



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 16/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 3 de mayo de 2007, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN EN VIRTUD DE LA CUAL SE PROCEDE A CERRAR EL PERIODO DE INFORMACIÓN PREVIA ABIERTO EN RELACION CON LA LIQUIDACIÓN DE PENALIZACIONES DERIVADAS DEL EXPEDIENTE DT 2005/259 EN CUANTO AL SERVICIO DE TENDIDO DE CABLE INTERNO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Escrito presentado por JAZZ TELECOM, S.A.U.

El 26 de septiembre de 2006, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de JAZZ TELECOM, S.A.U. (en adelante, JAZZTEL), por el que presentaba “conflicto de acceso” frente a TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TELEFONICA). En su escrito, JAZZTEL expone, básicamente, lo siguiente:

- Que con fecha 9 de junio de 2005, la Comisión resolvía el conflicto de acceso (DT 2005/259) suscitado entre JAZZTEL y TELEFONICA en relación con el cumplimiento de plazos de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (en adelante, OBA), estableciendo en su Resuelve Décimo que:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“Décimo.- Se recuerda a Telefónica su obligación de abonar automáticamente las penalizaciones previstas en la OBA”.

- Que JAZZTEL considera que TELEFONICA está incumpliendo la Resolución anterior puesto que no está abonando automáticamente las penalizaciones derivadas de los incumplimientos de los plazos en la entrega de servicios de los tendidos de cable interno, objeto de la Resolución de 9 de junio de 2005.
- Que, desde el 1 de diciembre de 2005 hasta el 24 de agosto de 2006, la cuantía de las penalizaciones asciende a 1.162.623,07 euros. Adjunta como Anexo número 1, la consulta SGO¹.

SEGUNDO.- Comunicación a los interesados del inicio del procedimiento.

Mediante sendos escritos del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 13 de octubre de 2006, se notificó tanto a JAZZTEL como a TELEFONICA la apertura de un periodo de información previa con el fin de conocer con mayor detalle las circunstancias concretas de la reclamación presentada y, consecuentemente la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

TERCERO.- Solicitud de ampliación de plazo.

Con fecha 30 de octubre de 2006, se recibió escrito de TELEFONICA en el cual solicitaba una ampliación del plazo inicialmente concedido para presentar sus alegaciones.

CUARTO.- Escrito de alegaciones de TELEFONICA.

El 8 de noviembre de 2006, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de TELEFONICA, en el que manifiesta, básicamente, lo siguiente:

- Que TELEFONICA cumplió la Resolución de 9 de junio de 2005 en todos sus extremos, incluso en cuanto a las penalizaciones derivadas de retrasos en la entrega del servicio de tendido de cable interno ya que había abonado la cantidad de 1.999.517,83 euros en concepto de penalizaciones.

¹ Sistema de Gestión de Operadores.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que el citado Resuelve Décimo de la Resolución de 9 de junio de 2005, no impone ninguna obligación por lo que no cabe su incumplimiento. No es posible la apertura un procedimiento sancionador por el incumplimiento de un resuelve que no impone obligaciones.
- Que la Comisión es incompetente para instar al pago de las penalizaciones previstas en los acuerdos de nivel de servicio de la OBA ya que son cláusulas contractuales que repercuten en la esfera de intereses privados y que no se encuadran en el plano de intereses públicos presentes en la OBA. En consecuencia, el pago de las penalizaciones es una cuestión de índole estrictamente contractual y privada que sólo puede resolverse en la jurisdicción privada. Eventualmente, la Comisión podría conocer de esta cuestión en el marco de un procedimiento arbitral al que libremente decidieran someterse las partes. El hecho de que lleguen a un acuerdo sobre la cantidad total responde a esa naturaleza estrictamente privada sobre la que no hay ninguna potestad administrativa.
- Que el objeto de este expediente es idéntico al del procedimiento RO 2006/135 relativo, también, a penalizaciones derivadas de retrasos en la entrega de servicio de TCI.

(Este expediente, RO 2006/135, se cerró por desistimiento de JAZZTEL aceptado por TELEFONICA a través de la Resolución de 29 de marzo de 2007).

QUINTO.- Escrito de desistimiento de JAZZTEL y traslado del mismo a TELEFONICA.

Con fecha 8 de marzo de 2007, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de JAZZTEL por el que solicitaba fuera aceptado su desistimiento respecto del conflicto que trae causa.

Mediante escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se dio traslado a TELEFONICA del desistimiento por si, de acuerdo con el artículo 91.2 de la LRJPAC, instase a la continuación del procedimiento en cuestión.

Con fecha 21 de marzo de 2007, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TELEFÓNICA solicitó que se aceptase el desistimiento presentado por JAZZTEL.

A los anteriores antecedentes de hecho resultan de aplicación los siguientes



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.- SOBRE EL DESISTIMIENTO

La LRJPAC, en su artículo 87.1, contempla el desistimiento de su solicitud por parte del interesado como uno de los modos de terminación del procedimiento:

«Artículo 87. Terminación. 1.- Pondrán fin al procedimiento la resolución, el desistimiento, la renuncia al derecho en que se funde la solicitud, cuando tal renuncia no esté prohibida por el Ordenamiento Jurídico, y la declaración de caducidad. (...)».

Los artículos 90 y 91 de la misma norma legal regulan el ejercicio, medios y efectos del derecho de desistimiento:

«Artículo 90. Ejercicio. 1.- Todo interesado podrá desistir de su solicitud o, cuando no esté prohibido por el Ordenamiento Jurídico, renunciar a sus derechos. 2.- Si el escrito de iniciación se hubiese formulado por dos o más interesados, el desistimiento o la renuncia sólo afectará a aquellos que la hubiesen formulado».

«Artículo 91. Medios y efectos. 1.- Tanto el desistimiento como la renuncia podrán hacerse por cualquier medio que permita su constancia. 2.- La Administración aceptará de plano el desistimiento o la renuncia, y declarará concluso el procedimiento salvo que, habiéndose personado en el mismo terceros interesados, instasen éstos su continuación en el plazo de diez días desde que fueron notificados del desistimiento. 3.- Si la cuestión suscitada por la incoación del expediente entrañase interés general o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento, la Administración podrá limitar los efectos del desistimiento o la renuncia al interesado y seguirá el procedimiento».

Del contenido de los preceptos citados se desprende que todo interesado, en este caso, las entidades JAZZTEL y TELEFONICA, podrá desistir de su solicitud (artículo 90.1 de la LRJPAC).

Dicho desistimiento ha de realizarse por cualquier medio que permita su constancia (artículo 91.1 de la LRJPAC), requisito que cumple el escrito presentado por JAZZTEL en fecha 7 de marzo de 2007 que ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión el 8 de marzo del mismo año.

En consecuencia, tras dar por ejercido el derecho de desistimiento al que se refieren los artículos 90.1 y 91.1 de la citada LRJPAC por parte de JAZZTEL, esta Comisión, a la vista de que TELEFÓNICA no ha instado la continuación



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

del procedimiento y que, a tenor de lo deducido del procedimiento tramitado al efecto, no se da un interés general para su continuación ni se estima conveniente ni necesario sustanciar la cuestión objeto de aquél para su definición y esclarecimiento, ha de aceptar de plano el desistimiento, debiendo declarar concluso el procedimiento (artículo 91.2 de la LRJPAC).

Tal y como consta en el antecedente de hecho segundo, la Comisión procedió a comunicar a JAZZTEL y a TELEFONICA la apertura de un periodo de información previa que se abrió con el fin de conocer con mayor detalle las circunstancias concretas de la reclamación presentada.

Principalmente, JAZZTEL reclamaba el pago de unas penalizaciones por incumplimiento que habían sido reconocidas en la Resolución de 9 de junio de 2005. Esta deuda, a su vez, suponía, a juicio de JAZZTEL, el incumplimiento de dicha Resolución, por lo que en el marco de esta información previa habría que analizar, además, la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento sancionador.

En cuanto a la reclamación del pago de las penalizaciones, es necesario indicar que JAZZTEL solicitó con fecha 16 de enero de 2006 a esta Comisión la ejecución forzosa de la Resolución de 9 de junio de 2005, dando lugar al expediente RO 2006/135.

Dentro del marco de este expediente, TELEFONICA alegaba que había realizado el pago de penalizaciones debidas derivadas de la Resolución de 9 de junio de 2005. Una vez reconocida la obligación de TELEFONICA de abonar las penalizaciones y pagadas ciertas cantidades, el tema controvertido fue el monto total de la deuda sobre el que ambos operadores discrepaban, por un lado TELEFONICA alegaba que había pagado toda la deuda y por otro, JAZZTEL alegaba que el expediente debía continuar porque no se había cubierto toda la deuda.

Posteriormente, los dos operadores alcanzaron un acuerdo al respecto, cerrándose el expediente por desistimiento de JAZZTEL a través de la Resolución de 29 de marzo de 2007.

Respecto a la denuncia de JAZZTEL que ha dado lugar a la apertura del presente expediente, es necesario tener en cuenta que JAZZTEL ha desistido de los dos procedimientos abiertos que versaban sobre el impago de penalizaciones. El desistimiento tiene efectos en la medida que supone un acuerdo entre ambos operadores. Es decir, el conflicto desaparece porque ambos operadores han llegado a un arreglo entre ellos sin que esta Comisión considere que dicho conflicto deba continuar abierto. Por tanto se acepta el desistimiento y se declara concluso el conflicto en cuanto al pago de las penalizaciones.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Respecto del supuesto incumplimiento de la Resolución de 9 de junio de 2005 alegado también por JAZZTEL, es importante destacar el hecho de que TELEFONICA pagó una cantidad en concepto de penalizaciones dentro del procedimiento de ejecución forzosa, RO 2005/135. JAZZTEL y TELEFONICA no estaban de acuerdo sobre si esa cantidad cubría la deuda total o, únicamente, parte. Del primer desistimiento de JAZZTEL en la ejecución forzosa, se deriva que ésta da por cumplida la Resolución de 9 de junio de 2005.

Por tanto, tomando en consideración tanto el desistimiento como el hecho de que TELEFONICA realizó un pago, esta Comisión no aprecia la existencia de indicios suficientes de que la conducta de TELEFONICA suponga un incumplimiento de la Resolución de 9 de junio de 2005.

Vistos los citados antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, esta Comisión,

RESUELVE

Único.- Declarar concluso el conflicto planteado entre TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. y JAZZ TELECOM, S.A.U. y proceder al archivo de la información previa abierta en relación con la liquidación de penalizaciones derivadas del expediente DT 2005/259 en cuanto al servicio de tendido de cable interno.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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