



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON 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 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 4 de noviembre de 2005, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCION POR LA QUE SE RESUELVE EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA ENTIDAD TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. CONTRA LA RESOLUCIÓN SOBRE EL CONFLICTO DE ACCESO ENTRE JAZZ TELECOM, S.A.U. EN RELACIÓN CON EL CUMPLIMIENTO DE PLAZOS DE LA OFERTA DE ACCESO AL BUCLE DE ABONADO (OBA) (DT 2005/259)

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sobre el conflicto de acceso entre JAZZ TELECOM, S.A.U. y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., el Consejo de esta Comisión ha adoptado en su sesión núm. 39/05, la siguiente Resolución:

Resolución de 4 de noviembre de 2005, recaída en el expediente AJ 2005/1074

HECHOS

PRIMERO. En fecha 9 de junio de 2005, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la resolución que resolvió el conflicto de acceso entre JAZZ TELECOM, S.A.U. (en adelante, JAZZTEL) y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TESAU). La citada Resolución, acordaba, entre otras cosas, lo siguiente:

*“**Primero.-** Instar a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., a suministrar en el plazo de quince días laborables desde la notificación de la presente resolución los tendidos de*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cable interno pendientes de entrega que se encuentran fuera de plazo en la fecha de notificación de la presente resolución. (...)

Segundo.- *Si transcurridos quince días laborables desde la notificación de la presente resolución TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., no hubiese cumplido con lo dispuesto en el apartado primero de esta resolución, se impondrá a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. una multa coercitiva de 100 euros diarios por cada tendido de cable interno para asegurar el cumplimiento de la obligación impuesta en dicho apartado. (...)*

Quinto.- *Instar a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., a abonar en el plazo de diez días laborables las penalizaciones debidas a JAZZ TELECOM, S.A.U., conforme a lo dispuesto en la OBA por los siguientes conceptos:*

- a) incumplimientos de plazo de entrega de solicitudes de tendido interno desde el 1 de enero de 2004 hasta la fecha de notificación de la presente resolución;*
- b) incumplimientos de plazo de entrega de solicitudes de prolongación de par desde el 1 de enero de 2004 hasta la fecha de notificación de presente resolución;*
- c) incumplimientos de plazo de resolución de incidencias desde el 1 de enero de 2004 hasta la fecha de notificación de la presente resolución. (...).*

Séptimo.- *Instar a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., a disponer todos los medios necesarios para cumplir los plazos previstos en la OBA, en particular los plazos de entrega de solicitudes de tendido interno, y los plazos de entrega de solicitudes de prolongación de par. (...)*

Décimo.- *Se recuerda a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., su obligación de abonar automáticamente las penalizaciones previstas en la OBA.*

Undécimo.- *Trasladar los comportamientos observados durante la tramitación de este expediente para su consideración en el marco del periodo de información previa expediente RO 2004/1811 en relación con el posible incumplimiento por parte de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., de su Oferta de Acceso al Bucle de Abonado. (...)*

SEGUNDO. Mediante escrito de fecha de 15 de julio de 2005, con entrada en el Registro de esta Comisión ese mismo día, TESAU interpuso recurso potestativo de reposición contra la resolución antes referida, solicitando que se revisara el contenido de la misma sobre la base de las siguientes alegaciones:

Consideraciones preliminares



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Manifiesta TESAU que únicamente surgen inconvenientes para provisionar las peticiones de servicios OBA en los plazos previstos, en los casos en que la demanda se comporta de forma anormal. A pesar de ello, TESAU sostiene haber realizado el máximo esfuerzo para satisfacer razonablemente las solicitudes de los operadores, implementando planes de contingencia y redimensionándose.

Según la operadora, todo ello determinaría la inexistencia de responsabilidad en los retrasos puntuales que excepcionalmente pudieran haber tenido lugar en la provisión de los servicios solicitados.

1. Sobre el cambio estructural de la demanda.

TESAU señala que la Resolución recurrida no ha considerado determinados hechos esenciales, tales como el cambio estructural de la demanda.

Tras un análisis que le permite alcanzar la conclusión de que ha tenido lugar una efectiva modificación de la estructura de la demanda, manifiesta que en el expediente administrativo que culminó con la Resolución impugnada quedó acreditado dicho cambio y que debería haber sido objeto de ponderación y valoración por la Comisión, dada su vinculación directa con el objeto del procedimiento.

2. Que la OBA no prevé que TESAU pueda conocer la planificación de los operadores.

En opinión de TESAU, quedaron igualmente acreditadas en el expediente administrativo las consecuencias negativas que sufre dicha operadora como consecuencia de no poder conocer la planificación de los operadores, sin que tal consideración fuera tenida en cuenta en la Resolución recurrida.

Expone además los motivos que justifican, a su entender, la necesidad de conocer la planificación de los operadores, así como los aspectos esenciales de dicha planificación, cuyo conocimiento por parte de TESAU resultaría imprescindible a efectos de poder cumplir los plazos de garantía de provisión. Argumenta que esta necesidad de obtención de información ha sido atendida, a través de distintos métodos, en la regulación interna de diversos países europeos y pone de relieve, asimismo, la enorme exigencia de los plazos en nuestro país con respecto a nuestro entorno.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este sentido, se muestra en desacuerdo con la postura de la Comisión que sostiene que TESAU debería haber previsto el incremento de solicitudes de acceso al bucle que se produjo, puesto que había tenido lugar en los países de nuestro entorno y que por tanto, debería haberse dimensionado para ser capaz de absorber la demanda. A este respecto, la operadora sostiene que no bastaría con prever en abstracto un aumento de la demanda sino que sería preciso poder establecer en qué central o centrales iba a producirse la misma. Asimismo afirma que, aun conociendo un aumento de la demanda, no resultaría posible atender peticiones puntuales, no regulares, de gran volumen y en fechas problemáticas y que además se realizan peticiones de cubricación y TCI muy por encima de las necesidades de acuerdo con un comportamiento racional de la demanda.

Finalmente señala que esta Comisión recientemente se ha mostrado sensible a las consecuencias negativas del desconocimiento de la planificación de los operadores, por lo que aboga porque esta circunstancia sea asimismo tenida en cuenta en la Resolución recurrida, al incidir directamente en la inexistencia de responsabilidad.

3. Que la Resolución no valora el esfuerzo realizado por TESAU para adaptarse al cambio estructural de la demanda.

Al respecto TESAU manifiesta que las penalizaciones son cláusulas penales accesorias de las obligaciones principales y que, por ello, debe valorarse la existencia o no de responsabilidad de TESAU en el incumplimiento de su obligación.

Argumenta que TESAU ha probado que actuó con la máxima diligencia, adoptando los planes de contingencia con un importante esfuerzo de redimensionamiento conjuntamente con las empresas instaladoras y fabricantes, para hacer frente al aumento de la demanda sin discriminar a ningún operador ni beneficiar sus necesidades ni las de empresas de su grupo. Concluye que todo ello conduce a la exención de responsabilidad de TESAU en los retrasos producidos.

4. Sobre el comportamiento concreto de JAZZTEL e incumplimiento de sus previsiones.

Señala TESAU que la Resolución no alude a dos aspectos que entiende asimismo fundamentales en la determinación de la concurrencia de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

responsabilidad de TESAU en el presente supuesto: el comportamiento de JAZZTEL y el incumplimiento de sus previsiones.

En primer lugar, argumenta que la demanda de peticiones de servicios OBA de JAZZTEL ha tenido durante 2004 y 2005 un comportamiento anormal, a través de la comparación entre las solicitudes de JAZZTEL y las de dos de sus competidoras. Dicho análisis concluye en la inexistencia de discriminación a JAZZTEL por parte de TESAU, dado que dicha operadora tiene más centrales accesibles y se le han prestado más servicios y entregas de coubicación y de tendido de cable que a sus competidoras pese a realizar peticiones de forma acumulada y sin planificación conocida por TESAU. Entiende además, que lo que la Resolución recurrida calificaba como “solicitudes llamativas” constituye en realidad una prueba irrefutable de que el comportamiento de JAZZTEL es jurídicamente inadmisibles por lo que la única conclusión válida en Derecho según la recurrente sería la exención del pago de las penalizaciones.

Por otra parte, se refiere al incumplimiento de sus propias previsiones por parte de JAZZTEL, poniendo de relieve lo ilógico de exigir a TESAU sufragar los costes de un dimensionamiento capaz de absorber las previsiones irreales de JAZZTEL.

5. Que no se ha causado ningún perjuicio a JAZZTEL

Manifiesta que la ausencia de perjuicios a JAZZTEL quedó probada en el expediente administrativo, aportando en sede de recurso de reposición adicionalmente 36 Actas Notariales cuyo fin sería la prueba de la inexistencia de perjuicios a la mencionada operadora, circunstancia que no fue considerada en la Resolución recurrida, al obligar a TESAU al pago de las penalizaciones y acordar la incoación de un expediente sancionador.

A este respecto explica que, a efectos de prestar servicios a los clientes, no sólo es necesario que TESAU provisione los servicios OBA sino que JAZZTEL, por su parte, ha de instalar sus equipos. No obstante, JAZZTEL no ha instalado sus equipos, pese a ser técnicamente posible y permitir agilizar la prestación a los usuarios finales, en aquellas Centrales en las que existían TCI's pendientes de instalación por TESAU e incluso en algunos casos de TCI's ya instalados. Del mismo modo pone de relieve la recurrente que en los TCI's finalizados, JAZZTEL podría migrar a sus clientes de GigADSL al bucle desagregado, en caso de tener un interés real y urgente de prestar el servicio.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

6. Error en los datos reflejados en la Resolución

TESAU invoca en este momento un error en los datos aportados en su día por la propia operadora dado que, hasta la fecha, TESAU había utilizado un sistema para dar los plazos de provisión del servicio de prolongación del par que no incluía únicamente la provisión del servicio, sino que además contemplaba toda la actividad de tramitación administrativa complementaria dentro de TESAU. De este modo, los datos comunicados por TESAU contemplaban plazos que abarcan actividades más allá de los trabajos específicos de los servicios de prolongación de par. Con posterioridad, no obstante, se ha habilitado un nuevo sistema interno en TESAU, que permite descontar las incidencias imputables a las operadoras y sus clientes, además de no computar los periodos de prueba final realizadas por dichas operadoras y considerar como fecha de finalización de trabajos exactamente la de entrega de los servicios a las operadoras.

Entiende asimismo que los datos obrantes en el expediente administrativo permiten alcanzar la conclusión de un error en la valoración de la prueba, dado que se concluye que existió un cumplimiento en plazo en el 8% de los casos cuando la propia JAZZTEL reconoce un cumplimiento superior al 80%.

Por todo ello entiende que la Resolución impugnada llega a conclusiones equivocadas que merecen una revisión y nueva valoración.

7. Caducidad del expediente administrativo

Manifiesta TESAU que el artículo 14 de la LGTel fija un plazo de cuatro meses a la Comisión para resolver los conflictos de interconexión que se le planteen, que comenzará a computarse a partir del momento en que se pida su intervención. Así, en el presente caso, habiéndose instado el procedimiento con fecha 26 de enero de 2005, haber recaído la Resolución con fecha 9 de junio de ese mismo año, y haber sido notificada a TESAU el siguiente 16 de junio, se habría excedido el plazo máximo de resolución.

Argumenta que en virtud de los artículos 44 y 92 de la LRJPAC y en la medida en que a través de dicho procedimiento la Administración ejercita potestades de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables, se habría producido la caducidad del procedimiento.

8. Naturaleza jurídica de la OBA y contrato de acceso entre los operadores en conflicto.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Afirma la recurrente que la única obligación para TESAU conforme al marco legal vigente es la de disponer de una oferta de referencia del bucle de abonado, que recoja las condiciones técnicas y económicas del acceso, en condiciones objetivas transparentes y no discriminatorias. Argumenta que en la medida en que TESAU dispone de una OBA, no puede imputársele un incumplimiento de sus obligaciones regulatorias. Por su parte, tampoco existe una previa Resolución de esta Comisión que imponga una obligación de hacer, no hacer o dar que pueda reputarse incumplida en el procedimiento.

A partir de ahí, procede a analizar la naturaleza jurídica de la OBA, señalando que dicha oferta supone la declaración de voluntad de TESAU de suscribir un contrato de arrendamiento de servicios en los términos que contiene y que la aceptación del operador alternativo de dicha oferta supone la perfección del contrato de acceso. Por ello, señala que en el presente supuesto nos hallaríamos ante el incumplimiento de obligaciones contractuales.

9. Sobre los plazos de provisión de servicios OBA.

Manifiesta TESAU que el objeto del contrato suscrito con JAZZTEL, definido como provisión de servicios para el acceso al bucle, es indeterminado. Así, mantiene que si la Comisión insiste en que TESAU debe provisionar cualquier tipo de petición en cualquier momento y lugar, la indeterminación apuntada provocaría la nulidad de pleno Derecho del contrato de forma sobrevenida.

Explica que la indeterminación surge, no porque no se determine exactamente el tipo de servicio de acceso a prestar por TESAU, sino porque resulta indeterminado cuántos tipos de servicio, cuándo han de ser prestados y dónde han de ser prestados. Argumenta además que dicha indeterminación vendría dada porque la eventual determinabilidad del objeto depende de la voluntad exclusiva y unilateral del operador alternativo, en este caso JAZZTEL, dejando a su arbitrio el cumplimiento y validez del contrato.

Señala que, como consecuencia de todo ello, los plazos para la provisión de los servicios OBA son de imposible cumplimiento. Manifiesta asimismo que no cabe imponer a TESAU más esfuerzos y gastos para el cumplimiento que los exigibles según la buena fe.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- 10. Los Resuelve quinto y décimo son nulos de pleno Derecho al haberse dictado por un órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia en aplicación del artículo 62.1.b de la LRJPAC.**

Sostiene la recurrente que la competencia de esta Comisión en lo referente a la interpretación y ejecución de los contratos de acceso no le permite pronunciarse sobre la existencia o no de incumplimientos contractuales en los términos de la Resolución y tampoco instar al pago de unas penalizaciones en un plazo de 10 días. Entiende que este debate correspondería a la Jurisdicción Civil, puesto que la competencia de esta Comisión a este respecto se limitaría a examinar si eventuales retrasos en los plazos de provisión de servicios OBA han afectado al desarrollo de la competencia.

Argumenta además que la Resolución recurrida cambia el criterio mantenido con anterioridad por la Comisión en un caso análogo, ante la solicitud de pronunciamiento sobre daños y perjuicios.

- 11. Sobre la condena al pago de penalizaciones. Reconocimiento de la exención. Falta de culpabilidad de TESAU.**

Reseña la recurrente que las penalizaciones son obligaciones contractuales accesorias respecto de la obligación de cumplimiento de los plazos de provisión de los servicios, por lo que resultaría preciso probar un efectivo incumplimiento. Recuerda en este momento TESAU que por los motivos expuestos con anterioridad en su recurso (error en los datos aportados, e indeterminación e imposibilidad de cumplimiento de la obligación de provisión de servicios en plazo), no existiría incumplimiento de la obligación principal y consiguientemente no procedería la aplicación de las penalizaciones. Además, pone de manifiesto que no se valora adecuadamente en la Resolución recurrida la concurrencia de dolo, culpa o cualquier otra causa imputable a TESAU, indispensables para la aplicación de penalizaciones, puesto que entiende que TESAU ha actuado con la diligencia exigible a un buen empresario.

Mantiene que ha existido en el presente caso exceso de jurisdicción por parte de esta Comisión, vulnerando el principio de contradicción y el derecho de defensa de esa parte, que se hubieran respetado si la cuestión se hubiera suscitado ante la Jurisdicción civil, al no contemplar la Resolución, al menos, la posibilidad de moderar las penalizaciones que contempla el artículo 1154 del Código Civil (en adelante, CC).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Finalmente apunta que la imposición de penalizaciones no es automática y que por tanto, no cabría, tal como lleva a cabo la Resolución recurrida, reprochar a TESAU el no haber atendido el requerimiento de pago de JAZZTEL por cuanto que no existe norma alguna que obligue a TESAU a atender un requerimiento de algo que entiende improcedente.

- 12. Nulidad de pleno Derecho de la Resolución recurrida, según el artículo 62.1 a de la LRJPAC por incongruencia omisiva, con infracción de los artículos 89 y 54 de la LRJPAC por defecto de motivación y vulneración del artículo 24 de la Constitución (en adelante, CE), por indefensión.**

Señala TESAU que la Resolución impugnada no resuelve todas las pretensiones planteadas por dicha operadora, vulnerando los artículos 89 y 54 de la LRJPAC, al no haberse pronunciado sobre las cuestiones en que incide a lo largo del recurso (las consecuencias del cambio estructural en la demanda y de la falta de conocimiento de la planificación de los operadores, las peticiones anormales de JAZZTEL, el incumplimiento de sus propias previsiones por parte de esta última operadora, la inexistencia de dolo, culpa o negligencia en la conducta de TESAU, la exención de responsabilidad y la posible moderación de las penalizaciones). Entiende que con ello se ha vulnerado además su derecho a la defensa protegido por el artículo 24 de la CE y que por tanto, la Resolución debería reputarse nula.

- 13. Nulidad de pleno Derecho del Resuelve séptimo de la Resolución recurrida, según el artículo 62 a) y c), por tratarse de un acto indeterminado y por ello, de contenido imposible y vulneración del artículo 24 CE.**

El Resuelve séptimo de la Resolución exige a TESAU disponer de los medios necesarios para cumplir los plazos previstos en la OBA. Al respecto la recurrente manifiesta que en el expediente administrativo quedó probado que TESAU está adecuadamente dimensionada para atender solicitudes razonables de servicios OBA así como sus esfuerzos para atender solicitudes en momentos de contingencia.

Denuncia entonces falta de motivación e indefensión evidenciadas en el Resuelve séptimo, ya que no existe el más mínimo razonamiento a lo largo de la Resolución en este sentido, ni se especifica el concepto “todos los medios necesarios”. De todo ello, TESAU extrae la consecuencia que la indeterminación en el mandato hace que resulte de imposible cumplimiento para TESAU.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

14. Anulabilidad del Resuelve undécimo por aplicación del artículo 63 de la LRJPAC.

Manifiesta TESAU que la estimación de sus pretensiones en la Resolución del presente recurso, habría de dar lugar a la supresión del Resuelve undécimo y del consiguiente expediente sancionador incoado a la referida operadora.

TERCERO. Con fecha 18 de julio de 2005, se recibió un nuevo escrito de TESAU cuyo fin era la incorporación al expediente de un nuevo Acta Notarial, para incluir en el grupo documental aportado por la operadora recurrente junto con el escrito de interposición, que no había podido presentarse en su día por haberse recibido con posterioridad por dicha entidad.

CUARTO. El escrito del Secretario de la Comisión de fecha 20 de julio de 2005 declaró la confidencialidad de determinados datos contenidos en el recurso de TESAU que podían afectar al secreto comercial o industrial de las operadoras en él citadas.

QUINTO. Mediante escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 20 de julio de 2005, se cumplió el trámite de información al interesado previsto en el artículo 42.4 de la LRJPAC. Asimismo, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 112.2 de la LRJPAC, mediante escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de esa misma fecha, se dio traslado a la entidad interesada JAZZTEL del recurso de reposición interpuesto por la entidad TESAU para que alegase lo que estimase conveniente.

SEXTO. Con fecha 10 de agosto de 2005, se recibieron alegaciones de JAZZTEL al recurso potestativo de reposición interpuesto por TESAU, en el que se solicitaba que dicho recurso fuera inadmitido.

En dicho escrito se expone básicamente lo siguiente:

1. Consideraciones generales sobre el recurso

JAZZTEL se muestra en desacuerdo con las consideraciones realizadas en el recurso por cuanto que únicamente demuestran que TESAU reconoce haber estado incumpliendo los plazos establecidos en la OBA.

2. En cuanto a la ausencia de previsiones de los operadores en la OBA.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A este respecto indica la interesada que la propuesta de TESAU de un procedimiento de comunicaciones debe ser contemplada en el expediente incoado a tal efecto por la Comisión.

Manifiesta asimismo que el retraso en la entrega de los servicios por parte de TESAU no se justifica porque las solicitudes se realicen en periodos vacacionales, puesto que sólo se tienen en cuenta los días laborables. En cuanto a los plazos de entrega de servicios, desataca que ha habido retrasos de 10, 12 y 13 semanas, que no se pueden justificar con los periodos vacacionales.

3. Sobre el plan de contingencia.

Manifiesta la interesada que JAZZTEL realiza previsiones cada semana por exigencia de TESAU, sin que TESAU no obstante ponga los medios necesarios para cumplirlas.

4. Sobre el comportamiento de JAZZTEL.

Alega en este punto que no corresponde a TESAU valorar el plan de negocios de JAZZTEL, por lo que la comparativa con las solicitudes del resto de los operadores resulta irrelevante.

Resalta que, en cuanto al espacio solicitado en las centrales por JAZZTEL, el sobredimensionamiento de dicha operadora denunciado por TESAU, no podía haber sido conocido por la interesada, que sólo dispone de información en cuanto a los rangos de numeración y no en cuanto a número de abonados. Asimismo indica que la correspondencia de espacio con las líneas a las que JAZZTEL puede dar servicio que plantea TESAU en el recurso no es correcta.

Por su parte, afirma que JAZZTEL no puede realizar todas las solicitudes de TCI con la homogeneidad que quisiera ya que es la propia TESAU la que impide solicitarlas de forma más homogénea. En este sentido manifiesta que TESAU únicamente permite a JAZZTEL solicitar tendidos en aquellas UNC's que TESAU ha inventariado en el SGO, y que el ritmo y actualización de esta información en el sistema dista mucho de lo deseable.

Finalmente alega que JAZZTEL no ha modificado sus previsiones, sino que dichas previsiones se actualizan para poder reflejar las desviaciones que se producen y que no obstante resulta patente que ni siquiera con unas previsiones superiores a lo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

realmente solicitado TESAU ha cumplido plazos. En cualquier caso deja constancia de que en muchas ocasiones las solicitudes no se pueden realizar por impedimentos del SGO.

5. Sobre los perjuicios causados a JAZZTEL.

En lo relativo a las Actas Notariales presentadas por TESAU, manifiesta JAZZTEL que no considera que el hecho de que sus equipos no estén instalados justifique nada. Explica que los equipos se instalan cuando se pueden cablear, es decir, cuando existen los repartidores y tendidos instalados y se pueden conectar clientes. Dado que el trabajo de instalación es precisamente el cableado del equipo, de nada sirve llevar el equipo a la central si no se puede conectar.

Manifiesta que las referidas Actas Notariales no justifican de ningún modo el retraso en la entrega de los servicios, que repercute de forma directa sobre el plan de negocios de JAZZTEL y en definitiva, sobre sus clientes finales.

Finalmente señala que JAZZTEL trabaja sobre unas planificaciones, basadas en los plazos OBA que TESAU habría de cumplir y que se ajustan a dicha planificación todo lo que las entregas de TESAU se lo permiten.

6. Error de los datos aportados por TESAU en prolongación del par.

Afirma que esta alegación por parte de TESAU únicamente evidencia que dicha operadora no aporta sus datos con las mínimas garantías y que incumple las obligaciones establecidas en cuanto a la actualización del SGO.

Por todo lo anterior, JAZZTEL entiende que TESAU no acredita que exista ningún motivo para admitir su recurso, ya que no desvirtúa su reiterado incumplimiento de los plazos de la OBA, con las consecuencias establecidas por esta Comisión.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Primero.- Calificación.

El artículo 107 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones, entre otros actos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

La recurrente califica expresamente su escrito como recurso de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, que prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos en reposición ante el mismo órgano que lo hubiera dictado, calificar el escrito presentado como recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución de esta Comisión de fecha 9 de junio de 2005.

Segundo.- Competencia y plazo para resolver.

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

El presente recurso deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, según lo establecido en el art. 117.2 de la misma Ley y, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo.

Tercero.- Admisión a trámite.

El recurso de reposición de la entidad TESAU ha sido interpuesto cumpliendo con 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 misma Ley, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior, procede admitirlo a trámite.

B. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO.- Sobre la alegación de que la resolución recurrida no ha tenido en cuenta el “cambio estructural” de la demanda.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TESAU alega que la demanda de servicios de la OBA ha sufrido un “*cambio estructural*” desde octubre 2004 agravado por su distribución irregular tanto en el tiempo como en lo que se refiere las centrales afectadas. Argumenta que pese a que dicha modificación en la demanda quedó acreditada en el expediente del que trae causa el presente recurso, no fue debidamente tomada en cuenta por la Comisión en la Resolución recaída.

A este respecto, debe señalarse que resulta revelador que TESAU no compare la demanda de servicios de acceso al bucle, entre la que se incluyen las peticiones de JAZZTEL que han sufrido numerosos incumplimientos de plazos, con la demanda correspondiente a sus servicios minoristas que sí ha atendido sin incidencias reseñables. Así, TESAU refleja la evolución de la demanda de servicios de acceso al bucle, pero no demuestra que suponga un nivel de actividad excesivo, dado el nivel de demanda global a que hace frente y cuyo principal componente corresponde a sus propios servicios y no a los demandados por operadores como JAZZTEL.

En la Resolución recurrida ya se destacó “*el volumen de actividad de los servicios ADSL minoristas y mayoristas de TESAU, servicios que han superado en el último trimestre de 2004 las 332.308 altas netas, presentando una media mensual superior a 110.000 mensuales en dicho periodo.*” No obstante, TESAU no valora los recursos que dedica a atender ese importante volumen de demanda, que engloba no sólo las propias conexiones de usuario, sino también otros elementos como la instalación de los cableados equivalentes a los tendidos de cable interno de la OBA. A este respecto, TESAU se limita a señalar que la demanda sostenida de 76.000 altas mensuales de servicios ADSL que viene atendiendo equivale a 760 tendidos de cable interno sin aportar justificación alguna de la relación de equivalencia utilizada. TESAU no pone en duda lo señalado en la resolución recurrida, donde se afirmaba que “*debe destacarse el importante volumen de la actividad que TESAU se muestra capaz de absorber cuando se trata de sus propios servicios ADSL.*”

En definitiva, sólo puede concluirse que, a la hora de atender las peticiones de JAZZTEL, TESAU no mostró la misma diligencia que para atender el destacado volumen de demanda de sus propios servicios ADSL.

De lo expuesto, resulta patente que la Resolución recurrida sí tuvo en cuenta la estructura de la demanda, en la medida en que los datos que constaban en el expediente así lo permitían, concluyendo que la misma no constituía causa justificante del incumplimiento de los plazos acreditado en el expediente. Por ello, ha



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de rechazarse este motivo de impugnación, por estimarse ajustada a derecho en este punto la Resolución recurrida.

SEGUNDO.- Sobre la alegación relativa al conocimiento por TESAU de la planificación de los operadores.

En su recurso TESAU reitera su petición, ya planteada en sus escritos en el expediente de referencia y en el procedimiento DT 2005/511, de que se obligue a los operadores a comunicar sus previsiones.

Sin embargo, como ya se señaló en la resolución recurrida, no era un requisito vigente, y en el ya resuelto expediente DT 2005/511 esta Comisión no ha aprobado su implantación. En cualquier caso, no puede justificar los incumplimientos pasados como pretende TESAU, especialmente si como se ha señalado anteriormente, el volumen de demanda de servicios de la OBA no es comparable al volumen de demanda de sus propios servicios. Ello no impide que su aplicación futura sea objeto de análisis en el procedimiento de modificación de la oferta actualmente en trámite, según la acumulación aprobada en el procedimiento DT 2005/511.

Por lo demás, las menciones a cuestiones como los equipos de aire acondicionado o el acondicionamiento de salas afectan únicamente al servicio de coubicación y no guardan relación alguna con los servicios analizados en la Resolución recurrida.

TESAU ya alegó en su momento que los plazos de continua referencia le habían sido impuestos pese a su reiterada oposición. Ciertamente se trata de plazos de entrega que se introdujeron en la oferta de referencia por Resolución de esta Comisión de fecha 29 de abril de 2002, pero ello se realizó motivadamente y cumpliendo con todos los trámites aplicables. Sólo cabe añadir que el tiempo transcurrido desde entonces ha sido más que suficiente para que TESAU adopte las medidas organizativas necesarias para cumplir con dicho plazos.

TESAU puede naturalmente, en el procedimiento al efecto (cuyo inicio ya le ha sido notificado con la referencia MTZ 2005/1054), proponer la modificación en la OBA de dicho plazo para su aplicación futura. De todos modos, una comparativa con ofertas de países de nuestro entorno como la aportada por TESAU, si bien puede resultar una referencia útil, es de complicada valoración por las diferencias en la definición de los servicios; por ejemplo, el servicio de coubicación puede comprender en algunos países el servicio de tendido de cable de interno que se considera separadamente en la OBA de TESAU.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En cualquier caso y por lo que respecta a la incidencia del desconocimiento de la planificación de JAZZTEL en la responsabilidad de TESAU en los retrasos en provisión de servicios, es la propia recurrente la que reconoce expresamente en su escrito de interposición que JAZZTEL le comunicó su planificación, por lo que no cabría estimar la presente alegación.

TERCERO.- Sobre la valoración del esfuerzo realizado.

TESAU expone su queja porque no se haya valorado en su justa medida el esfuerzo realizado que quedó acreditado por la documentación aportada al expediente.

Pero es evidente que dicho esfuerzo, a la vista de los datos reflejados en la Resolución recurrida, no ha sido ni mucho menos suficiente para garantizar la prestación de los servicios de la OBA con el nivel de calidad exigible, nivel de calidad que se justifica por el fin perseguido de hacer posible la competencia en el acceso de banda ancha por medio de las obligaciones mayoristas de la OBA.

Ha quedado acreditado que el despliegue de JAZZTEL se ve frenado por los incumplimientos en que incurre TESAU y eso perjudica no sólo a JAZZTEL, sino a todos los consumidores, los cuales podrían beneficiarse del mayor grado de competencia que supondría la presencia de otro agente en el mercado.

CUARTO.- Sobre el comportamiento de JAZZTEL y el incumplimiento de sus previsiones.

TESAU considera *“anormal”* la demanda de JAZZTEL, frente a la de otros operadores que resultaría más *“racional y proporcional”* dada la evolución de su respectiva planta. TESAU concluye que el comportamiento de JAZZTEL que reflejan sus peticiones en periodo vacacional es *“jurídicamente inadmisibles”*, y por ello se debe eximir a TESAU del pago de penalizaciones.

Ante esta alegación, resulta ineludible reseñar en primer lugar que no corresponde a TESAU supervisar el despliegue de JAZZTEL.

Por su parte, TESAU considera *“jurídicamente inadmisibles”* el comportamiento de JAZZTEL por sus peticiones en periodo que TESAU clasifica como *“vacacionales.”* Sobre ello en primer lugar, procede recordar que los plazos se han establecido en días laborables, por lo que la presencia de días festivos no puede perjudicar en ningún caso a TESAU en el cómputo de plazos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Se debe deducir por ello que TESAU estaría refiriéndose a un nivel menor de actividad en los días laborables de Navidad o Semana Santa. Sin embargo, en diciembre de 2004 y en marzo de 2005, TESAU ejecutó respectivamente 110.039 y 92.027 altas netas de sus servicios ADSL, es decir, un volumen mucho mayor que el nivel medio de 76.000 altas netas mensuales mencionado por TESAU, por lo que de nuevo se pone de manifiesto que las dificultades que alega TESAU no se presentan cuando se trata de sus propios servicios ADSL.

Lo relevante no es el comportamiento de JAZZTEL sino el incumplimiento generalizado de plazos por parte de TESAU que se ha puesto de manifiesto en la Resolución recurrida.

En relación con las críticas a los escritos de previsiones de JAZZTEL, TESAU reconoce que, contrariamente a lo que sostenía reiteradamente en el expediente, sí recibió de JAZZTEL unas previsiones de demanda, al menos desde el pasado 15 de febrero de 2005. Según TESAU dichas previsiones no son válidas, por no detallar su distribución geográfica. Sin embargo, no se tiene noticia de que TESAU haya solicitado esa distribución geográfica a JAZZTEL como respuesta a las previsiones que le ha venido remitiendo JAZZTEL.

Debe concluirse por tanto que la cuestión de las previsiones juega en este momento un papel meramente argumentativo, puesto que son un elemento central de su recurso pero no se percibe interés alguno de TESAU en darles la utilidad práctica que les presume.

TESAU también señala que las previsiones de JAZZTEL son puramente teóricas y no se reflejan en las cifras de solicitudes reales. Ciertamente JAZZTEL admite que en las previsiones remitidas en abril, procedió a modificar las remitidas en febrero. Pero no puede argüirse que ésa haya sido la causa de los retrasos, puesto que TESAU hasta el momento de interponer el presente recurso ni siquiera reconocía en sus escritos la existencia de esas previsiones remitidas por JAZZTEL.

QUINTO. -Sobre la inexistencia de perjuicios a JAZZTEL

TESAU argumenta que no ha ocasionado perjuicio alguno a JAZZTEL, aportando una serie de Actas Notariales que muestran que en ciertas centrales JAZZTEL no ha instalado sus equipos, por lo que no serían los retrasos de TESAU los que le impedirían prestar servicios.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A este respecto no cabe olvidar la naturaleza jurídica de las penalizaciones recogidas en la OBA, en la que el recurrente centra gran parte de sus alegaciones, que según ha establecido el Tribunal Supremo no requiere una prueba de la existencia de perjuicios. En este sentido se pronuncia, entre otras, la Sentencia de 8 de octubre de 2002 cuando señala que *“(...) algunas de las alegaciones efectuadas por el recurrente no son admisibles debido a que la estipulación recoge una cláusula penal moratoria, la cual, para su aplicación, no requiere, por su propia naturaleza, la prueba del daño, de modo que el retraso pactado supone incumplimiento total (...)”*.

En cualquier caso, debe partirse de la premisa de que, como la propia TESAU señala en su escrito, la Comisión no es competente para determinar la valoración de eventuales daños y perjuicios. No obstante, es pertinente constatar que los incumplimientos de TESAU han obstaculizado el despliegue de JAZZTEL, con el consiguiente efecto pernicioso para la competencia.

TESAU aporta 36 Actas Notariales que reflejan la situación de 38 ubicaciones. Sin embargo, contrariamente a lo señalado por TESAU, las Actas Notariales muestran que JAZZTEL sí ha instalado equipos en 5 de dichas ubicaciones (en el Acta relativa a la ubicación de Madrid-Norte se hace constar que se observó a los técnicos de JAZZTEL durante su instalación; en Madrid-Argüelles, Málaga-Sol, y Madrid-Osuna queda acreditado por el Acta Notarial la presencia de ciertos equipos de JAZZTEL, y en Igualada se aprecian equipos en una de las fotografías incorporadas al Acta).

Sí es cierto que queda acreditado que en la fecha reflejada en cada Acta Notarial JAZZTEL no había instalado equipos en 33 de las ubicaciones citadas. Pero esa información debe ponerse en relación con el ámbito del expediente:

- Las solicitudes de JAZZTEL analizadas en la Resolución se refieren a 299 ubicaciones.
- Las solicitudes de JAZZTEL que habían sido entregadas fuera de plazo hasta la fecha de Resolución (reflejadas en el anexo confidencial de la resolución) afectan a 138 ubicaciones de las citadas 299.
- Las solicitudes pendientes fuera de plazo en la fecha de Resolución afectan a otras 54 ubicaciones de las citadas 299.

Así pues, es evidente que la situación de 33 centrales elegidas por TESAU no es necesariamente representativa del conjunto de 192 (138+54) centrales donde las solicitudes de JAZZTEL sufrieron incumplimientos de plazos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otra parte, TESAU entiende que el primer paso inexcusable es la instalación del equipo del operador alternativo, con independencia de que TESAU haya suministrado o no el resto de los elementos necesarios. Sin embargo, el tendido de cable interno es sólo un elemento imprescindible, pero no suficiente para la prestación de servicios, puesto que para la prestación de servicios a los clientes finales son igualmente imprescindibles la instalación eléctrica en el espacio de ubicación o los servicios de entrega de señal, elementos cuyo suministro también corresponde a TESAU. Y no puede desconocer TESAU que el despliegue de JAZZTEL no sólo se ha visto afectado por los incumplimientos analizados en la Resolución recurrida, sino también por los retrasos u otras dificultades puestas de manifiesto en otros conflictos (especialmente en tres de ellos ya resueltos por la Comisión, expedientes DT 2005/543 sobre disyuntores, DT 2005/628 sobre entrega de señal, y DT 2005/811 sobre conexión de salas). A modo de ejemplo puede mencionarse que al menos las doce ubicaciones de Algete, Lloret de Mar, Manresa-Pedro III, Igualada, Santa Perpetua de Mogola, Terrassa-Amat, Córdoba-Gondomar, Basauri-Estación, Petrer (Alicante), Rincón de la Victoria, Zaragoza-Miralbueno y Blanes, se han visto afectadas por los incumplimientos de plazos de entrega de señal analizados en el expediente 2005/628.

A su vez, en las tres ubicaciones de Madrid-Norte, Alcorcón-San José de Valderas y León-Corredera, TESAU ha retrasado de forma muy significativa el suministro de tendidos de cable interno debido a la situación del repartidor principal. Resulta incomprensible que TESAU reproche a JAZZTEL que no instale sus equipos en dichas ubicaciones donde TESAU había informado que la fecha prevista de entrega de los tendidos se demoraba de forma prácticamente indefinida.

Por todo ello, es crucial recordar que aunque JAZZTEL instalara su equipo en alguna de las ubicaciones citadas no estaría en condiciones de prestar servicio; muy al contrario, la acumulación de retrasos en diversos servicios habría hecho inservible dicho equipo.

En consecuencia, ni la situación reflejada en las actas notariales es necesariamente representativa del conjunto de ubicaciones en que está presente JAZZTEL, ni esa situación niega que sean los incumplimientos de TESAU los que obstaculizan el despliegue de JAZZTEL.

SEXTO.- Sobre el error en los datos reflejados en la Resolución



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Señala TESAU que existen errores en los datos que ella misma ha aportado a esta Comisión, debido a que el sistema que ha empleado para calcularlos contemplaba actividades más allá de la provisión del servicio prestado a las operadoras. Entiende que, dado que se han valorado erróneamente los datos, debe revisarse el contenido de la Resolución.

A este respecto, como reconoce la propia operadora, la Comisión no ha tenido en cuenta datos distintos de los suministrados por TESAU periódicamente y cuya consideración se puso de manifiesto de forma inequívoca a TESAU en el trámite de audiencia previo a la Resolución recurrida.

Lo que es incongruente no es la utilización por la Comisión de esos datos, sino que TESAU no formulara alegación alguna en contra de la utilización de unos datos que la propia TESAU había remitido en su momento a pesar de que ahora le parecen inasumibles.

Además TESAU aporta únicamente unos valores mensuales mientras que JAZZTEL remitió una relación detallada de solicitudes entregadas fuera de plazo que no ha sido deslegitimada por TESAU con similar grado de detalle.

Sin embargo, no puede pretenderse postergar el momento de la prueba que competía a TESAU en el procedimiento administrativo al recurso de reposición, puesto que el desarrollo de un nuevo sistema interno dentro de TESAU no es algo que exceda de su control en el tiempo y que consiguientemente no pudiera haber conocido con anterioridad. De este modo, el artículo 112.1 de la LRJPAC establece que *“no se tendrán en cuenta en la resolución de los recursos hechos, documentos o alegaciones del recurrente, cuando habiendo podido aportarlos en el trámite de alegaciones no lo haya hecho”*, por lo que no es éste el momento para intentar acreditar los supuestos errores.

En todo caso, la Resolución se limitaba a concluir que se habían producido incumplimientos de plazos y a instar la entrega de las solicitudes pendientes que se encontraban fuera de plazo, por lo que sigue siendo perfectamente ajustada a Derecho.

SÉPTIMO.- Sobre la caducidad del expediente administrativo

Argumenta TESAU que esta Comisión ha excedido el plazo de cuatro meses que la LGTel le otorga para resolver los conflictos de interconexión que ante ella se plantean y que, por tanto, habría tenido lugar la caducidad del procedimiento, en la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

medida en que dicho procedimiento es susceptible de producir efectos desfavorables o de gravamen sobre TESAU.

Es cierto que el artículo 44.2 de la LRJPAC contempla la caducidad de los procedimientos susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen sobre el interesado en caso de que transcurra el plazo máximo contemplado por la Ley sin Resolución expresa del órgano competente para resolver.

Ello no obstante, la especial naturaleza de los procedimientos administrativos por los que se tramitan los conflictos de acceso, en los que el papel de la Administración no es el de titular de situación jurídica activa o pasiva en controversia, sino el de un órgano regulador que interviene y ordena las controversias entre dos operadores, impide la aplicación mecánica de las reglas del silencio a estos procedimientos, puesto que cualquier efecto del silencio, positivo o negativo, perjudicaría a una de las partes, que no tiene porqué sufrir las consecuencias del retraso procedimental. Piénsese que el procedimiento tipo contemplado en la Ley 30/1992 presenta a uno o varios interesados frente a la Administración, y no a un interesado frente a otro y cuya controversia ha de ser dirimida por la Administración.

El silencio administrativo actúa siempre en beneficio del administrado, como acto declarativo de derechos o como presupuesto habilitador de la vía de recurso, por lo que en los procedimientos en que intervienen dos administrados con intereses contrapuestos no cabe, en puridad, hablar de silencio administrativo.

En cualquier caso, y si –en hipótesis- algún régimen de silencio hubiera que aplicar, omite la recurrente que la caducidad afecta únicamente a los procedimientos iniciados de oficio, por dicción literal del artículo 44 de la LRJPAC, que comienza especificando su ámbito de aplicación: *“en los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos (...)”*.

Como la propia recurrente establece, fue JAZZTEL quien inició el procedimiento, al presentar con fecha 26 de enero de 2005, un escrito en el que solicitaba a esta Comisión la resolución del conflicto de acceso que sostenía con TESAU. Por consiguiente, dicho procedimiento se inició a instancia de parte y no de oficio y no cabe atribuirle al silencio las consecuencias previstas los procedimientos incoados de oficio.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En efecto, no cabe una interpretación flexible de los artículos que regulan los efectos del silencio, puesto que existe una gran diferencia entre las finalidades de los procedimientos iniciados de oficio y los instados por el interesado, que ha sido valorada por el legislador a la hora de otorgar un sentido al silencio administrativo. En este sentido, la jurisprudencia parte en todos los casos de esta distinción, reconociendo que, de no respetarse, se vulneraría la seguridad jurídica, la interdicción de la arbitrariedad y el sometimiento de la Administración a la Ley.

Por tanto, no pueden existir dudas acerca de que el artículo 43 únicamente alude a procedimientos iniciados a solicitud del interesado mientras que el artículo 44 solo se refiere a los procedimientos incoados de oficio (así lo explica la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2004, si bien para la normativa anterior a la reforma de la Ley 4/1999, al establecer lo siguiente: *“En síntesis pues, la tesis de la sentencia impugnada consiste, aunque sin exponerla de forma explícita, en la inaplicación al supuesto de autos de la obligación impuesta en el artículo 42.2 de la Ley 30/1992, en su inicial redacción, de concluir el citado procedimiento mediante resolución expresa en el plazo de tres meses, establecido supletoriamente en tal precepto, así como, por consiguiente, en la inaplicación de la consecuencia anudada al citado incumplimiento, contemplada en el artículo 43.4 de la misma Ley, para «los procedimientos iniciados de oficio no susceptibles de producir actos favorables para los ciudadanos», y consistente en la caducidad del procedimiento, con el consiguiente archivo de las actuaciones, cuando se produzca el requisito temporal establecido en el precepto, cual es el transcurso del «plazo de treinta días desde el vencimiento del plazo en que debió ser dictada la resolución» expresa. Inaplicación, de ambos preceptos, que viene determinada porque el primero de los citados (42.2) solo se refiere a los procedimientos iniciados a instancia de parte, que no es el caso, al estarse en presencia de un procedimiento de oficio de restauración la legalidad urbanística (...).*

En consecuencia, no procede estimar el motivo de recurso, dado que no resulta conforme a la naturaleza de los conflictos la aplicación de las reglas generales del silencio. Asimismo, la hipotética aceptación de la caducidad solicitada por la actora implicaría llevar a cabo una interpretación de la Ley 30/1992, que escapa de la literalidad de sus términos, con la consiguiente vulneración de los principios anteriormente reseñados y de la doctrina jurisprudencial recaída en la materia.

OCTAVO.- Sobre la naturaleza jurídica de la OBA y el contrato de acceso de los operadores en conflicto



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A lo alegado por TESAU debe responderse que es inadecuada su interpretación de que su obligación se limita a hacer pública la oferta de referencia sin alusión alguna a su puesta en práctica y al cumplimiento de sus términos y condiciones.

En efecto, tal y como indica la recurrente, la OBA constituye una oferta de mínimos a la que pueden acogerse los operadores autorizados en los términos normativamente establecidos. Dicha oferta garantiza un contenido que permite, a falta de otro acuerdo, la prestación de servicios en condiciones competitivas debiendo incluir aquellos servicios que permitan a los operadores autorizados emular los servicios prestados por TESAU a nivel minorista.

No obstante, considerando esta realidad, resulta obvio que la obligación de TESAU de disponer de una OBA no puede entenderse cumplida con la mera publicación de dicha oferta, pues no se satisfaría el objeto de la misma sin una implantación real de las medidas que prevé. Así se ha puesto de manifiesto por esta Comisión en diversas ocasiones, tales como en la Resolución¹ que puso fin al expediente AJ 2003/81 en la que se indicaba lo siguiente:

“la mera publicación [de la OBA] no puede entenderse por sí sola como cumplimiento de la obligación de disponer de ella en las condiciones establecidas por esta Comisión, sino que dicha publicación ha de ir acompañada de la implementación efectiva de los medios necesarios para atender la demanda de servicios que se pudiera producir por parte de los operadores autorizados.”

Por otra parte, TESAU expone en relación con el contrato de acceso derivado de la OBA, en primer lugar, que su perfección se produce en el momento en que el operador alternativo acepta la oferta hecha por el operador dominante, lo cual no es discutido por esta Comisión. Sin embargo añade, en segundo lugar, que una vez perfeccionado el contrato las obligaciones contenidas en la OBA pasan a ser obligaciones contractuales cuyo incumplimiento debe sustanciarse en el marco de la jurisdicción ordinaria. En opinión de la recurrente, a partir del momento de perfeccionamiento del contrato de acceso, la OBA no es susceptible de incumplimiento alguno.

Frente a lo anterior, se indica a la recurrente que, si bien es cierto que el incumplimiento de determinadas obligaciones puede quedar circunscrito al marco

¹ Resolución, de fecha de 26 de junio de 2003, por la que se puso fin al período de información previa iniciado en relación con el escrito de reclamación presentado por el Instituto Europeo de Estudios de la Educación contra RETEVISIÓN y TESAU en materia de desagregación del bucle de abonado con conservación de número.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

contractual debido a su carácter incidental, también es cierto que la relevancia de determinados incumplimientos pone de manifiesto una vulneración de la implementación de la propia OBA, constituyendo consiguientemente un incumplimiento de la misma, cuyo conocimiento corresponde a esta Comisión. El contrato de acceso constituye un contrato forzoso para TESAU, cuando se trata de una solicitud razonable de acceso al bucle, cuyo contenido está normado en sus elementos esenciales por el organismo regulador, por medio de la OBA. Luego si el operador incumbente deja de atender las peticiones de acceso al bucle, o las condiciones en que debe prestarse el acceso, no se incumple sólo el contrato, sino la OBA, que aparece como fuente matriz de la obligatoriedad y del contenido de dicho contrato.

En lo que aquí interesa, el incumplimiento de los plazos en la provisión de servicios a JAZZTEL acreditado en el expediente del que trae causa el presente recurso, no puede ser entendido, en contra de lo pretendido por TESAU, como un incumplimiento puntual que pueda sustanciarse únicamente en el marco de la relación contractual de ambos operadores, sino como un incumplimiento de las estipulaciones recogidas en la OBA que afectan directamente al despliegue de un operador autorizado, generando el consiguiente perjuicio a la competencia dentro de este ámbito.

Por último, y en lo referente a las penalizaciones no satisfechas por TESAU por el retraso en la provisión de servicios, hay que señalar que su origen no se encuentra en la voluntad de los contratantes, tal y como parece entender la recurrente, sino que se trata de una de las garantías que debe incorporar necesariamente la OBA, en virtud de la normativa comunitaria y que ha sido recogida expresamente en el anexo del Real Decreto 3456/2000. El anexo de dicho Real Decreto fija, dentro del contenido mínimo de la oferta *“las condiciones referidas a plazos de compromiso para la provisión de los accesos, recursos asociados y reparación de averías, con indicación de las compensaciones existentes por incumplimientos.”* Por tanto el incumplimiento de las penalizaciones supone, igualmente, la vulneración de una obligación establecida tanto a nivel normativo, como en resoluciones de esta Comisión, correspondiendo por ello su conocimiento y sanción a la misma.

En virtud de todo lo anterior, no cabe estimar la alegación de TESAU en virtud de la cual los incumplimientos en la provisión de los servicios deberían sustanciarse, únicamente, dentro del marco de la relación contractual de los operadores interesados.

NOVENO.- Sobre los plazos de provisión de servicios OBA



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En una extensa disquisición, TESAU señala que el contrato-tipo incluido en la OBA es “*nulo de pleno Derecho*” puesto que considera TESAU que el objeto del contrato es “*indeterminado*” al no especificar la cantidad, el momento y la localización de los servicios a suministrar. Añade TESAU que los plazos de la OBA son de imposible cumplimiento.

Con respecto a ésta última alegación, es preciso tener en cuenta que la imposibilidad en el cumplimiento de las obligaciones que invoca TESAU ha sido profusamente abordada por la jurisprudencia que aboga por una interpretación restrictiva del concepto, que ha ido delimitando paulatinamente. Así, ha establecido que su aplicación exige “*una imposibilidad física o legal, objetiva, absoluta, duradera y no imputable al deudor*” (Sentencias de 15 de febrero y 21 de marzo de 1994). Por su parte, también ha sentado que la imposibilidad se equipara con la dificultad extraordinaria (Sentencia de 6 de octubre de 1994), pero que no cabe confundir dificultad con imposibilidad (Sentencias de 8 de junio de 1906, 5 de mayo de 1986 o 20 de mayo de 1997), ni tampoco cabe medir la imposibilidad con base en el criterio subjetivo del deudor (Sentencia de 6 de octubre de 1994).

Teniendo en cuenta lo anterior, debe reconocerse que ciertamente, si TESAU no se dota de los medios necesarios, el cumplimiento de su oferta de referencia puede llegar a resultar imposible. Pero precisamente la situación que se ha puesto de manifiesto es que TESAU sí establece recursos para atender la demanda de sus propios servicios, estando entonces en perfectas condiciones de absorber importantes volúmenes de demanda si se han dispuesto recursos con la diligencia necesaria.

Cabe concluir por tanto, que lo que TESAU denomina “imposibilidad” de cumplir los plazos de provisión, se basa en una apreciación subjetiva, no refrendada en ningún caso por la realidad de lo demostrado por la propia operadora en su actuación y por tanto, al margen de su amparo por el artículo 1184 CC.

En relación con el objeto “*indeterminado*” del contrato-tipo de la OBA que resulta “*nulo de pleno Derecho*”, baste poner de manifiesto al respecto que se trata de un contrato cuyo objeto, el suministro conforme a los plazos y condiciones establecidos de los servicios de acceso al bucle recogidos en la oferta de referencia, no es nada indeterminado.

Por su parte, no puede olvidarse que TESAU se compromete a través de su oferta (cuyo origen, conviene recordar, nace de la normativa aplicable) a provisionar las



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

solicitudes que se le formulen, en los plazos que se contemplan, salvo que concurra alguna de las causas recogidas en la misma para la exención de las penalizaciones. Por tanto, no puede afirmarse que el objeto del contrato es indeterminado o que ha de ser fruto de un acuerdo posterior entre las partes, y que se ha tornado nulo de forma sobrevenida, como sostiene la recurrente.

TESAU afirma que *“el cumplimiento y la validez del contrato de acceso queda al arbitrio”* de JAZZTEL, por lo que el contrato es nulo. Sin embargo, olvida que se trata de un contrato forzoso, en que TESAU no es libre de decidir si contrata o no, quedando a disposición de las peticiones razonables de los demás operadores. Cuando un operador solicita de TESAU la prestación de algún servicio de la OBA, TESAU está obligado en principio a aceptarlo, si es razonable, porque ello es consustancial a la naturaleza de los contratos forzosos,

DÉCIMO.- Sobre la nulidad de pleno Derecho de los resuelve quinto y décimo por haberse dictado por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia, según el artículo 62.1.b) de la LRJPAC.

TESAU considera que esta Comisión es *“manifiestamente incompetente”* para instar al pago de penalizaciones e incluso para recordar a TESAU sus obligaciones de pago de penalizaciones recogidas en la OBA. TESAU alega que debería ser en la Jurisdicción civil ordinaria donde debería determinarse si han existido incumplimientos que justifican la aplicación de la cláusula sobre penalizaciones, debiendo TESAU estar en condiciones de ejercitar su derecho de defensa. A juicio de TESAU, la propia Comisión contradice su propia doctrina expresada en numerosas resoluciones en que ha recordado que no le corresponde determinar la existencia de daños y perjuicios.

En respuesta a lo anterior, de un lado, esta Comisión se remite, en relación con su competencia para enjuiciar la aplicación de las penalizaciones establecidas en la OBA a lo expuesto en el fundamento de derecho octavo relativo a la naturaleza jurídica de la OBA y del contrato de acceso que de ella deriva.

De otro lado, por lo que respecta a la doctrina de esta Comisión sobre la naturaleza de las penalizaciones ha de recordarse a TESAU que la Comisión ha mantenido una doctrina exquisitamente coherente, y ello es fácilmente observable si no se confunden los conceptos de indemnización por daños y perjuicios y penalización por incumplimiento.

Ciertamente esta Comisión ha señalado repetidamente que no es competente para la declaración de la existencia de los daños y perjuicios causados dentro de una



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

relación contractual o la imposición de la obligación de su indemnización, ya que son cuestiones de Derecho Privado que deberán resolver los órganos de la Jurisdicción Civil. Ya se sentó este principio en la Resolución, de 2 de diciembre de 1999, relativa a los servicios Infovia e Infovia Plus, y se ha venido recordando de forma reiterada, más recientemente en la Resolución, de 7 de julio de 2005, por la que se resuelve el conflicto de interconexión entre Operadora de Telecomunicaciones Opera, S.L. y Telefónica de España, S.A.U., sobre las interrupciones de interconexión sufridas en un plazo de doce meses.

Ahora bien, cuestión radicalmente distinta son las competencias de la Comisión para instar al pago de unas penalizaciones recogidas en la oferta de referencia de interconexión o en la oferta de referencia de acceso al bucle. En la citada Resolución de 7 de julio de 2005 se razonaba que las penalizaciones no se corresponden en modo alguno con la indemnización por los daños y perjuicios que un incumplimiento puede haber causado. Las penalizaciones no compensan por el daño eventualmente causado sino que incentivan al cumplimiento de las condiciones de suministro establecidas. Y en la propia Resolución recurrida se señalaba que las penalizaciones *“no constituyen indemnizaciones por daños y perjuicios, sino que están destinadas a incentivar a TESAU, en tanto que operador responsable del suministro de los servicios de acceso al bucle, a disponer los recursos necesarios para que no se produzcan incumplimientos de los plazos previstos.”*

Por lo demás, la inclusión de penalizaciones en la oferta de referencia de acceso al bucle no es fruto del capricho de la Comisión, sino que es un requisito establecido por la normativa vigente. En efecto, conforme al Reglamento comunitario de acceso al bucle² los incumplimientos en los plazos estipulados deben dar lugar a penalizaciones, tal como se indica en el punto D.2 de su anexo sobre contenido mínimo de la oferta de referencia: *“2. Condiciones contractuales estándar, incluida, cuando proceda, la compensación por incumplimiento de los plazos.”*

En relación con lo anterior, resultan más que conocidas las amplias competencias de la Comisión para intervenir en general en las relaciones entre operadores en materia de acceso e interconexión (artículo 11.4 de la LGTel³), especialmente en la resolución de conflictos (artículo 48.2, letra d, de la LGTel) y todo ello con mayor razón en el caso de solicitud de intervención de una de las partes en un caso de suministro de servicios regulados por parte del operador dominante.

² Reglamento (CE) n° 2887/2000, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, sobre el acceso desagregado al bucle local.

³ Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En virtud de dichas competencias de intervención en materia de acceso e interconexión y de resolución de conflictos, la Comisión ha resuelto en varias ocasiones instando al pago de penalizaciones, por primera vez en la resolución, de 30 de julio de 2002, relativa a la solicitud de intervención de Colt Telecom España, S.A., en relación con un conflicto de acceso al bucle de abonado con Telefónica de España, S.A.U. Además del precedente mencionado y de la Resolución recurrida, se ha instado al abono de penalizaciones en otras cinco resoluciones de conflictos de acceso al bucle:

- Resolución de 21 de noviembre de 2002, sobre conflicto planteado por DTI2;
- Resolución de 29 de mayo de 2003, sobre conflicto planteado por Orange Web;
- Resolución de 11 de noviembre de 2004, sobre conflicto planteado por Dragonet.
- Resolución de 9 de junio de 2005, sobre conflicto planteado por JAZZTEL acerca del servicio de tendido de cable externo.
- Resolución de 14 de julio de 2005, sobre conflicto planteado por JAZZTEL acerca del servicio de entrega de señal en modalidad capacidad portadora.

Igualmente, ya no en el ámbito del acceso al bucle sino de la interconexión, cabe citar la ya mencionada resolución de 7 de julio de 2005, sobre conflicto planteado por Opera, en la que igualmente se insta a TESAU al pago de penalizaciones.

No hay, por tanto, contradicción alguna en la doctrina seguida por la Comisión.

DECIMOPRIMERO.- Sobre la condena al pago de penalizaciones y su posible exención por falta de culpabilidad de TESAU

TESAU señala que no se ha analizado en la Resolución recurrida si el incumplimiento de TESAU se ha producido por dolo, culpa o negligencia, cuestión que TESAU considera esencial puesto que entiende que de no concurrir alguno de dichos elementos, no procedería la aplicación de las penalizaciones.

En este sentido, TESAU señala que no puede imputársele dolo porque ninguna conducta maliciosa puede reprocharse a dicha operadora, ni negligencia por haber actuado con la diligencia propia de un buen empresario, ni culpabilidad al haber gestionado razonablemente la situación generada. Además, a juicio de TESAU, existen elementos acreditados que justifican una moderación de las penalizaciones que la Comisión no ha tenido en cuenta.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A este último respecto procede precisar que no cabe la moderación de la pena el incumplimiento en el caso de una obligación vinculada a una cláusula penal moratoria, según ha sido interpretado el artículo 1154 del CC. La argumentación jurisprudencial al respecto podría sintetizarse en la Sentencia de Sentencia Tribunal Supremo de 29 noviembre 1997 cuando señala: *“junto a dicha cláusula penal, cuya aplicación presupone el incumplimiento (total o parcial) de la obligación, se halla la llamada cláusula penal moratoria, la cual está estipulada exclusivamente para el supuesto del retraso en que incurra el deudor en el cumplimiento de la obligación. A dicha cláusula moratoria, que no está estipulada para el supuesto de incumplimiento de la obligación, sino sólo y exclusivamente para el caso de retraso en el cumplimiento de la misma, no cabe la posibilidad legal de aplicarle la facultad moderadora del artículo 1154 del Código Civil, ya que ésta se halla instituida solamente para el supuesto de cumplimiento parcial o irregular de la obligación (en comparación con el incumplimiento total para el que pudo ser estipulada la respectiva cláusula penal), pero ello no puede ocurrir nunca en el caso de la cláusula estrictamente moratoria, la cual ha de desenvolver ineludiblemente su eficacia sancionadora (por así haberlo estipulado libremente las partes) por el mero y único hecho del retraso en el cumplimiento de la obligación, cuyo mero retraso, por sí solo, es totalmente inconciliable con los conceptos de cumplimiento parcial o irregular, únicos para los que se halla instituida la facultad moderadora del repetido artículo 1154, ya que durante el tiempo de duración de la mora el incumplimiento fue total. “*

TESAU señala también que las penalizaciones bajo ningún concepto son automáticas como resuelve la Resolución recurrida y pone de relieve la supuesta incongruencia de la Resolución que le reprocha no atender los requerimientos de pago de JAZZTEL y al mismo tiempo le indica que podía haber solicitado su exención.

A este respecto cabe señalar que las penalizaciones tienen en el presente caso, tal y como se ha mencionado con anterioridad, una *“función coercitiva o de garantía, consistente en estimular al deudor al cumplimiento de la obligación principal, ante la amenaza de tener que pagar la pena”*, en palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1992. Dicha garantía en el presente caso, vendría a exigir a TESAÚ, en su calidad de operador dominante, la diligencia debida en la prestación de servicios de acceso al bucle a los operadores competidores, anudando a su incumplimiento el pago de las penalizaciones.

Cabe destacar que aunque TESAÚ afirma que no puede imputársele conducta maliciosa alguna, sigue sin desmentir de forma expresa las graves acusaciones de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

JAZZTEL sobre supuestas amenazas de trato discriminatorio que habría recibido de TESAU. En cualquier caso, es indiscutible la responsabilidad de TESAU en los incumplimientos de plazos, y esa responsabilidad es el único elemento determinante que genera la obligación de pago de penalizaciones, sin que a estos efectos sea necesario precisar si dicha responsabilidad deriva de dolo, culpa o negligencia. Es decir, ha quedado acreditado que TESAU no ha empleado la misma diligencia en proveer sus propios accesos que los de JAZZTEL, por lo que no podría probar su falta de culpa en los retrasos, salvo demostrando la concurrencia de fuerza mayor u otras causas ajenas, que, por los motivos expuestos, no resultan admisibles.

Por su parte, TESAU parece partir de la base de que el contenido de la OBA es de cumplimiento libre y opcional hasta que la instancia competente (la Comisión para suministro de servicios y, según TESAU, la Jurisdicción ordinaria para el pago de penalizaciones) ordena su cumplimiento mediante resolución vinculante. Muy al contrario, debe reiterarse que la oferta de referencia constituye un conjunto de obligaciones que TESAU debe cumplir escrupulosamente, salvo acuerdo con el interesado en otro sentido.

De este modo, las penalizaciones por incumplimientos de plazos son de aplicación automática porque forman parte integral del conjunto de prestaciones de la oferta. Al igual que la entrega satisfactoria de un servicio genera de forma **automática** el correspondiente concepto facturable correspondiente a su cuota de alta y periódicamente su cuota mensual, el incumplimiento de un plazo de entrega por responsabilidad de TESAU genera **automáticamente** una penalización a abonar al operador afectado. Desde el momento de entrega con retraso de una solicitud por responsabilidad de TESAU se genera la obligación de abono de la penalización, y con carácter automático TESAU debe proceder a calcular su importe para su posterior pago. Desafortunadamente se desprende de lo alegado por TESAU que su comportamiento se ha caracterizado por una diligencia nula en el pago de penalizaciones, ya que al parecer, contrariamente a lo previsto en la OBA, no ha procedido a abonar penalización salvo tras Resolución expresa de la Comisión.

Ciertamente el contrato tipo incluido en la OBA incluye una cláusula que prevé que TESAU pueda dirigirse a la Comisión para que se reconozca una eventual situación de exceso de solicitudes, con el fin de que no sean aplicables las penalizaciones asociadas. Pero a pesar de que TESAU afirma que *“en varias ocasiones se ha ejercitado este derecho con los resultados infructuosos sobradamente conocidos”*, es preciso aclarar que antes de la interposición por JAZZTEL del conflicto de acceso objeto de la Resolución recurrida, TESAU sólo había presentado una solicitud de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

este tipo, y si fue rechazada, ello se debió a los motivos expuestos por la Comisión en su Resolución de 15 de julio de 2004.

DECIMOSEGUNDO. Sobre la nulidad de pleno Derecho de la Resolución recurrida por incongruencia omisiva, falta de motivación y vulneración del artículo 24 de la CE por indefensión.

En modo alguno puede considerarse que se ha producido indefensión, puesto que TESAU tuvo acceso a alegaciones de JAZZTEL y estuvo en perfectas condiciones de formular alegaciones sobre los aspectos acerca de los que la Comisión debía resolver, en particular sobre el importe concreto de las penalizaciones que le eran reclamadas. La resolución recurrida no incurría tampoco en falta de motivación, ya que ponía de relieve los incumplimientos de TESAU, que a su vez justifican sobradamente la adopción de medidas como el pago de las penalizaciones previstas en la oferta de referencia.

TESAU invoca la incongruencia omisiva de la Resolución recurrida, por no pronunciarse expresamente sobre una serie de cuestiones, en las que centra el recurso interpuesto que entiende fundamentales para la estimación de su pretensión. No obstante, al respecto cabe citar la doctrina del Tribunal Constitucional, citada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 21 de Septiembre de 2000, que distingue entre las verdaderas pretensiones y las alegaciones de apoyo de las mismas en los siguientes términos: *“e) Asimismo, puede darse una situación de silencio del juzgador respecto de alguna pretensión y no darse tampoco incongruencia omisiva; tal ocurre cuando ese silencio puede ser interpretado, razonablemente, como acto concluyente de contenido desestimatorio; f) Ese juicio de razonabilidad ha de ser particularmente riguroso cuando se trata de una pretensión en sentido verdadero y propio. g) Cuando, por el contrario, no estamos ante verdaderas pretensiones sino ante meras alegaciones de apoyo, concretas y no sustanciales, puede bastar una respuesta global y genérica, sin que sea necesario una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas. (...)”*.

En el presente caso, la Resolución recurrida constata el incumplimiento de los plazos, que no ha sido puesto en duda por TESAU y que constituye el motivo esencial de la estimación de la pretensión de pago de las penalizaciones a que viene obligada la recurrente. Por tanto, la falta de mención expresa de cuestiones tales como la incidencia del cambio estructural de la demanda o las consecuencias negativas del desconocimiento de una planificación (que ahora reconoce TESAU que sí conoció), no afectaría al sentido de la Resolución, por tratarse de argumentos



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de apoyo a la pretensión de la recurrente, que tratarían de justificar la inexistencia de culpa de dicha operadora en los retrasos. En efecto, aún en el caso de haber constatado la eventual existencia de las causas alegadas por TESAU como origen de los retrasos en la provisión de los servicios de acceso, esta Comisión, tal y como ya se ha especificado a lo largo de la presente resolución, no considera las mismas justificantes de los incumplimientos en que ha incurrido la citada operadora. Ello, vista la diligencia demostrada ante los accesos de la propia TESAU frente a la demostrada en aquellos de JAZZTEL.

En consecuencia, no resulta exigible a efectos de congruencia, un pronunciamiento expreso sobre dichos argumentos, por cuanto que no constituyen una verdadera pretensión y no desvirtúan el motivo principal de imposición de las penalizaciones, tal y como se desprende de los términos de la Resolución.

DECIMOTERCERO.- Sobre la nulidad del Resuelve séptimo de la Resolución recurrida, por tratarse de un acto indeterminado y por ello, de contenido imposible y vulneración del artículo 24 de la CE.

El resuelve séptimo es un mero recordatorio a TESAU de sus obligaciones recogidas en la oferta. Difícilmente puede resultar contraria a Derecho la simple reiteración de una obligación contenida en una Resolución anterior, reiteración que en este caso venía justificada por los serios indicios de incumplimiento de la OBA por parte de TESAU que han motivado el inicio de un procedimiento sancionador.

Por su parte, ya se ha expuesto con anterioridad las obligaciones de TESAU contenidas en la OBA no pueden entenderse bajo ningún concepto de imposible cumplimiento.

DECIMOCUARTO.- Sobre la anulabilidad del Resuelve undécimo por aplicación del artículo 63 de la LRJPAC.

En este punto, TESAU manifiesta que de admitirse sus argumentos, sería preciso eliminar de la Resolución recurrida, la referencia a que los comportamientos observados serían estudiados en el marco de las informaciones previas que dieron lugar a la incoación de un expediente sancionador.

Por todo lo anteriormente expuesto, queda claro que esta solicitud carece del fundamento en que se apoya y por tanto, no procede su estimación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar el recurso de reposición interpuesto por la entidad TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. contra la Resolución de esta Comisión de fecha 9 de junio de 2005, sobre 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), por estar plenamente ajustada a derecho.

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 resuelve un recurso potestativo de reposición, 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 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 SECRETARIO

EL PRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera