



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**D. JAIME ALMENAR BELENGUER**, 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 40/05 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 10 de noviembre de 2005, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el cual, en relación con el expediente **RO 2005/348** se aprueba la siguiente

**RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL CONFLICTO DE ACCESO AL BUCLE DE ABONADO DE TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. PLANTEADO POR DRAGONET COMUNICACIONES, S.L.U.**

### I. ANTECEDENTES DE HECHO.

**Primero.-** Con fecha 3 de marzo de 2005, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de Dña. Marta Gasalla Montesinos, en nombre y representación de la entidad DRAGONET COMUNICACIONES, S.L., (en adelante DRAGONET), por el que solicita la intervención de esta Comisión para la resolución de un conflicto motivado, entre otras cuestiones, por la falta de provisión de determinados servicios incluidos en la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U (en adelante TELEFÓNICA) y la resolución de incidencias relacionadas con la provisión de los servicios referidos.

En su escrito DRAGONET mencionaba la falta o el retraso en la provisión de los servicios que se relacionan, aportando los siguientes datos:

- a) Servicio de coubicación en la Central de Alfaz del Pí.
  - El servicio fue solicitado el 29 de junio de 2004
  - La aceptación del proyecto se realizó el 21 de octubre de 2004
  - La fecha de provisión real fue el 23 de febrero de 2005



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- b) Servicios de ampliación de cubricación en la Central de Benidorm/Cruce.
- El servicio fue solicitado el 31 de agosto de 2004
  - La aceptación del proyecto se realizó el 8 de febrero de 2005
  - La fecha de provisión real no se había efectuado
- c) Servicio de cableado interno en la Central de Alfaz del Pí.
- El servicio fue solicitado el 24 de noviembre de 2004
  - La aceptación del proyecto se realizó el 1 de diciembre de 2004
  - La fecha de provisión real fue el 23 de febrero de 2005

Asimismo, DRAGONET se refiere al planteamiento de diversas incidencias:

- a') Incidencia de provisión sobre la solicitud de la central de Alfaz del Pí.
- Fecha de interposición 13 de diciembre de 2004
  - Fecha de cierre real 23 de febrero de 2005
  - Tiempo de retraso – 49 días laborables
- b') Incidencia de provisión sobre la solicitud de la central de Benidorm/Cruce
- Fecha de interposición 13 de diciembre de 2004
  - Fecha de cierre real: no cerrada
  - Tiempo de retraso – aún no cuantificable
- c') Incidencia de provisión sobre la solicitud de cableado interno en la central de Alfaz del Pí
- Fecha de interposición 12 de enero de 2005
  - Fecha de cierre real 23 de febrero de 2005
  - Tiempo de retraso – 28 días laborables.
- d') Incidencia de provisión por imposibilidad de acceso a la central de Alfaz del Pí
- Fecha de interposición 1 de febrero de 2005
  - Fecha de cierre real 23 de febrero de 2005
  - Tiempo de retraso – 14 días laborables.

DRAGONET continuaba señalando que TELEFÓNICA no le había informado de las personas responsables de los niveles de escalado de incidencias que solucionaran dicha problemática.

Que hasta la fecha TELEFÓNICA no le estaba facturando de acuerdo con el punto 5 de la OBA, es decir, desglosando por conceptos que permitan identificar con todo detalle y de manera individualizada cada servicio. Asimismo alega que TELEFÓNICA, hasta la fecha, tampoco estaba incluyendo en la



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

factura los conceptos aperiódicos entre los que mencionaba las penalizaciones por incumplimiento de fechas de instalación.

Finalmente, DRAGONET solicita a esta Comisión que:

**«Primero.-** Que se obligue a TESAU a poner a disposición de DRAGONET todos los servicios recogidos en la OBA y a proceder a solucionar todas la incidencias que se planteen en el plazo establecido en la misma. **En particular, y con carácter inmediato y de urgencia, a que provea el servicio de ampliación de cubricación en la central de Benidorm/Cruce solicitado siguiendo estrictamente los procedimientos definidos en los puntos 2.15 al 2.17 de la OBA y que solucione en la forma definida en el punto 1.6 de la OBA y siguientes, la incidencia ya comunicada que se refleja en el Anexo 2 a este escrito.**

**Segundo.-** Que se obligue a TESAU a que **con carácter inmediato** y de mutuo acuerdo con DRAGONET, se establezcan niveles de escalado resolutivos en sustitución de los actuales, debiendo en todo caso ser acordados entre las partes y cumpliendo con todos los requisitos que para éstos establece la OBA.

**Tercero.-** Que se obligue a TESAU a adecuar la facturación que emite a DRAGONET a lo establecido en el punto 5 de la OBA

**Cuarto.-** Que conforme prevé la Disposición Adicional Sexta de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, para asegurar el cumplimiento de la citada Resolución de 31 de marzo de 2004 (MTZ 2003/1000), se imponga a TESAU una multa coercitiva por el importe diario que esa Comisión estime proporcionado a la cuantía de los daños y perjuicios que se están causando a esta parte por el retraso en el cumplimiento de la Resolución, habida cuenta de la importancia de los servicios que han de provisionarse en la actividad de un operador de las características de DRAGONET.

Dicha multa coercitiva, como establece la citada D.A. Sexta, se solicita con carácter independiente de las sanciones que puedan imponerse con tal carácter y compatibles con ellas. Evidentemente, dicha multa coercitiva sería también independiente de las penalizaciones contractuales previstas en la OBA.

**Quinto.-** Trasladar esta actuación consistente en un nuevo incumplimiento de TESAU de la parte dispositiva de una Resolución de la CMT al procedimiento sancionador incoado a TESAU por esa Comisión, o si no se



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*estima procedente la acumulación en dicho expediente, proceda a la apertura de un expediente sancionador a tal efecto.*

**Sexto.-** *Que se considere a DRAGONET como parte interesada en las actuaciones administrativas que se instruyan al respecto de lo solicitado en este escrito».*

**Segundo.-** Con fecha 18 de marzo de 2005, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), se comunicó a DRAGONET y TELEFÓNICA respectivamente, que había quedado iniciado expediente administrativo para la resolución del conflicto planteado por la primera.

**Tercero.-** Con fecha 11 de mayo de 2005, se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de TELEFÓNICA en el que exponía diferentes cuestiones:

- En relación con los servicios mencionados en el marco del presente procedimiento, y sin perjuicio del análisis posterior de cada uno de ellos, TELEFÓNICA señala que los datos de fechas de solicitud y entregas de servicios OBA declarados por DRAGONET no son correctos.
- Respecto a las dificultades en el escalado de incidencias de provisión encontradas por DRAGONET y sus quejas relativas a la atención comercial, TELEFÓNICA alega que si bien es cierto que ha tenido en el tiempo varios comerciales asignados debido a diversas cuestiones, unas de tipo organizativo propias de TELEFÓNICA y otras debidas a causas fortuitas, *“todos esos cambios se han debido a circunstancias objetivas e imparciales, comprensibles y legítimas, y no ha ningún plan preconcebido para demorar las negociaciones y solicitudes de servicios con DRAGONET”*. Continúa señalando TELEFÓNICA que DRAGONET ha recibido la debida atención en todo momento ya que, en las fases de cambio, se ha simultaneado el contacto previo con el siguiente y que en caso de ausencia de la persona de contacto habitual por motivos personales, se mantuvo contacto con el operador a través de otra persona.
- Sobre la falta de acuerdo comercial con DRAGONET para determinar el importe de las penalizaciones establecidas en la OBA originadas por retrasos en la provisión de los servicios, TELEFÓNICA manifiesta que desde hace meses inició negociaciones con DRAGONET para acordar las penalizaciones establecidas en la Resolución de esta Comisión de 11 de noviembre de 2004.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Que tras la reunión mantenida el pasado 5 de mayo con DRAGONET, en la que se presentó la propuesta para el pago de dichas penalizaciones, no ha sido posible hasta el momento alcanzar un acuerdo comercial sobre las mismas, entre otras razones, debido a los criterios y método de cálculo de las penalizaciones reclamadas que asciende a una cifra aproximadamente 60 veces superior a la calculada por TELEFÓNICA<sup>1</sup>, *“y debido también, a la cuestión debatida de la interpretación singular de DRAGONET de las penalizaciones por demoras en la solución de incidencias de provisión y averías”*.

Que DRAGONET ha añadido, *“a los servicios objeto de penalización por demora en los plazos de provisión analizados en la Resolución mencionada, una serie de penalizaciones adicionales, diferentes y concurrentes, por otros servicios solicitados posteriormente, así como por incidencias de provisión, que no fueron objeto de análisis en dicha resolución. De ahí la dificultad para llegar a un acuerdo en el cálculo de las penalizaciones ...”*

Que la cuestión de fondo subyacente en este conflicto de acceso a servicios OBA no es otra que las pretensiones de DRAGONET de hacer una interpretación particular del capítulo de la OBA relativo a los Acuerdos de Nivel de Servicio que detalla el cálculo de las penalizaciones por demora en la solución de las incidencias de provisión y averías.

- En cuanto al sistema de penalizaciones de los Acuerdos de Nivel de Servicio (ANS) considera que es *“fuertemente asimétrico y muy oneroso en términos operacionales y económicos”* siendo algunas penalizaciones redundantes entre sí, sancionando económicamente a TELEFÓNICA por partida doble *“caso de la penalización por demora en la provisión de los diferentes servicios, concurrente con la otra penalización por demora en los tiempos de resolución de incidencias de provisión para esos mismos servicios”*. Asimismo, entiende que la regla de cálculo de las penalizaciones por demora en la solución de las incidencias de provisión y averías es ambigua y podría dar lugar, en caso de interpretarla estricto sensu como hace DRAGONET, a determinar cuantías concurrentes y redundantes con las otras por demora en los plazos de provisión, pero con un efecto multiplicador desproporcionado sobre éstas.

Que si, por ejemplo, se hiciera una interpretación literal de la regla de cálculo para la penalización por demora en la solución de las incidencias de provisión, resultaría que por cada día de retraso adicional en la solución de

---

<sup>1</sup> TELEFÓNICA manifiesta haber presentado a DRAGONET dos propuestas en las que se reflejaba el cálculo de las penalizaciones para los servicios analizados en la Resolución de esta Comisión de 11 de noviembre de 2004, teniendo en cuenta el diferente criterio de aceptación de las fechas de entrega de los servicios consideradas por TELEFÓNICA y por DRAGONET.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la incidencia, TELEFÓNICA vendría obligada a pagar una penalización diaria igual a una cuota de alta en el servicio.

Que el plazo máximo para la resolución de incidencias de provisión es fijo e independiente de los servicios, no guardando la debida proporcionalidad con el plazo de provisión establecido en la misma OBA, muy diferente, según el tipo de servicio solicitado.

En atención a todo lo expuesto, TELEFÓNICA solicita que, de manera urgente, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se pronunciara sobre la regla de cálculo establecido en el Apartado "A.2 Incidencias de Provisión" y "A.3 Incidencias por averías" del "Anexo-1 Acuerdos de Nivel de Servicio" de la OBA.

- En lo relativo a las discrepancias respecto a la facturación de los servicios, entiende que está facilitando el desglose de los conceptos por servicio conforme a la OBA 2004 vigente. Continúa señalando TELEFÓNICA que DRAGONET pretende aplicar a todos los servicios solicitados los precios de la OBA 2002 vigentes hasta el 30 de abril de 2004 cuando éstos sólo se tienen que aplicar a aquellas solicitudes de servicios formalizadas con anterioridad a dicha fecha. No se trataría, según la operadora, de un incumplimiento de la OBA, sino a una falta de acuerdo comercial con DRAGONET.

Que no ha sido posible, hasta la fecha, emitir una factura con el importe de las penalizaciones por la falta de acuerdo con DRAGONET en cuanto a la aplicación de la regla de cálculo de las penalizaciones establecidas y la discrepancia en la determinación de fechas de inicio del cómputo de la demora sujeta a penalización.

Que, en cualquier caso, el contrato tipo de coubicación prevé que en el supuesto de demoras que den lugar al pago de penalizaciones, éstas se podrán también descontar de la factura que refleje el precio de habilitación de la coubicación.

- TELEFÓNICA alega la situación extraordinaria producida por la acumulación de solicitudes masivas de servicios mayoristas, agravada por la inexistencia en la OBA de un tratamiento diferenciado entre peticiones planificadas y no planificadas en los plazos de provisión de los diferentes servicios.

En base a las alegaciones de TELEFÓNICA, y en relación con el objeto del presente procedimiento, la operadora solicita que se proceda al archivo del presente expediente por haberse cumplimentado las entregas de los servicios





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

reclamados por DRAGONET y que se establezca que su propuesta de penalizaciones se ajusta a lo establecido en la OBA.

Asimismo, TELEFÓNICA solicita dar a determinado contenido el tratamiento de información confidencial.

**Cuarto.-** Con fecha 24 de mayo de 2005, mediante escrito del Secretario de esta Comisión, y en atención a la solicitud de tratamiento de información confidencial efectuada por TELEFÓNICA, se comunicó a la operadora que:

*“(…), respecto a los interesados en este procedimiento, se mantiene la confidencialidad de la información contenida en los Anexos 4, 5 y 8 que acompañan al escrito remitido por TELEFÓNICA en fecha 11 de mayo de 2005, dentro del expediente RO 2005/348. Asimismo, se mantiene la confidencialidad de las cantidades reseñadas en la alegación séptima que se incorporan en el primer párrafo de la página 26 del escrito de alegaciones de TELEFÓNICA.*

*En lo demás, se declara no confidencial el resto del contenido del citado escrito incluida la información contenida en los Anexos adjuntos (salvo los anexos 4, 5 y 8 como ya ha sido indicado), por cuanto dicha información concierne directamente a DRAGONET, habiendo participado en su elaboración, y no constituye secreto comercial para dicho operador.*

*Es preciso señalar, que la presente declaración de confidencialidad se realiza a los exclusivos efectos de que los interesados en este procedimiento puedan acceder a los documentos contenidos en el mismo, conforme lo establecido en el artículo 35 de la LRJPAC, sin que esta declaración sea aplicable al hipotético acceso a archivos y registros que pudiera solicitarse por cualquier ciudadano una vez concluido este procedimiento, al amparo de lo dispuesto en el artículo 37 de la citada Ley.”*

**Quinto.-** Con fecha 23 de junio de 2005 se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de DRAGONET al objeto de que sean tenidas en cuenta en el presente expediente.

- DRAGONET entiende que TELEFÓNICA intenta incluir en el ámbito del presente expediente dos cuestiones que le son ajenas y que, en todo caso, deberían ser tratadas en procedimientos separados. Se refiere, por un lado, a la propuesta de modificación de la OBA en relación con la cuantía de las penalizaciones y, por otro, a la situación de contingencia solicitada por TELEFÓNICA.
- Sobre la dificultad en la provisión de servicios y resolución de incidencias, y sin perjuicio del análisis posterior de cada uno de ellos, DRAGONET aduce que si bien es cierto que los tres servicios reclamados ya han sido



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

proveídos, no está de acuerdo con las afirmaciones de TELEFÓNICA respecto a las fechas en las que los considera provisionados.

- En relación con la solicitud de contactos de escalado en la resolución de incidencias, DRAGONET señala expresamente que *“a pesar de las menciones de la normativa y de múltiples resoluciones de la CMT, **hasta la fecha aún no contamos con los contactos de escalado de TESAU solicitados** mientras que DRAGONET se los entregó a TESAU desde el comienzo de nuestra relación comercial”*.

Que TELEFÓNICA confunde tener contactos comerciales con tener contactos de escalado y que les ha remitido para la firma un nuevo procedimiento que restringe, entre otras cosas, la posibilidad de dirigir comunicaciones certificadas o por burofax en los casos en que estas comunicaciones no se puedan realizar por SGO.

- Respecto a la falta de acuerdo comercial entre DRAGONET y TELEFÓNICA para determinar el importe de las penalizaciones establecidas en la OBA alegan que han rechazado determinadas facturas debido a que es prácticamente imposible hacer un seguimiento lógico de los servicios contratados, toda vez que en el desglose de cada factura aparecen conceptos desconocidos que no figuran en la OBS y cantidades económicas (precios) de servicios que tampoco coinciden con la OBA actual.

Que no se ha podido llegar a un acuerdo con el representante de TELEFÓNICA en la reunión mantenida al efecto dado que *“no tenía poder de decisión suficiente para llegar a ninguna solución, y hasta la fecha continuamos sin tener ningún interlocutor con poder de decisión suficiente para llegar a un acuerdo”*. No obstante, en opinión de DRAGONET, *“las cantidades económicas calculadas por TESAU como valoración económica de las incidencias y retrasos presentados, al tener en cuenta sólo los retrasos y no las incidencias y teniendo en cuenta sus fórmulas para calcularlas, es notablemente ridícula”*

- En lo relativo a las penalizaciones por incidencias de provisión DRAGONET entiende que no se considerará proveído el servicio de que se trate hasta que no se hayan resuelto todas las incidencias de provisión. En consecuencia, puede haber una penalización por el retraso en la entrega del servicio y una penalización por no resolver la incidencia de provisión a tiempo. Y en cuanto a las penalizaciones por demora en la resolución de averías, señala que, según la OBA, éstas corresponden a cualquier momento posterior a la aceptación de la entrega del servicio.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Sobre las discrepancias respecto a la facturación, DRAGONET alega que los servicios son facturados en un formato electrónico denominado "Factel" que no cumple las especificaciones que marca la OBA sobre facturación, siendo imposible realizar un seguimiento lógico a los servicios contratados, debido a que en el desglose de cada factura, aparecen conceptos desconocidos y cantidades económicas de servicios OBA que no coinciden con la OBA actual.

En base a lo anterior, DRAGONET reitera todas las peticiones realizadas en su escrito de 3 de marzo de 2005 por el que instaba la apertura del presente procedimiento.

**Sexto.-** Con fecha 27 de julio de 2005 se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de TELEFÓNICA reiterándose en todas las alegaciones consignadas en el escrito de 10 de mayo pasado, realizando las siguientes consideraciones:

- Que a su juicio, la ausencia de conocimiento de la planificación de los operadores, el cambio estructural de la demanda y los esfuerzos de redimensionamiento de TELEFÓNICA, determinan la inexistencia de cualquier tipo de responsabilidad si en la provisión de los servicios solicitados de forma excepcional han existido retrasos puntuales.
- Que resulta improcedente la imposición del pago de penalizaciones al no existir un incumplimiento responsable, ni doloso, ni culposo, por parte de la operadora.

TELEFÓNICA solicita:

- que se desestimen las peticiones realizadas por DRAGONET en sus escritos de 2 de marzo y 23 de junio de 2005,
- que se reconozca la situación extraordinaria de exceso de solicitudes de servicios OBA,
- que se archive el expediente por haberse cumplimentado las entregas de los servicios reclamados por DRAGONET,
- que subsidiariamente respecto a lo solicitado, se *"proceda a suspender la tramitación del presente expediente administrativo, hasta que recaiga resolución en los anteriormente citados (DT 2005/511 y MTZ 2005/1054), al ser determinantes dichas resoluciones en la que pusiera fin al presente procedimiento, y subsidiariamente de no acordarse la suspensión solicitada, a aplicar las penalizaciones, de forma cautelar, en la forma en que se solicitan en escrito de fecha 27 de junio de 2005..."*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**Séptimo.-** Una vez instruido el presente procedimiento, con fecha 20 de septiembre, se procedió a la apertura del trámite de audiencia, dentro del cual 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.

**Octavo.-** Con fecha 22 de octubre de 2004, se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones presentado por DRAGONET, en el que, entre otras cuestiones, destacan los siguientes aspectos:

- Que la entrega del servicio de cubricación en la central de Alfaz del Pi se produjo el 21 de enero de 2005, destacando el acuerdo de TELEFÓNICA en la determinación de la referida fecha, por lo que el retraso en la provisión del servicio fue de 36 días.
- Que la provisión del servicio de cableado interno en la central de Alfaz del Pi se produjo en la misma fecha, es decir, el 21 de enero de 2005, por lo que el retraso producido fue de 16 días.
- Que el servicio de ampliación de cubricación en la central de Benidorm/Cruce se produjo el 9 de marzo, momento en que TELEFÓNICA le envió mensaje de finalización de las obras. Por lo tanto, el retraso en la provisión del servicio fue de 5 días.
- Que la incidencia de fecha 1 de febrero de 2005 es una incidencia de avería por ser interpuesta con posterioridad a la entrega del servicio en la central de Alfaz del Pi (21 de enero de 2005). Esta incidencia se planteó por la problemática surgida en cuanto al acceso a la sala de ubicación con posterioridad a que el servicio estuviera provisionado. Considera que entre la entrega del servicio y la apertura de la incidencia por avería transcurrieron 7 días hábiles durante los cuales DRAGONET estuvo accediendo a los servicios.
- Que la incidencia de fecha 18 de marzo de 2005 es una incidencia de avería que afecta a dos grupos de servicios que ya estaban entregados y aceptados (unos solicitados durante 2004 y que ya estaban instalados y funcionando, y el otro servicio el de ampliación de cubricación entregado el 9 de marzo). Considera que esta incidencia por avería no debe considerarse como parte del retraso en la provisión de los servicios y que debería imponerse una penalización por el retraso en la resolución de esta incidencia por avería de las llaves desde el día 18 de marzo hasta el 30 del mismo mes.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que la finalidad del sistema de gestión de incidencias es la comunicación entre el operador autorizado y TELEFÓNICA en relación con las incidencias, y el deber primario de TELEFÓNICA relacionado con el mismo es el de dar respuesta a la incidencia abierta por el operador.
- Que en el caso de no interponer incidencia de provisión, DRAGONET tampoco habría podido iniciar el proceso de escalado para su resolución. Una incidencia de provisión sin respuesta alguna por TELEFÓNICA no puede considerarse resuelta. La ausencia de respuesta a una incidencia de provisión activada supone claramente su no resolución.
- Que la incidencia de provisión de 13 de diciembre de 2004 de Alfaz del Pí no constituye una doble penalización por el mismo retraso, pues la penalización por no cerrar la incidencia en el plazo de dos días lo que castiga no es el retraso en la provisión del servicio, sino que penaliza a TELEFÓNICA por incumplir sus obligaciones de contestarla, de brindar información y buscar una solución. Esta penalización debería cuantificarse desde la fecha de interposición de la misma (13-12-2004) hasta la fecha de cierre de la incidencia. Dicha fecha de cierre aún no ha llegado pues no se ha producido un cierre en el SGO, no obstante DRAGONET puede admitir que si TELEFÓNICA cumple su deber de informar sobre las causas y demás detalles recogidos en el punto 1.6.4.2.4 de la OBA, el cálculo tome como referencia la fecha de provisión del servicio (21-01-2005).
- Que la penalización en relación con la incidencia de provisión de 12 de enero de 2005 de Alfaz del Pí debería cuantificarse desde la fecha mencionada hasta la fecha en que se reciba el mensaje de franqueo de la misma, aceptando DRAGONET, excepcionalmente, que se aplique hasta la fecha de provisión del servicio (21-01-2005).
- Que en relación con la adecuación de la facturación solicita que el desglose se realice no sólo sobre las facturas pendientes de regularización, sino también respecto de las facturas producidas a partir de abril de 2004.
- Que le sea notificado el traslado de las presentes actuaciones al procedimiento sancionador RO 2004/1811.
- Que en relación con la aplicación directa de las penalizaciones, TELEFÓNICA debería emitir una factura con el importe de las penalizaciones previamente acordado con el operador, solicitando que se obligue a TELEFÓNICA a abonar a DRAGONET las generadas por



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

los servicios que ya han sido entregados y que han sido objeto del expediente RO 2004/928

**Noveno.-** La representación de TELEFÓNICA remitió a esta Comisión escrito de fecha 26 de octubre de 2004, destacando las siguientes cuestiones:

- Que la fecha real de entrega de la instalación en la central de Alfaz del Pí se produjo el 21 de enero de 2005, y que las llaves fueron entregadas a DRAGONET el 31 de enero de 2005, debiendo por tanto tomarse dicha fecha como fecha de entrega de las instalaciones y no el 23 de febrero del mismo año.
- Que la fecha real de entrega del servicio de ampliación de ubicación en la central de Benidorm fue el 9 de marzo de 2005, no siendo imputable a TELEFÓNICA una supuesta imposibilidad de acceso a la central alegada por DRAGONET.
- Que los contactos para el escalado de las incidencias se contemplan en el documento con el *“Procedimiento para la comunicación de reclamaciones, incidencias y trabajos programados entre Dragonet y Telefónica”* que ya se envió el día 12-05-2005 por correo electrónico mediante mensaje del representante comercial nombrado por TELEFÓNICA. Que ese procedimiento es estándar y que únicamente se personalizan los contactos de escalado del operador y los de TELEFÓNICA cuando se acuerda conjuntamente utilizar el mismo para reclamar las incidencias que pudieran surgir. Que *“en conclusión, estamos ante una falta de acuerdo técnico-legal entre Telefónica y Dragonet sobre la modificación propuesta por este al procedimiento estándar de comunicación de reclamaciones e incidencias, y que se ha acordado y está en uso con decenas de operadores clientes de servicios mayoristas de mi representada, y no ante un hipotético incumplimiento de la OBA como pretende hacer creer Dragonet”*.
- Que en relación con el pago de las penalizaciones reitera sus alegaciones previas relativas a la falta de proporcionalidad y carácter doblemente impositivo de las penalizaciones reclamadas por DRAGONET.
- Que el abono de las penalizaciones no es automático porque su exigibilidad depende del cumplimiento o no de la obligación principal y hasta que tal incumplimiento no resulte declarado firme difícilmente resulta exigible el pago de las penalizaciones.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que hasta que se resuelva el expediente de modificación de la OBA se apliquen, de forma cautelar, las penalizaciones en la forma en que se solicitan en su escrito de fecha 27 de junio de 2005<sup>2</sup>, ofreciéndose a abonar la diferencia existente, si la hubiera, en el supuesto de que esta Comisión resolviera lo contrario.
- Que en la medida en que la propia OBA contempla el supuesto del incumplimiento de sus prescripciones por alguna de las partes estableciendo incluso las consecuencias de tales circunstancias, habría de concluirse que no cabe asimilar la ocurrencia de tales incumplimientos contractuales, que por otra parte TELEFÓNICA niega, con el incumplimiento de la obligación regulatoria consistente en la disposición de la propia OBA. Asimismo, alega que el presente expediente en modo alguno ha existido incumplimiento sistemático de ningún tipo, concluyendo que el traslado de las presentes actuaciones al procedimiento sancionador RO 2004/1811 resulta absolutamente improcedente.
- Que proceda (i) a desestimar las peticiones realizadas por DRAGONET, (ii) a reconocer la situación extraordinaria de exceso de solicitudes de servicios OBA, (iii) a archivar el expediente por haberse cumplimentado las entregas de los servicios reclamados por DRAGONET, (iv) a declarar el carácter no automático del pago de las penalizaciones previstas en la OBA y para este caso declarar la exención del pago de las mismas o subsidiariamente, y en su caso, su moderación y cálculo de conformidad con lo solicitado mediante escrito de fecha 27 de junio de 2005, (v) a declarar la inexistencia de indicios de incumplimiento susceptibles de trasladar al procedimiento sancionador.
- Que se tenga por aportada *“la totalidad de la documentación aportada por Telefónica de España al presente escrito de alegaciones (documentos nº 1 a 3, ambos inclusive)”* y que se incorpore al presente expediente testimonio de los documentos acompañados a los escritos de alegaciones formulados por TELEFÓNICA en el seno de los expedientes DT 2005/259, 2005/511, 2005/1054.
- Que se proceda a suspender la tramitación del presente expediente administrativo, hasta que recaiga resolución en los anteriormente citados, al ser determinantes dichas resoluciones en la que pusiera fin al presente procedimiento, y subsidiariamente, de no acordarse la suspensión solicitada, a aplicar las penalizaciones, de forma cautelar, en la forma en que se solicitan en escrito de fecha 27 de junio de 2005.

---

<sup>2</sup> Escrito en el que insta la modificación de la vigente OBA (Expediente MTZ 2005/1054)



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

#### **Primero.- Objeto del procedimiento y habilitación competencial de la CMT para intervenir en el mismo.**

El presente procedimiento tiene por objeto el análisis del conflicto planteado por DRAGONET en relación con, entre otras cuestiones, la dificultad encontrada por DRAGONET en cuanto a la provisión de diferentes servicios incluidos en la OBA por parte de TELEFÓNICA y a la resolución de diversas incidencias relacionadas con los servicios mencionados.

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

La LGT, en su artículo 11 apartado 4, establece que *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3.”* La letra a) del mencionado artículo 3 establece como objetivo de esta Ley, fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y en el suministro de los recursos asociados a ellos.

A tal efecto, el artículo 14 de la LGT 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.”*





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De conformidad con lo anterior, esta Comisión tiene habilitación competencial suficiente para resolver la controversia suscitada entre DRAGONET y TELEFÓNICA, que se sustancia en el presente procedimiento.

### **Segundo.- En relación con el fondo del asunto**

El conflicto planteado se refiere, en primer lugar, a la dificultad encontrada por DRAGONET en cuanto a la provisión de diferentes servicios incluidos en la OBA por parte de TELEFÓNICA y a la resolución de diversas incidencias relacionadas con los servicios mencionados.

Adicionalmente, DRAGONET se refiere a la falta de comunicación de los contactos de escalado y a las discrepancias existentes respecto a la facturación realizada por TELEFÓNICA.

Por último, DRAGONET interesa el traslado de las presentes actuaciones al procedimiento sancionador incoado por esta Comisión a TELEFÓNICA, expediente RO 2004/1811.

#### 1. Análisis de los servicios solicitados

Los servicios solicitados por DRAGONET se concretan a continuación:

- a) Servicio de coubicación en la central de Alfaz del Pí (SdT).
- b) Servicio de ampliación de coubicación en la central de Benidorm/Cruce (SdT).
- c) Servicio cableado interno en la central de Alfaz del Pí

Teniendo en cuenta los antecedentes de hecho, convendría analizar, en relación con cada uno de los servicios solicitados por DRAGONET, las alegaciones de las partes así como la documentación aportada por los operadores para la determinación de los retrasos producidos en la provisión de los mismos.

- a) Servicio de coubicación en la central de Alfaz del Pí (SdT).

Según las manifestaciones de ambas partes, la solicitud de coubicación se produjo el 29 de junio de 2004. Sin embargo los operadores discrepan en cuanto a la fecha de aceptación del proyecto técnico.

DRAGONET entiende que la fecha de aceptación del proyecto técnico se produjo el 21 de octubre, sin embargo, esta Comisión considera que no puede



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

entenderse aceptado el proyecto en esa fecha puesto que la propia DRAGONET solicitó, ese día, la modificación del proyecto, según reconoce. En consecuencia, y dado que TELEFÓNICA tampoco acredita el momento en que se realizó la referida aceptación, debemos considerar el 3 de noviembre de 2004 como la fecha definitiva, al producirse ese día un acto inequívoco de aceptación por parte de DRAGONET como fue la reclamación de la provisión del servicio en cuestión.

En relación con la fecha real de entrega de la instalación, TELEFÓNICA considera que se produjo el 21 de enero de 2005 y, a pesar de que en sus anteriores escritos<sup>3</sup> DRAGONET refería, a estos efectos, la fecha de 23 de febrero de 2005, expone en sus alegaciones al informe de audiencia que también se produjo el 21 de enero de 2005 en línea con lo argumentado por TELEFÓNICA.

En consecuencia, y dado que ambas partes consideran la fecha de 21 de enero de 2005 como el momento de entrega de la instalación, podemos señalar que se ha producido un retraso de 39 días laborables, toda vez que la OBA establece un plazo de 15 días como tiempo de provisión garantizado a contar desde la aceptación del correspondiente proyecto técnico.

b) Servicio de ampliación de cubricación en la central de Benidorm/Cruce.

Según la información que obra en el expediente, el 31 de agosto de 2004, DRAGONET solicitó la ampliación del servicio de cubricación en la central de Benidorm, siendo aceptado el proyecto técnico por el referido operador el 8 de febrero de 2005.

En el escrito de alegaciones al informe de audiencia de DRAGONET, a pesar de lo manifestado en su anterior escrito<sup>4</sup>, señala que está de acuerdo con la fecha a la que TELEFÓNICA se refiere como la de instalación del servicio y que por tanto coincide con TELEFÓNICA en que el 9 de marzo de 2005 fue el momento en que TELEFÓNICA envió a DRAGONET mensaje de finalización de las obras.

---

<sup>3</sup> En los escritos que se relacionan a continuación DRAGONET señalaba la fecha de 23 de febrero de 2005 como de entrega real del servicio que se analiza:

a) Escrito de 2 de marzo de 2005 con registro de entrada en esta Comisión de 3 de marzo, página 2, tabla primera así como en el último párrafo de la misma hoja.  
b) Escrito de 23 de junio de 2005, página 5, segundo párrafo.

<sup>4</sup> En su escrito de 23 de junio de 2005, páginas 7, 8 y 10 DRAGONET señalaba la fecha de 30 de marzo de 2005 como de entrega real del servicio que se analiza.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por lo tanto, dado que ambas partes consideran la fecha de 9 de marzo de 2005 como el momento de entrega del servicio, y considerando el tiempo de provisión garantizado, se ha producido un retraso de 5 días laborables.

### c) Servicio de cableado interno en la central de Alfaz del Pí

Según se recoge en los antecedentes de hecho, DRAGONET solicitó con fecha 2 de diciembre de 2004 el servicio de tendido de cable interno, produciéndose la validación de la solicitud el 10 de diciembre.

TELEFÓNICA alega que la entrega del servicio de TCI se efectuó el 23 de diciembre de 2004, dentro de los días hábiles de plazo máximo de provisión establecidos en la OBA, por lo que considera que no existe demora en la provisión ni por tanto obligación alguna de penalización por demora para esa solicitud.

Por su parte DRAGONET considera como fecha de entrega el 21 de enero de 2005, coincidiendo con la entrega del servicio de coubicación en la misma central.<sup>5</sup> El operador alega que es ilógico entender entregado un servicio al que no se puede tener acceso, del que no se puede comprobar su funcionamiento y que no se puede usar.

TELEFÓNICA, como ya se ha indicado, considera como fecha real de entrega del servicio de coubicación en la central de Alfaz del Pí el 21 de enero de 2005, lo que resulta contradictorio con el hecho de que considere entregado el servicio de tendido de cable interno en la misma central, 18 días antes de que la coubicación, según TELEFÓNICA, fuera concluida y entregada.

Mediante la instalación del tendido de cable interno se posibilita la conexión entre el repartidor principal y el repartidor del operador. En consecuencia, es necesario que el operador afectado disponga de espacio asignado para que TELEFÓNICA pueda provisionar el servicio de tendido de cable interno. Esta cuestión ha sido puesta de manifiesto por la propia TELEFÓNICA (expediente DT 2005/259). En dichas alegaciones motivaba el retraso en el suministro del tendido en que no había sido entregado el servicio de coubicación.

En consecuencia, teniendo en cuenta que la solicitud del servicio de tendido de cable interno que se analiza se realizó el 2 de diciembre de 2004, es decir, una vez que había finalizado el teórico plazo de entrega del servicio de coubicación, parece de todo punto razonable hacer depender la finalización del plazo de tendido de cable interno a la entrega del servicio de coubicación para la misma central.

---

<sup>5</sup> A este respecto volvemos a remitirnos a los documentos citados previamente en los que DRAGONET indicaba el día 23 de febrero de 2005 a efectos de entrega del servicio.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por lo tanto se debe considerar el día 21 de enero de 2005 como el momento en el que el servicio de tendido de cable interno fue entregado, produciéndose, en consecuencia, un retraso en la provisión de 19 días laborables.

### 2. Resolución de incidencias.

En la Oferta de Bucle de Abonado de TELEFÓNICA se definen dos grandes grupos de penalizaciones, aquéllas que se derivan de retrasos en la provisión de los servicios y aquéllas provenientes de demoras en la resolución de incidencias (de provisión y de averías)

TELEFÓNICA alega que algunas penalizaciones son redundantes entre si, sancionando económicamente a la operadora por partida doble, caso de la penalización por demora en la provisión de los diferentes servicios, concurrente con la otra penalización por demora en los tiempos de resolución de incidencias de provisión para esos mismos servicios.

Los servicios de la Comisión comparten parcialmente las alegaciones de TELEFÓNICA por cuanto cabría la posibilidad de que, concurriendo una serie de circunstancias, se pudiera llegar a reclamar dos tipos de penalizaciones sobre el mismo supuesto. En este caso, es cierto que se trataría de penalizaciones mutuamente excluyentes ya que de lo contrario se estarían aplicando dos penalizaciones por el mismo incumplimiento, esto es, el retraso en la provisión del servicio.

No obstante, hay que aclarar que esta circunstancia no tiene que darse necesariamente con la aplicación y concurrencia de estos dos tipos de penalizaciones. Por su propia definición, las incidencias de provisión son aquellas que se refieren al conjunto de actividades de la tramitación y provisión del servicio, desde el momento en que se presenta la solicitud correspondiente hasta que se acepta la entrega del servicio, por lo que se incluyen tanto aspectos relativos a la superación de plazos de provisión como aspectos relacionados con denegaciones improcedentes, incumplimiento del procedimiento, entre otros.

En el caso que nos ocupa, se tendrían que considerar las incidencias planteadas para analizar si, como alega TELEFÓNICA, se estaría penalizando doblemente el retraso en la provisión del mismo servicio o si, por el contrario, se tratara de otros aspectos relacionados con la provisión del mismo.

Considerando que se encuentra en tramitación en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el expediente MTZ 2005//1054, al cual las partes se han referido en sus alegaciones, cuyo objeto es la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de TELEFÓNICA.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Considerando que uno de los aspectos concretos que está siendo analizado en el referido expediente es, precisamente, el de las penalizaciones y todas las implicaciones que conlleva su interpretación, aplicación y modificación, tomando en consideración las alegaciones de todos los interesados en el procedimiento en cuestión.

Considerando, asimismo, de manera parcial, la solicitud de TELEFÓNICA recogida en su escrito de alegaciones al informe de audiencia de los servicios de esta Comisión, por la que instaba la suspensión de la tramitación del presente expediente administrativo hasta que recayera resolución en el citado expediente por considerarla determinante en la que pusiera fin al presente procedimiento.

Esta Comisión considera conveniente, dadas sus consecuencias prácticas, diferir la resolución de un único aspecto, concretado en el marco del presente procedimiento, cual es la resolución de una posible “doble penalización” por los mismos hechos –alegada por una de las partes y rechazada por la otra–, al momento en que puedan ser tenidas en consideración las alegaciones de todos los interesados, en el seno del expediente MTZ 2005/1054 de modificación de la OBA, por cuanto en ese momento es posible una mejor ponderación de las circunstancias que concurren sin las limitaciones que los planteamientos de la resolución de un conflicto de acceso concreto conllevarían.

No obstante, se procede a analizar a continuación aquellos aspectos que no plantean discusión alguna por cuanto no es posible esgrimir la alegación de doble penalización.

### a) Incidencias relacionadas con la Central de Alfaz del Pí

DRAGONET hace referencia a la apertura de una incidencia de provisión y una incidencia de avería en relación con la solicitud de coubicación en la central referida y una incidencia de provisión en relación con la solicitud de tendido de cable interno.

- El día 13 de diciembre de 2004.- Esta incidencia se abre una vez que el proyecto técnico de coubicación ya ha sido aceptado por DRAGONET. La operadora manifiesta que, *“dado que pasaba el tiempo, y en ningún momento recibíamos notificación por e-mail o escrita de TESAU de que dicho proyecto se hubiese iniciado, o de su estado actual, salvo la propia palabra del comercial, el día 13 de diciembre de 2004 se abrió una incidencia con el código DRAGONET 424, ..., en la que se indicaba a TESAU que aún estábamos esperando el servicio ampliamente retrasado, y que no teníamos ningún tipo de noticia sobre su estado...”*.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- El día 12 de enero de 2005.- Esta incidencia se abre en relación con la provisión del servicio de tendido de cable interno. DRAGONET alega que dicho servicio no podía ser utilizado por su parte, pues el servicio que lo contenía, el de ubicación, aún no estaba entregado.

Estas dos incidencias de provisión, de acuerdo con lo argumentado hasta el momento, serán analizadas en línea con lo que se resuelva en el expediente de modificación de OBA MTZ 2005/1054.

- El día 1 de febrero de 2005.- Esta incidencia se plantea en relación con la problemática descrita en cuanto al acceso a la sala de coubicación, al no recibir ninguna respuesta por parte de TELEFÓNICA.

En este supuesto, nos encontramos ante una incidencia por avería interpuesta con posterioridad a la entrega del servicio de coubicación en la central de Alfaz del Pí.

Con fecha 21 de enero de 2005 TELEFÓNICA envió un correo electrónico a DRAGONET notificándole la finalización de las obras y la entrega del servicio. Desde la referida fecha hasta el 1 de febrero, DRAGONET accedió a la sala sin problemas dado que disponía de las llaves facilitadas por TELEFÓNICA.

El día 1 de febrero de 2005 DRAGONET inició una incidencia por avería mediante SGO indicando un problema de acceso a sus servicios coubicados al encontrar una puerta intermedia que les impedía el paso a la propia sala de coubicación. El día 9 de febrero se reiteró la incidencia mediante burofax. El mencionado problema se resolvió el 23 de febrero de 2005, momento en que quedó cerrada la incidencia por avería.

### b) Incidencias relacionadas con la Central de Benidorm

DRAGONET hace referencia a la apertura de una incidencia de provisión en relación con la solicitud de ampliación de coubicación en la central referida y una incidencia de avería por cambio de cerradura en la misma central.

- El 13 de diciembre de 2004.- Esta incidencia de provisión –a diferencia de la incidencia abierta en esta misma fecha en relación con la Central de Alfaz del Pí que se produjo tras aceptarse el proyecto técnico de coubicación– se abrió sin que TELEFÓNICA hubiera informado a DRAGONET sobre ningún extremo en relación con el estado de la solicitud de ampliación de coubicación realizada el 31 de agosto de 2004.

Desde el 31 de agosto de 2004, fecha en que DRAGONET realizó la necesaria solicitud de ampliación de coubicación, no se había recibido





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

contestación de TELEFÓNICA, produciéndose esta comunicación el 17 de diciembre de 2004 mediante la remisión de los costes de la instalación por parte de TELEFÓNICA.

La apertura de esta incidencia, a diferencia de los casos anteriores, no puede entenderse como una penalización por el retraso en la provisión del servicio puesto que el cómputo del plazo para dicha provisión no se había abierto. Esta fecha de inicio del cómputo del plazo, como ya se ha indicado anteriormente, es el 8 de febrero de 2005, momento en el que DRAGONET comunicó a TELEFÓNICA la aceptación del proyecto técnico correspondiente.

En consecuencia sí se considera una incidencia de provisión, por lo que se puede concluir que con fecha el 13 de diciembre de 2004 DRAGONET abrió una incidencia de provisión que no fue cerrada hasta el 17 de diciembre de 2004, mediante la remisión por parte de TELEFÓNICA de los costes de la instalación.

- El 18 de marzo de 2005.- Esta incidencia de avería se refiere a la problemática derivada del cambio de cerradura en la central de Benidorm/Cruce.

Nos encontramos ante una incidencia por avería interpuesta con posterioridad a la entrega del servicio de ampliación de cubricación en la central de Benidorm/Cruce.

El servicio fue provisionado el 9 de marzo de 2005 según alegan las partes, interponiendo DRAGONET, con fecha 18 de marzo, una incidencia por avería con motivo de un cambio de cerraduras. No obstante, no fue hasta el 30 de marzo de 2005 cuando resultó cerrada la incidencia por solucionarse el problema planteado con las llaves.

### 3. Niveles de escalado.

El objetivo que persigue la OBA al contemplar un procedimiento de escalado de incidencias no es otro que resolver de una manera ágil y eficaz las posibles discrepancias que, en relación con las incidencias, puedan surgir entre TELEFÓNICA y los operadores que contraten servicios de acceso al bucle de abonado de TELEFÓNICA.

Las comunicaciones de escalado de incidencias, de conformidad con la Oferta de TELEFÓNICA, se iniciarán por los responsables designados por cada uno de los diferentes niveles de escalado, siempre que se den las circunstancias para hacerlo. El responsable designado para cada nivel de escalado deberá atender convenientemente y responder con prontitud a todas las consultas y



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

peticiones de cualquier otra información más detallada que sobre la incidencia puedan realizarse entre los responsables tanto del operador autorizado como de TELEFÓNICA, colaborando de forma bidireccional hasta la resolución de la incidencia.

Según las alegaciones de DRAGONET, TELEFÓNICA confunde a los responsables designados para cada uno de los diferentes niveles de escalado con los contactos comerciales, mientras que TELEFÓNICA alega que DRAGONET ha recibido la debida atención en todo momento, habiéndole sido remitido con fecha 12-05-2005 mediante correo electrónico los contactos para el escalado.

Teniendo en cuenta la problemática puesta de manifiesto por las partes en relación con la designación de responsables para cada nivel de escalado, se estima conveniente que, en el plazo de 5 días a contar desde la recepción de la Resolución que ponga fin al presente conflicto, ambas partes intercambien la información requerida por el propio procedimiento de escalado, remitiendo copia de la misma a esta Comisión.

### 4. Adecuación de la facturación.

Teniendo en cuenta el extracto FACTEL remitido por DRAGONET en el que se incluyen los detalles de conceptos que TELEFÓNICA factura a DRAGONET en relación con los servicios prestados, debe indicarse que, efectivamente, no se incluye un desglose suficiente de servicios según se establece en el capítulo 5 de la OBA. No parece, en consecuencia, desproporcionada la solicitud de aclaración de DRAGONET en relación con el detalle de facturación remitido y las fechas e importes que figuran en la misma.

TELEFÓNICA presentó junto con su escrito de alegaciones al informe de audiencia copia de determinadas facturas con el propósito de acreditar el cumplimiento del capítulo 5 de la OBA anteriormente referido. Del análisis de la documentación aportada, concretamente de las facturas referidas a los accesos a los edificios de TELEFÓNICA, se puede deducir un desglose suficiente de los servicios, lo que no queda acreditado es el desglose suficiente del resto de trabajos realizados.

El capítulo 5 de la OBA establece una diferenciación entre las facturas emitidas por los servicios prestados por TELEFÓNICA y las facturas de otros conceptos como, por ejemplo, las penalizaciones (conceptos aperiódicos). No obstante, en algunos contratos tipo de la OBA – coubicación– se recoge una cláusula por la que es posible descontar las penalizaciones del precio de alta del servicio.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En cualquier caso, esta circunstancia no puede incidir en las obligaciones de las partes en cuanto a los procesos de facturación, cobros o pagos, suponiendo, únicamente, una facilidad añadida a las relaciones entre los operadores, no un obstáculo para retrasar el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

En relación con las discrepancias puestas de manifiesto por las partes en cuanto a la vigencia de los precios de los distintos servicios, remitirnos a lo acordado por esta Comisión en el resuelve segundo de su Resolución de 31 de marzo de 2004, por la que se modifica la Oferta de Acceso al Bucle de TELEFÓNICA.

### 5.- Traslado de las presentes actuaciones al procedimiento sancionador incoado a TELEFÓNICA.

DRAGONET denuncia un posible incumplimiento de TELEFÓNICA de las Resoluciones de esta Comisión, solicitando el traslado de las presentes actuaciones “*al procedimiento sancionador incoado a TESAU por esa Comisión en relación con el anterior conflicto con DRAGONET resuelto por la Resolución citada de 11 de noviembre de 2004, abierto por Resolución de 9 de junio de 2005 (Expte. RO 2004/1811), o si no se estima procedente la acumulación en dicho expediente, proceda a la apertura de un expediente separado a tal efecto. Todo ello a fin de que, previos la instrucción y demás trámites legalmente previstos, se imponga a dicha entidad la sanción que en Derecho corresponda a la responsabilidad que le incumba en la comisión de la infracción o infracciones administrativas consistentes en el incumplimiento de la Resolución de 31 de marzo de 2004 de modificación de la OBA por no haber proporcionado a DRAGONET el acceso a los distintos servicio solicitados (coubicación y tendido de cable interno) en el tiempo establecido, no haber resuelto incidencias en plazo, no facturar correctamente, no facilitar acceso completo al SGO, no poner a disposición de mi representada los pertinentes niveles de escalado y demás infracciones que en el expediente se determinen. Asimismo, se declare a DRAGONET como parte interesada en el citado procedimiento sancionador*”

En relación con las manifestaciones realizadas por DRAGONET, podría llegar a entenderse aplicable la doctrina plasmada en diversas resoluciones de esta Comisión, en particular en la Resolución de 26 de junio de 2003<sup>6</sup> (expediente AJ 2003/81), expresada de la siguiente manera:

---

<sup>6</sup> Resolución por la que se puso fin al período de información previa iniciado en relación con el escrito de reclamación presentado por el Instituto Europeo de Estudios de la Educación contra RETEVISIÓN y TESAU en materia de desagregación del bucle de abonado con conservación de número (expediente AJ 2003/81)



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“No obstante, como tal oferta, la mera publicación no puede entenderse por sí sola como cumplimiento de la obligación de disponer de ella en las condiciones establecidas por esta Comisión, **sino que dicha publicación ha de ir acompañada de la implementación efectiva de los medios necesarios para atender la demanda de servicios que se pudiera producir por parte de los operadores autorizados**”*

Es decir, sensu contrario, el incumplimiento sistemático de una determinada condición de la OBA puede suponer que dicha condición se pueda llegar a considerar “no efectivamente implementada”, con el consiguiente incumplimiento de la Resolución de 29 de abril de 2002, en cuanto obligó a TELEFÓNICA a disponer de una OBA en unas condiciones específicas, no cumplidas por su mera publicación.

TELEFÓNICA argumenta que en la medida en que la propia OBA contempla el supuesto del incumplimiento de sus prescripciones por alguna de las partes estableciendo incluso las consecuencias de tales circunstancias, habría de concluirse que no cabe asimilar la ocurrencia de tales incumplimientos contractuales con el incumplimiento de la obligación regulatoria consistente en la disposición de la propia OBA.

Sin embargo, esta alegación de TELEFÓNICA parece olvidar que la obligación regulatoria consistente en la disposición de la propia OBA no termina en la mera publicación, es necesaria la implementación efectiva de lo recogido en la misma, es decir, posibilitar su aplicación. En caso contrario se podría dar la paradoja de disponer de una Oferta vacía y pretender que con ello se cumpliera la obligación impuesta.

De las alegaciones realizadas por las partes podría deducirse indicios de incumplimiento por parte de TELEFÓNICA de la Resolución de 29 de abril de 2002 y de la Resolución de 31 de marzo de 2004. Teniendo en cuenta que en el presente procedimiento se sustancia la resolución de un conflicto de acceso, se considera necesario trasladar las actuaciones practicadas para su consideración en el marco del expediente sancionador RO 2004/1811 que se encuentra en tramitación en relación con el posible incumplimiento por parte de TELEFÓNICA de su Oferta de Acceso al Bucle de Abonado.

Asimismo, las alegaciones presentadas por TELEFÓNICA serán incorporadas al expediente sancionador de referencia y analizadas contradictoriamente en su seno.

### **Tercero.- Contestación a las alegaciones de las partes.**

Teniendo en cuenta las alegaciones de las partes, conviene reiterar lo expuesto por esta Comisión en cuanto a que el retraso en la provisión de los servicios



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

incide directamente en la estrategia comercial de los operadores habilitados teniendo en cuenta que el conocimiento de los plazos de provisión de TELEFÓNICA es una herramienta necesaria para la planificación del lanzamiento de sus propios servicios.

De esta forma, TELEFÓNICA debe cumplir los términos de la vigente OBA aplicando directamente las penalizaciones que correspondan en su caso si, a consecuencia de acciones y omisiones de TELEFÓNICA, fuese responsable de retrasos tanto en la provisión de servicios como en la resolución de incidencias.

La definición de penalizaciones aplicables en supuestos de retrasos en el suministro de los servicios y su cuantía se corresponde con la experiencia acumulada desde la vigencia de la primea OBA, plasmada en las resoluciones por parte de esta Comisión de diversos conflictos de acceso al bucle. Ya ha transcurrido un plazo de tiempo considerable desde el inicio de la prestación de los servicios de acceso al bucle, por ello, la actual definición de las cuantías de las penalizaciones debe servir para incentivar la provisión de los servicios en los plazos y condiciones establecidas sobre la base de la experiencia adquirida.

TELEFÓNICA considera que el sistema de penalizaciones que se incluye en los Acuerdos de Niveles de Servicios (ANS) es fuertemente asimétrico y oneroso en términos operacionales y económicos<sup>7</sup>, sin embargo, parece olvidar lo crítico que es para un operador entrante sufrir retrasos en la resolución de determinadas incidencias o en la posible utilización de servicios provisionados por TELEFÓNICA para el lanzamiento de sus propios servicios. Pudiendo llegar a ocasionar, en algunos casos, perjuicios de muy difícil reparación por la pérdida de clientes e incidencia en la imagen comercial de los operadores.

En cuanto a la aplicación de las fórmulas de cálculo de las penalizaciones por retrasos en la prestación de los servicios o por demora en la resolución de incidencias de provisión o de avería, a diferencia de lo considerado por TELEFÓNICA, destacar que no presentan ambigüedad alguna.

Mediante la conjugación de diferentes factores –los tiempos máximos de provisión de servicio o resolución de incidencias (Tmax), los días de retraso (Dr) y las diferentes cuotas de los servicios– se obtiene el cálculo del importe que deberá ser abonado por TELEFÓNICA, sin que exista margen para criterios interpretativos diferentes a la aplicación estricta que se ha venido realizando desde la vigencia de la OBA.

---

<sup>7</sup> Según los datos estadísticos enviados por TELEFÓNICA a esta Comisión, el tiempo medio de resolución de incidencias por averías de prioridad media nunca supera las 24 horas, que es el tiempo máximo definido, con lo que no parece que en la práctica se den muchos supuestos que excedan el tiempo límite. Actualmente la media mensual (desde junio de 2002) es de casi 14 horas para las averías imputables a TELEFÓNICA.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Cuestión distinta sería la propuesta de modificación de la vigente OBA interesada por TELEFÓNICA en relación con las penalizaciones contempladas en los ANS y las alegaciones presentadas en este sentido. A este respecto, baste recordar que en el marco del expediente MTZ 2005/1054 de modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado serán tenidos en cuenta estos y otros muchos aspectos.

TELEFÓNICA solicita a esta Comisión el reconocimiento del carácter no automático del pago de las penalizaciones previstas en la OBA. Sin embargo, esta Comisión considera que el pago de las penalizaciones que se establecen en la OBA únicamente se encuentra condicionado al hecho de que se produzcan los incumplimientos señalados en la Oferta. En consecuencia, TELEFÓNICA tendrá que satisfacer la penalización que el incumplimiento genere.

Lo que, en algunos supuestos, podría producir el desacuerdo entre operadores, y de hecho así ocurre en la práctica, es el reconocimiento del propio incumplimiento, pero nunca la aplicación de una penalización en conformidad con el texto de la OBA.

Ligado a la aplicación de las penalizaciones, TELEFÓNICA manifiesta la existencia de una supuesta situación de contingencia creada por la evolución de la demanda de servicios de acceso al bucle de abonado, motivo por el cual reconoce estar demorando la provisión de los servicios más allá de los plazos determinados para los servicios de la OBA. Es por ello que ha solicitado que se reconozca esta circunstancia de “exceso de pedidos” con el fin de que no le sean aplicables las penalizaciones asociadas a los retrasos de provisión de servicios, tramitándose la referida solicitud, en estos momentos, en el marco del expediente DT 2005/511 citado por TELEFÓNICA.

La pretensión de TELEFÓNICA tiene su base, según las alegaciones de la propia operadora, en la cláusula de los contratos tipo de la OBA en la que se establece que TELEFÓNICA podrá solicitar a esta Comisión el reconocimiento de un exceso puntual de pedidos o una situación de causa mayor con el fin de que no le sean aplicables las penalizaciones definidas en la OBA.

A este respecto, habría que considerar el hecho de que la cláusula citada forma parte del texto de los contratos tipo incluidos en la OBA, por ello, no puede hablarse del reconocimiento de una demanda excesiva de forma general, sino que este tipo de circunstancias debe ser analizado individualmente, en el contexto de cada contrato de acceso al bucle de abonado.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A la vista del volumen de solicitudes efectuadas por DRAGONET, no se considera necesario condicionar la resolución del presente conflicto a las conclusiones del expediente DT 2005/511 citado. Tampoco cabe acordar la suspensión del procedimiento quedando a la espera del resultado que se derive de la posible modificación de la OBA vigente mediante la Resolución que ponga fin al expediente MTZ 2005/1054, por no ser determinante para su resolución y en aplicación del principio de seguridad jurídica.

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

### RESUELVE

**Primero.-** TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. aplicará a favor de DRAGONET COMUNICACIONES, S.L. las penalizaciones recogidas en la Oferta de Acceso al Bucle de TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U., en relación con los retrasos en la provisión de los servicios e incidencias analizados, tomando como referencia las fechas indicadas.

**Segundo.-** En el plazo de 5 días a contar desde la recepción de la presente Resolución, TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y DRAGONET COMUNICACIONES, S.L. intercambiarán la información referida en el "Procedimiento de Escalado de Incidencias" descrito en el Capítulo I, Apartado 6 de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., remitiendo cada una de las partes a esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones copia de la información referida.

**Tercero.-** En el plazo de 10 días a contar desde la recepción de la presente Resolución, TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. remitirá a DRAGONET COMUNICACIONES, S.L. las facturas pendientes de regularización, desglosando suficientemente los servicios, de manera tal que permita identificar el servicio facturado con todo detalle y de forma individualizada. En dicho proceso regularizador, se tendrá en cuenta el resultado derivado de la aplicación de las correspondientes penalizaciones.

**Cuarto.-** Trasladar las actuaciones practicadas para su consideración en el marco del procedimiento sancionador incoado a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., mediante acuerdo del Consejo de esta Comisión de 9 de junio de 2005 expediente RO 2004/1811.



## **COMISION DEL MERCADO DE LAS 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 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 Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera