



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Jaime Almenar Belenguer, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión nº 43/05 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 15 de diciembre de 2005, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

por el que se aprueba la

RESOLUCIÓN RELATIVA A LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL CONFLICTO DE ACCESO ENTRE JAZZ TELECOM, S.A.U., Y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., EN RELACIÓN CON EL CUMPLIMIENTO DE PLAZOS DE LA OFERTA DE ACCESO AL BUCLE DE ABONADO (OBA)

DT 2005/1444

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Solicitud de JAZZTEL

Con fecha 29 de septiembre de 2005, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de JAZZ TELECOM, S.A.U. (en adelante, JAZZTEL) por el que plantea conflicto de acceso con la entidad TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TESAU).

JAZZTEL considera que TESAU incumple los plazos de entrega de diversos servicios de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA) y afirma que, debido a retrasos e incidencias imputables a TESAU, JAZZTEL se encuentra imposibilitada para el lanzamiento de sus servicios en 179 centrales de las 446 previstas en su plan de despliegue hasta diciembre de 2005.

Según JAZZTEL, los incumplimientos de plazos de TESAU estarían poniendo en riesgo la apertura de 15 de las 144 centrales previstas por JAZZTEL para el 3 de octubre, a 84 de las 144 previstas para el 4 de noviembre y a 80 de las 147 previstas para el 4 de diciembre de 2005.

JAZZTEL aporta en el anexo 2 de su escrito una lista de los problemas concretos que estarían afectando a las diferentes centrales. JAZZTEL distingue los siguientes: retrasos en entrega de señal mediante capacidad portadora, retrasos en ampliación de disyuntores, retrasos en unión entre salas, incidencias en disyuntores, incidencias en



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

coubicación, incidencias en punto de terminación óptico e incidencias en fusión de fibras.

JAZZTEL se refiere también en su escrito a otras circunstancias que ya son objeto de expedientes actualmente en curso en esta Comisión: retrasos en entrega de señal mediante cámara multioperador, retrasos en entrega de señal mediante infraestructura de interconexión y retrasos en coubicación.

JAZZTEL señala que es necesaria la intervención de la CMT porque, de lo contrario, se verá impedida a cumplir su plan de despliegue, y considera que concurren los requisitos necesarios para la adopción de medidas cautelares. JAZZTEL solicita que se adopte las siguientes medidas cautelares:

- que se inste a TESAU a suministrar, en el plazo de dos días laborables, los servicios solicitados de entrega de señal mediante capacidad portadora, ampliación de disyuntores y unión entre salas;
- que se inste a TESAU a suministrar, en el plazo de cinco días laborables, los servicios solicitados de otro tipo que afectan a las centrales previstas para 3 de octubre y 4 de noviembre; y
- que se inste a TESAU a suministrar, en el plazo de diez días laborables, el 50% de los servicios solicitados de otro tipo que afectan a las centrales previstas para 4 de diciembre; y en un plazo de quince días, el restante 50%.

Segundo.- Comunicación de inicio del procedimiento

A la vista de la solicitud presentada por JAZZTEL, esta Comisión, con arreglo a las previsiones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, (norma a la cual se acoge esta Comisión en el ejercicio de las funciones públicas que tiene encomendadas), procede a la incoación e instrucción del correspondiente procedimiento administrativo.

Con fecha 11 de octubre de 2005 se comunica dicho trámite a los interesados, JAZZTEL y TESAU, dirigiéndoles sendos escritos, mediante los cuales se les informaba de que, en virtud de la solicitud de intervención presentada por la primera, había quedado iniciado el correspondiente procedimiento administrativo.

Tercero.- Alegaciones de TESAU

Con fecha 4 de noviembre de 2005 se recibe escrito de TESAU en que se formulan una serie de alegaciones.

TESAU alega que JAZZTEL no prueba en modo alguno los incumplimientos que imputa a TESAU. TESAU afirma que ha entregado ya los disyuntores y los servicios de coubicación reclamados por JAZZTEL, no encontrándose pendiente ninguna de las peticiones de estos servicios relacionadas en el escrito de JAZZTEL.

TESAU aporta igualmente una relación de los servicios reclamados de entrega de señal por capacidad portadora, según la cual 72 circuitos ya se han entregado; diez circuitos están retrasados por causas imputables a JAZZTEL, en particular las



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

dificultades para constituir en Gerona el servicio de conexión en terrenos de RENFE; y otros nueve circuitos se encuentran en ejecución.

TESAU aporta también una relación de las peticiones de cableado entre salas reclamadas por JAZZTEL, señalando que se encuentran prácticamente terminadas en su totalidad.

TESAU aporta también una relación de las incidencias cuya resolución reclama JAZZTEL en su escrito, señalando que son todas ellas improcedentes.

En relación con las peticiones de entrega de señal mediante cámara multioperador o mediante infraestructuras de interconexión, TESAU indica que ya son objeto de expedientes actualmente en tramitación por la CMT.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Habilitación competencial

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 3.1etra 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, 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.

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.”*

Asimismo, 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



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.- Habilitación legal para la adopción de medidas cautelares

El artículo 48.12 de la LGTel dispone que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, una vez iniciado el procedimiento correspondiente, podrá en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, adoptar las medidas cautelares que estime oportunas para asegurar la eficacia del laudo o de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello.

En desarrollo de lo anterior, el artículo 31 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, faculta a la Comisión para adoptar medidas cautelares, una vez incoado el procedimiento correspondiente de oficio o a instancia de parte, pudiendo consistir las mismas en órdenes de cesación o de imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas a que se refiere el procedimiento o en la imposición de fianza de cualquier clase, excepto la personal, que sea bastante para responder de la indemnización de los daños y perjuicios que se pudieran causar. Por último, el citado artículo 31 impide dictar medidas cautelares que puedan causar perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

La regulación expuesta sobre adopción de medidas cautelares se completa con lo dispuesto en el artículo 72 de la LRJPAC, norma por la cual se rige esta Comisión en el ejercicio de las funciones públicas que la ley le atribuye, conforme establece el artículo 48.1 de la LGTel.

Tercero.- Concurrencia de los presupuestos necesarios para la adopción de una medida cautelar

La presente medida cautelar tiene por objeto evitar provisionalmente los perjuicios causados a JAZZTEL durante la tramitación del presente procedimiento como consecuencia de la situación actual, en la que su despliegue de infraestructuras para acceder al bucle de abonado de TESAÚ se está viendo condicionado por los retrasos en el suministro de servicios de la oferta de referencia de acceso al bucle, la OBA.

Esta Comisión ha manifestado reiteradamente que debe velar por el cumplimiento escrupuloso de las obligaciones de TESAÚ en materia de acceso al bucle de abonado, especialmente en este momento en que diversos agentes apuestan por despliegues masivos que afectan a cientos de ubicaciones. Corresponde a esta Comisión, en el ejercicio de sus competencias, utilizar todas las medidas de que se le ha dotado legalmente para cumplir con su función de fomento de la competencia.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Concurren en el presente procedimiento los elementos necesarios que justifican la adopción de una medida cautelar, a saber: existencia de elementos de juicio suficientes; necesidad para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, e inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados o violación de derechos amparados en leyes.

El Tribunal Constitucional ha interpretado el régimen de adopción de medidas cautelares indicando que no se produce vulneración de derechos constitucionales siempre que exista una norma jurídica que permita su adopción, se adopten las medidas cautelares por resolución fundada en derecho y se basen en un juicio de razonabilidad en cuanto a la finalidad perseguida y circunstancias concurrentes (STC 108/1984, de 26 de noviembre y Auto del TC de 9 de diciembre de 1987).

a) Existe una norma jurídica que permite la adopción de las medidas cautelares en el marco del presente expediente

Como ya se ha señalado en la presente resolución, esta Comisión está facultada para adoptar medidas cautelares en el presente caso en virtud de lo dispuesto en el artículo 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, así como en el artículo 31 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

b) Apariencia de buen derecho

Del análisis preliminar realizado por esta Comisión, a la vista de lo puesto de manifiesto por JAZZTEL y de las alegaciones de TESAU, debe concluirse que no todos los servicios reclamados por JAZZTEL se encuentran pendientes, y no todos los servicios que se encuentran retrasados lo están por causas imputables a TESAU.

Así pues, no se considera justificada la adopción de medidas cautelares en relación con las ampliaciones de disyuntores, ya finalizadas según TESAU, ni relativas a la resolución de incidencias que deberá analizarse si son improcedentes como asegura TESAU, ni tampoco en lo que se refiere a las solicitudes de cableado entre salas, prácticamente terminadas según lo alegado por TESAU. Tampoco se juzga conveniente la adopción de medidas cautelares en relación con los servicios de entrega de señal mediante cámara multioperador o reutilización de infraestructuras de interconexión, cuya situación concreta está siendo analizada en otros expedientes de esta Comisión.

TESAU ha comunicado también que las solicitudes del servicio de entrega de señal mediante capacidad portadora se han atendido ya en su gran mayoría. Ahora bien, según la información suministrada por la propia TESAU, existen circuitos de dicho servicio que deberían haberse entregado ya, y para los cuales no aporta TESAU justificación alguna de los retrasos citados. En particular, se trata de nueve circuitos en las siguientes ubicaciones:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

<i>Ubicación</i>	<i>Fecha de entrega conforme a plazos OBA</i>
Azuqueca de Henares	20 de junio de 2005
Ponferrada	20 de junio de 2005
Cala Mayor	1 de septiembre de 2005
Can Pastilla	1 de septiembre de 2005
Palma/Levante	1 de septiembre de 2005
Palma/Avenidas	1 de septiembre de 2005
Polígono Son Castelló	1 de septiembre de 2005
Barcelona-Estel	5 de septiembre de 2005
Onda	5 de septiembre de 2005

A pesar de que se trata de solicitudes que deberían haberse entregado ya, TESAU se limita a señalar que se encuentran en ejecución, no haciendo referencia a circunstancia alguna que pudiera excusar los retrasos, como podrían ser la gestión de permisos de obras o la imposibilidad de acceder a inmuebles de JAZZTEL. Así pues, a la vista de que TESAU no ha puesto de manifiesto explicación alguna de los citados retrasos, éstos no pueden considerarse justificados, con lo que constituyen incumplimientos de los plazos previstos en la OBA. En el cuadro anterior se refleja la fecha de entrega que resulta en aplicación de dichos plazos, según los datos de la propia TESAU.

Para un operador que al amparo del servicio de coubicación ha instalado sus equipos en un edificio de TESAU, el servicio de entrega de señal resulta imprescindible para poder ofrecer servicios a los abonados conectados al repartidor principal sito en dicho edificio, ya que es el servicio que permite la conexión de los equipos coubicados con los locales propios del operador alternativo.

Pues bien, dado que el suministro de los circuitos mencionados se encuentra sujeto a las condiciones previstas en la OBA y TESAU está obligada a atender este tipo de solicitudes según dichas condiciones, sólo puede concluirse que de forma no justificada se está impidiendo a JAZZTEL la prestación de servicios en las nueve ubicaciones citadas, y ello debido al retraso imputable a TESAU en la entrega de los circuitos mencionados.

c) Necesidad y urgencia de la medida

Las medidas cautelares aprobadas en la presente resolución son necesarias y urgentes para asegurar la eficacia de la resolución definitiva que se adopte en el procedimiento en el cual se enmarcan, existiendo elementos de juicio suficientes para ello, tal y como ya se ha expresado, y según exige el artículo 72 de la LRJPAC y el artículo 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre. En efecto, la adopción de la presente medida resulta necesaria para que el despliegue de JAZZTEL de infraestructuras de acceso al bucle pueda realizarse en condiciones competitivas.

A este respecto cabe indicar que el retraso injustificado en el suministro de circuitos de entrega de señal mediante capacidad portadora impide a JAZZTEL iniciar la prestación de servicios en las nueve ubicaciones citadas, lo que implica que JAZZTEL no puede ofrecer sus servicios a los clientes situados en el área de cobertura de las ubicaciones afectadas, viéndose mermado en su capacidad para competir. Resulta claro que se



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

deben garantizar las condiciones para que dicha situación no devenga en un grave perjuicio para JAZZTEL, y teniendo en cuenta que la presente medida se dicta con el fin de asegurar la eficacia de la resolución que finalmente se dicte.

Por lo anterior que debe instarse a TESAU a la entrega inmediata de los circuitos mencionados. Sin embargo, los plazos planteados por JAZZTEL en su escrito son excesivamente cortos, resultando más adecuado un plazo de diez días laborables, en consonancia con el plazo establecido en la resolución por la que se resolvió un conflicto relativo al mismo tipo de peticiones¹.

d) Inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación

La adopción de esta medida cautelar no supone en modo alguno un perjuicio a TESAU de imposible o difícil reparación. En efecto, por medio de la presente medida cautelar se insta la entrega en un plazo razonable de una serie de solicitudes con plazo ya vencido, solicitudes que TESAU en cualquier caso está obligada a atender cumpliendo con las condiciones de la OBA. Ningún perjuicio se causa a TESAU al fijar un plazo máximo para la entrega de dichas solicitudes que, por lo demás, se encuentran ya en ejecución; únicamente se está exigiendo a TESAU que movilice los recursos materiales y personales necesarios para atender dichas solicitudes en el plazo especificado. Por el contrario, la no adopción de la medida sí podría implicar un perjuicio significativo a JAZZTEL, en cuanto que los retrasos en la entrega de dichas solicitudes le impiden la prestación de servicios en las ubicaciones mencionadas. Tampoco existe ninguna situación de indefensión, dado que la medida cautelar se adopta tras haber analizado las alegaciones presentadas por TESAU, con lo que esta entidad ha tenido la oportunidad de manifestar lo que ha creído conveniente en relación con lo solicitado por JAZZTEL.

Conforme a los anteriores hechos y fundamentos de derecho, esta Comisión

ACUERDA

Adoptar la siguiente medida cautelar:

Única.- Instar a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., a suministrar en el plazo de diez días laborables desde la notificación de la presente resolución los circuitos de entrega de señal mediante capacidad portadora solicitados por JAZZ TELECOM, S.A.U., que se encuentran pendientes en las siguientes ubicaciones:

1. Azuqueca de Henares
2. Ponferrada
3. Cala Mayor
4. Can Pastilla
5. Palma/Levante
6. Palma/Avenidas

¹ Resolución, de 14 de julio de 2005, en el expediente DT 2005/628, sobre el conflicto de acceso entre JAZZ TELECOM, S.A.U., y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., en relación con la modalidad de capacidad portadora del servicio de entrega de señal de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

7. Polígono Son Castelló
8. Barcelona-Estel
9. Onda

El incumplimiento de la presente resolución puede ser considerado como infracción muy grave de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 letra r) de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el Artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente. Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº, EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Reinaldo Rodríguez Illera

Jaime Almenar Belenguer