



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 N^o 19/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 24 de mayo de 2007, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con el expediente **RO 2006/513** se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL CONFLICTO DE ACCESO ENTRE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. Y JAZZ TELECOM, S.A.U., ALBURA TELECOMUNICACIONES Y COMUNITEL GLOBAL, S.A. POR SUPUESTO INCUMPLIMIENTO DE LA OFERTA DE ACCESO AL BUCLE DE ABONADO (OBA) EN RELACIÓN CON EL USO EFECTIVO DEL ESPACIO ASIGNADO EN LAS SALAS OBA EN LAS CENTRALES DE MÁLAGA/LARIOS, MÁLAGA/RONDA Y MÁLAGA/SAN PEDRO DE ALCÁNTARA.

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero.- El 6 de abril de 2006 tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante Telefónica), por el que viene a presentar conflicto de acceso contra JAZZ TELECOM, S.A.U. (en adelante Jazztel). Telefónica formula denuncia contra Jazztel por incumplimiento de la Oferta del Bucle de Abonado (OBA) al considerar que este operador no está haciendo un uso efectivo del espacio asignado en las Salas OBA en la central Málaga/Ronda.

Asimismo, con fecha 6 de abril de 2006 tuvieron entrada en el Registro de esta Comisión dos escritos de Telefónica por los que venía a presentar distintos



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

conflictos de acceso contra Jazztel, ALBURA TELECOMUNICACIONES (actualmente T-Online) y COMUNITEL GLOBAL, S.A. (en adelante Comunitel) con el mismo objeto que los escritos anteriores, esto es, obtener la liberación del espacio asignado a estos operadores y pendientes de ocupación o utilización efectiva en las centrales de Málaga/Larios y Málaga/ San Pedro de Alcántara respectivamente. Debido a la conexión existente entre los tres escritos de Telefónica, se decidió estudiar conjuntamente los mismos.

Telefónica manifiesta, en su primer escrito, que Jazztel solicitó coubicación en la central de Málaga/Ronda con fecha 20 de diciembre de 2004. La sala OBA realizada a instancias de la primera solicitud de coubicación de Jazztel fue concluida con fecha 19 de abril de 2005 y a tal efecto aporta un certificado de la contrata adjudicataria. Telefónica indica que Jazztel todavía no ha ocupado ninguno de los espacios que le fueron asignados como consecuencia de su petición de coubicación. Por todo lo expuesto Telefónica considera acreditado que Jazztel no está haciendo un uso efectivo del espacio asignado y solicita también como prueba la inspección de la central Málaga/Ronda.

Telefónica considera que la actuación de Jazztel, además de un incumplimiento de contrato, supone un abuso de derecho por ejercer el derecho de ocupación de espacios que le otorga la OBA de un modo abusivo y antisocial al provocar graves perjuicios a Telefónica y también a otros operadores y, por tanto, al mercado y a la competencia. Según Telefónica la actuación denunciada no es un caso aislado sino que constituye una práctica habitual de Jazztel. A tal efecto solicita que se consideren las 36 Actas Notariales que conforman el Grupo Documental nº1 del Recurso de Reposición formulado por Telefónica contra la Resolución del 29 de septiembre de 2005 relativa al Expediente DT 2005/259, así como a las Actas Notariales levantadas en 4 centrales destacadas por Jazztel y en otras 5 centrales elegidas al azar aportadas por Telefónica en el marco del expediente DT 2005/811 y también las Actas de Inspección levantadas por esta CMT en el marco de los expedientes DT 2005/1193 y DT 2005/1516.

Telefónica solicita que se ordene a Jazztel la liberación a su costa del espacio asignado y pendiente de ocupación o de utilización efectiva en la central Málaga/ Ronda.

En lo que respecta a su escrito relativo a la central de Málaga/Larios, Telefónica expone que Jazztel solicitó coubicación en dicha central con fecha 24 de mayo de 2005; T-Online realizó una primera solicitud de coubicación el 6 de mayo de 2005 y, además, una nueva petición de coubicación el 6 de junio de 2005. Finalmente, Telefónica manifiesta que Comunitel solicitó coubicación en la citada central en fecha 16 de noviembre de 2005. La Sala OBA realizada



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

a instancia de dichas solicitudes fue concluida el 29 de septiembre de 2005, aportando al efecto un certificado de la contrata adjudicataria.

Telefónica señala que ninguno de estos operadores está haciendo ni siquiera un mínimo uso del espacio asignado en las Salas OBA, es decir, no hay uso efectivo del referido espacio, y emplea los mismos argumentos que en el escrito relativo a la central de Málaga/Ronda antes expuesto. Esto es, que la conducta de dichos operadores, además de constituir un incumplimiento de contrato, supone un ejercicio abusivo de su derecho, por lo que solicita se ordene a estos operadores la liberación a su costa del espacio asignado y pendiente de ocupación.

Por último, en su tercer escrito de fecha de entrada en el Registro de esta Comisión de 6 de abril de 2006, Telefónica expone que Jazztel solicitó coubicación en la central de Málaga/San Pedro de Alcántara en fecha 20 de diciembre de 2004 y, posteriormente, realizó una segunda petición de coubicación en la misma central en fecha 27 de junio de 2005. Por su parte, T-Online solicitó coubicación en la citada central el 17 de junio de 2005 y Comunitel, en fecha 13 de diciembre de 2005. La Sala OBA realizada a instancia de dichas solicitudes fue concluida el 20 de abril de 2005 y a tal efecto, se aporta copia del certificado de la contrata adjudicataria.

Telefónica, de manera idéntica a los escritos anteriores, denuncia que ninguno de estos operadores está haciendo uso del espacio asignado en las Salas OBA lo que supone un incumplimiento de contrato y un ejercicio abusivo de su derecho, por lo que solicita se ordene a estos operadores la liberación del espacio asignado y no ocupado.

Segundo.- Mediante escritos del Secretario de esta Comisión fechados el día 12 de mayo de 2006, y en cumplimiento de lo establecido en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), se comunicó a los interesados, Telefónica, Jazztel, T-Online y Comunitel, que había quedado iniciado expediente administrativo para la resolución del conflicto planteado por la primera de estas entidades.

Asimismo, debido a la identidad sustancial e íntima conexión de las solicitudes presentadas por Telefónica se decidió tramitar las mismas en el marco de un único procedimiento administrativo, según establece el artículo 73 de la LRJPAC.

Tercero. Con fecha 21 de junio de 2006 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de T-Online mediante el cual realizaba las siguientes alegaciones:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Que T-Online, tal y como afirma Telefónica, realizó una solicitud de coubicación en la central de Málaga/San Pedro de Alcántara el 17 de junio de 2005, además de la fuerza pareja de automáticos de 40 Amperios y, posteriormente, solicitó una nueva fuerza pareja de automáticos de 40 Amperios el 8 de noviembre de 2005.

Que, en el replanteo de la central para revisar la existencia de alguna incidencia de cara a efectuar el proceso de instalación en fecha 4 de enero de 2006, T-Online comprobó que la segunda solicitud correspondiente a la fuerza pareja de automáticos de 40 Amperios no había sido entregada. A tal efecto, con fecha 11 de enero de 2006 T-Online abrió una incidencia a Telefónica y no fue hasta el 4 de mayo de 2006 cuando Telefónica entregó a T-Online la solicitud de fecha de 8 de noviembre de 2005. Por esta razón, T-Online argumenta que no ha dispuesto de las condiciones necesarias para coubicar sus equipos hasta el 4 de mayo de 2006.

Que Telefónica ha incumplido sus obligaciones derivadas de la OBA puesto que no realizó en el plazo estipulado en la OBA las actuaciones necesarias para que T-Online pudiera coubicar sus equipos en la central de Málaga/San Pedro de Alcántara.

En lo que respecta a la central de Málaga/Larios, T-Online manifiesta que en el espacio que tiene asignado sí ha procedido a instalar determinados equipos por lo que, según este operador, no puede decirse que no haga un uso efectivo de dicho espacio.

Por último, en relación con el abuso de derecho que denuncia Telefónica, T-Online alega que si no ha ocupado efectivamente el espacio asignado, ha sido debido a los incumplimientos por parte de Telefónica, consistentes en no atender a las solicitudes de servicios referidas con anterioridad.

Cuarto.- Con fecha 22 de junio de 2006 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Comunitel por medio del cual este operador venía a presentar alegaciones al presente expediente.

Comunitel, tras detallar el plan de actuaciones que pretende realizar con el espacio que le ha sido asignado sostiene, en primer lugar, que en ningún caso se puede considerar que la conducta de este operador pueda calificarse como un abuso de derecho, puesto que no concurren los requisitos exigidos por el Tribunal Supremo para la apreciación de esta figura. En concreto, no existe intención de perjudicar, ni tampoco perjuicios patentes ni a Telefónica ni a terceros.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En segundo lugar, este operador manifiesta que no se puede considerar que su conducta en las centrales de Málaga/Larios y Málaga/San Pedro de Alcántara puede calificarse como su *modus operandi* habitual, tal y como sostiene Telefónica, dado el grado de ocupación del espacio asignado a Comunitel en coubicación en las distintas centrales de Telefónica.

En último lugar, Comunitel solicita a esta Comisión que establezca unos criterios para la determinación de lo que se ha de considerar como un uso efectivo del espacio asignado, y no dejar este aspecto a la interpretación de Telefónica.

Quinto.- Con fecha 27 de septiembre de 2006 se requirió a Telefónica la información relativa a las fechas en las que Telefónica notificó a los distintos operadores denunciados, por carta y mediante correo electrónico, la finalización de la obra de habilitación y la disponibilidad de cada uno de los espacios de coubicación solicitados, así como, en caso de existir, las fechas de recepción y cierre de cualquier incidencia de provisión relativa a los espacios de coubicación y servicios asociados (alimentación, aire acondicionado, etc.).

También se requirió que indicase conforme a las definiciones del anexo del expediente DT 2005/1327, el espacio vacante y el espacio recuperado disponible en las centrales de Málaga/Ronda, Málaga/Larios y Málaga/San Pedro de Alcántara en los momentos en que los operadores denunciados realizaron las peticiones de espacio de coubicación, así como el espacio disponible en el momento del requerimiento. Finalmente se requirió el número total de bucles instalados en las centrales objeto de conflicto y el número total de bucles activos (contabilizando tanto pares con servicio prestado por Telefónica como completamente desagregados).

Con fecha 30 de octubre de 2006 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Telefónica, aportando la información solicitada.

Sexto.- Con fecha 27 de mayo de 2006 se requirió a Jazztel, de igual modo que a Telefónica, información relativa a las fechas en las que Telefónica le notificó, por carta y mediante correo electrónico, la finalización de la obra de habilitación y la disponibilidad de cada uno de los espacios de coubicación solicitados, así como, en caso de existir, las fechas de recepción y cierre de cualquier incidencia de provisión relativa a los espacios de coubicación y servicios asociados (alimentación, aire acondicionado, etc.). Adicionalmente se requirieron las fechas y documentación acreditativa si existiera de las actuaciones realizadas por Jazztel relacionadas con los espacios asignados. Por último, se requirió el estado de ocupación de los espacios asignados (elementos instalados) o fechas previstas para ocupación de espacios.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con fecha 25 de octubre de 2006 tuvo entrada en el Registro de la CMT escrito de Jazztel, aportando la información solicitada.

Séptimo.- De acuerdo con lo establecido en el artículo 84 de la LRJPAC, con fecha 2 de febrero de 2007 se procedió a la apertura del trámite de audiencia, en el que los Servicios de la Comisión informaron sobre las diferentes cuestiones objeto del procedimiento, otorgando un plazo de 10 días a las partes, a fin de que alegaran y presentaran los documentos y justificaciones que estimasen pertinentes.

Octavo.- Con fecha 26 de febrero de 2007 se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de Telefónica mediante el cual venía a realizar alegaciones al trámite de audiencia.

En concreto, Telefónica reitera las alegaciones contenidas en sus escritos de 6 de abril de 2006 y manifiesta su desacuerdo con las conclusiones alcanzadas en el Informe de los Servicios en cuanto a las conclusiones en relación con la ocupación efectiva del espacio por los operadores denunciados, y la falta de aplicación del abuso de derecho al presente caso.

Noveno.- Con fecha 27 de febrero de 2007 se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de Comunitel mediante el cual se muestra conforme con las conclusiones alcanzadas en el Informe de los Servicios, y viene a aportar información actualizada sobre las actuaciones realizadas en las centrales objeto del presente procedimiento.

Décimo.- Mediante escrito de fecha de entrada en el Registro de esta Comisión de 13 de marzo de 2007, Telefónica solicitó que fuera aceptado su desistimiento respecto del conflicto planteado contra Jazztel en relación con la liberación del espacio en la central de Málaga/Ronda, y se diera así por concluido el mismo. Jazztel procedió a aceptar dicho desistimiento por medio de escrito de fecha 19 de abril de 2007.

A los anteriores hechos le son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

El artículo 11.4 de la LGTel establece que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 del mismo texto legal. 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.

Segundo.- Objeto del procedimiento.

El presente procedimiento tiene por objeto el análisis de la información aportada con el fin de determinar si procede el reconocimiento de una situación de falta de uso efectivo del espacio asignado en salas OBA con la consecuente posibilidad de recuperación del mismo, por parte de las entidades Jazztel, T-Online y Comunitel, y si esta actuación supone un abuso de su derecho a la ocupación de espacio en coubicación.

Tercero. Obligaciones de Telefónica en materia de acceso al bucle

Mediante Resolución del Consejo de la CMT de 11 de mayo de 2006, se define y analiza el Mercado de acceso desagregado al por mayor (incluido el acceso compartido) a los bucles y subbucles metálicos a efectos de prestación de servicios de banda ancha y vocales. En esta Resolución se determina que Telefónica tiene poder significativo en el mercado de referencia, en el sentido de lo dispuesto en el apartado 2, artículo 14, de la Directiva Marco, y en el Anexo 2, apartado 8 de la LGTel y en consecuencia, se imponen a Telefónica las obligaciones de acceso, orientación a costes, transparencia, separación de cuentas y no discriminación. La Resolución de 11 de mayo de 2006 fue publicada en el BOE de 24 de mayo de 2006.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Las obligaciones impuestas a Telefónica son las siguientes:

- 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) Ofrecer el servicio de acceso al bucle a precios orientados en función de los costes de producción (arts.13.1e de la LGTel y 11 del Reglamento de Mercados; art. 13 de la Directiva de Acceso) a los operadores de red fija que así lo soliciten.
 - c) Separar sus cuentas para sus actividades relacionadas con el acceso desagregado al bucle de abonado (arts. 13.1c de la LGTel y 9 del Reglamento de Mercados; art. 11 de la Directiva de Acceso).

- 2º. Obligación de transparencia en la prestación de los servicios de acceso desagregado al bucle de abonado. Telefónica está obligada a la publicación de una oferta de Referencia para la prestación de los servicios de acceso al bucle de abonado suficientemente desglosada para garantizar que no se exija pagar por recursos que no sean necesarios para el servicio requerido (arts. 13.1 a) de la LGTel y 7 del Reglamento de Mercados; art. 9 de la Directiva de Acceso).

- 3º. 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).

Cuarto.- Marco regulatorio en materia de utilización efectiva y revocación de espacio no utilizado

En la OBA de octubre de 2005, la estipulación octava del contrato-tipo para la provisión por Telefónica del servicio de ubicación en las modalidades de acceso completamente desagregado y compartido al bucle de abonado, establecía en lo relativo a la utilización del espacio que *“Será requisito imprescindible para el mantenimiento del derecho de ocupación del espacio asignado al OPERADOR AUTORIZADO, la utilización efectiva del mismo, en los términos establecidos en el artículo 9.10 del Reglamento de Acceso al Bucle de Abonado (RD 3456/2000, de 22 de diciembre) y en la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de TELEFÓNICA DE ESPAÑA vigente”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En cuanto a la OBA, se hace referencia a la utilización efectiva en su apartado 2.15.10.5 que establece que *“Cuando la baja haya de producirse como resultado de resolución dictada por la CMT en el ejercicio de sus competencias, revocando el derecho a mantener el espacio para la ubicación de equipos por su utilización no efectiva, (...), se aplicará el procedimiento concreto establecido en dicha resolución.”*

Por otro lado, el artículo 9.10 del Reglamento de Acceso al Bucle de Abonado (RD 3456/2000, de 22 de diciembre) establecía lo siguiente: *“Será requisito imprescindible para mantener el derecho de ocupación del espacio asignado a los operadores autorizados para la ubicación de equipos la utilización efectiva del mismo, en la forma que se determine en la oferta de acceso al bucle de abonado. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá dictar, de oficio o a instancia de los interesados, resolución revocando el derecho de mantener o ampliar el espacio asignado a los operadores autorizados para la ubicación de equipos, en caso de no utilización efectiva del mismo.”*

Sin embargo, debe señalarse que el Reglamento de Acceso al Bucle de Abonado (RD 3456/2000, de 22 de diciembre) fue derogado por el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración (en adelante, Reglamento de mercados) -RD2296/2004, de 10 de diciembre-. El Reglamento de mercados actualmente en vigor fija, en su Anexo II la *“Lista mínima de elementos que deben figurar en la oferta de referencia para el acceso desagregado al bucle de abonado basado en pares metálicos”*, mencionando en el punto II.2 como elemento de esta lista *“Requisitos o restricciones para equipos ubicados por los operadores autorizados”* así como en el punto II.5 *“Criterios para la atención de solicitudes de ubicación, en particular, cuando exista limitación de espacio.”*

De esta forma, mediante Resolución del Consejo de la CMT de 14 de septiembre de 2006, se aprobó la modificación de la OBA y en el nuevo documento se determinan los términos y plazos para considerar que la utilización de los espacios asignados es efectiva, así como el procedimiento a seguir para reasignar el espacio en caso de no alcanzar dicha condición.

En concreto, el apartado 2.3 de la OBA establece que *“se considerará que la utilización será efectiva siempre que en un plazo razonable desde la entrega del espacio se disponga de todos los servicios OBA y otros elementos necesarios (TCI, EdS y equipos propios) para la provisión del servicio a los usuarios. Se fija en 6 meses dicho plazo para que el operador titular del espacio lleve a cabo todas las actuaciones necesarias, si bien no se contabilizará el tiempo transcurrido desde la solicitud hasta la entrega de*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

recursos como tendidos de cable, entrega de señal o similares, ni retrasos por otras circunstancias no imputables al operador.

En el supuesto de que no alcanzaran la referida utilización efectiva por razones imputables al propio operador alternativo, y siempre y cuando Telefónica no dispusiera de más espacio vacante en el inmueble en cuestión, tras producirse nuevas solicitudes de espacio, Telefónica podría disponer del espacio no utilizado con efectividad, asignándolo a otro operador previa comunicación oportuna al operador coubicado conforme al procedimiento de reasignación.”

Quinto.- Análisis de la ocupación efectiva en el presente expediente

Telefónica manifiesta que Jazztel solicitó coubicación en la central de Málaga/Larios con fecha 24 de mayo de 2005; T-Online realizó una primera solicitud de coubicación en dicha central el 6 de mayo de 2005 y, asimismo, una nueva petición de coubicación el 6 de junio de 2005. Finalmente, Telefónica expone que Comunitel solicitó coubicación en la citada central en fecha 16 de noviembre de 2005. La Sala OBA realizada a instancias de dichas solicitudes fue concluida el 29 de septiembre de 2005, según consta en el certificado de la contrata adjudicataria aportado.

En relación con esta central, Jazztel aporta documentación acreditativa de la apertura de incidencias a partir del mes de abril de 2006, y no hay constancia de que existieran incidencias con otros operadores.

Por otra parte, Telefónica expone que Jazztel solicitó coubicación en la central de Málaga/San Pedro de Alcántara en fecha 20 de diciembre de 2004 y, posteriormente, realizó una segunda petición de coubicación en la misma central en fecha 27 de junio de 2005. Por su parte, T-Online solicitó coubicación en la citada central el 17 de junio de 2005 y Comunitel, en fecha 13 de diciembre de 2005.

La Sala OBA realizada a instancias de dichas solicitudes fue concluida el 20 de abril de 2005 y a tal efecto, se aporta copia del certificado de la contrata adjudicataria. No obstante, de la información aportada por los operadores se desprende que T-Online tuvo una incidencia en relación con la entrega de la alimentación eléctrica, que se inició en enero de 2006 y concluyó en el mes de mayo de 2006.

Sobre las actuaciones previas a la activación y prestación del servicio

En este punto debe tenerse en cuenta que la OBA de octubre de 2005 no detallaba ningún conjunto de condiciones u obligaciones para determinar si se está realizando o no un uso efectivo de un espacio de coubicación asignado ni tampoco se determinaba ningún plazo. Sin embargo, como se ha señalado, la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

actual redacción de la OBA establece, en su apartado 2.3, los términos y plazos para considerar que la utilización de los espacios asignados es efectiva, así como también el procedimiento a seguir para reasignar el espacio en caso de no alcanzar dicha condición. Por esta razón, en el análisis presentado a continuación se han aplicado los criterios conforme a lo resuelto en la OBA de septiembre de 2006 al objeto de poder determinar la utilización efectiva del espacio en las centrales de Málaga/Larios y Málaga/San Pedro de Alcántara por Jazztel, T-Online y Comunitel, y su posible recuperación.

La OBA, como oferta de referencia, es una exigencia consecuencia de una obligación de transparencia y no discriminación impuesta a Telefónica en virtud de haber sido designado como operador con poder significativo en el mercado por la Resolución del 11 de mayo de 2006 relativa al mercado de acceso desagregado al por mayor (incluido el acceso compartido) a los bucles y subbucles metálicos y de acuerdo con lo establecido en el artículo 13.a de la LGT y artículo 7.1 del Reglamento de Mercados. Según el artículo 4 de dicho Reglamento, las obligaciones impuestas, y como consecuencia, la misma OBA, tienen como objetivo que el mercado se desarrolle en un entorno de competencia efectiva.

En consecuencia, el derecho a disponer de un espacio de coubicación recogido en la OBA es una medida para fomentar la competencia efectiva en el mercado, por lo que cualquier espacio asignado debe ser utilizado para la prestación del servicio, entendida ésta como utilización efectiva.

Puesto que una vez asignado un espacio de coubicación, la prestación del servicio requiere de un conjunto de actuaciones adicionales, es lógico considerar que la utilización efectiva comprenda no sólo la ocupación del espacio con los equipos necesarios para la prestación del servicio sino que comience con las actuaciones previas en el espacio de coubicación necesarias para su activación. La realización de dichas actuaciones es ya un indicador de la voluntad de prestar el servicio y por tanto del uso efectivo del espacio asignado.

En este sentido, el apartado 2.3 de la OBA de septiembre de 2006 estableció que la utilización del espacio será efectiva *“siempre que en un plazo razonable desde la entrega del espacio se disponga de todos los servicios OBA y otros elementos necesarios (TCI, EdS y equipos propios) para la provisión del servicio a los usuarios.”*

Por consiguiente, se trata en primer lugar de analizar si Jazztel, T-Online y Comunitel han realizado las actuaciones necesarias que demuestren su voluntad de activar la prestación del servicio y de realizar así un uso efectivo de los espacios asignados.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En su escrito de alegaciones recibido el 21 de junio de 2006, T-Online manifiesta que no ha procedido a realizar una utilización efectiva del espacio asignado en la central de Málaga/San Pedro de Alcántara porque Telefónica retrasó la provisión del suministro eléctrico y la incidencia no fue solucionada por Telefónica hasta el 4 de mayo de 2006. Además, T-Online expone que ya está realizando una ocupación efectiva del espacio asignado en la central de Málaga/Larios, puesto que dispone de determinados equipos instalados.

Comunitel en sus alegaciones detalla las actuaciones que ha llevado a cabo en las centrales de Málaga/Larios y Málaga/San Pedro de Alcántara para la ocupación del espacio asignado, así como los planes de ocupación para aquellas UNC's para las que todavía no ha solicitado a Telefónica los servicios necesarios para proceder a dicha ocupación.

En el escrito por el cual contesta al requerimiento de información emitido por esta Comisión en el que se solicita que remita fechas y documentación acreditativa, Jazztel expone que mantuvo negociaciones con un operador de fibra oscura para conectar varias centrales, incluidas dos de las relativas a este expediente, aunque finalmente no logró cerrarse ningún acuerdo, lo cual ya ha acreditado ante esta Comisión en varias ocasiones para otros expedientes. No obstante, Jazztel no menciona los planes de ocupación del espacio asignado en las centrales objeto del presente conflicto.

Las actuaciones a las que se refieren estos operadores, especialmente T-Online y Comunitel, hacen referencia al conjunto de elementos necesarios para la activación y prestación del servicio a los usuarios finales y son un signo inequívoco que demuestra su voluntad de activar la prestación del servicio y hacer uso efectivo de los espacios asignados. Por el contrario, Jazztel no ha especificado los planes de ocupación del espacio ni su voluntad de ocuparlo próximamente.

Sin embargo, la utilización efectiva de los espacios de coubicación, además de las actuaciones para la provisión de los elementos necesarios para la activación del servicio, implica también dos condicionantes más: el primero, que pueda existir un plazo límite para la ocupación del espacio asignado, y el segundo que se produzca una ocupación significativa del espacio de coubicación disponible.

Sobre la ocupación del espacio de coubicación solicitada y el plazo

Como se desprende del expediente DT 2005/1327, la reserva de espacio no ha sido considerada como una práctica aceptable, estableciéndose diversos escenarios en función del espacio existente y de la demanda de los operadores. En efecto, en virtud de la Resolución de 6 de febrero de 2006,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telefónica no puede rechazar ninguna petición de coubicación alegando motivos de espacio mientras se reserva una cantidad de espacio (el 25 %) para sí misma para uso futuro. Sin embargo, es obvio que la central y el espacio no dedicado a salas OBA, pertenecen a Telefónica y están a su disposición por lo que puede hacer sus reservas y previsiones futuras, todo ello mientras no existan problemas para atender solicitudes de coubicación.

Por analogía con las obligaciones de Telefónica, y de la misma forma en que se dictaminó por esta Comisión en la Resolución de 16 de noviembre de 2006¹, y tal y como se detalla en la actual redacción de la OBA, debe admitirse que, inicialmente mientras no existan problemas de espacio que impidan atender peticiones de coubicación de otros operadores, un operador autorizado pueda solicitar un determinado espacio en función de sus previsiones de usuarios, planes y plazos de crecimiento, o del tipo de servicios ofrecidos y de los equipos necesarios que deben ser instalados. Para el operador alternativo el mantenimiento y disponibilidad del espacio asignado tiene un coste mensual, además del coste inicial para realizar su habilitación, igual que lo tiene para Telefónica el mantenimiento de la central aunque haya espacio que no utilice.

Por tanto, sólo en el caso de que exista un problema de escasez de espacio en la central para atender las solicitudes de coubicación debería hacerse efectivo sobre los operadores, igual que se le ha impuesto a Telefónica, el criterio de no poder hacer reserva de espacio.

En consecuencia, y de acuerdo con las definiciones de espacio vacante y de espacio recuperado establecidas según la citada Resolución del 6 de febrero de 2006, Telefónica no podría rechazar solicitudes de coubicación sobre la base del concepto de reserva previa de espacio por su parte o por parte de un operador alternativo, cuando no exista más espacio vacante disponible en dicha central. Es decir, antes de hacer efectiva una actuación para la recuperación de espacio vacante adicional, Telefónica podrá utilizar y reasignar el espacio reservado por operadores alternativos en salas OBA existentes.

Como se ha razonado anteriormente, una vez asignado el espacio de coubicación se requiere un conjunto de actuaciones previas hasta poder solicitar prolongación de pares, consistente en disponer de todos los servicios OBA y elementos necesarios para la provisión del servicio a los usuarios (TCI, Entrega de Señal – EdS- , equipos propios).

A estos efectos se determinó entre las modificaciones introducidas en la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado, en concreto en el apartado 2.3 que se

¹ Resolución de la CMT de 16 de noviembre de 2006 sobre la denuncia de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. contra JAZZ TELECOM, S.A.U. por supuesto incumplimiento de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA) en relación con el uso del espacio asignado en la central de Málaga/Estepona. (DT 2006/327)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

considerará que la utilización será efectiva siempre que en un plazo razonable desde la entrega del espacio se disponga de todos los servicios OBA y otros elementos necesarios (TCI, EdS y equipos propios) para la provisión del servicio a los usuarios. Se fija en 6 meses dicho plazo para que el operador titular del espacio lleve a cabo todas las actuaciones necesarias, si bien no se contabilizará el tiempo transcurrido desde la solicitud hasta la entrega de recursos como tendidos de cable, entrega de señal o similares, ni retrasos por otras circunstancias no imputables al operador.

En el supuesto de que no alcanzaran la referida utilización efectiva por razones imputables al propio operador alternativo, y siempre y cuando Telefónica no dispusiera de más espacio vacante en el inmueble en cuestión, tras producirse nuevas solicitudes de espacio, Telefónica podría disponer del espacio no utilizado con efectividad, asignándolo a otro operador previa comunicación oportuna al operador coubicado conforme al procedimiento de reasignación.

Como se ha expuesto, dicha reasignación sólo debe ejecutarse en el caso de que se agote el espacio vacante en la central. Por tanto, a partir del mismo instante en que una central no disponga de más espacio vacante, por lo que la llegada de cualquier nueva solicitud de espacio de coubicación implicaría el inicio de una actuación de recuperación de espacio por parte de Telefónica, se considerará espacio reservado y por tanto susceptible de ser resignado, todo aquel espacio que no se encuentre ocupado o pendiente de ocupación con servicios solicitados a Telefónica y además haya transcurrido el plazo establecido anteriormente desde la notificación de la disponibilidad del espacio de coubicación.

Telefónica, de acuerdo con el citado apartado 2.3 de la OBA, deberá notificar a todos los operadores coubicados la fecha a partir de la cual ha dejado de existir espacio vacante en la central pudiendo producirse la reasignación del espacio considerado como espacio reservado. Desde la recepción de la notificación los operadores tendrían un plazo de 10 días hábiles para justificar que, desde antes de la recepción de dicha notificación, está pendiente de la entrega de algún equipo para ocupar un determinado espacio vacío y evitar que sea considerado como espacio reservado, aún habiendo finalizado el plazo de 6 meses especificado anteriormente.

Sobre la ocupación del espacio de coubicación por parte de JAZZTEL, T-ONLINE y COMUNITEL

De la información enviada por T-Online se desprende que en la central de Málaga/Larios, dicho operador no ha podido proceder a la ocupación efectiva del espacio de coubicación asignado debido a una incidencia producida que no se resolvió hasta el mes de mayo de 2006. En la central de Málaga/San Pedro de Alcántara este operador declara que ya está realizando una ocupación



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

efectiva del espacio, detallando los servicios de los que dispone en los espacios asignados.

Comunitel, por su parte, ha detallado las actuaciones que ha llevado a cabo en las centrales de Málaga/Larios y Málaga/San Pedro de Alcántara para la ocupación del espacio asignado, así como los planes de ocupación para aquellas UNC's para las que todavía no ha solicitado a Telefónica los servicios necesarios para proceder a dicha ocupación.

En ambos casos ha quedado demostrado que tanto T-Online como Comunitel se encuentran, si no realizando en todos los casos un uso efectivo de los espacios asignados, sí llevando a cabo las actuaciones necesarias para proceder a la ocupación de los mismos.

A la vista de las informaciones sobre el estado actual de los espacios asignados a Jazztel, T-Online y Comunitel en las centrales de Málaga/Larios y Málaga/Estepona, y de los criterios de interpretación de la ocupación efectiva detallados en el apartado 2.3 de la OBA, no se considera necesaria la inspección de estas centrales.

Aunque no es el objetivo realizar ninguna valoración ni análisis de los planes de los operadores para evaluar la ocupación de los espacios, simplemente constatar que Jazztel no precisa la utilización ni ocupación de ninguno de los espacios asignados en la central de Málaga/San Pedro de Alcántara, si bien las peticiones realizadas resultan razonables de cara a comenzar a prestar el servicio a usuarios dependientes de dichas centrales. Por otra parte, Jazztel tampoco justifica la utilización ni ocupación del espacio solicitado en la central de Málaga/Larios, el cual consiste en un número de UNC's elevado.

En cualquier caso, es preciso señalar que en estas centrales, según informa Telefónica, el espacio libre disponible en la actualidad es de 245.12 m² en la central de Málaga/San Pedro de Alcántara y de 602.29 m² en la central de Málaga/Larios. De esta forma, existe espacio disponible por lo que el espacio que los operadores todavía no han ocupado no se consideraría como espacio reservado, y por tanto no se darían los requisitos para reasignar o revocar el derecho de ocupación sobre el espacio no ocupado.

Sexto.- Sobre el abuso de derecho en las centrales de Málaga/Larios y Málaga/San Pedro de Alcántara

Como se ha señalado anteriormente, Telefónica argumenta en su escrito que la actuación de estos operadores supone un abuso de derecho puesto que ejercen el derecho de ocupación de espacios que le otorga la OBA *“de un modo abusivo y claramente antisocial”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En orden a analizar si la conducta de estos operadores es susceptible de constituir un abuso de derecho, se considera necesario exponer, con carácter preliminar, la doctrina del abuso de derecho tal y como ha sido desarrollada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y los requisitos que han de concurrir para poder considerar una conducta como abusiva de derecho.

El abuso de derecho es una doctrina jurisprudencial que surgió con el objeto de sancionar conductas que, consistiendo aparentemente en el ejercicio de un derecho, traspasaran en realidad los límites impuestos al mismo por la equidad o la buena fe, con daño para terceros. En este sentido, el Tribunal Supremo (TS) ha señalado en numerosas ocasiones que *“en sentido estricto, quien usa de su derecho no puede cometer abuso alguno, abusa quien ejecuta un derecho que realmente la ley no le ha concedido”* (Sentencia del TS de 25 de septiembre de 1996).

De acuerdo con la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo en esta materia, los elementos esenciales que han de concurrir para calificar una conducta como un abuso de derecho son los siguientes (Sentencia del TS de 3 de noviembre de 1992):

- “a) uso de un derecho objetivo o externamente legal;*
- b) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica;*
- y*
- c) inmoralidad o antisocialidad de este daño, manifestada en forma subjetiva, cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o sin un fin serio y legítimo, o bajo forma objetiva, cuando el daño proviene de causa de anormalidad en el ejercicio del derecho.”*

En virtud de lo anterior y, especialmente, dado que el abuso de derecho supone una evaluación del ejercicio de un derecho según sus límites y el principio de buena fe, esta doctrina ha de ser aplicada como un remedio extraordinario y sólo debe hacerse uso de ella en los casos patentes y manifiestos; se debe realizar *“una aplicación prudente y restringida de la doctrina del abuso de derecho”* (Sentencia de TS de 6 de febrero de 1999). En consecuencia, se estima necesario realizar un análisis prudente y pormenorizado en orden a apreciar la posible concurrencia de los requisitos exigidos por la jurisprudencia para la calificación de una conducta como un abuso de derecho.

De esta forma, resulta evidente que el primer requisito exigido por la jurisprudencia concurre en el presente caso, esto es, el **uso de un derecho objetivo o externamente legal**. Los operadores aquí denunciados están ejerciendo el derecho a la ubicación que les concede la OBA y tienen así la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

facultad de solicitar el espacio en coubicación en las centrales de Telefónica que consideren más apropiado en virtud de sus decisiones comerciales.

No obstante, el segundo requisito, de especial relevancia de acuerdo con la jurisprudencia, no concurre en las circunstancias alegadas en el presente conflicto. Como se ha mencionado, es necesario que se produzca un daño a un **interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica**. La jurisprudencia ha determinado así que la doctrina del abuso de derecho no puede aplicarse *“cuando la sanción del exceso pernicioso en el ejercicio de un derecho está garantizado por un precepto legal, o dicho de otro modo, el abuso del derecho es una institución de equidad para la salvaguarda de intereses que todavía no alcanzan una protección jurídica”* (Sentencia del TS de 25 de septiembre de 1996).

Pues bien, en este caso sí existe una normativa específica que podría ser aplicada en el supuesto de apreciarse la existencia de un uso inadecuado del derecho de ocupación de espacio del que disponen los operadores alternativos. En este sentido, la cláusula octava del contrato-tipo para la provisión por Telefónica del servicio de ubicación de la OBA de octubre de 2005 establece en lo relativo a la utilización del espacio que *“será requisito imprescindible para el mantenimiento del derecho de ocupación del espacio asignado al operador autorizado, la utilización efectiva del mismo...”*. De igual manera, la OBA de septiembre de 2006 establece en su apartado 2.3 lo que ha de entenderse por utilización efectiva del espacio, y el procedimiento para su eventual recuperación. Por tanto, no se considera que quepa la aplicación de la doctrina del abuso de derecho, únicamente han de ser examinados los límites al ejercicio del derecho de ocupación de los operadores en virtud de la normativa específica que regula el acceso al bucle del abonado en orden a valorar los eventuales excesos por parte de los operadores alternativos.

En cualquier caso, a pesar de que no se considera de aplicación la doctrina del abuso de derecho por estar protegidos los intereses jurídicos mediante la normativa específica que regula el bucle del abonado, resulta necesario evaluar el ejercicio de Jazztel, T-Online y Comunitel del derecho de coubicación, y en especial, lo siguiente:

- Si se han realizado un conjunto de solicitudes que impliquen una disponibilidad de espacio no razonable ni justificada sin que se haga un uso efectivo del espacio asignado
- Si existe una falta de espacio para que otros operadores puedan ejercer su derecho

En relación con el primer aspecto, una primera comprobación para evaluar la razonabilidad de una determinada cantidad de espacio de coubicación se basa



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en la relación entre el número de usuarios a los que dicho espacio permite prestar servicio y el total de usuarios de la central.

En las centrales de Málaga/San Pedro de Alcántara y Málaga/Larios (ésta última únicamente en relación con T-Online y Comunitel), se desprende que la cantidad de espacio solicitado por los operadores denunciados resulta razonable para comenzar a prestar servicios en las mismas.

Por su parte, en relación con la solicitud de espacio de Jazztel para la central de Málaga/Larios, según se desprende de la impresión del SGO aportada por Telefónica, Jazztel realizó una solicitud de espacio de coubicación consistente en 21 UNCs grandes. Previamente, según la información aportada por Jazztel en contestación al requerimiento de información, Jazztel había solicitado en la misma central espacio de coubicación consistente en 3 UNCs grandes respecto de las cuales Telefónica no planteaba conflicto puesto que ya habían sido efectivamente ocupadas. Por tanto, Jazztel dispone actualmente de 24 UNCs grandes, cada una ocupando un espacio de 60 x 60 cm.

Las estimaciones en cuanto al número de usuarios a los que se puede prestar servicio por UNC dependen fuertemente del espacio requerido por los equipos DSLAM y equipos de transmisión utilizados. Sin embargo teniendo en cuenta estimaciones habituales del sector en cuanto a número de usuarios a los que se puede prestar servicio por UNC y el número de bucles instalados y accesibles en la central de Málaga/Larios según el dato aportado por Telefónica como contestación al requerimiento de información, puede estimarse que el espacio de coubicación asignado a Jazztel permitiría llegar a prestar servicio a grandes rasgos entre el 30% y el 50% de los usuarios. A la luz de los datos obtenidos podría desprenderse que el espacio disponible no permitiría afirmar que se está produciendo una solicitud de espacio irracional o fuera de unos límites razonables.

En relación con el segundo aspecto mencionado, de acuerdo con los datos aportados por Telefónica, en la actualidad en las salas OBA hay todavía espacio disponible para ser asignado en caso de recibirse nuevas solicitudes de espacio de coubicación. Según Telefónica el espacio libre disponible en la actualidad es de 245.12 m² en la central de Málaga/San Pedro de Alcántara y de 602.29 m² en la central de Málaga/Larios, aunque dicho espacio no existía en el momento de realizar las solicitudes. En consecuencia, en estas centrales, y en particular en la central de Málaga/Larios donde Jazztel dispone de una cantidad superior de espacio otorgado, no existe en la actualidad un problema de falta de espacio.

A la luz de lo expuesto en relación con la razonabilidad del espacio solicitado así como la ausencia de un problema de falta de espacio en las centrales de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Málaga/Larios y Málaga/San Pedro de Alcántara, se estima que no concurre el tercer y último requisito para apreciar la existencia de un abuso de derecho, esto es, la **inmoralidad o antisocialidad de la producción de un daño**, manifestada en forma subjetiva, cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o sin un fin serio y legítimo, o bajo forma objetiva, cuando el daño proviene de causa de anormalidad en el ejercicio del derecho.

De esta forma, la conducta realizada por los operadores denunciados consistente en la solicitud de espacio en coubicación y la no ocupación del mismo durante el periodo de tiempo objeto del presente conflicto, no se puede considerar que responda manifiestamente a una intención de perjudicar sin un fin serio y legítimo. Como ha señalado la jurisprudencia, *“ha de ser patente la intención de perjudicar o la falta de finalidad seria y legítima en la conducta del sujeto, al lado de una situación objetiva de anormalidad o exceso en el ejercicio del derecho actuado”* (sentencia del TS de 28 de marzo de 1998) y, además, no puede calificarse con un juicio negativo o de reproche una conducta que *“puede obedecer a diversas motivaciones atendibles en defensa de los intereses legítimos”* (Sentencia del TS de 21 de diciembre de 2000).

Se estima que la petición de ocupación de espacio realizada por Jazztel, T-Online y Comunitel no suponía una solicitud irrazonable y no ha generado una falta de espacio para los operadores alternativos. Así, no se aprecia la intencionalidad de causar un perjuicio y un carácter anormal en el ejercicio del derecho de ocupación de espacio realizado por estos operadores.

En virtud de todo lo expuesto, esta Comisión no considera que en las circunstancias del presente conflicto deba calificarse la conducta de Jazztel, T-Online y Comunitel como un abuso de derecho. Esto es así puesto que, en primer lugar, no resultaría de aplicación esta doctrina una vez que los intereses ya se encuentran protegidos por la normativa específica que regula el acceso al bucle del abonado y, en segundo lugar, no se aprecia que la conducta de dichos operadores responda a un interés no legítimo de producir un perjuicio, suponga un ejercicio anormal de su derecho y, en consecuencia, constituya un caso patente y manifiesto que requiera la aplicación del abuso de derecho.

Séptimo.- Sobre el desistimiento de Telefónica en relación con la central de Málaga/Ronda

Mediante escrito de fecha de entrada en el Registro de esta Comisión de 13 de marzo de 2007, Telefónica solicitó que fuera aceptado su desistimiento respecto del conflicto planteado contra Jazztel en relación con la liberación del espacio en la central de Málaga/Ronda, y se diera así por concluido el mismo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 Telefónica y Jazztel, 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 Telefónica en fecha 13 de marzo de 2007.

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 Telefónica, esta Comisión, a la vista de que Jazztel no ha instado la continuación del procedimiento y que, a tenor de lo deducido del procedimiento tramitado al efecto, no se da un interés general para su continuación en relación con la central de Málaga/Ronda 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).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

RESUELVE

Primero.- Al no existir un problema de escasez de espacio vacante para la coubicación OBA en las centrales de Málaga/Larios y Málaga/San Pedro de Alcántara, no se considera necesario imponer a JAZZ TELECOM, S.A.U., T-ONLINE TELECOMMUNICATIONS SPAIN, S.A.U. y COMUNITEL GLOBAL, S.A. la liberación de ningún espacio de coubicación ya asignado.

Segundo.- Cuando exista una situación de agotamiento del espacio vacante en las centrales de Málaga/Larios y Málaga/San Pedro de Alcántara, Telefónica deberá aplicar el procedimiento establecido en el apartado 2.3 de la vigente OBA.

Tercero.- Estimar que no concurren en las centrales de Málaga/Larios y Málaga/San Pedro de Alcántara las condiciones para que exista un posible abuso de derecho por parte de JAZZ TELECOM, S.A.U., T-ONLINE TELECOMMUNICATIONS SPAIN, S.A.U. o COMUNITEL GLOBAL, S.A. en cuanto al uso de sus espacios de coubicación.

Cuarto.- Aceptar el desistimiento presentado por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. en el presente procedimiento en relación con la liberación por parte de JAZZ TELECOM, S.A.U. del espacio asignado en la central de Málaga/Ronda y, en consecuencia, declarar concluso el mismo en lo relativo a dicha central, por no existir motivo alguno que justifique su continuación.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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