



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DÑA. ALEJANDRA DE ITURRIAGA GANDINI, por vacante del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (art. 7.2 de la O.M. de 9 de abril de 1997, B.O.E. de 11 de abril de 1997), 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 núm. 21/05 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 9 de junio de 2005, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

por el que se aprueba la

RESOLUCIÓN SOBRE EL CONFLICTO DE ACCESO ENTRE JAZZ TELECOM, S.A.U., Y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., EN RELACIÓN CON EL CUMPLIMIENTO EN SOLICITUDES DE TENDIDO DE CABLE EXTERNO DE LOS PLAZOS DE LA OFERTA DE ACCESO AL BUCLE DE ABONADO (OBA)

DT 2005/346

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Escrito inicial de JAZZTEL

Con fecha 7 de marzo 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 se están produciendo incumplimientos de los plazos de entrega en el servicio de tendido externo de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA). Según JAZZTEL, TESAU todavía no habría suministrado cinco ampliaciones de tendido externo solicitadas por JAZZTEL que debían haberse entregado el pasado 25 de noviembre de 2004.

JAZZTEL solicita que se inste a TESAU a proveer las ampliaciones de tendido externo citadas en el plazo de dos días hábiles, y que se proceda a la apertura de procedimiento sancionador contra TESAU.

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 14 de marzo 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.- Requerimiento de información dirigido a TESAU

Con fecha 17 de marzo de 2005 se requiere a TESAU la siguiente información:

1. Relación de solicitudes de tendido externo remitidas por JAZZTEL relativas a la ubicación de Madrid-Gran Vía, indicando si se trata solicitudes de nueva instalación o de ampliación de una infraestructura ya existente.
2. Tratamiento dado a cada una de dichas solicitudes, precisando al menos: canal de comunicación utilizado, fecha de recepción de la solicitud, fecha de aceptación (o, en su caso, fecha y causa de denegación o rechazo), fecha de presentación de proyecto técnico, fecha de aceptación de dicho proyecto y fecha de entrega del servicio (o, en su caso, estado actual de la solicitud).

Cuarto.- Respuesta de TESAU al requerimiento de información

Con fecha 6 de abril de 2005 se recibe escrito de TESAU en respuesta al requerimiento de información de esta Comisión. TESAU aporta una relación de doce solicitudes de tendido externo de JAZZTEL en la ubicación de Madrid-Gran Vía, indicando que tres de ellas fueron rechazadas, y las nueve restantes fueron ya entregadas, incluyendo las cinco objeto del conflicto interpuesto por JAZZTEL que han sido entregadas el pasado 4 de marzo de 2005, si bien JAZZTEL no las consideró entregadas debidamente hasta el 5 de abril de 2005. TESAU señala que el canal de comunicación utilizado es el sistema web denominado SGO.

TESAU realiza asimismo una serie de alegaciones. Afirma que el procedimiento de provisión del servicio de tendido de cable externo es muy complejo debido a que requiere la realización de trabajos de planta externa sujetos a factores que no dependen de TESAU, como la obtención de permisos o la elaboración de proyecto técnico.

TESAU señala que JAZZTEL disponía de tendidos con 31 pares libres para acceso completamente desagregado y 61 pares libres para acceso compartido, datos de los que, según TESAU, no se deduce que haya sido crítico para JAZZTEL disponer de las ampliaciones de tendido reclamadas al tener esa capacidad vacante.

TESAU expone que las solicitudes de JAZZTEL se han visto afectadas por diferentes incidencias:

1. Ciertas solicitudes fueron rechazadas: una por corresponder a la mera duplicación de una solicitud y dos por solicitarse sobre un repartidor de operador ya plenamente ocupado.



2. Las dos primeras solicitudes necesitaron dos replanteos y fue necesario un cambio de ruta respecto a la elegida por JAZZTEL.
3. Para dichas dos primeras solicitudes fue necesario esperar a que JAZZTEL acondicionara su local y a que decidiera el tipo de cable de su preferencia.
4. La gestión de los permisos para otras dos solicitudes posteriores no fue realizada por JAZZTEL a pesar de su compromiso en dicho sentido.
5. Para las solicitudes objeto de conflicto fue necesario solicitar cable del tipo requerido a un determinado suministrador, habiéndose producido retrasos en la disponibilidad de dicho material (TESAU remite copia de comunicación del suministrador).
6. Para las solicitudes objeto de conflicto no se pudo solicitar los permisos necesarios hasta que se dispuso de los cables necesarios (TESAU remite copia de su solicitud de acceso a galería y de la comunicación de Canal de Isabel II que otorga dicho permiso).

TESAU manifiesta que, a pesar de los retrasos ocurridos, siempre ha tenido una actitud activa y colaboradora, realizando sus mejores esfuerzos para facilitar la provisión de este servicio, incluso llegando en ocasiones a realizar actuaciones que le correspondía realizar al operador, como la gestión de permisos. TESAU sostiene haber actuado en todo momento de buena fe, y teniendo como único fin la salvaguarda de la relación comercial de confianza mutua con todos los operadores de acceso al bucle de abonado.

TESAU solicita que se proceda al archivo del expediente por haberse cumplimentado ya las solicitudes de JAZZTEL.

Quinto.- Informe de los Servicios

Con fecha 14 de abril de 2005, los Servicios de la CMT emiten informe en el presente procedimiento.

Sexto.- Trámite de audiencia

Por medio de sendos escritos recibidos con fecha 29 de abril de 2005, TESAU y JAZZTEL formulan alegaciones en el trámite de audiencia concedido al efecto conforme al artículo 84 de la LRJPAC.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Objeto del procedimiento

El presente procedimiento tiene por objeto el análisis del conflicto planteado por JAZZTEL en relación con el suministro de cinco ampliaciones de tendido externo a esta entidad por parte de TESAU.

Segundo.- 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, letra d) del mismo artículo, que establece que es función de esta Comisión la resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre operadores en materia de acceso o interconexión.

La LGTel, en su artículo 11 apartado 4, 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.”* La letra a) del mencionado artículo 3 establece como objetivo de esta Ley, fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y en el suministro de los recursos asociados a ellos.

A tal efecto, el artículo 14 de la LGTel señala que *“de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de esta ley y de sus normas de desarrollo conocerá la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Ésta, previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo máximo de cuatro meses a partir del momento en que se pida su intervención, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva.”*

De conformidad con lo anterior, esta Comisión tiene habilitación competencial suficiente para resolver el conflicto suscitado entre JAZZTEL y TESAU.

Tercero.- Vigencia de las obligaciones de TESAU en materia de acceso al bucle

La Disposición transitoria primera de la LGTel y la Disposición transitoria primera del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, disponen que, en los mercados de referencia actualmente existentes, los operadores dominantes en dichos mercados y las obligaciones que tienen impuestas dichos operadores continuarán en vigor hasta que se fijen los nuevos mercados de referencia, las empresas con poder significativo en dichos mercados y sus obligaciones.

Por ello las obligaciones en materia de acceso al bucle impuestas a TESAU como operador dominante permanecen en vigor actualmente hasta que se definan, en los términos establecidos por la LGTel y su desarrollo reglamentario, los nuevos mercados de referencia y las obligaciones que resultaran de aplicación a los operadores que sean designados con poder significativo en dichos mercados.

Así pues, mantienen plena vigencia las obligaciones de TESAU derivadas del ya derogado Reglamento que establece las condiciones para el acceso al bucle de



abonado de la red pública telefónica fija de los operadores dominantes (Reglamento de acceso al bucle de abonado), aprobado por el Real Decreto 3456/2000, de 22 de diciembre. No se mantienen en vigor, por el contrario, otras disposiciones del citado Reglamento, como el requisito de petición escrita del abonado, según señaló ya la CMT¹, o el derecho de TESAU de reserva del 25% del espacio contemplado en el artículo 9.6. Por otro lado, sigue en vigor el Reglamento (CE) nº 2887/2000, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, sobre el acceso desagregado al bucle local (Reglamento comunitario sobre acceso al bucle).

Dada la obligación que estableció el artículo 11.1 del Reglamento de acceso al bucle de abonado y de conformidad con el artículo 3.1 del Reglamento comunitario sobre acceso al bucle, los operadores dominantes de redes fijas deben publicar una oferta de referencia de acceso al bucle. Conforme a lo anterior TESAU dispone de su Oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA), oferta de referencia que le vincula constituyendo un conjunto de prestaciones mínimas que TESAU está obligada ofrecer.

En particular, es pertinente recordar lo dispuesto en la OBA en relación con los eventuales incumplimientos de plazos, donde en consonancia con lo previsto por el Reglamento comunitario de acceso al bucle, se establece la obligación de TESAU de abonar las correspondientes penalizaciones por todo incumplimiento que le sea imputable y para el cual se haya previsto una penalización. En efecto, conforme al Reglamento comunitario de acceso al bucle 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."* De hecho, el Reglamento comunitario se refiere textualmente a los supuestos de incumplimiento de plazos en su considerando número 10: *"El incumplimiento de los plazos de ejecución por parte del operador notificado debe dar lugar a una indemnización en favor del beneficiario."* Ante un literal tan claro, no hay lugar a dudas sobre la voluntad del legislador de que en el marco del acceso al bucle se apliquen penalizaciones destinadas a incentivar que se respeten los plazos que se establezcan. Dichas 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 ello se han previsto en la OBA las correspondientes penalizaciones para los diversos servicios, incluidos los relevantes a efectos del presente conflicto. Así pues, todo incumplimiento de plazos debe dar lugar de forma automática al abono de la correspondiente penalización, calculada conforme a lo previsto en la OBA y considerando únicamente los retrasos imputables a TESAU.

Cuarto.- Las obligaciones de acceso al bucle como elemento decisivo para el fomento de la competencia en el acceso de banda ancha

Las obligaciones de acceso al bucle citadas se justifican por el objetivo, compartido por las más diversas instancias, de fomento de la competencia en el acceso de banda ancha.

¹ Resolución, de 3 de marzo de 2005, por la que se pone fin al período de información previa iniciado como consecuencia de determinadas denuncias presentadas contra AUNA TELECOMUNICACIONES, S.A. por presuntas altas de acceso al bucle sin consentimiento del respectivo abonado.



En efecto, en las Conclusiones del Consejo Europeo de Lisboa, de 23 y 24 de marzo de 2000, la banda ancha se constituyó, dentro de la estrategia de la Unión Europea, en herramienta crítica para el desarrollo de la Sociedad de la Información, y se daba la indicación a los Estados miembros y a la Comisión de iniciar el proceso de la apertura del bucle de abonado, que se convirtió en una prioridad a corto plazo. La Comisión Europea aprobó una Recomendación al efecto, de fecha 25 de mayo de 2000, y posteriormente las iniciativas a nivel europeo dieron lugar a un Reglamento comunitario, ya citado anteriormente, que refleja la relevancia de la cuestión. Estas iniciativas no han perdido vigencia como muestra la estrategia *"i2010: European Information Society"* adoptada por la Comisión Europea con fecha 1 de junio de 2005.

En España se consideró que debía regularse con urgencia, por lo que las obligaciones de acceso al bucle se introdujeron ya por medio del Real Decreto-Ley 7/2000, de 23 de junio de 2000, de Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones, y fueron desarrolladas por el ya mencionado Reglamento nacional de acceso al bucle.

La citada imposición de obligaciones de acceso al bucle parte del carácter fundamental del despliegue de tecnologías xDSL sobre las redes existentes de pares:

- La red de acceso de pares de cobre controlada por TESAU constituye, en virtud de su ubicuidad alcanzada en un despliegue a lo largo de varias décadas y gracias al desarrollo de las tecnologías xDSL, un elemento central para la difusión de los servicios de banda ancha. A finales de 2004 las conexiones de banda ancha que hacen uso de la red de pares de cobre de TESAU suponen más del 75% del total de 3,4 millones de conexiones, con lo que sólo el 25% restante se basa en tecnologías alternativas.
- Las redes de acceso alternativas de los operadores que despliegan sus propias infraestructuras no pueden alcanzar en el futuro inmediato una cobertura geográfica similar a la de la red de pares de cobre. Los operadores de redes de cable disponen únicamente de 5,5 millones de accesos instalados frente a los cerca de 17,6 millones de accesos de par de cobre instalados por TESAU (informe anual de la CMT de 2003).
- Soluciones como la reventa de los servicios de TESAU o el acceso indirecto al bucle de abonado no permiten una diferenciación suficiente de los servicios de los operadores entrantes, y las empresas del grupo Telefónica controlan el 70% del total de conexiones de tecnologías xDSL y, por ende, el 50% del total de conexiones de banda ancha (datos de finales de 2004). Sólo si se permite a los operadores alternativos implantar en la red de acceso de TESAU las tecnologías xDSL que juzguen más adecuadas estarán en condiciones de configurar una oferta de servicios de banda ancha totalmente independiente de la de TESAU. Ello les permitirá competir tanto mediante la diferenciación de sus servicios como en el nivel de precios de servicio comparables.

Así pues, con el fin de que la generalidad de los usuarios puedan disponer de una oferta suficientemente variada de soluciones de banda ancha y beneficiarse de la competencia de diversos agentes en el mercado, es necesaria la imposición de obligaciones de acceso al bucle y a los denominados recursos asociados. Las



obligaciones impuestas a TESAU son totalmente equivalentes a las impuestas a los operadores dominantes de los países de nuestro entorno.

Sobre TESAU recae por consiguiente la especial responsabilidad de suministrar los servicios de acceso al bucle, y no solamente los recogidos en la oferta de referencia. La OBA incluye las condiciones de prestación de los servicios y TESAU no puede degradarla a mera referencia indicativa, sino que debe ponerla en práctica sobre la base de su carácter vinculante, suministrando en tiempo y forma los servicios solicitados por los operadores interesados. En efecto, no puede admitirse que pretenda ser TESAU quien marque el ritmo de avance de los despliegues sus competidores; no es ése su papel y, precisamente porque compite con el resto de los operadores en el mercado minorista, debe ceñirse a suministrar oportunamente los servicios mayoristas que le son requeridos. En caso contrario, sería la propia TESAU quien controlase el mercado minorista a través de una insatisfactoria provisión de los servicios mayoristas que necesitan sus competidores. Para garantizar una competencia en condiciones equitativas, el primer requisito aplicable a TESAU es el cumplimiento de las obligaciones que le han sido impuestas. El efecto de una provisión de servicios OBA deficiente en plazos y volumen impediría el desarrollo de la necesaria competencia en el mercado del acceso en un momento particularmente clave, cuando se está produciendo una renovación tecnológica profunda hacia las tecnologías basadas en protocolo IP y donde los acceso de banda ancha serán vitales para permitir el ofrecimiento a los usuarios de servicios innovadores y de la sociedad de la información, precisamente cuando la propia TESAU está haciendo también grandes esfuerzos hacia la actualización tecnológica continua de su red.

En consecuencia, con el fin de garantizar el citado desarrollo plural del mercado en beneficio del interés general, esta Comisión debe velar por el cumplimiento escrupuloso de dichas obligaciones, 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 garantizar el cumplimiento de sus resoluciones y cumplir con su función de fomento de la competencia.

Quinto.- Sobre las solicitudes de tendido de cable externo objeto de conflicto

El servicio de tendido externo consiste en la instalación de un cableado entre el repartidor principal de pares de cobre sito en el inmueble de TESAU y los equipos del operador situados en un edificio próximo, donde un elemento denominado repartidor de operador delimita las responsabilidades al marcar el punto donde finaliza la red gestionada por TESAU y empieza la red del operador alternativo. Una vez instalado el tendido externo, cuando se solicita por medio del procedimiento de prolongación de par la conexión de un bucle concreto a la red del operador, basta ejecutar una serie de operaciones en el repartidor principal para conectar ese abonado concreto a la red del operador alternativo.

Así pues, para un operador que, por decisión propia o por no poder acceder al servicio de ubicación en un edificio de TESAU, ha instalado sus equipos en un inmueble próximo, resulta imprescindible disponer de la instalación denominada tendido de cable externo para poder ofrecer servicios a los abonados conectados al repartidor principal situado en el edificio de TESAU. Asimismo es una instalación que puede ser



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

necesario ampliar, por ejemplo a medida que los abonados que capta el operador van ocupando los pares del tendido o en previsión para campañas comerciales futuras.

Los retrasos en el suministro de tendido externo afectan directamente al despliegue del operador solicitante, puesto que si no dispone de pares libres en tendidos ya instalados no podrá ofrecer servicios dentro del área de cobertura de la central correspondiente hasta que esté finalizada la correspondiente instalación o ampliación, y ello pese a las inversiones realizadas con carácter previo en el acondicionamiento de un local próximo y la instalación en él de los equipos del operador.

JAZZTEL ha planteado ante esta Comisión conflicto de acceso con TESAU por el retraso en la entrega de cinco solicitudes de tendido de cable externo en la ubicación de Madrid-Gran Vía.

Pues bien, con posterioridad al inicio del presente procedimiento las cinco solicitudes objeto de conflicto han sido ya atendidas, por lo que no es necesario adoptar medidas al respecto.

Ahora bien, el plazo aplicable a solicitudes como las analizadas (ampliación de tendido de cable externo) estipulado en la OBA es de 10 días laborables a partir de la aprobación del correspondiente proyecto. Por ello, dado que el proyecto fue aprobado con fecha 11 de noviembre de 2005, la entrega de la instalación no debería haberse demorado más allá del 25 de noviembre de 2004. En cambio, las cinco solicitudes, si bien han sido ya atendidas, no pueden considerarse entregadas hasta el día 5 de abril de 2005, por lo que es evidente que la entrega de las cinco solicitudes objeto de conflicto se ha producido con un considerable retraso de más de cuatro meses respecto a la fecha límite determinada por la fecha de aceptación del proyecto correspondiente.

También se han producido retrasos en la elaboración por parte de TESAU del citado proyecto, puesto que el plazo de presentación del proyecto para una ampliación de tendido externo es de cinco días laborables, mientras que TESAU no remitió el proyecto a JAZZTEL hasta pasados más de dos meses.

De haberse seguido los plazos previstos en la OBA, la instalación debería haber sido entregada más de seis meses antes de la que ha sido la fecha real de entrega. Aun tomando como referencia únicamente la última de las cinco solicitudes, de fecha 9 de septiembre de 2004, el proyecto debería haber sido presentado no más allá del 16 de septiembre. Si JAZZTEL lo hubiera aceptado en la misma fecha, del mismo modo que ha hecho con el proyecto realmente presentado, la instalación debería haberse entregado no más tarde del 30 de septiembre de 2004 para cumplir con el plazo previsto en la OBA.

El cuadro siguiente resume los datos de las solicitudes analizadas (tomando como referencia la última de las cinco solicitudes, o caso más favorable a TESAU):

Concepto	Fecha
Fecha recepción última solicitud	9 de septiembre de 2004
Fecha entrega proyecto según OBA	16 de septiembre de 2004
Fecha real entrega proyecto	11 de noviembre de 2004



Fecha entrega instalación según OBA	30 de septiembre de 2004
Fecha entrega instalación según OBA dada la fecha real de entrega del proyecto	25 de noviembre de 2004
Fecha real entrega instalación	5 de abril de 2005

Se concluye, por tanto, que las cinco solicitudes objeto de conflicto han sufrido un retraso muy considerable de más de seis meses sin que concurran circunstancias especiales más allá del aprovisionamiento de cable y la gestión de permisos comentados por TESAU. Ni las solicitudes analizadas constituyen un volumen excesivo de solicitudes, ni necesitaban un replanteo al no ser las primeras solicitudes en la ubicación de Madrid-Gran Vía, ni se han puesto de manifiesto otras razones que expliquen un retraso tan elevado.

Sexto.- Penalizaciones por incumplimientos

Como ya se ha comentado, la normativa aplicable obliga al pago de penalizaciones en caso de incumplimientos de plazos de entrega. Las solicitudes se han entregado fuera de plazo con lo que TESAU debe abonar las penalizaciones establecidas en la OBA.

Cabe distinguir dos tipos de retrasos en las solicitudes analizadas en el presente procedimiento: por una parte, el retraso en la elaboración del proyecto; por otra, el retraso en la entrega de la instalación desde la fecha real de aceptación del proyecto.

Respecto a los más de dos meses que ha tenido que esperar JAZZTEL para la elaboración por parte de TESAU del proyecto correspondiente, es indiscutible que suponen un incumplimiento del plazo aplicable y no se ha puesto de manifiesto razón alguna que lo justifique. Sin embargo, debe señalarse que la OBA no incluye una penalización relacionada con el supuesto de retraso en elaboración de proyecto, con lo que no parece razonable aplicar una penalización a las solicitudes analizadas, dado que la propia oferta de referencia no la ha previsto hasta el momento. Ello debe entenderse sin perjuicio de que pueda colegirse que sería conveniente incluir una penalización al efecto en los acuerdos de acceso al bucle o en una eventual revisión de la oferta de referencia, con el fin de favorecer la aplicación de plazos razonables en estos supuestos, y sin perjuicio del valor que el retraso efectivamente producido deba tener en relación con el régimen sancionador aplicable a TESAU, por incumplimiento de la OBA.

En lo que se refiere al plazo aplicable a la entrega de la instalación, no cabe duda de que la fecha de entrega determinada por la fecha real de aceptación del proyecto debía ser el 25 de noviembre de 2004, debiendo contabilizarse como retraso el tiempo transcurrido desde dicha fecha hasta la fecha de entrega (5 de abril de 2005). El anexo correspondiente de la OBA contempla la penalización vinculada a incumplimientos del plazo de entrega del servicio de tendido de cable externo, que se calcula en función del número de días de retraso.

No obstante, no puede tomarse sin más el número de días laborables entre las fechas indicadas, sino que debe tenerse en cuenta que existen factores que se encuentran fuera del control de TESAU y de los que no se le puede hacer responsable por mucho que esté sujeta a sus obligaciones generales de acceso al bucle y a suministrar los



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

servicios de la OBA. Por consiguiente, y especialmente a efectos de cálculo de penalizaciones, deben distinguirse los retrasos imputables a TESAU de los retrasos imputables a causas que escapan a su ámbito de responsabilidad.

En el caso concreto de las solicitudes analizadas en el presente procedimiento, en principio el retraso global abarca desde el día siguiente al de la fecha de entrega determinada por la fecha de aceptación del proyecto hasta la fecha real de entrega, es decir, desde 26 de noviembre de 2004 hasta 5 de abril de 2005. Pero no debe contabilizarse el tiempo necesario para la gestión de permisos o los retrasos por causas imputables al operador solicitante. Por un lado, la gestión de permisos necesarios para la ejecución de la solicitud justifica, según la documentación aportada por TESAU, el retraso de 3 a 23 de febrero de 2005. Por otro lado, la voluntad expresada por JAZZTEL de utilizar un cableado especial distinto al cable de referencia de 600 pares de la OBA, ha hecho necesario un pedido *ad-hoc* a un suministrador. Dicha circunstancia justifica, según la documentación aportada por TESAU, el retraso de 9 de diciembre de 2004 a 26 de enero de 2005.

Así pues, únicamente deben contabilizarse a efectos de penalizaciones los periodos identificados al efecto en el siguiente cuadro:

Periodo	Días de retraso
26 de noviembre a 8 de diciembre de 2004	7 días laborables
9 de diciembre de 2004 a 26 de enero de 2005	no imputable a TESAU
27 de enero a 2 de febrero de 2005	4 días laborables
3 a 23 de febrero de 2005	no imputable a TESAU
24 de febrero a 5 abril de 2005	29 días laborables
Total	7+4+29= 40 días laborables

Según lo previsto en la OBA, para retrasos en el servicio de tendido externo de más de la cuarta parte del plazo aplicable la penalización se obtiene por medio de la siguiente expresión:

$$\text{Penalización} = \text{Días de retraso} \times 3\% \times \text{Cuota de alta}$$

Por tanto, si se ha establecido que deben considerarse 40 días de retraso, la penalización aplicable a las solicitudes analizadas es $40 \times 3\% \times \text{Cuota de alta}$, es decir, igual para cada solicitud a 1,2 veces la cuota de alta correspondiente.

Séptimo.- Respuesta a alegaciones

Inexistencia de perjuicios

TESAU juzga necesario aclarar que el procedimiento de provisión del servicio de tendido de cable externo es muy complejo por los trabajos necesarios de planta externa y los factores que no dependen de TESAU como la obtención de permisos o la elaboración de un proyecto técnico. TESAU afirma también que JAZZTEL disponía de módulos de tendido con pares libres, con lo no se le ha causado un perjuicio irrecuperable por los presuntos retrasos.



A lo anterior debe responderse que es inaceptable la argumentación de TESAU que parece partir de la base de que la capacidad vacante de que podía disponer JAZZTEL exime a TESAU del cumplimiento de los plazos de la OBA, plazos que en su momento se establecieron considerando las características de cada servicio y su mayor o menor complejidad. Independientemente de la valoración del perjuicio causado a JAZZTEL, las obligaciones de TESAU recogidas en la OBA son suficientemente claras. Además, no corresponde a TESAU la gestión de los recursos de red de JAZZTEL, como en particular el nivel razonable de capacidad vacante de que desea disponer en un determinado momento, sino que TESAU debe limitarse a su papel de suministrador de los servicios de acceso al bucle.

Tratamiento de las solicitudes

JAZZTEL considera que las solicitudes son independientes y deberían estar sujetas a su propio proyecto técnico y sus propios plazos y no debería otorgarse a TESAU la facultad de paralizar todas las solicitudes anteriores a la última, puesto que ello tendría como consecuencia la dilación en la provisión de los servicios. Por ello JAZZTEL considera que se deberían computar los retrasos teniendo en cuenta cada solicitud de forma independiente.

Esta Comisión coincide con JAZZTEL en que cada solicitud es independiente y debe ser tramitada de acuerdo con los plazos aplicables. Por ello es preciso aclarar que el cálculo de penalizaciones para las cinco solicitudes analizadas se ha planteado de forma conjunta simplemente porque la fecha de aceptación del proyecto técnico es la misma para todas ellas, y justamente esa fecha es la aplicable al cálculo de las penalizaciones establecidas. Por lo demás, tampoco puede desconocer JAZZTEL la realidad de las instalaciones como los tendidos de cable externo, que hace recomendable que se agrupen en la misma fecha por el propio operador solicitante las solicitudes relativas a una misma ubicación.

Retraso en la elaboración del proyecto técnico

JAZZTEL expone que el objetivo que persigue es que TESAU cumpla de forma escrupulosa los plazos estipulados para poder cumplir a su vez los compromisos asumidos con sus clientes. JAZZTEL quiere dejar constancia de la indefensión de los operadores en cuanto al incumplimiento de los plazos de elaboración del proyecto técnico, por el hecho de que no se le imputen a TESAU penalizaciones por dicha causa. Según JAZZTEL, los retrasos deben comenzar a contar desde el momento de cada una de las solicitudes.

Esta Comisión ya ha señalado que de los retrasos en la elaboración del proyecto técnico puestos de manifiesto en este procedimiento, que suponen incumplimientos de plazos para los cuales la OBA no prevé una penalización, se desprende que en una eventual revisión de la oferta de referencia podría ser conveniente incluir una penalización aplicable a dicho incumplimiento. Por otra parte, el mero hecho de que no se haya establecido una penalización no deja tampoco en situación de indefensión a los operadores como indica JAZZTEL; el plazo establecido en la OBA está claramente definido y es vinculante para TESAU.

TESAU alega que no debería introducirse una nueva penalización por demora en la elaboración del proyecto técnico, al ser un proyecto conjunto entre dos empresas, con



trabajo en común y cooperativo entre ambas, y en el que el operador solicitante debe definir y acordar una serie de parámetros técnicos sin los cuales sería imposible que TESAU elaborara el proyecto. TESAU añade que no se ha contemplado una penalización análoga en el marco de la oferta de interconexión.

A ello debe contraponerse que, muy al contrario de lo alegado por TESAU, la práctica reflejada por los hechos analizados en este procedimiento muestra que JAZZTEL se limita a esperar la elaboración del proyecto por parte de TESAU para aceptarlo a continuación en la misma fecha de su presentación. Con todo, el hecho de que, en determinados casos muy precisos, pudieran existir retrasos no imputables a TESAU no impide ni desaconseja la introducción de una penalización por los incumplimientos de plazos cuya responsabilidad sí corresponda a TESAU. Naturalmente, conforme a lo establecido en la OBA las penalizaciones no se aplican a los retrasos motivados por el operador autorizado sino únicamente en caso de incumplimiento imputable a TESAU. De todos modos, resulta llamativo que la argumentación de TESAU sobre la responsabilidad compartida de los proyectos en el caso general no venga acompañada de una explicación mínima, ya no exhaustiva, de las razones del notable retraso que se ha producido en el caso concreto analizado en este expediente. Es precisamente dicho retraso totalmente injustificado el principal elemento de juicio que apoya la introducción de una penalización al efecto.

Cálculo de penalizaciones

JAZZTEL se muestra de acuerdo con la propuesta del informe sometido a audiencia que estima que las solicitudes objeto del conflicto se entregaron con retrasos imputables en parte a TESAU y que deben abonarse las penalizaciones correspondientes. Sin embargo, a juicio de JAZZTEL, en el cálculo de penalizaciones debería considerarse que la solicitud de permisos podía hacerse en paralelo con las gestiones para aprovisionamiento de los cables necesarios, y no de forma secuencial como alega TESAU.

Si bien en general es completamente razonable lo planteado por JAZZTEL sobre el desarrollo paralelo de diversas actividades, no puede olvidarse que los permisos citados pueden estar sujetos a una vigencia temporal limitada. En este caso concreto TESAU ha aportado documentación que justifica que ha sido razonable la secuencia de acciones seguida, dada la incertidumbre sobre el momento en que se dispondría del material del que se estaba a la espera.

TESAU expone que para tres de las cinco solicitudes fue necesario instalar nueva infraestructura para 600 pares en el repartidor principal y para el cableado externo, por lo que el plazo aplicable a dichas solicitudes sería el de 30 días aplicable a nueva instalación de tendido de cable externo en lugar de los 10 días de la simple ampliación de tendido.

Esta Comisión es muy consciente de la diferencia en los plazos aplicables a los dos casos aludidos, y por ello según se ha recogido en los antecedentes requirió a TESAU la información siguiente: *“Relación de solicitudes de tendido externo remitidas por JAZZTEL relativas a la ubicación de Madrid-Gran Vía, indicando si se trata solicitudes de nueva instalación o de ampliación de una infraestructura ya existente.”* La alegación de TESAU es desmentida por su propia respuesta a dicho requerimiento de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

información, puesto que en dicha respuesta no hay mención alguna a que esas solicitudes deban considerarse solicitudes de nueva infraestructura, sino que se las denomina literalmente: *“cinco ampliaciones de tendidos de cable externo (TCE) de 500 pares entregadas a JAZZTEL el 4 de marzo de 2005 [...]”*

TESAU señala que entregó los tendidos objeto de conflicto en los primeros días de marzo y JAZZTEL manifestó reparos que se referían a discrepancias en las rotulaciones realizadas por JAZZTEL y TESAU en ambos extremos de los tendidos. TESAU considera que no parece razonable que se compute a efectos de penalizaciones el tiempo de resolución de dichos reparos, al ser un retraso imputable a ambas partes.

Resulta claro de la documentación aportada que JAZZTEL no estuvo en condiciones de hacer uso de los tendidos solicitados hasta la fecha antes mencionada por la manera en la que se produjo la entrega, por lo que no pueden tomarse las fechas propuestas por TESAU sino la fecha real en la que entregó una instalación lista para ser utilizada.

Procedimientos adicionales

JAZZTEL estima que los retrasos de más de seis meses que se han producido son indicios de incumplimiento suficientes para el inicio de un procedimiento sancionador. JAZZTEL señala que TESAU debería ser sancionada también por poner trabas al despliegue de los operadores e imposibilitar la competencia nivel minorista. JAZZTEL solicita que se inicie un procedimiento sobre la posible distorsión de la competencia y la actitud discriminatoria de TESAU respecto a JAZZTEL.

Ciertamente esta Comisión va a tener en cuenta los hechos puestos de relieve en el presente conflicto para tomar las medidas necesarias, y ello por medio del cauce procedimental que se juzgue más idóneo. En particular, esta Comisión considera necesario trasladar los comportamientos observados para su consideración en un procedimiento previo a un eventual procedimiento sancionador.

En razón de todo lo anterior, esta Comisión

RESUELVE

Primero.- Declarar que las cinco solicitudes objeto de conflicto de tendido de cable externo de fechas 2 de agosto a 9 de septiembre de 2004 se han entregado con retrasos imputables en parte a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

Segundo.- Instar a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., a abonar en el plazo dos semanas las penalizaciones debidas a JAZZ TELECOM, S.A.U., conforme a lo dispuesto en la OBA por el incumplimiento del plazo de entrega de las cinco solicitudes citadas. Las penalizaciones deberán ser calculadas según lo dispuesto en la OBA y considerando 40 días laborables de retraso.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tercero.- 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.

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.

LA DIRECTORA DE LA
ASESORÍA JURÍDICA

Vº Bº EL PRESIDENTE

Alejandra de Iturriaga Gandini
P.V. art. 7.2 O.M. de 9 de abril de 1997
(B.O.E. de 11 de abril de 1997)

Reinaldo Rodríguez Illera