice 1.15 del AGI suscrito entre ambas entidades y que se declare la aplicabilidad de las cláusulas 10.1 y 10.2 del mismo AGI.

Frente a lo anterior, TESAU muestra su disconformidad con la propuesta de estimar la solicitud de 11811 NIT relativa a que se declare que TESAU ha incumplido las reglas de calificación de la situación anómala citada y del establecimiento del procedimiento para su indicación, previsto en la Sección 3 del Apéndice 1.18.6 del Anexo 1 del AGI.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Apoya tal alegación en los argumentos que se resumen a continuación:

- € Que 11811 NIT pide la intervención de esta Comisión con el único objetivo de obtener una resolución administrativa “prejudicial” y facilitar así una ulterior reclamación judicial sobre daños y perjuicios. Por lo tanto estima que se produce un fraude de de ley, ya que el conflicto de interconexión planteado no es más que un mecanismo instrumental del ejercicio de una acción de responsabilidad cuyo conocimiento corresponde a los órganos judiciales competentes.
- € Que, en el supuesto que ha dado lugar a este procedimiento, no se han producido los presupuestos necesarios para ser calificado como incidencia por “Acceso inaccesible”, sino que tal incidencia encaja con los presupuestos de “corte de un medio de transmisión” y “persistencia por un cierto período de tiempo” configuradores del concepto de “Avería”. Por lo tanto, la locución que el operador de origen debe proporcionar es la de tipo 2.

Finaliza su escrito de alegaciones pidiendo que se desestime en su totalidad lo solicitado por la entidad 11811 NIT.

A los anteriores antecedentes de hecho les resultan de aplicación los siguientes,

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

En relación con la solicitud de intervención presentada por 11811 NIT las competencias de esta Comisión para intervenir se derivan de lo dispuesto en la normativa sectorial.

En concreto, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), en su artículo 48.2, indica que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto, entre otras cuestiones, el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y la resolución de los conflictos entre operadores. Dichas competencias generales se concretan en la habilitación competencial de esta Comisión para actuar en esta materia, recogida en el apartado 3.1etra d) del mismo artículo, que establece que es función de esta Comisión la resolución



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

vinculante de los conflictos que se susciten entre operadores en materia de acceso o interconexión.

El artículo 11.4 de la LGTel establece que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 del mismo texto legal. Asimismo, el artículo 14 de la LGTel establece que será la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones quien conozca de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de la propia Ley y de sus normas de desarrollo.

En su escrito de alegaciones de 24 de marzo de 2004, TESAU niega la concurrencia de los presupuestos necesarios para la existencia de un conflicto de interconexión al faltar el elemento teleológico del procedimiento. TESAU manifiesta que la solicitud de intervención practicada por 11811 NIT, no tiene por objeto sino un pronunciamiento meramente declarativo por parte de esta Comisión acerca de la existencia de tales incumplimientos. De este modo, con arreglo a este planteamiento, no se estaría instando al conocimiento e intervención de la Comisión de una solicitud de pronunciamiento vinculante, conforme a la dicción del artículo 14.1 de la Ley General de Telecomunicaciones, que pudiera determinar, en su caso, el nacimiento para TESAU de una obligación de dar, hacer o no hacer alguna cosa. Según TESAU, la persecución de un pronunciamiento vinculante para las partes en un conflicto de interconexión es un requisito consustancial para la existencia de un conflicto de interconexión. En el presente caso, según TESAU, no existe tal requisito por cuanto que 11811 NIT únicamente persigue una resolución meramente declarativa.

Por todo lo anterior, TESAU manifiesta la falta de competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para pronunciarse sobre la solicitud de 11811 NIT, lo que llevaría, a su juicio, a la nulidad de una eventual resolución, de conformidad con lo establecido en el artículo 62.1 c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Según esta alegación, TESAU entiende que, contrariamente a lo que establecía el artículo 25 de la Ley General de Telecomunicaciones de 1998, la vigente LGTel atribuye competencias a la Comisión sólo en materia de resolución de conflictos de interconexión (artículo 48.3.d) según el artículo 11.4 dirigidas al fomento y, en su caso, en garantía de la *“adecuación del acceso, interconexión y la interoperabilidad de los servicios ...”*. En atención a lo anterior, TESAU manifiesta que, en el contexto legal de la competencia atribuida por la nueva Ley a la Comisión del Mercado de las



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telecomunicaciones en esta materia, no pueden tener cabida aquellas solicitudes de intervención, como es, según ella, el caso de la que nos ocupa, dirigidas a obtener pronunciamientos meramente declarativos. Por todo ello, entiende TESAU que la Comisión no está habilitada para intervenir dictando una resolución que entre en el fondo de la cuestión planteada por 11811 NIT.

Frente a lo anterior, cabe significar que, de las propias alegaciones de las partes en cuanto a la calificación de la situación anómala producida en la ejecución del AGI suscrito entre ambas partes, calificación que ha de realizarse de conformidad con lo establecido en la sección 3 (Procedimientos para indicar situaciones anómalas) del apartado 7.19.6 (Procedimientos de señalización para el envío de tonos y locuciones) de la OIR vigente en el momento del conflicto y de los epígrafes correspondientes del Anexo Técnico del AGI suscrito entre ambas entidades, se desprende que las partes entran en conflicto en relación con lo siguiente:

- a) La aplicación correcta de los plazos de resolución de incidencias de interconexión establecidos en el Apéndice 1.15.3 (tratamiento de averías en la interconexión) del Anexo 1 (Anexo Técnico) del AGI suscrito entre ambas partes.
- b) La adecuación de la calificación como “avería” efectuada por TESAU en vez de “destino inaccesible” como la califica 11811 NIT y, por tanto, sobre la locución aplicable al caso (locución de tipo 2 o 4).

Por tanto, a diferencia de lo manifestado por TESAU, nos encontramos, por lo que respecta a parte de la cuestiones planteadas por los interesados, ante un conflicto de interconexión cuya resolución corresponde a esta Comisión por cuanto que es necesario analizar el cumplimiento por las partes de las previsiones contenidas en el AGI y la resolución que se adopte podrá, si se estima necesario, imponer obligaciones a las partes relativas a la ejecución del AGI y dirigidas a garantizar la adecuación de la interconexión entre las redes de ambas operadoras, en aplicación del AGI suscrito entre ellas y de la OIR vigente.

Segundo.- Sobre la naturaleza jurídica de los acuerdos de interconexión y la regulación de la intervención administrativa en las relaciones de acceso entre operadores.

Una vez determinada la competencia de esta Comisión para intervenir en el conflicto planteado, y antes de entrar a delimitar el objeto del presente procedimiento y de analizar las cuestiones de fondo en él planteadas, es necesario analizar la naturaleza jurídica de los acuerdos de interconexión con el objeto de, posteriormente, poder determinar cuáles, de entre las cuestiones



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

planteadas por las partes en el presente procedimiento, pueden ser objeto de resolución en el mismo por ser relaciones de interconexión de las reguladas en el Capítulo III del Título II de la LGTel.

Las cuestiones cuya resolución nos ocupa, han de ser contempladas a la luz de la OIR de TESAU vigente y, principalmente, del AGI en vigor entre 11811 NIT y TESAU que, según ha puesto de manifiesto esta Comisión en distintas ocasiones, goza de una doble naturaleza, pública y privada, en cuanto que no hace sino regular las relaciones entre dos operadores que disfrutan y soportan, a un tiempo, un derecho y una obligación de interconexión.

En este sentido, el artículo 11.2 de la LGTel establece que *«los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas tendrán el derecho y, cuando se solicite por otros operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas, la obligación de negociar la interconexión mutua con el fin de prestar servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, con el objeto de garantizar así la prestación de servicios y su interoperabilidad»*. Esta obligación de negociación se completa en el apartado 4 del mismo artículo 11 cuando habilita a esta Comisión para intervenir en las relaciones entre operadores con objeto de fomentar y garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios. De este modo, si una vez iniciadas las negociaciones a que se refiere el artículo 11.2 de la LGTel, bien para suscribir un acuerdo de interconexión o bien para la ejecución de las relaciones dimanantes de un AGI ya suscrito, los operadores no alcanzan un acuerdo para interconectar sus redes o para ejecutar un acuerdo previamente alcanzado, esta Comisión puede sustituir la voluntad de las partes, ya sea estableciendo los términos y condiciones del acuerdo o interpretando el acuerdo previamente alcanzado, de modo que quede garantizada tanto la interconexión como su adecuación, como la interoperabilidad de los servicios.

En definitiva, puede afirmarse que la interconexión de las redes públicas de comunicaciones constituye un deber y, al mismo tiempo, un derecho: los operadores están obligados a negociar la interconexión si otros operadores se lo solicitan y, al mismo tiempo, tienen derecho a solicitar y obtener la interconexión de los demás.

Por su parte, el apartado 3 del artículo 11 de la LGTel, establece que *«no existirán restricciones que impidan que los operadores negocien entre sí acuerdos de acceso e interconexión»*. Por tanto, se afirma la libertad de las partes tanto para negociar las condiciones de interconexión de sus redes como para decidir el contenido de los acuerdos que lleguen a firmar.

En consecuencia, puede afirmarse que la interconexión se configura en nuestra



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

normativa como una cuestión contractual a acordar libre y privadamente entre las partes interesadas en la interconexión de sus redes, y el resultado de las negociaciones, es decir, el Acuerdo General de Interconexión (AGI), como un contrato privado entre las mismas.

Así, el AGI firmado entre 11811 NIT y TESAU, presenta la naturaleza de un contrato privado, en concreto, un contrato de arrendamiento de servicios, que se configura en el artículo 1544 del Código Civil (en adelante Cc), como aquél en el que una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto.

El único límite legal a la libertad de pactos recogida en el Derecho común consiste en la posibilidad de intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en la formación de la voluntad contractual de las partes, aunque, conforme al principio de intervención mínima que ha de regir la actuación de la Administración, esta intervención sólo se podrá producir en los casos en que esté justificada y tenga por objeto fomentar y garantizar la interconexión y la interoperabilidad de los servicios.

Una vez establecido el carácter contractual del AGI y la excepcionalidad y la vigencia del principio de intervención mínima por parte de los Poderes Públicos, y en concreto de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la ejecución del contenido de las diferentes cláusulas integrantes del mismo se regirán, como regla general, por las reglas generales de los contratos privados.

Cumplidos los requisitos a que hace referencia el artículo 1278 Cc ya mencionado, hemos de remitirnos a lo dispuesto en el artículo 1091 Cc, en cuya virtud, *«las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos»*. Por tanto, el AGI de 20 de febrero de 2003 entre TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. Y TELEGATE ESPAÑA, S.A.U. (actualmente 11811 NUEVA INFORMACIÓN TELEFÓNICA, S.A.U) tiene fuerza de ley entre las partes contratantes y es obligatorio en todos sus términos desde la fecha en que fue acordado por ambas.

Tras reconocer la libertad contractual de los operadores para la suscripción de acuerdos de acceso, el propio artículo 11 de la LGTel, en su apartado 4, establece que ***“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la***



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3.” (el resaltado es nuestro).

Del análisis conjunto del citado artículo 11.4 con los siguientes (artículos 12, 13, 14 y 15) que componen el resto del Capítulo (Capítulo III del Título II relativo al Acceso a las redes y recursos asociados e interconexión) se llega a la conclusión de que la intervención de esta Comisión en las relaciones de acceso e interconexión entre operadores está justificada cuando sea necesaria para fomentar o garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, o garantizar la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 de la Ley. A tal objeto, esta Comisión puede: i.) imponer obligaciones o condiciones y ii.) resolver conflictos en materia de obligaciones de acceso derivadas de la LGTel o de su normativa de desarrollo. Las anteriores funciones las podrá realizar esta Comisión, bien, estableciendo los términos de la interconexión, o interpretando los términos establecidos por las partes y la forma en la que han de ejecutarse las condiciones de la interconexión establecidas por la propia Comisión, en la OIR o en los respectivos AGIS.

Así, el apartado 5 del artículo 11 contempla la posibilidad de imponer obligaciones de acceso a los operadores en los supuestos contemplados en el apartado anterior al establecer que *“las obligaciones y condiciones que se impongan de conformidad con este capítulo serán objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias”*. El artículo 12 prevé la posibilidad de establecer la obligación de facilitar el acceso y el artículo 13 prevé la posibilidad de que esta Comisión imponga obligaciones en determinadas materias a los operadores que hayan sido declarados con poder significativo en el mercado.

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

En el mismo sentido, el apartado 2 del artículo 48 de la LGTel, que determina el objeto de esta Comisión, establece: ***“La Comisión del Mercado de las telecomunicaciones tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercado de telecomunicaciones ... la resolución de conflictos entre los***



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos". (el resaltado es nuestro).

Asimismo, el apartado 3 del mismo artículo 48 de la LGTel, que enumera las funciones que ejercerá la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, limita el ejercicio de estas funciones a aquellas que sean relativas a ***“las materias de telecomunicaciones reguladas por esta Ley”***. Esto es, el ejercicio de cualquier función de la Comisión debe limitarse a las materias reguladas por la LGTel, y no a otras que, aunque tengan relación con aquellas (como puede ser el caso de las cuestiones de naturaleza privada que concurren en acuerdos de acceso o interconexión con otras reguladas por la LGTel), no vengán reguladas por la citada LGTel.

Así, cuando el apartado c) de este mismo precepto atribuye a esta Comisión la resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre los operadores en materia de acceso e interconexión de redes, en los términos que se establecen en el título II de la citada Ley, ha de entenderse que los conflictos de acceso e interconexión a los que se refiere esta función son aquellos que se refieren a materias reguladas por la propia Ley General de Telecomunicaciones y sus normas de desarrollo.

Todo ello sin perjuicio del ejercicio de la función de arbitraje, previa solicitud de los interesados.

Tercero.- Delimitación del objeto del Procedimiento.

El Presente Procedimiento tiene por objeto la resolución del conflicto suscitado entre 11811 NIT y TESAU en relación con el supuesto incumplimiento, por parte de esta última entidad, de determinadas obligaciones dimanantes de la ejecución del AGI en vigor suscrito entre ambos operadores para regular sus relaciones de interconexión. Como hemos señalado anteriormente, los Acuerdos de Interconexión tienen una doble naturaleza, pública y privada, y las facultades de intervención de esta Comisión en la relaciones de los operadores dimanantes de los citados Acuerdos de interconexión no es omnímoda, sino que está sujeta a determinados límites establecidos por la propina normativa sectorial de telecomunicaciones en lo que a la atribución de competencias y funciones a esta Comisión se refiere. Por lo tanto, el objeto de este procedimiento debe dirigirse a la resolución del conflicto en lo que se refiere a las materias para las cuales, esta Comisión resulta competente.

A continuación, y a partir del análisis de las alegaciones presentadas por las partes, se procede a identificar las cuestiones que son objeto de conflicto ente las partes para, posteriormente, identificar y delimitar cuáles de ellas son las



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que deberán ser objeto de resolución por esta Comisión en el presente procedimiento.

En cuanto a las cuestiones planteadas por las partes en el conflicto, se han podido identificar las siguientes:

1. Supuesto incumplimiento, por parte de TESAU, de los plazos de resolución de incidencias establecidos en el Apéndice 1.15.3 (tratamiento de averías en la interconexión) del Anexo 1 (Anexo Técnico) del AGI suscrito entre ambas partes.
2. Supuesto incumplimiento por TESAU de las reglas de calificación de la situación anómala ocurrida y establecimiento del procedimiento para su indicación (tipo de locución indicada), de conformidad con lo establecido en la Sección 3 del apartado 7.19.6 de la OIR (Procedimientos de señalización para el envío de tonos y locuciones) y Sección 3 del Apéndice 1.18.6 del Anexo 1 (Anexo Técnico) del AGI suscrito entre ambas partes.
3. Aplicación de las cláusulas 10.1 y 10.2 del AGI suscrito entre ambos operadores que regulan determinadas cuestiones relativas a las responsabilidades de las partes por los daños y perjuicios causados por incumplimientos de las previsiones del AGI.

De las tres cuestiones en conflicto identificadas, las señaladas con los números 1 y 2 son cuestiones cuyo conocimiento por esta Comisión está justificado plenamente, ya que el cumplimiento de los plazos de resolución de incidencias en el tratamiento de averías en la interconexión, la calificación de situaciones anómalas y los procedimientos para su indicación establecidos en los Acuerdos General de Interconexión y en la OIR, son cuestiones que afectan directamente a la adecuación de la interconexión en particular y, en general, a la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 de la LGTel. Por lo tanto, estamos ante relaciones jurídicas de naturaleza pública dimanantes de lo establecido en las cláusulas de un acuerdo general de interconexión para cuya interpretación y resolución está habilitada esta Comisión.

Por lo que se refiere a la cuestión en conflicto identificada con el número 3, 11811 NIT, tras argumentar los motivos por los que considera que se han producido las condiciones establecidas en las cláusulas 10.1 y 10.2 del AGI para que nazca la responsabilidad por daños y perjuicios que reclama a TESAU, solicita de esta Comisión que ratifique la aplicabilidad de las citadas cláusulas al presente caso. A este respecto, ha de tenerse en cuenta que 11811 NIT no fundamenta su solicitud de intervención de esta Comisión (en lo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que respecta a estas cláusulas) en la necesidad de que ésta interpreta las citadas cláusulas ni adopte medidas dirigidas a subsanar o evitar incumplimientos de obligaciones derivadas de la normativa sectorial de telecomunicaciones y/o a procurar la adecuación de la interconexión o la interoperabilidad de los servicios ni, en definitiva, dirigidas a que no se impida u obstaculice la consecución de los objetivos señalados en el artículo 3 de la LGTel. Sino que lo único que persigue, es que se ratifique la aplicabilidad de unas cláusulas indemnizadoras que ya serán de por sí aplicables por el mero hecho de estar incluidas en el Acuerdo suscrito entre las partes y siempre que se produzcan las circunstancias previstas en ellas.

Los motivos alegados por 11811 NIT para plantear esta cuestión en el presente conflicto se refieren exclusivamente a la concurrencia de las circunstancias previstas en las citadas cláusulas que le hagan acreedora para reclamar de TESAU el resarcimiento de unos determinados daños y perjuicios. Esto es, cuestiones relativas a la naturaleza privada del Acuerdo, cuya determinación, alcance y ejecución no corresponde a esta Comisión sino a la jurisdicción civil ordinaria. A esta Comisión le corresponde intervenir en las relaciones de interconexión, imponer condiciones, interpretar los AGIS y, en definitiva, adoptar medidas dirigidas a garantizar la adecuación de la interconexión, pero no está habilitada para determinar la existencia de daños y perjuicios, ni que para decidir si éstos (de existir) se derivan de la ejecución del AGI, ni sobre la cuantificación de los mismos, o la forma de su resarcimiento. Todo ello es de aplicación aún en el caso de que efectivamente existan los daños y perjuicios y de que dimanen, directa o indirectamente, de los actos u omisiones a los que vayan dirigidas las medidas adoptadas por la Comisión en el ejercicio de éstas competencias.

Cuarto.- Sobre el supuesto incumplimiento, por parte de TESAU, de los plazos de resolución de incidencias establecidos en el Apéndice 1.15.3 (7.15.3 de la OIR) del AGI suscrito entre ambas partes.

Según manifestaciones de 1181 NIT, la incidencia técnica se inició a las 16:10 horas del día 15 de enero de 2004. A las 16:55 horas del mismo día la citada entidad procedió, por medio del Sistema de Gestión de Operadoras de TESAU (en adelante, SGO), a presentar la oportuna reclamación por incomunicación total del PDI debido, según 11811 NIT, a un fallo de conmutación. La reclamación fue rechazada por TESAU por no existir tal fallo de conmutación, dándose por resuelta esta primera reclamación a las 17:36 horas del mismo día.

Con anterioridad al rechazo de la primera reclamación por parte de TESAU, 11811 NIT, procedió a realizar una evaluación más exhaustiva de los avisos de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

avería que emitía su propia central, lo que dio como resultado que la incidencia se derivaba de un fallo de transmisión y no de conmutación. A la vista de lo anterior, a las 17:33 horas, formuló ante TESAU, nueva reclamación por incomunicación total del PDI derivado de un fallo de transmisión. Como consecuencia de esta nueva reclamación, TESAU inició un nuevo procedimiento y admitió, como causa de la incidencia, un corte en su red de fibra óptica que incomunicaba al PDI de 11811 NIT. La incidencia fue solventada a las 23:07 horas del mismo día 15, según manifiesta la propia entidad denunciante y es aceptado por TESAU.

El relato fáctico y temporal anteriormente indicado es el resultado del análisis de lo expuesto en los escritos presentados por ambas partes y del contenido de los repotes del SGO que ha presentado 11811 NIT, cuya veracidad no ha sido puesta en duda por TESAU.

A este respecto, ha de tenerse en cuenta que el Apéndice 1.15.3 del AGI establece que ambas partes trabajarán conjuntamente para realizar pruebas cuando estas sean necesarias para la resolución de problemas. Asimismo, establece que deberán elaborar conjuntamente una clasificación de problemas o tareas de mantenimiento en la interconexión, elementos de red afectados y procedimientos de actuación en cada uno de ellos y que, a falta de procedimiento, el responsable de la entidad que ha detectado la avería informará al responsable de la otra parte, vía fax y teléfono, sobre el mal funcionamiento y sus posibles causas.

Según todo lo anterior, el inicio del plazo para la resolución de la incidencia (que ambas partes han calificado como crítica a estos efectos) debe computarse desde el momento en el que se produjo la segunda reclamación y se informó correctamente sobre las causas de la misma, esto es a las 17:33 horas y no desde la primera reclamación (las 16:55).

Por tanto, la duración real de la incidencia a efectos del cómputo de los tiempos fijados en el Apéndice 1.15.3 del AGI para las reclamaciones muy urgentes o críticas, fue el período de tiempo que va desde las 17:33 horas y las 23:07 horas del día 15 de enero de 2004, esto es 334 minutos. Teniendo en cuenta que el plazo medio previsto por el AGI para la resolución de este tipo de incidencias es de 180 minutos, nos encontramos con que el tiempo real de resolución de la incidencia **se excedió en 154 minutos con respecto al tiempo medio previsto en el AGI.**

No obstante lo anterior, en cuanto a la conclusión sobre si el citado retraso en la resolución de las incidencias puede ser considerado un incumplimiento, por



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

parte de TESAU, de sus deberes dimanantes del AGI, es necesario tener en cuenta, además, las siguientes circunstancias:

El último inciso del Apéndice de continua referencia prevé lo siguiente: *“Para el cálculo de los tiempos medios de reparación, no se incluirán las demoras ocasionadas por imposibilidad de acceso a las dependencias del Operador, condiciones climatológicas u otras causas de fuerza mayor y todas aquellas que en su momento se consideren de mutuo acuerdo entre el Operador y Telefónica de España”*. Por otra parte, el último inciso del epígrafe 7.15.3 “Tiempos de reparación” de la OIR vigente en el momento de suscitarse la controversia, que establece los mismos tiempos de reparación que el citado apéndice del AGII, prevé: *“Para el cálculo de estos tiempos medios de reparación, no se incluirán las demoras ocasionadas por imposibilidad de acceso a las dependencias de Operador, causas ajenas a los operadores, condiciones climatológicas u otras causas de fuerza mayor y todas aquellas que en su momento se consideren de mutuo acuerdo entre Operador y Telefónica de España.”* (los subrayados son nuestros)

Los párrafos cuarto y quinto del Apéndice que nos ocupa establecen:

«Con el fin de cumplir estos objetivos y de establecer un foro permanente para el análisis y seguimiento de los parámetros de calidad, las averías y los fallos que se produzcan en las interconexiones, se constituirá la “Mesa de Reclamaciones e Incidencias” entre Telefónica de España y TELEGATE, según lo acordado en el “Procedimiento de comunicaciones de reclamaciones, incidencias y trabajos” por ambos operadores.

La “Mesa de Reclamaciones e Incidencias” entre Telefónica de España y TELEGATE realiza las siguientes funciones:

- ≠ Intercambio de información, a nivel estadístico, sobre reclamaciones e incidencias del servicio de interconexión, consolidando los datos relativos a:*
 - tiempos*
 - franqueo*
- ≠ Análisis de reclamaciones e incidencias con desviaciones acusadas por:*
 - excesiva duración*
 - franqueos erróneos*
 - impacto en el servicio*
 - reiteradas*
- ≠ análisis de la calidad del servicio de interconexión*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- € fijación de criterios sobre el tratamiento y gestión de reclamaciones
- € adecuación del procedimiento de comunicación de reclamaciones, introduciendo las modificaciones o anexos que en cada momento sean necesarios.»

La primera conclusión que se deriva de lo anteriormente expuesto es que los plazos de resolución de incidencias previstos en el Apéndice 1.15.3 del AGI suscrito entre TESAU y 11811 NIT, no son plazos máximos o mínimos, sino plazos medios, cuyo cumplimiento o incumplimiento no puede determinarse a través del análisis del tiempo real medido en una incidencia aislada, como es el caso que nos ocupa, sino de un análisis de conjunto de los tiempos empleados para la reparación de las averías y fallos ocurridos en la relaciones de interconexión. Este análisis debe ser realizado, precisamente, por la Mesa de Reclamaciones e Incidencias especialmente prevista para ello en el AGI. Por tanto, el exceso en el plazo medio previsto en el AGI para la solución de una incidencia determinada aisladamente no determina, por sí sólo, un incumplimiento del AGI por parte del operador obligado a subsanarla, en este caso TESAU.

Por otro lado, TESAU manifiesta en su escrito de alegaciones, presentado el día 24 de marzo de 2004, que el desencadenante de la incomunicación del PDI fue la rotura de un cable de 24 fibras ópticas (FO) entre Las Matas y las Rozas Cruces. La rotura del cable se produjo con motivo de unas obras que se llevaban a cabo en la Carretera N-VI (en el P.K. 23,250 de la vía de servicio), siendo la causante de la referida rotura una máquina propiedad de la empresa "INCOPLAN, S.A.", circunstancia ésta que fue comunicada en su día a 11811 NIT. TESAU aporta copia de un acta notarial en la que se acredita que en el citado punto kilométrico existió verdaderamente la citada avería. Manifiesta TESAU que la rotura del cable se produjo por la intervención de un tercero ajeno a Telefónica de España, y que esta circunstancia tiene una enorme relevancia al caso que nos ocupa por cuanto que es constitutiva de un caso de fuerza mayor.

El concepto jurídico indeterminado de "fuerza mayor" ha sido definido por repetida jurisprudencia del Tribunal Supremo como "*un acontecimiento externo al círculo de la empresa y del todo independiente de la voluntad del empresario, que, a su vez, sea imprevisible*" (Sentencia de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, de 23 de junio de 2003) o como "*la concurrencia de circunstancias anormales, ajenas al operador y cuyas consecuencias aparezcan como inevitables o sólo susceptibles de ser evitadas el precio de sacrificios excesivos, a pesar de toda la diligencia*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

empleada” (Sentencia de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, de 13 de febrero de 2003).

De las alegaciones de las partes y de la documentación aportada por TESAU, se desprende que en el origen de la avería se produjeron circunstancias que encajan en la definición de fuerza mayor, por cuanto TESAU fue totalmente ajena a la rotura del cable FO, rotura que, por otra parte, es de naturaleza imprevisible para el operador que no debería ser obligado a supervisar continuamente toda su red troncal desplegada y todas las obras que se realizan por los terrenos en los que la misma se encuentra establecida, puesto que ello le haría incurrir en gastos excesivos de mantenimiento a los que no está obligado por su condición de operador ni por la relación de interconexión que mantiene con 11811 NIT u otros operadores.

Puede exigirse la solución de una avería en un tiempo definido cuando ésta sea previsible y existan procedimientos de tratamiento que tengan claramente establecidos los tiempos aplicables a cada una de las partes del procedimiento. Por ejemplo, si en un cierto momento se produce un fallo en una tarjeta de un equipo de transmisión, TESAU debe haber implementado las herramientas necesarias para averiguar la tarjeta que está en fallo y disponer de los repuestos oportunos para realizar el cambio. Si no dispusiese de los recambios por motivos de ahorro y por ello no fuese solucionada la avería en el tiempo determinado, podría manifestarse la responsabilidad de Telefónica.

También podría haberse establecido que la interconexión entre dos puntos por fibra óptica debería siempre ser realizada con topología en anillo con protección. En este caso, sí podría determinarse perfectamente cuál es el tiempo en que debería subsanarse la pérdida de la interconexión por corte de la fibra óptica. Pero esto no es obligatorio y no parece ser la estructura montada en el Pdl de TESAU con 11811 NIT.

Por tanto, del tiempo real empleado en la subsanación de la incidencia se debería descontar, de conformidad con lo establecido en el último párrafo del Apéndice 1.15.3 del AGI, al menos, el tiempo empleado en la localización física de la avería y en obtener el acceso al lugar en la que se encuentra.

Parece contradictorio que 11811 NIT reclame que se de la locución correspondiente a una situación catastrófica y, al mismo tiempo, reclame subsanación de este tipo de incidencias en un tiempo similar al previsto para las situaciones de averías sin tener en cuenta otras circunstancias.

A la vista de todo lo anterior debemos concluir que no ha quedado acreditado que se haya producido el incumplimiento por parte de TESAU de los plazos de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

resolución de incidencias establecidos en el Apéndice 1.15.3 del AGI suscrito entre ambas partes.

Quinto.- Sobre el supuesto incumplimiento por TESAU de las reglas de calificación de la situación anómala ocurrida y establecimiento del procedimiento para su indicación (Sección 3 del Apéndice 1.18.6 del Anexo 1 (Anexo Técnico) del AGI).

Según manifiesta 11811 NIT, la situación anómala ocurrida con motivo de la incidencia, debió ser calificada con la categoría de *“Destino inaccesible”* por concurrir las circunstancias previstas para tal calificación en la Sección 3 del Apéndice 1.18.6 del Anexo 1 (Anexo Técnico) del AGI. En relación con lo anterior, 11811 NIT indica que TESAU ha incumplido su obligación de enviar a los usuarios llamantes una locución de tipo 4 cuyo texto, según lo establecido en el citado Apéndice, es: *“Telefónica le informa que, por avería en la red, el número marcado no es accesible en este momento. Disculpen las molestias.”* Sin embargo, TESAU no utilizó tal locución sino que utilizó, según ella, las siguientes alocuciones intermitentes: *“Telefónica de España le informa que el número marcado no está actualmente en servicio (Locución Tipo 1 de la OIR) y Telefónica de España le informa que en este momento hay sobrecarga en la red. Rogamos vuelva a marcar dentro de unos segundos (Locución Tipo 2 de la OIR).”*

Frente a lo manifestado por 11811 NIT, TESAU niega que se haya utilizado la Locución de Tipo 1 y significa que tal circunstancia no ha sido acreditada. En cuanto a la locución de Tipo 2, TESAU mantiene que esta es la locución que correspondía para señalar la situación anómala acaecida puesto que, según ella, la calificación de la misma debe ser la de *“avería”* y no la de *“destino inaccesible”* por cuanto que las características de la incidencia que nos ocupa denotan que la misma no participa de las notas de larga duración y origen catastrófico que caracterizan la situación subyacente bajo el concepto de *“Destino inaccesible”*.

La Sección 3 del Apéndice 1.18.6 del Anexo 1 del AGI suscrito entre ambas operadoras define, en un primer paso y de forma general, las situaciones anómalas de *“avería”* y *“destino inaccesible”* de la siguiente forma:

“Avería. Se entiende por tal la imposibilidad de cursar una llamada por falta de recursos en la red debida a avería de los mismos (por ejemplo, corte de un medio de transmisión, avería de los órganos de señalización, avería de algún órgano interno de la central indispensable para cursar la llamada, etc.). Se trata de una situación que persiste por un cierto período de tiempo, de modo que un segundo intento de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

llamada realizado inmediatamente tiene pocas probabilidades de éxito, pero que, tras un cierto período de tiempo, se restablece la situación normal.

Se aplica también el tratamiento de “avería” en el caso de congestión en una ruta siempre que exista uno o más enlaces digitales (30 canales de un mismo sistema MICV) fuera de servicio por avería.

(...)

“Destino inaccesible. *Se trata de la situación en que un destino (parte de una central o una central completa) o un conjunto de destinos (varias centrales) son inaccesible por un largo período de tiempo debido a un fallo, en general de naturaleza catastrófica.*

Incluye, entre otras, las siguientes situaciones:

- ∄ corte masivo de medios de transmisión.*
- ∄ Corte en cables de red urbana.*
- ∄ Averías graves en centrales, repartidores o cuadros de fuerza.*
- ∄ Indisponibilidad de larga duración de centrales (fallos técnicos graves, interrupción prolongada de alimentación, etc.).*
- ∄ Aislamiento prolongado de elementos remotos de conmutación.*

Estas situaciones concretas no pueden ser detectadas automáticamente por la red como fallos catastróficos de larga duración, por lo que su tratamiento específico deberá efectuarse en base a órdenes del operador.

El tratamiento específico consistirá en emitir la locución de destino inaccesible por fallo en la red” (locución TIPO 4) desde las centrales de red en que ello se ordene por comunicación hombre-máquina, para los destinos que indique el operador.

A continuación el citado apéndice del AGI puntualiza mejor estas descripciones generales diferenciándolas según el tipo de llamadas (acceso directo, indirecto o en tránsito). Para el caso de llamadas de acceso directo e incidencias ocurridas en el operador de origen (en este caso TESAÚ), el AGI establece las siguientes previsiones:

“Avería.

Descripción

Se entenderá que se ha producido la condición de avería cuando se dé alguna de las condiciones siguientes:

- i.) Avería en la ruta de interconexión.*

Se trata del caso de llamadas que no pueden ser cursadas por la Central Frontera del OPERADOR ORIGEN por estar averiados todos o parte de los enlaces de salida (los restantes están ocupados o fuera de servicio por otras razones) en la ruta de interconexión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

(...)

Tratamiento

a) Información al usuario:

Información enviada al llamante: Locución TIPO 2

Origen del envío: RED del OPERADOR ORIGEN.”

“Destino inaccesible

Descripción

Se trata del caso en el que todo o parte del sistema del OPERADOR DESTINO es inaccesible por un largo período de tiempo, de modo que toda tentativa de llamada realizada en un plazo de horas o días tiene poca o nula probabilidad de éxito.

Tratamiento

El tratamiento de estas situaciones no puede ser realizado automáticamente por el sistema, sino mediante intervención del operador. Consistirá en emitir la locución “destino inaccesible en la red distante” (locución TIPO4) desde la centrales en que ello se ordene por comunicación hombre-máquina, para los destinos que indique el operador.

a)- Información al usuario:

Información enviada al llamante: Locución TIPO 4.

Origen del envío: Central en la que se ordene por comando hombre-máquina. (...)”

A juicio de esta comisión, la situación anómala “avería” está ideada para aquellas anomalías para las cuales el operador debe contar, a priori, con disponibilidad de los medios necesarios para su subsanación en un corto período de tiempo debido a su naturaleza previsible o habitual y ello aunque se trate de averías de cierta gravedad, como pueden ser cortes en medios de transmisión. De ahí que la definición de avería incluida en el AGI, se refiere a averías que persisten por un cierto período de tiempo pero limitado a supuestos en los que, segundos intentos de llamadas realizados inmediatamente tienen pocas probabilidades de éxito, pero que la normalidad tiende a ser restablecida en un corto período de tiempo.

Consecuentemente con esta interpretación, se prevé como tratamiento de estas situaciones, que la propia central sea capaz de identificar el tratamiento a aplicar sin necesidad de intervención humana y que, parte del tratamiento consista en informar al llamante con una locución de tipo 2 que, por su contenido, indica al usuario del servicio que la anomalía va a ser reestablecida



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de forma inmediata y, por eso, le invita a volver a intentar la llamada en unos minutos.

Por el contrario, la situación anómala “destino inaccesible” está ideada para solventar situaciones anormales para las cuales no son suficientes las previsiones proporcionales de las que un operador diligente esta obligado a proveerse de antemano. Por eso el AGI se refiere a situaciones que afectan a uno o varios destinos (centrales completas), a destinos inaccesibles por un largo período de tiempo debido a un fallo, en general (que no necesariamente) de naturaleza catastrófica. A continuación se explica en el propio AGI qué se entiende por este tipo de situaciones, indicando algunos ejemplos como lo son el corte masivo de medios de transmisión (como es el caso que nos ocupa). Además, se indica en el propio AGI que estas situaciones concretas no pueden ser detectadas automáticamente por la red (por las centrales) como fallos catastróficos de larga duración, por lo que su tratamiento específico deberá efectuarse en base a órdenes (hombre-máquina) del operador.

Por tanto, la situación que nos ocupa, si bien en el caso de la primera reclamación efectuada por 11811 NIT al Sistema de Gestión de Operadoras de TESAU pudo ser calificada correctamente como de tipo “avería” por tratarse, a priori, de un supuesto fallo de conmutación, en el caso de la segunda reclamación y una vez comprobado que la anomalía se debía a un corte masivo de elementos de transmisión ocurridos en un lugar distante y para cuya reparación se preveían varias horas, TESAU debió calificar la anomalía como “destino inaccesible” y, por lo tanto, aplicar el tratamiento previsto en el AGI para tal situación, incluida la información a los usuarios llamantes a través de locuciones de Tipo 4.

Una vez conocida la causa del incidente, TESAU debería haber dado las órdenes oportunas, por comunicación hombre-máquina, para proporcionar la locución de destino inaccesible por fallo en la red (locución Tipo 4); hasta entonces la locución que se proporciona es la asociada a la condición de avería (Tipo 2).

La locución Tipo 2 informa que hay sobrecarga en la red. La OIR define que *“un haz se encuentra en situación de sobrecarga cuando el estado de ocupación del mismo en la hora cargada da lugar a un grado de servicio superior al considerado en su dimensionado en una cantidad que se considera anormal y que hace perceptible al usuario la degradación de la calidad del servicio”*. Obviamente, el incidente ocurrido del corte del cable no concuerda con la definición de una situación de sobrecarga, por lo que carece de sentido seguir informando al usuario con una locución que no le proporciona la información adecuada.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Cuando existe una situación en la que, como es el caso, un destino es inaccesible por un largo período de tiempo debido a un fallo, en general de naturaleza catastrófica, es preciso informar al usuario llamante mediante la locución Tipo 4.

Del examen de la documentación remitida no puede deducirse si, efectivamente, TESAU utilizó en algún momento la locución de Tipo 1 alegada por 11811 NIT. TESAU niega expresamente esta circunstancia y, en todo caso, la posible utilización de esta locución se refiere a los hechos ocurridos con la primera reclamación que fue rechazada por inexistencia del fallo en conmutación denunciado.

En cuanto a la utilización de la locución de Tipo 2, tampoco se aporta documentación que acredite su utilización, no obstante, ambos operadores manifiestan acuerdo sobre el extremo de que fue ese el tipo de locución utilizado en el tratamiento de la situación anómala que nos ocupa.

En atención a lo anterior, debemos concluir que TESAU incumplió el AGI suscrito con 11811 NIT, en lo que se refiere al tratamiento de la situación anómala objeto del presente procedimiento, por no haber aplicado a la misma el tratamiento previsto para la situación “Destino inaccesible” establecida en la Sección 3 del Apéndice 1.18.6 del Anexo 1 del citado AGI.

Sexto.- Alegaciones formuladas por TESAU en su escrito de 26 de mayo de 2004.

Por lo que se refiere a la alegación consistente en que el único objetivo de la reclamación sea el de obtener una resolución administrativa “prejudicial”, cabe significar que esta alegación reproduce la realizada en su primer escrito de alegaciones. Por tanto, nos remitimos a los argumentos expresados en los fundamentos primero a tercero de la presente Resolución, en los que se analizan la facultad de esta Comisión para resolver el conflicto formulado por 11811 NIT, tras el estudio pormenorizado de las competencias de esta Comisión, de la naturaleza jurídica de los acuerdos de interconexión y acceso, de la regulación de la intervención administrativa en las relaciones de acceso entre operadores y de la delimitación del objeto del procedimiento. Ninguno de los citados argumentos ha sido desvirtuado por la alegación efectuada por TESAU, por lo que procede su desestimación. El hecho de que los interesados en el procedimiento administrativo puedan utilizar posteriormente los resultados del mismo para fundamentar una ulterior reclamación ante otra instancia, no puede ser óbice para que esta Comisión ejerza efectivamente sus competencias para intervenir en las relaciones de acceso entre los operadores



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de redes públicas de comunicaciones electrónicas. Tampoco estamos ante un caso de fraude de derecho, ya que los operadores están en su derecho de acudir a esta Comisión para que, a falta de acuerdo, fije las condiciones de la ejecución de los acuerdos ya suscritos.

En cuanto a la alegación relativa a que, en el supuesto que ha dado lugar a este procedimiento, no se han producido los presupuestos necesarios para ser calificado como incidencia por “Acceso inaccesible”, sino que tal incidencia encaja con los presupuestos de “corte de un medio de transmisión” y “persistencia por un cierto período de tiempo” configuradores del concepto de “Avería” y que, por lo tanto, la locución que el operador de origen debe proporcionar es la de tipo 2, cabe indicar que esta alegación se limita a afirmar que la situación ocurrida debe quedar englobada en el concepto de avería y no en el de destino inaccesible ya que, según TESAÚ, no se producen los elementos de larga duración y de fallo de naturaleza catastrófica. Frente al detalle con que se analiza la cuestión en el fundamento de derecho quinto de la presente Resolución para llegar a la conclusión de que sí se producen los citados elementos, en la presente alegación no se incluye razonamiento alguno que contradiga el citado análisis.

Por cuanto antecede, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el ejercicio de sus funciones

RESUELVE

Primero.- Desestimar la solicitud formulada por la entidad 11811 NUEVA INFORMACIÓN TELEFÓNICA, S.A.U. relativa a que se declare que TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., ha incumplido los plazos de resolución de incidencias establecidos en el Apéndice 1.15. del Acuerdo General de Interconexión vigente entre ambas entidades en la resolución de la incidencia técnica de interconexión producida en la red origen de Telefónica el día 15 de enero de 2004.

Segundo.- Estimar la solicitud de la entidad 11811 NUEVA INFORMACIÓN TELEFÓNICA, S.A.U. relativa a que se declare que TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., ha incumplido las reglas de calificación de la situación anómala citada y del establecimiento del procedimiento para su indicación previsto en la Sección 3 del Apéndice 1.18.6 del Anexo 1 del Acuerdo General de Interconexión, vigente entre ambas entidades en la resolución de la incidencia técnica de interconexión producida en la red origen de Telefónica el día 15 de enero de 2004. Por tanto, se insta a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U a cumplir, en lo sucesivo, con lo dispuesto en el citado Acuerdo General de Interconexión en materia de locuciones en los supuestos de incidencias de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

interconexión con la citada entidad.

Tercero.- Desestimar la solicitud de la entidad 11811 NUEVA INFORMACIÓN TELEFÓNICA, S.A.U. para que se ratifique la aplicabilidad de las cláusulas 10.1 y 10.2 del Acuerdo General de Interconexión al presente caso.

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 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO,

Vº. Bº. EL PRESIDENTE,

Jaime Velázquez Vioque.

Carlos Bustelo García del Real.