



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

CERTIFICA:

Que en la Sesión núm. 39/06 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 16 de noviembre de 2006, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

por el que se aprueba la

RESOLUCIÓN SOBRE LA DENUNCIA DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. CONTRA JAZZ TELECOM, S.A.U. POR SUPUESTO INCUMPLIMIENTO DE LA OFERTA DE ACCESO AL BUCLE DE ABONADO (OBA) EN RELACIÓN CON EL USO DEL ESPACIO ASIGNADO EN LA CENTRAL DE MÁLAGA/ESTEPONA

DT 2006/327

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Solicitud de Telefónica de España S.A.U.

Con fecha 3 de marzo 2006, tuvo entrada en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) escrito de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) por el que plantea conflicto de acceso con la entidad JAZZ TELECOM, S.A.U. (en adelante, Jazztel). Telefónica formula denuncia contra Jazztel por incumplimiento de la OBA al considerar que este operador no está haciendo un uso efectivo del espacio asignado en las Salas OBA en la central Málaga/Estepona.

Telefónica manifiesta que Jazztel solicitó coubicación en la central Málaga/Estepona con fecha 20 de diciembre de 2004 y realizó una nueva petición de coubicación con fecha 27 de junio de 2005. A continuación también manifiesta que la primera sala OBA realizada a instancias de la primera solicitud de coubicación de Jazztel fue concluida con fecha 5 de mayo de 2005 y a tal efecto aporta un certificado de la contrata adjudicataria. Seguidamente Telefónica indica que a día de realización del escrito (27 de febrero de 2006) Jazztel no ha ocupado ninguno de los espacios que le fueron asignados como consecuencia de ambas peticiones de coubicación y que por su parte está en proceso de ejecución de la segunda sala OBA. Por todo lo expuesto Telefónica considera acreditado que Jazztel no está haciendo un uso efectivo del espacio asignado y solicita también como prueba la inspección de la central Málaga/Estepona.

Asimismo Telefónica considera que la actuación de Jazztel, además de un incumplimiento de contrato, supone un abuso de derecho por ejercer el derecho de ocupación de espacios que le otorga la OBA de un modo abusivo y antisocial al provocar graves perjuicios a Telefónica y también a otros operadores y por tanto al mercado y a la competencia. Según Telefónica la actuación denunciada no es un caso aislado sino que constituye más bien una práctica habitual de Jazztel. A tal efecto



solicita que se considere las 36 Actas Notariales que conforman el Grupo Documental nº1 del Recurso de Reposición formulado por Telefónica contra la Resolución del 9 de junio relativa al Expediente DT 2005/259, así como a las Actas Notariales levantadas en 4 centrales destacadas por Jazztel y en otras 5 centrales elegidas al azar aportadas por Telefónica en el marco del expediente DT 2005/811 y también las Actas de Inspección levantadas por esta CMT en el marco de los expedientes DT 2005/1193 y DT 2005/1516.

Telefónica solicita que se ordene a Jazztel la liberación a su costa del espacio asignado y pendiente de ocupación o, alternatively, la utilización efectiva en la central Málaga/Estepona, con todo lo demás que proceda y sea de hacer en derecho.

Segundo.- Comunicación de inicio del procedimiento

A la vista de la denuncia presentada por Telefónica, 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 (en adelante, LRJPAC), procede a la incoación e instrucción del correspondiente procedimiento administrativo.

Con fecha 15 de marzo de 2006 se comunica dicho trámite a los interesados, Telefónica y Jazztel, dirigiéndoles sendos escritos mediante los cuales se les informaba de que, en virtud de la solicitud de intervención presentada por la primera, había quedado iniciado el correspondiente procedimiento administrativo.

Tercero.- Alegaciones de Jazztel

Con fecha 26 de abril de 2006 tuvo entrada en el Registro de la CMT escrito de Jazztel manifestando que no procede la liberación del espacio que tiene asignado y aportando información relativa al expediente de referencia.

Cuarto.- Requerimiento de información a Telefónica

Con fecha 23 de mayo de 2006 se requirió a Telefónica la información relativa a las fechas en las que Telefónica notificó a la entidad Jazztel, por carta y mediante correo electrónico, la finalización de la obra de habilitación y la disponibilidad de cada uno de los espacios de coubicación solicitados así como, en caso de existir, las fechas de recepción y cierre de cualquier incidencia de provisión relativa a los espacios de coubicación y servicios asociados (alimentación, aire acondicionado, etc.). También se le requirió que indicase de acuerdo con las definiciones del anexo del expediente DT 2005/1327, el espacio vacante y el espacio recuperado disponible en la central Málaga/Estepona en los momentos en que Jazztel realizó las peticiones de espacio de coubicación, así como el espacio disponible en el momento del requerimiento. Finalmente se requiere también el número total de bucles instalados en la central Málaga/Estepota y el número total de bucles activos (contabilizando tanto pares con servicio prestado por Telefónica como completamente desagregados).

Con fecha 09 de junio de 2006 tuvo entrada en el Registro de la CMT escrito de Telefónica, aportando la información solicitada.



Quinto.- Requerimiento de información a Jazztel

Con fecha 23 de mayo de 2006 se requirió a Jazztel, de igual modo que a Telefónica, información relativa a las fechas en las que Telefónica le notificó, por carta y mediante correo electrónico, la finalización de la obra de habilitación y la disponibilidad de cada uno de los espacios de coubicación solicitados, así como, en caso de existir, las fechas de recepción y cierre de cualquier incidencia de provisión relativa a los espacios de coubicación y servicios asociados (alimentación, aire acondicionado, etc.). También se le requirió justificación por la que realizó una segunda petición de 4 UNCs adicionales a la primera petición de 3 UNCs sin todavía haber empezado a prestar servicio, así como las fechas y documentación acreditativa, si existiera, de las actuaciones realizadas por Jazztel relacionadas con los espacios asignados. Por último, también se le requirió el estado de ocupación de los espacios asignados (elementos instalados) o fechas previstas para ocupación de espacios.

Con fecha 12 de junio de 2006 tuvo entrada en el Registro de la CMT escrito de Jazztel, aportando información solicitada.

Sexto.- Informe de los Servicios

Con fecha 12 de septiembre de 2006, los Servicios de la CMT emiten informe en el presente procedimiento

Séptimo.- Trámite de audiencia

Por medio de sendos escritos recibidos respectivamente con fecha 9 de octubre de 2006 y 16 de octubre de 2006, Telefónica 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 de la información aportada con el fin de determinar si procede el reconocimiento de una situación de falta de uso efectivo del espacio asignado en salas OBA por parte de la entidad Jazztel y si esta actuación supone un abuso de derecho.

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 Telefónica y Jazztel.

Tercero.- Obligaciones de Telefónica en materia de acceso al bucle

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

- 1º. Obligación de proporcionar los servicios mayoristas de acceso completamente desagregado y parcialmente desagregado al bucle de abonado a todos los operadores, a precios regulados. La efectividad de esta obligación requiere de la imposición genérica de las siguientes imposiciones:
 - a) Atender a las solicitudes razonables de acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización (arts. 13.1d de la LGTel y 10 del Reglamento de Mercados; art. 12 de la Directiva de Acceso).
 - b) Ofrecer el servicio de acceso al bucle a precios orientados en función de los costes de producción (arts.13.1e de la LGTel y 11 del Reglamento de Mercados; art. 13 de la Directiva de Acceso) a los operadores de red fija que así lo soliciten.
 - c) Separar sus cuentas para sus actividades relacionadas con el acceso desagregado al bucle de abonado (arts. 13.1c de la LGTel y 9 del Reglamento de Mercados; art. 11 de la Directiva de Acceso).
- 2º. Obligación de transparencia en la prestación de los servicios de acceso desagregado al bucle de abonado. Telefónica está obligada a la publicación de una oferta de Referencia para la prestación de los servicios de acceso al bucle de



abonado suficientemente desglosada para garantizar que no se exija pagar por recursos que no sean necesarios para el servicio requerido (arts. 13.1 a) de la LGTel y 7 del Reglamento de Mercados; art. 9 de la Directiva de Acceso).

- 3º. Obligación de no discriminación en las condiciones de acceso desagregado al bucle. Obligación de no discriminación en las condiciones de acceso (arts. 13.1b de la LGTel y 8 del Reglamento de Mercados; art. 10 de la Directiva de Acceso).
- 4º. Determinación de las concretas condiciones de acceso al bucle de abonado.

Cuarto.- Marco regulatorio aplicable

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

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

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

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

Quinto.- Sobre la utilización efectiva y la revocación del espacio no utilizado

Telefónica manifiesta en su escrito por el cual presenta denuncia contra Jazztel que éste solicitó coubicación en la central Málaga/Estepona con fecha 20 de diciembre de 2004 y que realizó una nueva petición de coubicación con fecha 27 de junio de 2005.



A continuación también manifiesta que la primera sala OBA realizada a instancias de la primera solicitud de coubicación de Jazztel fue concluida con fecha 5 de mayo de 2005 y a tal efecto aporta un certificado de la contrata adjudicataria.

De acuerdo con la información aportada por Telefónica y Jazztel en sus respectivos escritos de contestación al requerimiento de información, la comunicación de fin de la obra y por tanto de disponibilidad del espacio de coubicación, fue realizada el 15 de junio de 2005 para la primera solicitud, corrigiendo la primera fecha de 5 de mayo de 2005 dada inicialmente como fecha de entrega de la sala. La comunicación para la segunda solicitud fue realizada el 2 de septiembre de 2005 según pruebas aportadas por Telefónica. En ninguno de los casos se produjo apertura de incidencias de provisión ni reclamación por parte de Jazztel relativa a los espacios, una vez comunicada su disponibilidad.

Sobre actuaciones previas a la activación y prestación del servicio

En el informe de audiencia se indicaba que en este punto debía tenerse en cuenta que el marco regulatorio vigente en ese momento no detallaba el conjunto de condiciones u obligaciones para poder determinar si se estaba realizando un uso efectivo de un espacio de coubicación asignado, ni tampoco se especificaba ningún plazo. De hecho, del párrafo *“Cuando la baja haya de producirse como resultado de resolución dictada por la CMT en el ejercicio de sus competencias, revocando el derecho a mantener el espacio para la ubicación de equipos por su utilización no efectiva, instando a la modificación de la OBA, resolviendo disputas o por otras razones, se aplicará el procedimiento concreto establecido en dicha resolución”*, mencionado en el punto Cuarto relativo al marco regulatorio aplicable, se desprende que la evaluación de cada caso se efectuará en el correspondiente expediente. Sin embargo, mediante Resolución del Consejo de la CMT de 14 de septiembre de 2006, se aprobó la modificación de la OBA y en el nuevo documento, apartado 2.3, se determinan los términos y plazos para considerar que la utilización de los espacios asignados es efectiva, así como también el procedimiento a seguir para reasignar el espacio en caso de no alcanzar dicha condición. Dado que en la OBA anterior no se detallaba, en el análisis presentado a continuación se han aplicado los criterios conforme a lo resuelto en la OBA de septiembre de 2006 al objeto de poder determinar la utilización efectiva del espacio en la central de Estepona por Jazztel.

La OBA, como oferta de referencia, es una exigencia consecuencia de una obligación de transparencia y no discriminación impuesta a Telefónica en virtud de haber sido designada como operadora con poder significativo en el mercado por la Resolución del 11 de mayo de 2006 relativa al mercado de acceso desagregado al por mayor (incluido el acceso compartido) a los bucles y subbucles metálicos y de acuerdo con lo establecido en el artículo 13.a de la LGT y artículo 7.1 del Reglamento MAN. Según el artículo 4 de dicho reglamento, las obligaciones impuestas, y como consecuencia la misma OBA, tienen como objetivo que el mercado se desarrolle en un entorno de competencia efectiva. En consecuencia, el derecho a disponer de un espacio de coubicación recogido en la OBA es una medida para fomentar la competencia efectiva en el mercado, luego cualquier espacio asignado debe ser utilizado para la prestación del servicio, entendida ésta como utilización efectiva.



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

Por consiguiente, se trata en primer lugar de analizar si Jazztel ha realizado las actuaciones necesarias que demuestren su voluntad de activar la prestación del servicio y por consiguiente de realizar un uso efectivo de los espacios asignados. En su escrito de aportaciones recibido el 26 de abril de 2006, Jazztel manifiesta que, a fecha de presentación del conflicto, se encontraba en negociaciones con un proveedor de fibra oscura para poder poner en funcionamiento el equipamiento en la central donde dispone de espacio de coubicación. Indica Jazztel que ha tenido que recurrir a las negociaciones con un proveedor de fibra oscura como consecuencia de la inviabilidad económica de la solución basada en tecnología Gigabit Ethernet que Telefónica ofertó a Jazztel el 31 de enero de 2006.

Posteriormente, en su escrito por el cual contesta al requerimiento de información de esta Comisión en el que se le pide que remita fechas y documentación acreditativa, si existe, de las actuaciones realizadas, Jazztel expone de nuevo que mantuvo negociaciones con un operador de fibra oscura para conectar varias centrales, incluida la relativa a este expediente, aunque finalmente no logró cerrarse ningún acuerdo y aporta documentos relativos a esta negociación. Jazztel hace referencia también a la solicitud que hizo a para que le proveyera de una solución de Gigabit Ethernet aunque dicha opción se descartó por ser económicamente inviable. Respecto a la información aportada en su primer escrito de aportaciones, Jazztel añade que finalmente el 5 de abril de 2006, previa aprobación, realizó las solicitudes del servicio de capacidad portadora en las centrales en las que no se llegó a un acuerdo con el operador de fibra oscura, entre ellas la relativa a este expediente, servicio que fue finalizado el 25 de mayo de 2006. En el mismo escrito de respuesta al requerimiento de información, Jazztel también informa que el mismo día 5 de abril de 2006 solicitó el servicio de tendido de cable interno (en adelante TCI) que fueron entregados por Telefónica el pasado 28 de abril.

Las actuaciones a las que se refiere Jazztel en sus escritos de aportaciones y de respuesta al requerimiento de información, hacen referencia al conjunto de elementos necesarios para la activación y prestación del servicio a los usuarios finales y son un signo inequívoco que demuestra su voluntad de activar la prestación del servicio y hacer uso efectivo de los espacios asignados.

Sin embargo, la utilización efectiva de los espacios de coubicación, además de las actuaciones para la provisión de los elementos necesarios para la activación del servicio, implicarían también dos condicionantes más: el primero, que pueda existir un plazo límite para la ocupación del espacio asignado, y el segundo que se produzca una ocupación significativa del espacio de coubicación disponible. En todo caso, a la vista del considerable retraso en la entrega de la primera sala OBA (diciembre a junio 2005) es lógico presuponer que Jazztel haya tratado de minimizar los pagos mensuales de otros servicios necesarios (como entrega de señal) hasta no tener la certidumbre de la disponibilidad del espacio para coubicación.



Sobre la ocupación del espacio de coubicación solicitada y el plazo

Como se desprende del expediente DT 2005/1327, la reserva de espacio no ha sido considerada como una práctica aceptable en los casos en que existe escasez de espacio. Efectivamente, en virtud de la Resolución de 6 de abril de 2006, Telefónica no podría rechazar ninguna petición de coubicación alegando motivos de espacio mientras se reserva una cantidad de espacio para sí misma para uso futuro. Sin embargo, es obvio que la central y el espacio no dedicado a salas OBA, pertenecen y están a la disposición de Telefónica, que puede hacer sus reservas y previsiones futuras, todo ello mientras no existan problemas para atender solicitudes de coubicación.

Por analogía con las obligaciones de Telefónica, debería admitirse que, inicialmente mientras no existan problemas de espacio que impidan atender peticiones de coubicación de otros operadores, un operador autorizado pueda solicitar un determinado espacio en función de sus previsiones de usuarios, planes de crecimiento y plazos, o del tipo de servicios ofrecidos y de los equipos necesarios que deben ser instalados. Para el operador alternativo el mantenimiento y disponibilidad del espacio asignado tiene un coste mensual, además del coste inicial para realizar su habilitación, igual que lo tiene para Telefónica el mantenimiento de la central aunque haya espacio que no utilice. Luego, sólo en el caso de que exista un problema de escasez de espacio en la central para atender las solicitudes de coubicación debería hacerse efectivo sobre los operadores, igual que se le ha impuesto a Telefónica, el criterio de no poder hacer reserva de espacio.

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

Como se ha razonado anteriormente, una vez asignado el espacio de coubicación se requiere un conjunto de actuaciones previas hasta poder solicitar prolongación de pares, consistente en disponer de todos los servicios OBA y elementos necesarios para la provisión del servicio a los usuarios (TCI, Entrega de Señal – EdS- , equipos propios). A estos efectos, excluyendo los tiempos transcurridos desde la solicitud hasta la entrega por Telefónica de recursos esenciales como TCI o EdS y otras circunstancias cualesquiera no imputables al operador, se considera que 6 meses es un plazo suficiente para que se verifique la utilización efectiva. Transcurrido dicho plazo, el espacio no utilizado podría ser considerado como espacio reservado y pasar a un estado de disponibilidad para ser reasignado. Ahora bien, dicha reasignación debería sólo ejecutarse en el caso que se agote el espacio vacante en la central. Por tanto, a partir del mismo instante en que una central no dispusiera de más espacio vacante, cualquier nueva solicitud de espacio de coubicación implicaría el inicio de una actuación de recuperación de espacio por parte de Telefónica, considerándose espacio reservado y por tanto susceptible de ser resignado, todo aquel espacio que no esté ocupado o pendiente de ocuparse con servicios solicitados a Telefónica y además



haya transcurrido el plazo establecido anteriormente desde la notificación de la disponibilidad del espacio de coubicación.

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

Sobre la ocupación del espacio de coubicación por parte de Jazztel

La información enviada por Jazztel y Telefónica en sus respectivos escritos de contestación a los requerimientos de información coinciden en que actualmente de las 7 UNCs de 60x60 asignadas a Jazztel, han sido sólo ocupadas aquéllas en las que Telefónica ha instalado los RdO para terminar los TCIs solicitados. Jazztel añade que tiene previsto instalar en breve el equipamiento, ocupando completamente 2 UNCs más. Por otro lado, y contestando al requerimiento de esta Comisión sobre la realización de una segunda petición de espacio, Jazztel justifica su solicitud por haber llegado a un preacuerdo con un proveedor de fibra oscura y por su previsión de clientes. Así mismo, justifica la realización de una segunda solicitud con tanto tiempo de antelación, entre otros motivos, considerando que para la primera solicitud el tiempo transcurrido hasta la disponibilidad del servicio fue de siete meses. A la vista de la coincidencia de las informaciones sobre el estado actual de los espacios asignados a Jazztel en la central de Málaga/Estepona no se considera necesaria su inspección. Aunque no es el objetivo realizar ninguna valoración ni análisis de los planes de los operadores para evaluar la ocupación de los espacios, de la respuesta de Jazztel se desprende que no precisaría de momento la utilización de 3 de las 7 UNCs asignadas.

Se puede concluir por consiguiente que Jazztel está realizando las actuaciones necesarias para la prestación del servicio aunque todavía no haya ocupado todo el espacio asignado. Por otro lado, al no existir problemas de escasez de espacio en la central de Málaga/Estepona, como demuestra la disponibilidad de una segunda sala OBA con UNCs pendientes de ser asignadas así como disponibilidad de más espacio vacante, actualmente no se dan las circunstancias para reasignar o revocar el derecho de ocupación sobre el espacio no ocupado.

Sexto.- Sobre el supuesto abuso de derecho en la central Málaga/Estepona

Como se ha señalado anteriormente Telefónica argumenta en su escrito que la actuación de Jazztel supone un abuso de derecho, puesto que ejerce el derecho de ocupación de espacios que le otorga la OBA *“de un modo abusivo y claramente antisocial”*. En orden a analizar si la conducta de Jazztel es susceptible de constituir un abuso de derecho, se considera necesario exponer, con carácter preliminar, la doctrina del abuso de derecho tal y como ha sido desarrollada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y los requisitos que han de concurrir para poder considerar una conducta como abusiva de derecho.

El abuso de derecho es una doctrina jurisprudencial que surgió con el objeto de sancionar conductas que, consistiendo aparentemente en el ejercicio de un derecho, traspasaran en realidad los límites impuestos al mismo por la equidad o la buena fe,



con daño para terceros. En este sentido, el Tribunal Supremo (TS) ha señalado en numerosas ocasiones que *“en sentido estricto, quien usa de su derecho no puede cometer abuso alguno, abusa quien ejecuta un derecho que realmente la ley no le ha concedido”* (Sentencia del TS de 25 de septiembre de 1996). De acuerdo con la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo en esta materia, los elementos esenciales que han de concurrir para calificar una conducta como un abuso de derecho son los siguientes (Sentencia del TS de 3 de noviembre de 1992):

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

En virtud de lo anterior y, especialmente, dado que el abuso de derecho supone una evaluación del ejercicio de un derecho según sus límites y el principio de buena fe, esta doctrina ha de ser aplicada como un remedio extraordinario y sólo debe hacerse uso de ella en los casos patentes y manifiestos; se debe realizar *“una aplicación prudente y restringida de la doctrina del abuso de derecho”* (Sentencia del TS de 6 de febrero de 1999). En consecuencia, se estima necesario realizar un análisis prudente y pormenorizado en orden a apreciar la posible concurrencia de los requisitos exigidos por la jurisprudencia para la calificación de una conducta como un abuso de derecho. De esta forma resulta evidente que el primer requisito exigido por la jurisprudencia concurre en el presente caso, esto es, el uso de un derecho objetivo o externamente legal. Jazztel está ejerciendo el derecho a la coubicación que le concede la OBA y tiene así la facultad de solicitar el espacio en coubicación en las centrales de Telefónica que considere más apropiado en virtud de sus decisiones comerciales.

No obstante, el segundo requisito, de especial relevancia de acuerdo con la jurisprudencia, no concurre en las circunstancias alegadas en el presente conflicto. Como se ha mencionado, es necesario que se produzca un daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica. La jurisprudencia ha determinado así que la doctrina del abuso de derecho no puede aplicarse *“cuando la sanción del exceso pernicioso en el ejercicio de un derecho está garantizado por un precepto legal, o dicho de otro modo, el abuso del derecho es una institución de equidad para la salvaguarda de intereses que todavía no alcanzan una protección jurídica”* (Sentencia del TS de 25 de septiembre de 1996). Pues bien, en este caso sí existe una normativa específica que podría ser aplicada en el supuesto de apreciarse la existencia de un uso inadecuado del derecho de ocupación de espacio del que disponen los operadores alternativos. En este sentido, la cláusula octava del contrato-tipo para la provisión por Telefónica del servicio de ubicación establece en lo relativo a la utilización del espacio que *“será requisito imprescindible para el mantenimiento del derecho de ocupación del espacio asignado al operador autorizado, la utilización efectiva del mismo...”*. Por tanto, no se considera que quepa la aplicación de la doctrina del abuso de derecho, únicamente han de ser examinados los límites al ejercicio del derecho de ocupación de los operadores en virtud de la normativa específica que regula el acceso al bucle del abonado en orden a valorar los eventuales excesos por parte de los operadores alternativos.



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

- Si se han realizado un conjunto de solicitudes que impliquen una disponibilidad de espacio no razonable ni justificado sin que se haga un uso efectivo del mismo.
- Si existe escasez de espacio que impida a otros operadores ejercer su derecho.

En relación con el primer aspecto, una primera comprobación para evaluar la razonabilidad de una determinada cantidad de espacio de coubicación se basa en la relación entre el número de usuarios a los que dicho espacio permite prestar servicio y el total de usuarios de la central. Según se desprende de los datos del SGO aportados por Telefónica, Jazztel realizó una primera solicitud de espacio de coubicación consistente en 3 Unidades no Compartimentadas (UNCs) grandes, y posteriormente hizo una segunda petición de espacio adicional consistente en 1 Unidad Compartimentada (UC) extendida -también denominada jaula extendida-. La primera solicitud de Jazztel fue concedida y la segunda fue modificada concediéndosele 4 UNC grandes, por lo que Jazztel dispone actualmente de 7 UNCs grandes. Las estimaciones en cuanto al número de usuarios a los que se puede prestar servicio por UNC dependen fuertemente del espacio requerido por los equipos DSLAM y equipos de transmisión utilizados. Sin embargo teniendo en cuenta estimaciones habituales del sector en cuanto a número de usuarios a los que se puede prestar servicio por UNC y el número de bucles instalados y accesibles en la central de Málaga/Estepona según el dato aportado por Telefónica como contestación al requerimiento de información, puede estimarse que el espacio de coubicación asignado a Jazztel permitiría llegar a prestar servicio a menos del 30% de los usuarios. A la luz de los datos obtenidos podría desprenderse que el espacio disponible no permitiría afirmar que se está produciendo una solicitud de espacio fuera de unos límites razonables.

En relación con el segundo aspecto mencionado, de acuerdo con los datos aportados por Telefónica, para cubrir la segunda solicitud de Jazztel se le asignaron los últimos espacios disponibles en la primera sala OBA existente; por consiguiente la siguiente solicitud de coubicación recibida -de un operador distinto a Jazztel- originó la necesidad de habilitar una segunda sala OBA. Tal como se ha mencionado anteriormente, en esta segunda sala OBA existe todavía en la actualidad espacio disponible para ser asignado en caso de recibirse nuevas solicitudes de espacio de coubicación. Adicionalmente, según Telefónica, y debido a la cancelación de un proyecto de uso alternativo en la 2ª planta de dicha central, el espacio libre disponible en la actualidad es de 281,4 m², aunque dicho espacio no existía en el momento de las dos solicitudes realizadas por Jazztel. En consecuencia, en la central de Málaga/Estepona en el presente no existe un problema de falta de espacio.

A la luz de lo expuesto en relación con la razonabilidad de las solicitudes de Jazztel, así como la ausencia de un problema de falta de espacio en la central de Málaga/Estepona, se estima que no concurre el tercer y último requisito para apreciar la existencia de un abuso de derecho, esto es, la inmoralidad o conducta antisocial manifestada en forma subjetiva, cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o sin un fin serio y legítimo, o bajo forma objetiva, cuando el daño proviene de causa de anormalidad en el ejercicio del derecho. De esta forma, la conducta de Jazztel manifestada por la solicitud de espacio en coubicación y la no ocupación del



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

Se estima que la petición de ocupación de espacio realizada por Jazztel no suponía una solicitud irrazonable y no ha provocado una falta de espacio para los operadores alternativos. Así, no se aprecia la intencionalidad de causar un perjuicio y un carácter anormal en el ejercicio del derecho de ocupación de espacio realizado por Jazztel. En virtud de todo lo expuesto, no se considera que en las circunstancias del presente conflicto deba calificarse la conducta de Jazztel como un abuso de derecho. Esto es así puesto que, en primer lugar, no resultaría de aplicación esta doctrina una vez que los intereses ya se encuentran protegidos por la normativa específica que regula el acceso al bucle del abonado y, en segundo lugar, no se aprecia que la conducta de Jazztel responda a un interés no legítimo de producir un perjuicio, suponga un ejercicio anormal de su derecho y, en consecuencia, constituya un caso patente y manifiesto que requiera la aplicación del abuso de derecho.

Séptimo.- Respuesta a las alegaciones

Sobre la utilización efectiva

En sus alegaciones formuladas en el trámite de audiencia Telefónica indica que, aún reconociendo que no se detalla ningún conjunto de actuaciones o condiciones para determinar si existe o no una utilización efectiva, considera que ello obedecía a su innecesidad puesto que el mismo adjetivo “efectivo” ya determinaba las actuaciones que lo califican como tal. Por otro lado indica también que no puede afirmarse, como según Telefónica se hace en el informe, que hay un uso efectivo cuando ni tan siquiera existe una mínima ocupación de los espacios asignados.

En cuanto a que la falta de descripción de las condiciones que determinan una ocupación efectiva obedecía a su innecesidad, no parece conforme con lo establecido precisamente en la misma estipulación octava del contrato-tipo para la provisión por Telefónica del servicio de ubicación que determinaba como requisito imprescindible dicha utilización efectiva ya que, a continuación, indicaba *“ en los términos establecidos en el artículo 9.10 del Reglamento de Acceso al Bucle de Abonado (...) y en la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado(...).”* Por lo tanto dicho texto ya apuntaba a que debían establecerse los términos de dicha utilización efectiva.

Precisamente, tampoco parece justificada la alegación de Telefónica según la cual el informe establece que se realiza una utilización efectiva cuando ni tan siquiera existe ocupación alguna, ya que se indica que para que se verifique una utilización efectiva, los operadores coubicados tienen un plazo de 6 meses (excluyendo los tiempos transcurridos desde la solicitud hasta la entrega por Telefónica de los servicios solicitados y retrasos por otras circunstancias no imputables al operador) para disponer de todos los elementos necesarios para la provisión del servicio a los usuarios (TCI, EdS, y equipos propios), y que transcurrido dicho plazo, el espacio no



utilizado podría ser considerado como espacio reservado y pasar a un estado de disponibilidad para ser reasignado de no existir más espacio vacante. Sin embargo, sí es cierto que la revocación del espacio se ejecuta sólo cuando no existe más espacio vacante, momento en el cual se podría obstaculizar la prestación de servicios por otros operadores y por tanto la competencia efectiva, que es el propósito del derecho de coubicación. Como ya se ha argumentado anteriormente, del mismo modo que Telefónica puede disponer de espacios en la central que no son utilizados, con el consiguiente coste para ella, mientras exista espacio para las demandas de coubicación, también se considera que los operadores alternativos pueden disponer del espacio de coubicación asignado, que también tiene un coste para ellos, mientras no exista escasez de espacio vacante que impida satisfacer nuevas solicitudes.

Como ya se ha comentado, las condiciones para la utilización efectiva coinciden con lo determinado en el apartado 2.3 de la OBA aprobada según Resolución de 14 de septiembre de 2006 y reproducido a continuación:

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

En el supuesto de que no alcanzara la referida utilización efectiva por razones imputables al propio operador alternativo, y siempre y cuando Telefónica no dispusiera de más espacio vacante en el inmueble en cuestión, tras producirse nuevas solicitudes de espacio, Telefónica podría disponer del espacio no utilizado con efectividad, asignándolo a otro operador previa la comunicación oportuna al operador coubicado conforme al procedimiento de reasignación. Dicha reasignación dará lugar a los derechos de reembolso que le correspondan, en su caso, por el coste de habilitación de SdO ó SdT abonado en su momento por el operador.”

Sobre el abuso de derecho

Telefónica también reitera que según ella Jazztel está ejerciendo el derecho de ocupación de espacios que le otorga la OBA de un modo abusivo y claramente antisocial y que ello supone un perjuicio para el resto de operadores así como al mercado y a la competencia además de a la misma Telefónica. Así mismo indica que, a su juicio, el hecho de que la OBA incluya medidas específicas para proteger el daño a un interés que podría llegar a producirse ante el ejercicio abusivo del derecho de ocupación, no supone impedimento alguno para aplicar la doctrina jurisprudencial del abuso de derecho, sino que la doctrina jurisprudencial del abuso de derecho coadyuva a la normativa específica incluida en la OBA.

De acuerdo con lo argumentado anteriormente, no se cumplen los requisitos para aplicar la doctrina del abuso de derecho en el presente caso, puesto que, independientemente de que exista una normativa específica para proteger de posibles daños, el espacio asignado para coubicación no es irrazonable (para dar servicio a menos del 30% de la planta), a lo que hay que añadir que continúa existiendo espacio disponible para satisfacer posteriores demandas de espacio de coubicación. Por todo



ello no se considera que la actual situación en la central de Málaga/Estepona suponga los perjuicios que Telefónica alega.

Sobre el grado de utilización de los recursos entregados a Jazztel

En cuanto a la solicitud de Telefónica de que un grado de utilización de las infraestructuras asignadas a un operador inferior a un determinado límite, el 40% en las presentes alegaciones de Telefónica, impliquen directamente la declaración de no razonabilidad de las nuevas peticiones, esta Comisión ya expresó, en el marco del expediente de modificación de la OBA referido anteriormente, que no era posible que fuera adoptado en un entorno de incertidumbre de los plazos reales de entrega como el actual, puesto que no permitía a los operadores una planificación sobre la base de las condiciones previstas en la OBA. Sin embargo, esta Comisión respaldaba lo sostenido por Telefónica en el sentido de que debía fomentarse la utilización efectiva de los recursos que podían resultar escasos, y justamente por ello, como se ha argumentado reiteradamente, se define la posibilidad de revocar el derecho de mantener el espacio de coubicación debido a su utilización no efectiva para atender nuevas solicitudes de coubicación y cuando no exista espacio vacante.

En la central de Málaga/Estepona, a pesar de los índices de utilización de las infraestructuras y recursos de Jazztel indicados por Telefónica, no se han aportado datos respecto a la escasez de posiciones en el repartidor y, en cuanto al espacio de coubicación, los datos aportados muestran disponibilidad, por tanto no se puede apreciar que exista acaparamiento. Por otra parte, el espacio de coubicación asignado a Jazztel puede considerarse razonable a juzgar por el porcentaje de la planta total de usuarios a los que permite suministrar el servicio.

En razón de todo lo anterior, esta Comisión

RESUELVE

Primero.- Que al no existir un problema de escasez de espacio vacante para coubicación OBA en la central de Málaga/Estepona, no se considera necesario imponer a Jazztel la liberación de ningún espacio de coubicación ya asignado.

Segundo.- Cuando exista una situación de agotamiento del espacio vacante en la central de Málaga/Estepona, Telefónica deberá aplicar el procedimiento establecido en el apartado 2.3 de la vigente OBA.

Tercero.- Estimar que no concurren en la central de Málaga/Estepona las condiciones para que exista un posible abuso de derecho por parte de Jazztel en cuanto al uso de sus espacios de coubicación.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº,
EL PRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera