



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 20/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 7 de junio de 2007, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA ENTIDAD TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 2 DE NOVIEMBRE DE 2006 SOBRE EL CONFLICTO DE ACCESO ENTRE JAZZ TELECOM, S.A.U., Y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., EN RELACIÓN CON EL RECHAZO DE SOLICITUDES DE COUBICACIÓN DE LA OFERTA DE ACCESO AL BUCLE DE ABONADO (OBA) POR FALTA DE ESPACIO (DT 2006/75)

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. contra la Resolución de esta Comisión de fecha 2 de noviembre de 2006, sobre el conflicto de acceso entre JAZZ TELECOM, S.A.U. y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., en relación con el rechazo de solicitudes de coubicación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado por falta de espacio (DT 2006/75), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 20/07 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 7 de junio de 2007, recaída en el expediente AJ 2006/1530



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

HECHOS

PRIMERO.- Mediante acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 2 de noviembre de 2006, se adoptó resolución por la que se resuelve el conflicto de acceso entre JAZZ TELECOM, S.A.U. (en adelante, JAZZTEL), y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TESAU) en relación con el rechazo de coubicación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (en adelante, OBA) por falta de espacio.

A través del Resuelve de la citada Resolución, esta Comisión decidió, entre otras cuestiones, lo siguiente:

“Tercero.- *Instar a Telefónica a solventar a la mayor brevedad posible el estado actual de saturación de los sistemas de climatización en la central Madrid/Chamartín y a abstenerse de llevar a cabo actuaciones de ampliación de sus instalaciones de equipos de telecomunicaciones hasta el momento en que todas las solicitudes de coubicación actualmente no atendidas en esta central se hayan provisionado. Adicionalmente Telefónica deberá reportar para esta central, con periodicidad mensual y empezando desde la fecha 31 de septiembre de 2006, datos relativos al número de accesos de clientes finales y de clientes mayoristas, desglosados de la siguiente manera:*

- i. *Accesos de telefonía fija, incluyendo autoconsumo, detallado como sigue:*
 - *Accesos analógicos RTB (incluyendo TUP).*
 - *Accesos Básicos RDSI.*
 - *Accesos primarios RDSI y accesos digitales 2/6.*
- ii. *Accesos ADSL, incluidos los accesos de empresas filiales en su caso.*
- iii. *Accesos para el servicio Imagenio (TV de pago).*
- iv. *Número de accesos mayoristas ADSL (GigADSL-ATM, ADSL-IP).*
- v. *Otros”.*

SEGUNDO.- Con fecha 18 de diciembre de 2006, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por el representante de TESAU, en virtud del cual interpone recurso de reposición contra la citada Resolución de fecha 2 de noviembre de 2006.

La entidad recurrente muestra su disconformidad con la Resolución impugnada solicitando la *“nulidad o subsidiariamente la anulabilidad de las obligaciones establecidas en el resuelve tercero de la referida resolución”.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En concreto, TESAU fundamenta su recurso sobre la base de las siguientes alegaciones:

- Que la imposición de las obligaciones contenidas en el Resuelve Tercero de la resolución impugnada se ha producido al margen del procedimiento normativamente establecido para poder imponer nuevas obligaciones a los operadores declarados con poder significativo.
- Que la imposición de las obligaciones contenidas en el Resuelve Tercero de la resolución impugnada constituye una infracción del ordenamiento jurídico, por vulneración de los principios de objetividad y proporcionalidad consignados en el artículo 11.5 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTEL), vulnerando además, el derecho a la libertad de empresa postulado en la Constitución Española.
- Que la imposición de las obligaciones contenidas en el Resuelve Tercero de la Resolución impugnada se ha realizado omitiendo cualquier justificación o motivación sobre su necesidad y procedencia, e infringiendo, por tanto, el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

TERCERO.- Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 112.2 de la LRJPAC, mediante escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 19 de diciembre de 2006, se les notificó a los interesados la apertura del procediendo adjuntándole a JAZZTEL una copia del escrito del recurso interpuesto, para que en el plazo de 10 días alegase cuanto estimase.

Finalmente, JAZZTEL no ha presentado alegaciones.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Admisión a trámite y delimitación del objeto

La Resolución de esta Comisión de fecha 2 de noviembre de 2006 pone fin a la vía administrativa por lo que es recurrible en reposición, tal y como dispone el artículo 116 de la LRJPAC.

La recurrente califica expresamente su escrito como recurso de reposición, fundamentando la solicitud sobre la base de los artículos 62 y 63 de la LRJPAC, tal y como exige el artículo 107 de la propia LRJPAC.

Por todo ello, esta Comisión considera que el recurso ha sido interpuesto cumpliendo con todos los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC. Asimismo, se ha interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la citada Ley.

Teniendo en cuenta lo anterior, se admite a trámite el Recurso de Reposición interpuesto por la entidad TESAU contra la Resolución de esta Comisión de fecha 2 de noviembre de 2006.

SEGUNDO.- Competencia y plazo para resolver

La competencia para resolver el presente recurso corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

Asimismo, el presente recurso deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, tal y como dispone el artículo 117.2 de la LRJPAC.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre la alegación de TESAU relativa a la imposición de obligaciones al margen del procedimiento legalmente establecido.

Señala TESAU que el establecimiento de las obligaciones impuestas en el Resuelve Tercero de la resolución de referencia se ha producido al margen del procedimiento legalmente establecido para la imposición de las obligaciones a



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

los operadores declarados con poder significativo, por lo que la resolución adolece de nulidad de pleno derecho, de acuerdo con el artículo 62.1.e de la LRJPAC.

Con anterioridad al análisis de la alegación presentada por TESAU, conviene determinar en el marco del presente recurso, la habilitación competencial de esta Comisión para la imposición de las medidas contenidas en la Resolución de fecha 2 de noviembre de 2006.

La LGTEL en su artículo 48.2, indica que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto, entre otras cuestiones, el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y la resolución de los conflictos entre operadores. Dichas competencias generales se concretan en la habilitación competencial de esta Comisión para actuar en esta materia, recogida en el apartado 3, 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.

Asimismo, y como consecuencia de la trasposición del artículo 5 de la Directiva 2002/19/CE, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva de acceso), la LGTEL establece en su artículo 11 apartado 4, 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 LGTel señala que *“de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de esta ley y de sus normas de desarrollo conocerá la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Ésta, previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo máximo de cuatro meses a partir del momento en que se pida su intervención, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva.”*

Por tanto, esta Comisión tiene habilitación competencial suficiente para resolver el conflicto suscitado entre JAZZTEL y TESAU, e imponer las medidas pertinentes dirigidas a resolver las cuestiones objeto del mismo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

No obstante, conviene aclarar en primer lugar, que el Resuelve Tercero de la Resolución de referencia, no contiene, tal y como pretende TESAU, un mandato obligacional ex novo como consecuencia del análisis del mercado de referencia, ya que lo que se pretende por esta Comisión es garantizar que TESAU de cumplimiento a las obligaciones que en materia de acceso al Bucle de abonado tiene impuestas mediante la Resolución de fecha 11 de mayo de 2006, que define y analiza el Mercado 11 sobre el acceso desagregado al por mayor a los bucles y subbucles metálicos a efectos de prestación de servicios de banda ancha y vocales, las cuales siguen vigentes.

Así, en la referida Resolución de 11 de mayo de 2006, esta Comisión consideró necesario imponer a TESAU, entre otras, las siguientes obligaciones:

“1º Obligación de proporcionar los servicios mayoristas de acceso completamente desagregado y parcialmente desagregado al bucle de abonado a todos los operadores, a precios regulados. La efectividad de esta obligación requiere de la imposición genérica de las siguientes imposiciones:

- a) Atender a las solicitudes razonables de acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización (arts. 13.1d de la LGTel y 10 del Reglamento de Mercados; art. 12 de la Directiva de Acceso).*
- b)...*

2º Obligación de no discriminación en las condiciones de acceso desagregado al bucle. Obligación de no discriminación en las condiciones de acceso (arts. 13.1b de la LGTel y 8 del Reglamento de Mercados; art. 10 de la Directiva de Acceso).”

Teniendo en cuenta lo anterior, y sobre la base de la habilitación competencial atribuida a la Comisión en la normativa sectorial de las telecomunicaciones, que con fecha 2 de noviembre de 2006, se adoptó una resolución en el procedimiento administrativo sustanciado como consecuencia de la presentación de un conflicto de acceso entre las entidades TESAU y JAZZTEL, en la que se resolvió imponer una serie de medidas para obligar a TESAU a dar efectivo cumplimiento de la obligación de acceso a la que está sometida, y resolver así, el conflicto que le había sido planteado.

En cuanto al procedimiento que debe seguir la Comisión para la resolución de los conflictos presentados ante la misma, únicamente cabe decir que la Comisión como Administración Pública que es, está sometida a la normativa administrativa, siéndole de aplicación la LRJPAC. Así, el artículo 48 de la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

LGTEL establece que la Comisión “se regirá por lo dispuesto en esta Ley y disposiciones que la desarrollen, así como por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el ejercicio de las funciones públicas que esta Ley le atribuye...”.

Por ello, en los procedimientos de resolución de conflictos de interconexión debe ser de aplicación, como se ha hecho en este caso, la normativa procedimental común a todas las administraciones públicas, ya que de lo contrario sí se estaría vulnerando el derecho al procedimiento legalmente establecido.

SEGUNDO.- Sobre la supuesta falta de motivación de la resolución impugnada.

TESAU manifiesta que las obligaciones contenidas en el Resuelve Tercero de la Resolución impugnada “se realiza omitiendo cualquier justificación o motivación sobre su necesidad y procedencia, e infringiendo, por tanto, el artículo 54 de la Ley 30/92”.

Es por lo anterior, que TESAU solicita, al amparo del artículo 62.1.a de la LRJPAC, la nulidad de pleno derecho de las obligaciones del Resuelve Tercero, por vulnerar el artículo 24 de la Constitución Española, que postula el derecho a la defensa.

Para dar contestación a lo anterior, se hace necesario hacer un análisis del concreto contenido de la Resolución recurrida y, en particular, del Fundamento de Derecho Séptimo de la misma a efectos de determinar si realmente se ha producido el vicio procedimental alegado por TESAU.

En efecto, el citado Fundamento Séptimo de la Resolución recurrida, dedicado íntegramente al análisis de la falta de provisión del servicio de coubicación en la central Madrid/Chamartín, desarrolla extensamente los motivos que justifican la imposición de obligaciones del resuelve de la resolución ahora impugnada, que a modo de resumen se concretan en los siguientes:

- Como mínimo desde marzo de 2005 TESAU habría tenido constancia de la existencia de una demanda de servicios de coubicación que no podría satisfacerse debido a los problemas de saturación de los sistemas de climatización. Asimismo ha concurrido un período desde marzo de 2005 en el que, a pesar de haberse tachado de inviable la instalación de equipos OBA, con la consiguiente acumulación de solicitudes no satisfechas por parte de diversos operadores, TESAU no se ha abstenido de emplazar equipos propios hasta el 30 de enero de 2006. Por lo tanto, pueden constatarse indicios de trato discriminatorio por no



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

haber facilitado TESAU la ubicación de equipos de los operadores y sí de los propios.

- Adicionalmente, cabe destacar que no se tiene constancia de que el estado de saturación de los sistemas de climatización hayan afectado a la propia TESAU, como sí lo ha hecho a JAZZTEL, lo que vendría a agravar las deficiencias del servicio prestado por TESAU y supondría una clara falta de diligencia en la provisión del servicio de coubicación y un indicio de posible actitud discriminatoria por no haber prestado a JAZZTEL el servicio de coubicación en las mismas condiciones en que se lo hubiese prestado a sí misma.
- De los planos aportados por el operador se desprende que no existe un volumen significativo de espacio vacante o reservado en las salas de TESAU que pudiese emplazar los equipos de los operadores demandantes. No obstante, sí debe exigirse a TESAU que proceda de forma no discriminatoria evitando ofrecer unas condiciones en la prestación del servicio de coubicación inferiores a las que se ofrecería a sí misma y, por consiguiente, debe requerirse que no lleve a cabo ningún tipo de instalación de equipos propios hasta el momento en que la totalidad de la demanda actualmente no satisfecha se haya atendido. En consecuencia, no solamente debe instarse a TESAU a acelerar las acciones dirigidas a solventar el actual estado de saturación de los sistemas de climatización; adicionalmente, esta Comisión prestará especial atención a que en la central de Madrid/Chamartín TESAU no lleve a cabo acciones de crecimiento propio o ampliación de sus equipos de telecomunicaciones hasta el momento en que no exista solicitud alguna de coubicación pendiente de provisional

La motivación de los actos administrativos ha sido definida en innumerables ocasiones por la doctrina y jurisprudencia de nuestro país, como aquella exigencia de hacer públicas las razones de hecho y de Derecho que fundamentan el acto adoptado por el órgano administrativo, de tal forma que las partes puedan conocer las razones que condujeron a la decisión adoptada, que justifican el acto.

Ahora bien, la problemática surge a la hora de determinar, cuándo un acto administrativo, que en virtud de una norma debe motivarse, puede ser considerado suficientemente motivado sin que ello produzca indefensión a los interesados.

El Tribunal Supremo, en reiteradas ocasiones ha dado respuesta a lo anterior, defendiendo la postura que establece que para que un acto sea motivado no se requiere una extensa exposición de razonamientos, por lo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que *“la brevedad de los términos y la concisión expresiva de un acto administrativo no puede confundirse con su falta de motivación”* (STS de 12 de diciembre de 1990, RJ 1990/9918), sino que *“la suficiencia de la motivación viene determinada por un punto de referencia obligado, cual es la mayor o menor necesidad de un razonamiento más extenso o conciso, según las circunstancias que hayan de explicarse y las fundamentaciones que se precisen para que, en su virtud, las partes, puedan adecuadamente defenderse e invoquen cuantas alegaciones de hecho y de derecho tengan por conveniente, lo que constituye la genuina finalidad de la motivación legalmente exigida”* (STS 12 de enero de 1998, RJ 1998/819).

Así las cosas, esta Comisión, a la vista de lo anterior, considera que la motivación contenida en el Fundamento Séptimo de la Resolución de fecha 2 de noviembre de 2006, es suficiente para que las partes conozcan cual es la causa de las obligaciones contenidas en el Resuelve Tercero de la misma.

Sin perjuicio de lo anterior, en cualquier caso, la supuesta falta de motivación alegada por TESAU no le provocaría indefensión alguna ni constituiría causa de nulidad, puesto que la interesada siempre tiene la oportunidad de alegar cuanto estime conveniente, e incluso mostrar su oposición, a través de los correspondientes recursos que proceden de acuerdo con la legislación vigente.

Lo anterior, se apoya en la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, sirviendo de ejemplo la Sentencia de 26 de mayo de 2000 (RJ 2000/4801), que en relación a la falta de motivación de los actos administrativos, establece lo siguiente:

“De cualquier modo, la falta de motivación o la motivación defectuosa no constituye nunca un supuesto de nulidad de pleno derecho que el art. 62 de la Ley 30/1992 reserva para los supuestos que enumera, entre los que no aparece incluido éste. A lo más, puede ser un vicio de anulabilidad, de acuerdo con el art. 63.2 de la citada Ley, o implicar simplemente una mera irregularidad no invalidante. Ello dependerá de que haya producido o no indefensión al administrado. Y a tal efecto, el requisito de motivación puede considerarse cumplido, si responde a la doble finalidad de dar a conocer al destinatario las razones de la decisión que se adopta y permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los derechos (Sentencias del Tribunal Constitucional 79/1990 [RTC 1990\79], 199/1991, de 28 octubre [RTC 1991\199] y del Tribunal Supremo de 18-4 y 1-10-1988 [RJ 1988\3122 y RJ 1988\7413], 3-4-1990 [RJ 1990\3575], 4-6-1991 [RJ 1991\4861], 23-2-1995 [RJ 1995\1665], 12-1 y 11-12-1998 [RJ 1998\594 y RJ 1998\10261] entre muchas otras)”.

Esta Comisión debe desestimar la petición de TESAU, relativa a la declaración de nulidad de pleno derecho del resuelve tercero de la resolución de fecha 2 de noviembre de 2006, por considerar que la motivación sobre la que se sustentan



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

las medidas impuestas en dicho resuelve tercero, es suficiente para que TESAU conozca los motivos de dicha decisión.

TERCERO.- Sobre supuesta vulneración de los principios de objetividad y proporcionalidad consignados en el artículo 11.5 de la LGTEL

Señala la entidad impugnante, que la imposición de las obligaciones contenidas en el Resuelve Tercero de la resolución de 2 de noviembre de 2006, *“constituye una infracción del ordenamiento jurídico, por vulneración de los principios de objetividad y proporcionalidad consignados en el artículo 11.5 de la LGT”,* y una *“vulneración clara del principio de libertad de empresa protegido constitucionalmente (artículo 38)”*, por lo que procede, a juicio de TESAU, su anulabilidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63.1 de la LRJPAC.

En efecto, el artículo 11 de la LGTEL regulador de los principios aplicables al acceso a las redes y recursos asociados y a su interconexión, establece en su apartado quinto que las obligaciones y condiciones que se impongan deben ser objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias.

La objetividad en la actuación de esta Comisión no es una obligación impuesta única y exclusivamente en la normativa sectorial de las telecomunicaciones, sino que encuentra su máxima expresión en la Constitución Española, que en su artículo 103 establece que *“la administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y el derecho”*.

Así las cosas, y de acuerdo con dicho principio, las Administraciones Públicas, tienen la obligación de salvaguardar los intereses generales, mediante una actuación objetiva, carente de parcialidad y arbitrariedad, sirviendo con neutralidad a los administrados. Y esta, es una obligación que no puede ni debe eludir esta Comisión, como Administración Pública que es, y como garante del cumplimiento de las obligaciones impuestas a los operadores en la normativa sectorial de telecomunicaciones, que no persigue otra cosa la adecuada prestación de unos servicios a los que la Ley les otorga la consideración de servicios de interés general.

Nuestros tribunales han tratado en innumerables ocasiones el deber de objetividad en la actuación de las Administraciones Públicas, sirviendo de ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de mayo de 1988, que dejó establecido el criterio definitorio de lo que debe entenderse como actuación objetiva de la Administración, al manifestar lo siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“la Administración Pública tiene encomendada directamente por el texto constitucional la misión de gestionar los intereses generales, “servir” es el verbo que utiliza el artículo 106, incorporando así el significado etimológico de la propia denominación. La “generalidad” de los asuntos que conforman ese ámbito de actuación excluye, pues, por definición, cualquiera otra perspectiva parcial, tanto si proviene de la propia organización burocrática o de sus agentes, como si tiene un carácter sectorial dentro de la sociedad, aun cuando en principio puedan ser absolutamente legítimos. En el campo de las fuerzas de los intereses particulares, individuales o de grupo, la resultante histórica en cada momento conforma el interés público, que no es por tanto mera suma o yuxtaposición algo cuantitativo, sino más bien un sublimación cualitativa.

La característica inherente a la función administrativa es la objetividad, como equivalente a imparcialidad o neutralidad, de tal forma que cualquier actividad ha de desarrollarse en virtud de pautas estereotipadas, no de criterios subjetivos...”

La problemática que suscita la conceptualización de lo que debe ser objetivo o no, puede generar en ocasiones incertidumbre al administrado al considerar que las decisiones que le afectan carecen de la objetividad necesaria. Es por lo anterior, que la solución que posibilita garantizar la total objetividad de los actos administrativos, radica en la fundamentación que le sirve de base, o lo que es lo mismo, en la mayor o menor motivación de las decisiones administrativas.

Lo anterior es así, sobre la base de una aplicación práctica de los criterios jurisprudenciales existentes, sirviendo de ejemplo paradigmático la Sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo contencioso-administrativo) de 27 de febrero de 1990, que dejó establecido lo siguiente:

“para la debida solución del problema planteado, es de resaltar, que si la Administración Pública ha de servir con objetividad los intereses generales, cual lo impone el artículo 103 de nuestra Constitución, es mediante la motivación de sus actos, pues sólo a través de ella es como se puede conocer si la actuación merece la conceptualización de objetiva por adecuarse al cumplimiento de sus fines, sin que tal motivación se pueda cumplir con fórmulas convencionales, sino dando razón plena del proceso lógico y jurídico que determine la decisión”.

Por tanto, esta Comisión deber rechazar la pretensión relativa a la ausencia de objetividad alegada por TESAU, por considerar suficientemente motivados los fundamentos que sustentan la imposición de las obligaciones contenidas en el resuelve tercero de la resolución de fecha 2 de noviembre de 2006.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otro lado, y en lo referente a la alegación sobre la quiebra del principio de proporcionalidad, hay que señalar que es un principio general del derecho que emerge ocasionalmente en diversos sectores de nuestro derecho positivo, aunque, en cuanto principio general que es, aun cuando no se declare expresamente, es de exigible aplicación.

El Tribunal Constitucional ha tratado el principio de proporcionalidad profusamente, sentando las bases que deben regir su aplicación. Así, en su Sentencia número 207/1996, de 16 de diciembre (RTC/1996/207), dejó establecido lo siguiente:

“En este sentido, hemos destacado (SSTC 66/1995 [RTC 1995\66] y 55/1996 [RTC 1996\55]) que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: «si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”.

Por su parte, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 15 de enero de 2002 (RJ 2002/609), estableció lo siguiente:

“el principio de proporcionalidad expresa, en general, la necesidad de una adecuación o armonía entre el fin de interés público que se persiga y los medios que se empleen para alcanzarlo. Dicho principio es esencial en el Estado social de Derecho, con un relieve constitucional que se manifiesta especialmente en el ámbito de las intervenciones públicas en la esfera de los particulares. En el Derecho Administrativo, en que se concreta el Derecho constitucional, la proporcionalidad se manifiesta asimismo en distintos ámbitos, permitiendo una interpretación equilibrada del concepto de interés público. Consentida una intervención por razón del mismo, con la cobertura legal necesaria, será necesario preguntarse si la medida es necesaria, si cabe una intervención alternativa que lo pueda satisfacer igualmente y, en tal caso, si la misma resulta más favorable a la esfera de la libertad del administrado. La regla de proporcionalidad será aplicable en caso de respuesta positiva a estas preguntas”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Una vez sentadas las bases jurisprudenciales sobre los criterios a tener en cuenta para apreciar si existe vulneración del principio de proporcionalidad, se hace necesario analizar si las obligaciones impuestas en el resuelve tercero de la Resolución de fecha 2 de noviembre, han sobrepasado los límites de la esfera de libertad de TESAU.

Así, el resuelve tercero de la resolución ahora impugnada, contiene dos tipos de medidas impuestas a TESAU, a saber: i) abstenerse de llevar a cabo actuaciones de ampliación de sus instalaciones de equipos de telecomunicaciones hasta el momento en que todas las solicitudes de coubicación no atendidas en la central se hayan provisionado, y ii) la obligación de remisión a esta Comisión con periodicidad mensual de datos relativos al número de acceso de clientes finales y de clientes mayoristas.

En primer lugar, y al hilo de lo ya expuesto a lo largo de la presente resolución, cabe decir que la imposición de dichas obligaciones se ha producido bajo el amparo de una extensa motivación sobre las incidencias en lo que se refiere al servicio de acceso en la central Madrid/Chamartín, por lo tanto, no estamos ante la imposición de obligaciones arbitrarias y carentes de objetividad.

Además, las obligaciones impuestas responden a la necesidad de corregir incidencias que afectan directamente al interés general. Debemos recordar al respecto, que de acuerdo con el artículo 2.1 de la LGTEL que las telecomunicaciones son servicios de interés general, y en consecuencia, cualquier perturbación de una correcta prestación de servicios, supone un efecto negativo para los derechos de los usuarios finales.

Para ello la LGTEL atribuye competencia a esta Comisión, para actuar como garante de los mercados de telecomunicaciones en beneficio de los operadores, a través del establecimiento de una competencia efectiva, y en beneficio de los usuarios finales, como sujetos últimos que acceden a los servicios que los primeros les prestan. Dicha potestad encuentra cobertura en el artículo 11 de la LGTEL, al establecer que la Comisión puede intervenir en las relaciones entre los operadores *“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”*, y por eso el apartado cuarto del mismo artículo le atribuye a esta Comisión la facultad de imponer a los operadores obligaciones relativas al acceso e interconexión, unas obligaciones que *“serán objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias”*.

La imposición de dichas medidas pretenden asegurar el cumplimiento de las obligaciones que en materia de acceso tiene impuestas TESAU como operador con poder significativo en el mercado de referencia, y evitar así la existencia de discriminación del operador incumbente con respecto al resto de operadores que puedan solicitar el acceso a la central Madrid/Chamartín. En definitiva, lo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que se persigue es evitar una posible situación de desigualdad, que implicaría la existencia de falta competencia efectiva en el mercado de referencia, y un clara perjuicio a los usuarios finales.

Así, la no aplicación de dichas obligaciones implicaría, a juicio de esta Comisión, un perjuicio a terceros interesados, en este caso JAZZTEL y los usuarios de éste, así como a aquellos operadores que soliciten el acceso a la central de referencia, por lo que ponderando los intereses contrapuestos, esta Comisión ha considerado la prevalencia de un interés general concretado es la existencia de competencia efectiva en el mercado de referencia, y la protección de los usuarios finales.

Por otra parte, y en lo que se refiere a la argumentación relativa a la posible vulneración del derecho a la libertad de empresa postulado en el artículo 38 de la Constitución Española, se hace necesario poner en conocimiento de TESAU, la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional (sala de lo Contencioso-Administrativo) de fecha 26 de octubre de 2006, que dice lo siguiente:

“Por otra parte, igual suerte ha de correr la argumentación relativa a la pretendida vulneración de la libertad de empresa (artículo 38 de la Constitución) y aún del derecho de propiedad, pues las funciones de control frente a prácticas anticompetitivas que la legalidad, según lo ya expuesto en la presente resolución, otorga a la CMT en nada obsta, y el supuesto presente no es excepción, al contenido de la libertad de empresa, consistente, para la mejor dogmática constitucional, en un derecho fundamental de acceso a un ámbito (acceder y permanecer en el mercado, o, en otras palabras, iniciar y desarrollar actividades productivas), no un derecho fundamental a que ese ámbito se regule de un modo determinado.

En tal orden, el único límite al criterio libre del legislador es que la regulación de que se trate no sea manifiestamente arbitraria o desproporcionada (Sentencias del Tribunal Constitucional 37/1981, 225/1983 etc.) y, así, el Tribunal Constitucional ha afirmando, de forma nítida, que las normas tendentes a la defensa de la libre competencia son plenamente compatibles con el artículo 38 de la Constitución (Sentencias 88/1986, 225/1993 y 208/1999) y, por ejemplo, y aún cuando se trate de áreas diferentes a la en este momento tratada, ha admitido, sin reservas sustanciales, las regulaciones sobre calidad de los productos (Sentencia 52/1988) o sobre horarios comerciales (Sentencia 225/1993). Es palmario que la CMT, en la resolución impugnada, ha ejercido una competencia específica, sin extralimitación alguna, desplegando una función de control que propende a la salvaguarda de la libre competencia, que en nada socava o restringe el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

contenido esencial de la libertad de empresa ni, por supuesto, el derecho de propiedad.

En suma, al producirse la actividad administrativa a partir de un título competencia predeterminado y con más que suficiente motivación, no cabe admitir adolezca de tacha de nulidad o anulabilidad”.

En virtud de lo anterior, este motivo de impugnación debe ser rechazado puesto que la Resolución recurrida respeta en todo momento el principio de proporcionalidad que debe presidir la actuación administrativa y conforme al cual se deben cumplir tres condiciones: (i) que la medida sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto; (ii) que además sea necesaria en sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia y, (iii) finalmente, que la misma sea proporcionada en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Primero.- Desestimar el recurso de reposición interpuesto por TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. contra la Resolución de esta Comisión de fecha 2 de noviembre de 2006, sobre el conflicto de acceso entre JAZZ TELECOM, S.A.U., y TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U., en relación con el rechazo de solicitudes de coubicación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado por falta de espacio (DT 2006/75), y confirmar la Resolución impugnada en sus propios términos.

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, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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