



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 25/05 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 7 de julio de 2005 se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con el expediente **DT 2005/271** se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL CONFLICTO DE INTERCONEXIÓN ENTRE OPERADORA DE TELECOMUNICACIONES OPERA, S.L. Y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., SOBRE LAS INTERRUPCIONES DE INTERCONEXIÓN SUFRIDAS EN UN PLAZO DE DOCE MESES

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Con fecha 15 de febrero de 2005, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de Operadora de Telecomunicaciones Opera, S.L. (en adelante, Opera), por el que solicitaba la intervención de esta Comisión en el conflicto de interconexión con Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) suscitado por las interrupciones de servicio sufridas en el plazo de casi 12 meses [REDACTED]¹. En síntesis, en su escrito de interposición, Opera manifiesta lo siguiente:

- Que el objeto del conflicto lo constituye la no disponibilidad por parte de Telefónica de la red de señalización de Telefónica para el PdI Eléctrico que Opera tiene instalado en La Rioja.
- Que en un periodo de doce meses Opera ha sufrido, por avería en la red de Telefónica, tres interrupciones en la ruta de interconexión que han impedido el servicio en todas sus líneas. [REDACTED]
- Que Telefónica ha incumplido sus obligaciones sobre “Disponibilidad de la ruta de interconexión” en el periodo de seis meses que comprende las dos primeras interrupciones²

¹ Éste y otros textos originales similares han sido sustituidos por texto sombreado y entre corchetes para proteger la confidencialidad.

² Éste y otros textos sombreados han sido introducidos con el fin de hacer el texto comprensible tras la sustitución de texto original por razones de confidencialidad.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

[REDACTED] al haber habido una disponibilidad de la red de Telefónica dedicada a la interconexión menor que [REDACTED] 99,94%, definido en el acuerdo general de interconexión (en adelante, AGI) suscrito entre ambas entidades.

- Que Opera ha reclamado a Telefónica en dos ocasiones mediante burofax una serie de daños y perjuicios como consecuencia de las incomunicaciones sufridas [REDACTED], declarando Telefónica ambas reclamaciones improcedentes.
- Que Opera ha solicitado una solución técnica a Telefónica en varias ocasiones para evitar posibles nuevas interrupciones de servicio, desestimando Telefónica la realización de este tipo de servicio por la ausencia de viabilidad técnica al respecto.
- Que Telefónica no ha facilitado a Opera una lista actualizada indicando el modelo de acceso del resto de operadores para el servicio de red inteligente (en adelante, RI).
- Que Telefónica está discriminando a Opera respecto de los servicios y calidad que Telefónica presta a sus propios clientes puesto que durante la **tercera** interrupción de servicio sufrida por Opera [REDACTED], era posible contactar un teléfono contratado a Telefónica sito en el mismo emplazamiento físico que el PDI de Opera.

Finaliza su escrito Opera solicitando de esta Comisión:

- Que se declare confidencial el contenido del conflicto de forma que ninguna operadora pueda utilizar la información contenida en el mismo como arma comercial.
- Que se adopten medidas cautelares para que Telefónica revise en el plazo de una semana su red de señalización empleada para dar servicio a Opera, y adopte en el plazo de siete días adicionales las medidas oportunas para garantizar la disponibilidad de dicha red de señalización.
- Que traslade a la SETSI la no adopción por parte de Telefónica de medidas para evitar nuevas interrupciones para que aquella valore si es sancionable como infracción muy grave conforme establece el artículo 53.m) de la LGTEL.
- Que valore si la no adopción de medidas para evitar interrupciones y el comportamiento discriminatorio por parte de Telefónica son sancionables como infracciones muy graves conforme establece el artículo 53.s) de la LGTEL.
- Que valore si los incumplimientos por parte de Telefónica del objetivo de disponibilidad, del subapartado 6.4 del documento “Procedimientos para la comunicación...”, de la comunicación de trabajos y del correcto suministro de la lista actualizada del modelo de acceso elegido por los operadores de RI, son sancionables como infracción grave conforme establece el artículo 54.p) de la LGTEL.
- Que inste a Telefónica a abonar a Opera daños y perjuicios por haber incumplido el objetivo de disponibilidad, a adoptar las medidas técnicas necesarias para evitar una nueva interrupción y a emitir un certificado por cada una de las interrupciones habidas en el servicio.

Segundo. - Sobre la solicitud de Opera respecto de la confidencialidad del contenido del conflicto esta Comisión realizó las siguientes consideraciones:

- Se estimó necesario el acceso de Telefónica a los datos de interrupción del servicio en la red de señalización de la misma para garantizar el principio de contradicción.
- Se indicó que serían considerados como confidenciales aquellos datos cuya publicación y acceso por parte de otros operadores, durante la instrucción del procedimiento administrativo, pudieran afectar a la estrategia comercial de Opera.



Por todo lo anterior, esta Comisión desestimó la solicitud de confidencialidad formulada por Opera con respecto a las interrupciones de servicio en la red de señalización de Telefónica, y así se lo comunicó en escrito de fecha 22 febrero 2005.

Tercero. - Mediante sendos escritos fechados el día 25 de febrero de 2005, y en cumplimiento de lo establecido en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), se comunicó a los interesados, Opera y Telefónica, que había quedado iniciado expediente administrativo para la resolución del conflicto planteado por la primera de estas entidades.

Cuarto.- Con fecha 22 de marzo de 2005 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Telefónica en el que, en resumen, exponía lo siguiente:

- La **primera** incidencia [] se debió a una serie de desafortunadas circunstancias que tenían su origen en los intentos de mejora de la red de señalización por parte de Telefónica.
- La **segunda** incidencia [] se debió a una causa de fuerza mayor, y se produjo durante los trabajos de reasignación de los enlaces de señalización a la pareja de NAS (Nodos Autónomos de Señalización) correspondientes.
- La **tercera** incidencia [] se debe a un corte de un sistema de transmisión entre las centrales Zaragoza/Portillo y Logroño/San Millán, detectándose asimismo abierto el anillo síncrono de protección establecido para diversificar rutas de transmisión.
- Telefónica ha actuado diligentemente y ha realizado todas las actuaciones oportunas para garantizar tanto a Opera como al resto de operadores la disponibilidad de la red de señalización empleada para dar servicio al mismo.
- El incumplimiento por parte de Telefónica del subapartado 6.4 del apartado 7.19.18 de la OIR vigente, "Procedimientos para la comunicación...", no es tal, sino que la modificación de la información se suministró adecuadamente pero existía un error tipográfico.
- Telefónica cumple con la obligación del apartado 6.7 de la OIR vigente al mantener a disposición de los operadores el listado del modelo de RI elegido por los otros operadores, pues cada vez que un operador, Opera entre ellos, solicita esta información, se le facilita.
- Opera no ha acreditado los requisitos necesarios para la adopción de medidas cautelares, ya que no se ha acreditado la concurrencia de los elementos de juicio necesarios para la adopción de tales medidas cautelares.
- Ausencia de competencia de la Comisión para la resolución sobre reclamaciones de daños y perjuicios, habiéndolo reconocido la propia Comisión en reiteradas ocasiones.

Finaliza su escrito Telefónica solicitando de esta Comisión:

- Que resuelva desestimar todas y cada una de las pretensiones de Opera entendiendo que Telefónica ha cumplido con todas sus obligaciones derivadas de la OIR, en especial, en cuanto a la disponibilidad de la red de interconexión, la calidad del servicio, la disponibilidad del listado del modelo de acceso de operadores de RI y la comunicación del documento del procedimiento para la comunicación de reclamaciones, incidencias y trabajos programados.
- Que Opera no ha creditado la concurrencia de los requisitos necesarios para la adopción de medidas cautelares para garantizar la disponibilidad de la red de señalización de Telefónica.



Quinto.- Con fecha 31 de marzo de 2005 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de información complementaria de Telefónica incluyendo el relato de los hechos acaecidos relativos a la **tercera** avería [REDACTED]. Según este escrito, se produjo un corte en el sistema de transmisión entre las centrales Zaragoza/Portillo y Logroño/San Millán, detectándose además abierto el anillo síncrono de protección establecido para diversificar las rutas de transmisión. Tras la resolución de la avería se procedió a la diversificación y protección de la señalización de Logroño/Portales con centrales de señalización de Telefónica.

Sexto.- Con fecha 18 de mayo de 2005 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Telefónica en el que, a requerimiento de esta Comisión, detalla la arquitectura de la red de señalización que da servicio a Opera a través del PdI de Logroño CSD Portales y la red de señalización que da servicio a esta última central. Especifica además el comportamiento de dicha red de señalización para los supuestos de fallo simple de transmisión e informa sobre las condiciones en que han podido existir interrupciones que hayan afectado a Opera y no a Telefónica.

No habiéndose juzgado la información contenida en dicho escrito plenamente satisfactoria, se reitera el requerimiento de información, cuya respuesta tiene entrada en el Registro de esta Comisión el 7 de junio de 2005.

En este escrito se precisa el esquema de la arquitectura remitido en el escrito anterior y se añaden detalles a la explicación de los hechos que provocaron, [REDACTED] el **tercer** corte [REDACTED] a Opera.

Séptimo.- Con fecha 8 de junio de 2005 se procedió a la apertura del trámite de audiencia, dentro del cual los servicios de la Comisión informaron sobre el conflicto planteado por Opera, otorgando un plazo de 10 días a las partes, a fin de que alegaran y presentaran los documentos y justificaciones que estimasen pertinentes.

Octavo.- Dentro del plazo establecido, Telefónica ha presentado escrito de alegaciones en el que se manifiesta conforme con el análisis y conclusión del informe emitido por los Servicios de esta Comisión, a excepción de los siguientes puntos:

- Que Telefónica tiene voluntad negociadora para resolver conflictos técnicos con Opera y que no sería oportuna una revisión de las penalizaciones propuestas a Telefónica por la no comunicación de trabajos programados.
- Que la **segunda** interrupción [REDACTED] se debió exclusivamente a causas de fuerza mayor al no recoger la OIR la imposición de establecer rutas de señalización diversificadas lógica y físicamente, siendo por otro lado el cálculo de la disponibilidad de la ruta de interconexión incorrecto.

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

Noveno.- Con fecha 27 de junio de 2005 Opera ha presentado escrito de alegaciones en el que muestra su disconformidad con las conclusiones del informe emitido por los servicios de esta Comisión, ya que considera que Opera se encontraría en situación de indefensión si no se admite a trámite la apertura de un procedimiento sancionador contra Telefónica por los diversos incumplimientos planteados.



Finaliza su escrito de alegaciones reiterando las peticiones de infracción a Telefónica sancionables por la CMT y la SETSI solicitadas en el escrito de interposición del conflicto, al considerar plenamente probados los indicios invocados.

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

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En relación con la solicitud de intervención presentada por Opera, 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 (LGTEL), en su artículo 48.2, indica que la Comisión 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.d) del mismo artículo, que establece como función de esta Comisión la resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre operadores en materia de acceso o interconexión.

Asimismo, el artículo 11.4 de la LGTEL establece que la Comisión 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 de esta misma Ley. A tales efectos, el artículo 14 de la LGTEL señala que conocerá la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de esta ley y de sus normas de desarrollo.

En consecuencia, se debe concluir que esta Comisión está especialmente habilitada para conocer y resolver sobre el conflicto planteado por Opera.

Segundo.- Según manifestaciones de Opera, en la primera incidencia “[REDACTED]” como consecuencia de una avería en la red de Telefónica, se produjo una interrupción en la ruta de interconexión que supuso la consecuente interrupción del servicio en todas las líneas de Opera [REDACTED]. Según las alegaciones de Telefónica al escrito de apertura, “la causa de esta caída de los enlaces de señalización entre Logroño/Portales CSD y la pareja de NAS se debió a una serie de desafortunadas circunstancias y que tenían su origen en los intentos de mejora de la red de señalización por parte de Telefónica”.

El apartado 14.4 del Anexo 1 del AGI suscrito entre ambas entidades mantiene que “Telefónica y el Operador deberán comunicarse, en los plazos y forma, cualquier trabajo de construcción o de mantenimiento preventivo en los medios instalados para la interconexión, capaz de interrumpir la prestación de los servicios proporcionados en la interconexión.[...] La falta de comunicación de estos trabajos, en la forma y plazos, por parte de uno de los operadores al otro, conllevará una penalización a favor del operador reclamante igual a la establecida para los casos



de Avisos de Avería Inexistente, para aquellas reclamaciones cuya causa se encuentre en la realización de estos trabajos.”

En el apartado 14.5 del Anexo 1 del AGI sobre “Penalizaciones por avisos de avería inexistentes ...” se establece que, “En caso de aviso de Avería Inexistente, el Operador tendrá que abonar a Telefónica una penalización de acuerdo con la tabla adjunta (“Penalización sin desplazamiento, de 08:00 a 22:00, 101,31 euros”).”

Dado que la mejora de red a la que se refiere Telefónica se realiza mediante intervenciones en la misma, ya sea para cambios de aplicaciones, de hardware o de configuración, se considera probado que no ha habido comunicación previa de Telefónica a Opera sobre la intervención causante de la primera avería [REDACTED] y que provocó un corte total del servicio de Opera, por lo que Telefónica deberá abonar a Opera la penalización correspondiente de 101,31 euros según lo acordado en el AGI.

Es oportuno destacar en este punto que la penalización establecida para este tipo de incidencias en la OIR, reproducida fielmente en el AGI suscrito entre ambas entidades, no reflejaría la gravedad de la falta de servicio resultante y las implicaciones sobre la imposibilidad de Opera de cumplir, en su caso, garantías contractuales sobre calidad de servicio a sus clientes, además del daño de imagen causado. A este respecto no se considera aplicable el razonamiento aportado por Telefónica en sus alegaciones al informe de trámite de audiencia, en el que indica que la finalidad principal de penalizar es la reprobación de una determinada actuación y en menor medida la indemnización al perjudicado por los posibles daños ocasionados, ya que en este caso el perjudicado puede reclamar daños y perjuicios ante la jurisdicción ordinaria. En este sentido, esta Comisión considera indiscutible que la penalización de 101,31 euros no tiene orientación compensatoria, por lo que parece oportuno, en futuras modificaciones de la OIR de Telefónica, revisar la cantidad establecida para penalizaciones debidas a este tipo de incidencias a fin de reforzar la finalidad reprobatoria de la penalización.

Tercero.- Según manifestaciones de Opera, en la segunda incidencia “[REDACTED] se produce una nueva avería en la red de Telefónica que provoca una interrupción del servicio en el punto de interconexión eléctrico de Telefónica con Opera [REDACTED]”

Según las alegaciones de Telefónica al escrito de apertura, “Después de la primera avería masiva [REDACTED], se programaron trabajos para la reasignación de los enlaces de señalización: [...] Estos trabajos generaron las correspondientes órdenes (una para cada enlace), realizándose los trabajos correspondientes a un enlace en los plazos previstos. En esta situación, se produce el segundo corte [REDACTED] que, desafortunadamente, afecta a ambos enlaces y deja Logroño/Portales CSD incomunicada en lo que a interconexión se refiere.”

Opera afirma que según lo expuesto se incumple el apartado 7.1.1 del Anexo 1 del AGI firmado entre ambas entidades, en el que se establece que Telefónica es el operador responsable de la operación y mantenimiento de la red de interconexión asociada al PdI y por tanto de establecer las medidas oportunas para garantizar dicha disponibilidad. El apartado 7.1 del mismo documento describe el cálculo del parámetro utilizado para medir la disponibilidad de la ruta de interconexión, y aplicando los datos en el periodo de seis meses que comprende las dos primeras incidencias [REDACTED] resulta una disponibilidad de la red de Telefónica dedicada a la interconexión [REDACTED] por debajo del 99,94% de referencia del AGI.



A este respecto Telefónica opina que el cálculo aportado por Opera es incorrecto, ya que en el apartado 7.8.3.1 de la OIR, “Disponibilidad de la Ruta de Interconexión para el caso del PdI eléctrico”, se establece que “la disponibilidad para cada una de las tramas de 2 Mbit/s sería del 99,77%”, por lo que se cumpliría el objetivo de disponibilidad.

Sobre los cálculos dispares entre ambas entidades del objetivo de disponibilidad, esta Comisión opina que la interpretación de la OIR aplicable a este caso valida el cálculo realizado por Opera, en el sentido de que los tres cortes han afectado a la red de Telefónica ocupada por la ruta de interconexión, al no estar disponible la parte de la red bajo la responsabilidad de Telefónica (central frontera y red de señalización del operador). Si bien el primer parámetro referido en la OIR es el que Telefónica considera como único en la definición del objetivo de disponibilidad, esta Comisión considera que todos y cada uno de los parámetros listados en el apartado que define la disponibilidad de la ruta de interconexión deben ser cumplidos ya que, de otro modo, no tendría sentido su concreción.

Opera relata asimismo que en el apartado 10 del Cuerpo principal del AGI se establece que cada parte contratante responderá de los daños y perjuicios directos causados a la otra por sus acciones u omisiones que supongan un incumplimiento de las obligaciones previstas en el presente Acuerdo y sus Anexos, en particular, tal y como aplica para este caso, cuando no se cumpla con los parámetros de calidad del servicio pactados. Por tanto, solicita a esta Comisión a instar a Telefónica a abonarle daños y perjuicios por haber incumplido el referido objetivo de disponibilidad.

Telefónica aduce que el factor desencadenante de la interrupción del servicio en el PdI eléctrico con Opera fue un corte de fibras ópticas realizado por una excavadora en la N-II km. 296 por la realización de obras de construcción ajenas a Telefónica, siendo causante de la referida avería una máquina propiedad de la empresa “Construccion Obras y Servicios, S.L.”, tercero ajeno a aquélla. Además, en su escrito de alegaciones al informe de trámite de audiencia, señala que no se recoge en la OIR la imposición de establecer rutas de señalización diversificadas lógicamente y físicamente, por lo que la configuración en el momento del corte no era la óptima pero tampoco estaba obligada a que así fuera.

De este modo Telefónica considera que la incidencia se acoge al supuesto de fuerza mayor, al hilo del artículo 1.105 del código Civil y descrito en la sentencia STS de 28 de febrero de 1991, que cita “[...] para que exista la irresponsabilidad que tal precepto establece se precisa que el suceso sea imprevisible o insuperable o irresistible, y por tanto que no se deba a la voluntad del obligado, que haga imposible el cumplimiento de la obligación, así como que haya relación de causalidad entre el evento y el resultado [...]”. Por tanto, según el apartado 10.3 del AGI se excluye la existencia de responsabilidad tal y como ésta se entiende en el AGI y, acorde con el apartado 14.3 del referido AGI, el tiempo de la interrupción no debe contar para el cálculo de tiempos de los parámetros de calidad del servicio.

No obstante, esta Comisión considera que, si bien el suceso del corte físico de fibras se acoge al supuesto descrito de fuerza mayor, la interrupción se debe a la suma de dos factores concurrentes que, actuando por separado, no habrían producido interrupción de servicio: el corte físico y la configuración de los enlaces no optimizada.

A este respecto Telefónica afirma en su escrito de alegaciones al informe de trámite de audiencia que, ateniéndose escrupulosamente a lo estipulado en la OIR, no está obligada a



diversificar de manera óptima los enlaces. Ahora bien, si aplica este tipo de configuración a su red tal y como indica en las alegaciones al escrito de apertura, en el que además señala que satisface la obligación de garantizar la no discriminación en la prestación de servicios entre aquellos proporcionados a terceros y los proporcionados a sí misma según el artículo 13, apartado 1.b), de la LGTEL.

La configuración no optimizada no se acoge al supuesto de fuerza mayor al ser previsible y del todo posible su cumplimiento, por lo que se considera que no se dan las condiciones para acogerse al apartado 10.3, que excluye la existencia de responsabilidad por daños y perjuicios causados por fuerza mayor, ni el apartado 14.3 del Anexo 1 del referido AGI en el párrafo sobre la exclusión del cálculo de tiempos (en este caso para los parámetros de calidad) en casos de fuerza mayor. De este modo, se considera válido el cálculo del objetivo de disponibilidad de la ruta de interconexión presentado por Opera, al considerar que el tiempo de interrupción de este corte debe computar de cara al cálculo del objetivo de disponibilidad. Por lo tanto, se estima que Telefónica ha incumplido sus obligaciones sobre disponibilidad de la ruta de interconexión, en el período de 6 meses que incluye las dos primeras incidencias [REDACTED], tal y como se define en el apartado 7.1.1 del Anexo 1 del AGI suscrito entre ambas entidades.

Sentado lo anterior, en cuanto a la pretensión de Opera respecto a que esta Comisión inste a Telefónica a abonarle daños y perjuicios por haber incumplido el objetivo de disponibilidad marcado en el AGI suscrito por ambos operadores, debe analizarse la competencia que la Comisión tiene para intervenir en esta reclamación concerniente a la declaración de daños y perjuicios con la consiguiente indemnización por los mismos.

Pues bien, al respecto ha de indicarse que la reclamación de unos supuestos daños y perjuicios causados a Opera por la defectuosa prestación del servicio de interconexión (incumplimiento del objetivo de disponibilidad) es una cuestión ajena al procedimiento administrativo. En efecto, la declaración de la existencia de los daños y perjuicios causados dentro de una relación contractual entre empresas -en este caso, Opera y Telefónica-, así como la imposición de la obligación de su indemnización es una cuestión de derecho privado que deberán resolver los interesados ante los órganos de la Jurisdicción Civil Ordinaria (Vid. arts. 1.101 a 1.109 del Código Civil). Por tanto, esta Comisión no resulta competente para su declaración o imposición.

Asimismo, se considera que Telefónica ha incumplido el apartado 14.4 del Anexo 1 AGI, ya que no ha habido comunicación previa a Opera sobre los trabajos de reasignación de los enlaces de señalización, valorados como causa concurrente de la segunda avería [REDACTED] y que causó un corte total en el servicio de Opera. Así, Telefónica deberá abonar a Opera la penalización correspondiente de 101,31 euros por esta avería, adicional a la penalización por el mismo motivo referente al primer corte [REDACTED]. Es oportuno destacar de nuevo en este punto, tal y como se ha realizado anteriormente en el punto tercero de los fundamentos de derecho, que la penalización establecida para este tipo de incidencias en la OIR no reflejaría la gravedad de la falta de servicio resultante y el daño causado a Opera, por todo ello parece oportuno, en futuras modificaciones de la OIR de Telefónica, revisar la cantidad establecida para penalizaciones debidas a este tipo de incidencias a fin de que guarden mejor proporción con el daño causado.

Cuarto.- Según manifestaciones de Opera, “en la tercera ocasión [REDACTED] se produce una nueva interrupción del servicio en la red de interconexión que presta Telefónica a Opera [REDACTED]”



[REDACTED]. Opera afirma que fue informada mediante conversación telefónica de que el origen de la incidencia radica en una intervención que tuvo lugar el día anterior [REDACTED] por la noche, por la que se modificó la configuración software del equipo ligado al anillo óptico de 2,5Gbps entre las centrales de Portillo (Zaragoza) y Portales (Logroño).

Telefónica no constata el hecho de que hubiera una intervención previa causante de la incidencia, sino que en su escrito de información complementaria relata que “La causa de la citada avería, como se pudo comprobar con posterioridad, tuvo su origen en el defectuoso funcionamiento de un regenerador óptico, equipo intermedio utilizado en la ruta de transmisión entre dos centrales”. Cabe señalar el comentario del primer registro de la misma “[REDACTED] 16:51:50 Se corte del sistema 3N2500 entre Zaragoza/Portillo y Logroño/San Millán. Detectándose abierto el anillo de protección”. Finaliza el relato de la intervención estableciendo en el apartado “ACCIONES CORRECTORAS: Diversificación y protección de la señalización de Logroño portales con centrales de Telefónica”.

Con los elementos de juicio de los que se dispone, no queda probado que el fallo se deba a una intervención de operación de construcción o mantenimiento, susceptible de ser considerada dentro del AGI suscrito entre ambas entidades, apartado 14.4 del Anexo 1, por lo que se entiende que no hay incumplimiento en las obligaciones de Telefónica en este sentido para esta avería.

Quinto.- Según manifestaciones de Opera, ésta ha solicitado a Telefónica en agosto de 2004 la toma de medidas para que no se volviera a producir ningún corte mediante el servicio de encaminamiento alternativo con un hipotético nuevo PdI de Opera en Santander. Esta solicitud fue rechazada por Telefónica ya que el PdI propuesto se encuentra fuera del área nodal de la central frontera de Logroño/Portales CSD, tal y como establece el apartado 7.16 de la OIR vigente sobre las condiciones de prestación de este servicio.

En diciembre de 2004, Opera solicitó la valoración técnica y económica de un servicio de encaminamiento alternativo que permitiera evitar en el futuro los cortes en el servicio producidos por problemas originados en la red de Telefónica durante el año 2004. A estas solicitudes Telefónica contestó que no hay solución viable técnicamente. Tal y como Telefónica expone en su escrito, “las propuestas de Opera no se ajustan a las opciones ofrecidas por la OIR y por añadidura implican la formación de bucles que dañarían seriamente la integridad de la red de Telefónica”. En este sentido se ratifica en su escrito de alegaciones al informe de trámite de audiencia.

Se observa en la respuesta de Telefónica y en los escritos de Opera una manifiesta falta de voluntad por ambas partes para llegar a un clima de entendimiento y confianza suficiente que favorezca la resolución de conflictos técnicos como el que nos ocupa. En este sentido se considera que es viable, como no podía ser de otra manera, una solución técnica que fortalezca la configuración de Opera protegiéndola en mayor medida contra posibles averías de la red de señalización de Telefónica. Por esta razón, y reforzándose en la voluntad negociadora manifestada por Telefónica en sus alegaciones al informe de trámite de audiencia, se emplaza a ambas entidades a establecer el diálogo correspondiente para solucionar este punto.

Asimismo, Telefónica manifiesta, tanto en su escrito de alegaciones al escrito de apertura como en la respuesta al requerimiento de información, que los problemas ocurridos han sido solucionados y subsanados, habiendo diversificado adecuadamente el trazado de ambos enlaces



de señalización y la pareja de NAS correspondiente. Este extremo ha podido confirmarse con la documentación aportada.

Por lo tanto, tras haber sopesado todos los elementos presentados por ambas partes en sus escritos, no se aprecia ni urgencia ni necesidad de que Telefónica revise su red de señalización para evitar nuevos cortes en el servicio de Opera, por lo que se considera que, en el caso que nos ocupa, no se dan dos de las condiciones exigidas por la jurisprudencia para la adopción de medidas cautelares: la existencia de peligro en la mora y la apariencia de buen derecho. Por esa razón, esta Comisión no considera adecuado la adopción de las medidas cautelares solicitadas por la demandante.

Opera afirma asimismo que Telefónica mantiene hacia ella un comportamiento discriminatorio al no haber adoptado medidas para evitar interrupciones. Esta afirmación se basa en que, además de haber sufrido las interrupciones descritas con anterioridad, en la comprobación por parte de Opera de la posibilidad de realizar llamadas durante la **tercera** interrupción de servicio [] “dirigidas al número 941 234 995 que Telefónica presta en la dependencia física en la que se encuentra ubicado el PDI de Opera”. De este modo, considera que “Telefónica estaba prestando a sus clientes unos servicios con una calidad superior a los que ofrece a Opera”.

Telefónica, en respuesta a estas afirmaciones, manifiesta que, “tal y como viene reflejado en el Anexo I de la OIR en vigor, (...), en el área de Logroño/La Rioja, a parte de la central de Portales CSD donde se interconecta Opera, se encuentran abiertas también a la interconexión las centrales de Logroño/San Millán y Calahorra. La numeración 941 234 995 a la que hace referencia Opera en su escrito correspondería a la central de San Millán, que aparte de estar conectada con Portales CSD tiene enlaces establecidos con Zaragoza/Portillo, motivo por el cual se pudieron completar las llamadas a dicha numeración durante la avería”. Además, este corte afectó precisamente al sistema que garantizaba la diversificación y protección de los enlaces, y tras el mismo se tomaron medidas para reconfigurar dicha diversificación y protección, tal y como Telefónica aplica a su propia red. En este punto ésta indica que satisface la obligación de garantizar la no discriminación en la prestación de servicios entre aquellos proporcionados a terceros y los proporcionados a sí misma según el artículo 13, apartado 1.b), de la LGTEL.

Habiendo valorado los elementos expuestos, se estima que no ha habido comportamiento discriminatorio de Telefónica hacia Opera.

Sexto.- Según manifestaciones de Opera, en el transcurso de la **segunda** incidencia [] y ante las reiteradas quejas por parte de Opera a Telefónica debido a que trataba de comunicar con diferentes niveles de escalado que Telefónica le había comunicado en la 4ª edición del documento y ninguno de estos respondía a las llamadas y comunicaciones, Telefónica remite la 5ª edición del mismo en el que se incluyen los nuevos datos de niveles de escalado. Opera indica que en el documento aparecen dos fechas de edición “Enero 2004” y “Diciembre 2003”.

Telefónica alega que la fecha de edición del documento es **la correspondiente con la fecha de envío** [] y que un mero error tipográfico no puede entenderse como un incumplimiento de obligación alguna. Señala también que tanto el teléfono del CAO 900612200 (24x7), como los datos referentes al tercer nivel de escalado, que son los datos que afectan a las incidencias denunciadas, no han variado de una versión a otra.



A la vista de estos datos se determina que Telefónica no ha incumplido sus obligaciones ya que los datos modificados no correspondían a todos los niveles de escalado y la información se corrigió con relativa rapidez una vez Opera comunicó la problemática.

Ahora bien, sí se considera que ha habido falta de diligencia, al no haber informado Telefónica inmediatamente a Opera de los datos exactos de los diferentes niveles de escalado, tal y como se exige en el subapartado 6.4 del apartado 7.19.18 de la OIR vigente, que exige que “Cualquier variación de los mismos (datos de escalado) debe ser comunicada de forma inmediata”.

Por lo tanto, esta Comisión insta a Telefónica, en lo sucesivo, a comunicar los cambios en los datos de escalado del documento en cuestión con anterioridad a que estos nuevos escalados sean operativos, con el fin de mantener la operatividad de este procedimiento.

Séptimo.- Opera realizó con fecha 27 de enero de 2005 una solicitud a Telefónica para que ésta le remitiera la lista actualizada del modelo de acceso elegido por los operadores de RI, recordando que el último envío se realizó en la fecha 16 de abril de 2004. En concreto, Opera solicitó una lista actualizada de esta información con indicación de las fechas en las que se hubiera producido alguna modificación en el modelo de acceso elegido por el resto de operadores si es que éstas hubieran tenido lugar. Tras insistir vía correo electrónico en esta petición, Telefónica remitió el 4 de febrero de 2005 la lista actualizada, indicando las modificaciones respecto de la lista del 16 de abril de 2004: dos operadores figuraban en el modelo de RI de terminación cuando en realidad habían elegido acceso.

Opera señala que la lista remitida el 4 de febrero de 2005 tiene otras diferencias con la lista del 16 de abril de 2004 aparte de las señaladas por Telefónica, concerniendo las mismas a las OIR (OIR-98, OIR-2001, OIR-2003) a la que se acogen el resto de operadores. Opera manifiesta que Telefónica ha incumplido del apartado 6.7 de la OIR03, sobre el suministro de la lista actualizada del modelo de acceso elegido por los operadores de RI, que cita “Telefónica suministrará a cada operador de RI que tenga contratado el servicio de tránsito para servicios de RI una lista actualizada que indique el modelo de acceso elegido por el resto de operadores que tenga contratado el servicio antedicho.”

Telefónica alega que “ha podido constatar que las variaciones informadas por Telefónica hacían referencia al modelo de RI, tal y como solicita la vigente OIR, mientras que las detectadas por Opera no se refieren al modelo de RI sino a la OIR a la que se encuentran acogidos cada uno de los operadores”.

Se observa en el intercambio de correos adjunto al escrito de Opera que Telefónica proporciona un contacto a Opera para que “hasta que esta información pueda estar accesible de manera automática, esta cuestión se puede solucionar acordando con [contacto] la frecuencia o el momento en el que queréis recibir esta información”.

Sobre la observación de Telefónica que manifiesta que sólo está obligada a informar sobre el modelo de RI elegido, es necesario determinar que la OIR a la que está acogido cada operador es una información necesaria para la consolidación de los operadores que tengan contratado con Telefónica el modelo de tránsito para servicios de RI, y se insta a Telefónica a continuar asociando esta información al modelo de acceso de RI de los mismos.

Por otro lado, no se observa incumplimiento en las obligaciones de Telefónica ya que ésta ha proporcionado la información necesaria para resolver el supuesto problema de suministro de la



lista de modelo de RI, y corresponde a la voluntad de ambos operadores, no sólo a Telefónica, acordar las condiciones de suministro de la misma.

Octavo.- En cuanto a las solicitudes de Opera respecto de la apertura de sendos procedimientos sancionadores contra Telefónica, tras el análisis de los hechos denunciados, esta Comisión considera que no procede la apertura de un procedimiento de información previa a un procedimiento sancionador, por estimar que dichos hechos no revisten incumplimientos de envergadura suficiente que justifique dicha apertura.

Así, por una parte, teniendo en cuenta la repercusión que la apertura inadecuada de un procedimiento sancionador puede presentar en la esfera jurídica del afectado, han de ponerse en juego buena parte de estos principios con carácter previo a la apertura del procedimiento para evitar, en la medida de lo posible, una apertura inadecuada del mismo. Y, por otra parte, sobre la base de la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, debe tomarse en consideración que los principios rectores del Derecho penal y procesal derivados de los artículos 24 y 25 de la Constitución Española resultan aplicables, aunque con ciertos matices, a la potestad sancionadora de la Administración y al Procedimiento administrativo sancionador.

Será, por tanto, necesario adoptar en la valoración de las alegaciones y de la documentación aportada por las partes similar actitud a la que exigiría su valoración en el curso del procedimiento sancionador si llegara a iniciarse. De este modo, para constituirse en fundamento de la apertura de un procedimiento sancionador, los indicios obtenidos deben, al menos, aparecer como un germen de prueba que permita, razonablemente, en un futuro procedimiento sancionador, desvirtuar la presunción de inocencia. En concreto, y con relación a la valoración de los indicios, la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1999 señalaba en su Fundamento Jurídico Tercero lo siguiente:

"De la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida en reiteradas Sentencias (174/1985, 175/1985, 229/1988), puede sentarse que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados -no puede tratarse de meras sospechas- y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora, pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo".

En el caso de las imputaciones de comportamiento discriminatorio desfavorable a Opera y de incumplimiento del subapartado 6.4 del apartado 7.19.18 de la OIR vigente –documento “Procedimientos para la comunicación...”- y de la comunicación de trabajos en la construcción y del suministro de la lista actualizada del modelo de RI, únicamente ha de remitirse a lo indicado anteriormente en el análisis del conflicto, donde ya se ha puesto de manifiesto la inexistencia de tales conductas de Telefónica.

Respecto de la falta de medidas suficientes en la red de señalización de Telefónica que eviten interrupciones temporales y del consecuente incumplimiento del objetivo de disponibilidad señalado con anterioridad en el punto tercero de los fundamentos de derecho, cabe destacar que están acreditadas tres interrupciones en menos de 12 meses, [REDACTED]. Además, ninguna de las averías causantes de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

dichas interrupciones ha afectado a la estructura de interconexión de Opera con la central frontera de Telefónica, siendo ésta el punto crítico de la configuración de la red que da servicio a Opera.

Por otro lado, el apartado 7.1.1 del AGI suscrito entre ambas entidades determina que es “responsabilidad del operador a cuyo cargo esté la operación y mantenimiento de la red de interconexión asociada a un PdI, el establecimiento de las medidas oportunas para garantizar esta disponibilidad”, y es evidente que Telefónica no ha establecido las medidas oportunas para garantizar esta disponibilidad y asegurar la calidad de la red de interconexión que da servicio a Opera, entendiéndose por servicio el conjunto de infraestructuras, configuraciones, operaciones y mantenimiento de dicha red.

A este respecto, Opera hace referencia en sus alegaciones al informe de trámite de audiencia, al artículo 24 de la Constitución Española que establece que “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”. Además, considera plenamente probado que ha habido tres cortes [REDACTED], y que este hecho constituye de por sí indicio probatorio suficiente de que Telefónica ha realizado conductas infractoras.

Sin embargo, de los hechos analizados y alegaciones presentadas por ambas partes, conforme al principio de intervención mínima esta Comisión considera que no procede la apertura de un procedimiento de información previa a un procedimiento sancionador.

Noveno.- Opera solicita en su escrito que la Comisión inste “a Telefónica a que emita un certificado por cada una de las interrupciones habidas en el servicio de señalización de red de Telefónica” en el que “Telefónica asuma que dichas interrupciones se han producido en el servicio de señalización de red de Telefónica y en absoluto son imputables a Opera de forma que Opera pueda trasladar dichos certificados a sus clientes.”

Se considera que no procede instar a Telefónica a proporcionar dichos certificados, ya que ello no se encuentra estipulado ni en el AGI, ni en la OIR, ni en la LGTEL.

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

RESUELVE

Primero.- Instar a Telefónica a abonar a Opera las correspondientes penalizaciones por dos incumplimientos del apartado 14.4 del Anexo 1 del acuerdo general de interconexión suscrito entre ambos operadores respecto de la obligatoriedad de la comunicación con suficiente antelación de trabajos de construcción o de mantenimiento preventivo, por sendos cortes en la red de Telefónica ocupada por la ruta de interconexión [REDACTED].

Segundo.- Desestimar las solicitudes de Opera de apertura de procedimiento sancionador contra Telefónica.

Tercero.- Desestimar la solicitud de Opera de emisión por Telefónica de certificados



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

correspondientes a las interrupciones habidas en el servicio de señalización de red de Telefónica.

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 del la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO,

Vº. Bº. EL PRESIDENTE,

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera