



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. 06/06 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 16 de febrero de 2006, 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 LA MODALIDAD DE CÁMARA MULTIOPERADOR DEL SERVICIO DE ENTREGA DE SEÑAL DE LA OFERTA DE ACCESO AL BUCLE DE ABONADO (OBA)

DT 2005/992

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Escrito inicial de JAZZTEL

Con fecha 23 de junio 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 la modalidad de cámara multioperador del servicio de entrega de señal (ES-CRMO) de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA). Según JAZZTEL, TESAU todavía no ha entregado una serie de solicitudes cuyas cuyo plazo ya habría vencido. Además, JAZZTEL indica otra serie de solicitudes que habrían sido entregadas por TESAU fuera de los plazos establecidos. En total se acumulan 326 solicitudes (de las que 35 habrían sido finalizadas con retraso y 184 estarían pendientes de entrega a pesar de haber transcurrido los plazos de la OBA). JAZZTEL solicita que se inste a TESAU a atender las solicitudes pendientes de entrega de forma



escalonada, que se declare la procedencia de las penalizaciones imputables a TESAU y que se proceda a la apertura de un procedimiento sancionador contra TESAU por los incumplimientos denunciados.

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 (en adelante, LRJPAC), procede a la incoación e instrucción del correspondiente procedimiento administrativo.

Con fecha 4 de julio 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 a TESAU

Mediante escrito de 27 de julio de 2005, y de acuerdo con el artículo 46 de la Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), se requirió a TESAU determinada información relevante en el marco del presente expediente.

Con fecha 19 de agosto de 2005 hace entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TESAU aportando la información solicitada.

Cuarto.- Solicitud de medidas cautelares

Con fecha 29 de septiembre de 2005 se recibe escrito de JAZZTEL en el que señala que los retrasos en el servicio de entrega de señal objeto del conflicto le imposibilitan cumplir su plan de despliegue previsto. Por ello JAZZTEL considera que concurren los requisitos necesarios para la adopción de medidas cautelares, y solicita una medida cautelar consistente en que se inste a TESAU a suministrar los servicios objeto de conflicto en el plazo de cinco días laborables.

Quinto.- Informe de los Servicios

Con fecha 17 de octubre de 2005 los Servicios de la CMT emiten informe en el presente procedimiento, concediendo un plazo de 10 días para formular alegaciones. En el mencionado informe se propone instar a TESAU a suministrar los circuitos pendientes de entrega en el plazo de 10 días laborables desde la notificación de la Resolución. También se propone instar a TESAU a abonar en el plazo de un mes las penalizaciones debidas a JAZZTEL conforme a lo dispuesto en la OBA por los incumplimientos de plazos de provisión del servicio objeto del presente expediente.

Sexto.- Ampliación del plazo para alegaciones

Mediante escritos de fechas 4 y 7 de noviembre de 2005, TESAU y JAZZTEL respectivamente solicitaron la ampliación del plazo de diez días concedido para formular alegaciones.



Con fecha 7 de noviembre de 2005 se emitió escrito de concesión de la ampliación del plazo para la presentación de alegaciones en el expediente de referencia hasta un máximo de 5 días, contados desde la expiración del plazo inicialmente concedido, conforme a lo establecido en el artículo 49.1 de la LRJPAC.

Séptimo.- Ampliación de plazo del procedimiento

Debido a la complejidad del asunto de referencia, mediante escrito de fecha 10 de noviembre de 2005 se acordó la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación del presente procedimiento en tres meses adicionales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 42.6 de la LRJPAC.

Octavo.- Alegaciones recibidas

Por medio de sendos escritos recibidos respectivamente con fechas 15 y 18 de noviembre de 2005, JAZZTEL y TESAU formulan alegaciones en el trámite de audiencia concedido al efecto conforme al artículo 84 de la LRJPAC.

Alegaciones de JAZZTEL

En cuanto a las discrepancias señaladas en el Informe de audiencia sobre la fecha de entrega de las solicitudes, JAZZTEL considera que la fecha que hay que tener en cuenta es la fecha en la que TESAU pone en su conocimiento que las obras están finalizadas. JAZZTEL señala que el origen de estas discrepancias reside en que TESAU no ha implementado la funcionalidad necesaria de la herramienta web definida ya en la OBA aprobada el 29 de abril de 2002.

JAZZTEL está de acuerdo con la propuesta contenida en el informe de audiencia respecto a que las penalizaciones se aplicarían de forma automática.

En cuanto a la adopción de medidas cautelares, JAZZTEL indica que si TESAU no ha justificado ninguna causa de fuerza mayor en 333 de las solicitudes, es porque no la hay y, en consecuencia, procede la adopción de tales medidas por parte de la CMT.

En el informe de Audiencia se proponía instar a TESAU a entregar las solicitudes pendientes de entrega en el plazo de 10 días, así como a abonar a JAZZTEL las penalizaciones asociadas en el plazo de 1 mes. JAZZTEL se muestra de acuerdo con esta propuesta, pidiendo que en la resolución definitiva se indique expresamente que esto deberá hacerse de forma actualizada a la fecha de resolución.

Asimismo, JAZZTEL solicita que se incluya en el expediente sancionador abierto a TESAU los incumplimientos de los plazos para la entrega de las solicitudes de entrega de señal mediante cámara multioperador y que se abra un procedimiento para valorar si TESAU está llevando a cabo prácticas contrarias a la competencia al obstaculizar el despliegue de otros operadores.

Por último, mediante escrito de fecha 15 de diciembre de 2005 JAZZTEL reitera su solicitud de adopción de medidas cautelares. JAZZTEL indica que tiene bloqueada la apertura de 128 centrales, lo que le impide cumplir su plan de despliegue previsto del servicio de televisión. En dicho escrito también reitera su solicitud de que se acumule



esta denuncia al procedimiento sancionador abierto a TESAU por los incumplimientos de los plazos establecidos en la OBA vigente.

Alegaciones de TESAU

En su escrito de alegaciones TESAU indica que su escrito de fecha 19 de agosto de 2005 contenía varios errores y omisiones. En primer lugar, en su escrito de fecha 19 de agosto TESAU no había descontado los retrasos por causas no imputables a ella, tales como los plazos empleados para la gestión de permisos de obra y otros producidos por causa del operador interesado. En sus alegaciones TESAU ha procedido a descontar estos tiempos en el cálculo del retraso neto, remitiendo un listado actualizado.

TESAU expone las diversas dificultades que se presentan en el proceso de provisión del servicio de ES-CRMO cuando no existe cámara o la cámara existente está completamente ocupada (en adelante, ES-CRMO Nueva): obtención de permisos para la realización de la obra civil, elaboración de un proyecto técnico de viabilidad, cálculo de costes y necesidad de aprovisionamiento bajo pedido de muy diversos materiales dada la inexistencia de planificación en las peticiones (en este punto se remite a las alegaciones presentadas en el marco del expediente MTZ 2005/1054 de modificación de la OBA). Por último, TESAU procede a analizar todas y cada una de las solicitudes de JAZZTEL. Para la gran mayoría de ellas, TESAU aporta justificación documental de los retrasos por gestión de permisos (cartas de solicitud de permisos de obra y respuesta de los ayuntamientos implicados).

Por otra parte, TESAU indica que en el listado de solicitudes remitido a la CMT con fecha 19 de agosto de 2005 correspondiente a solicitudes de ES-CRMO cuando existe cámara con capacidad suficiente (en adelante, ES-CRMO Existente), se habían incluido por error algunas solicitudes que corresponden a ES-CRMO Nueva, dado que otro operador diferente de JAZZTEL había realizado una solicitud del servicio ES-CRMO con anterioridad a la recepción de la solicitud de JAZZTEL, estando TESAU pendiente de la concesión del permiso de obra por parte de la autoridad municipal correspondiente. TESAU procede a analizar cada una de estas solicitudes aportando pruebas documentales de la fecha de solicitud de los permisos de obra.

En lo referente a las solicitudes de ES-CRMO Existente, TESAU remite los correos electrónicos por los que comunica al personal de JAZZTEL que las obras están finalizadas. TESAU señala que de 94 solicitudes del servicio ES-CRMO Existente, 45 de ellas habían sido entregadas antes de la interposición del conflicto por parte de JAZZTEL, mientras que a finales de julio habían sido entregadas 75 de ellas.

TESAU también solicita la exención de penalizaciones por demoras debidas a razones de fuerza mayor, como son la denegación de permisos (tratada en el expediente DT 2005/1330) y la necesidad de conocer la planificación de los operadores (tratada en el expediente MTZ 2005/1054)

TESAU también quiere poner en conocimiento de la CMT que, en su opinión, JAZZTEL realiza dobles y triples solicitudes del servicio de entrega de señal en la misma ubicación y para diferentes modalidades. TESAU aporta datos sobre los servicios solicitados en cada central con el fin de mostrar lo que ella considera un uso desproporcionado de la OBA por parte de JAZZTEL. Opina TESAU que con esta



política JAZZTEL está obligando a crear nuevas infraestructuras dedicadas al operador en la misma ubicación con el fin de poder reclamar penalizaciones. TESAU considera que la CMT debería desincentivar este tipo de comportamientos estableciendo unos límites en OBA a las peticiones de entrega de señal multimodalidad en la misma ubicación. Según TESAU, no tiene sentido que JAZZTEL solicite dobles y triples penalizaciones al no producirse ningún perjuicio económico para JAZZTEL puesto que con la primera entrega de señal ya pueden cursar el tráfico de los bucles de sus clientes.

Por último, TESAU se muestra contraria a la adopción de medidas cautelares, en línea con lo expuesto en el informe de Audiencia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Objeto del procedimiento

El presente procedimiento tiene por objeto el análisis del conflicto planteado por JAZZTEL acerca de los supuestos incumplimientos de plazos de suministro en la modalidad cámara multioperador del servicio de entrega de señal de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA).

Asimismo, en relación con lo solicitado por JAZZTEL, este procedimiento podría concluir en la apertura de un procedimiento sancionador si se estima que existen indicios suficientes de hechos sancionables.

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. Igualmente 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.

Asimismo, dada la obligación que estableció el artículo 3.1 del Reglamento de acceso al bucle de abonado y de conformidad con el artículo 3.2 del Reglamento comunitario sobre acceso al bucle, los operadores dominantes de redes fijas deben atender las solicitudes razonables de acceso al bucle y a los recursos asociados.

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.



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 “*2010: 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 6,5 millones de accesos instalados frente a los cerca de 17,3 millones de accesos de par de cobre instalados por TESAU (informe anual de la CMT de 2004).
- 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 de acceso al bucle 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.- Incumplimientos de plazos en la modalidad ES-CRMO

Sobre el servicio de entrega de señal mediante cámara multioperador

El servicio de entrega de señal de la OBA permite la conexión de equipos situados en dependencias de TESAU (equipos coubicados) con infraestructuras o equipos del Operador situados en su punto de presencia (fuera de los inmuebles de TESAU). Para un operador que al amparo del servicio de coubicación ha instalado sus equipos en un edificio de TESAU, el servicio de entrega de señal resulta imprescindible para poder ofrecer servicios a los abonados conectados al repartidor principal sito en dicho edificio.

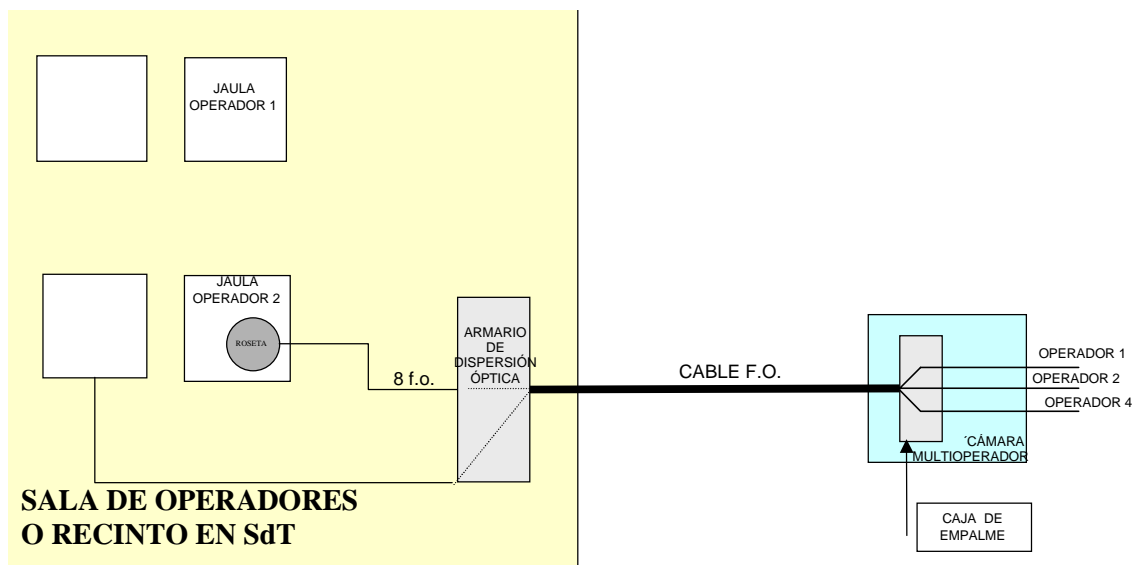
Las diversas modalidades del servicio de entrega de señal se encuentran recogidas en el capítulo 3 de la OBA. Una de ellas es la denominada “cámara multioperador”, que consiste en la conexión mediante fibra óptica desde los espacios donde se encuentran los equipos del operador situados en dependencias de TESAU hasta una arqueta o cámara multioperador situada en las cercanías del edificio a la que el operador llega



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

por sus propios medios. Los elementos necesarios para realizar conexiones mediante fibra óptica se representan en la figura a continuación.

De acuerdo con el Anexo 1 de la OBA relativo a los Acuerdos de Nivel de Servicio, el tiempo de provisión de este tipo de entrega de señal es de 40 días hábiles a contar desde la aceptación del proyecto específico por parte de los operadores interesados para la entrega de señal con habilitación inicial de cámara multioperador (ES-CRMO Nueva), o bien de 20 días hábiles desde la presentación de la solicitud si se utiliza una cámara ya existente con capacidad suficiente (ES-CRMO Existente).



Sobre el retraso en la provisión del servicio de entrega de señal

En su escrito inicial JAZZTEL presenta una relación de 326 solicitudes de entrega de señal mediante cámara multioperador. Dichas solicitudes fueron presentadas a TESAÚ entre el 1 de julio de 2004 y el 20 de junio de 2005. Según JAZZTEL de estas 326 solicitudes habían sido entregadas únicamente 45 (35 de ellas fuera de plazo con un retraso medio de 49 días), cuando debían haberse entregado 228, estando por tanto pendientes de entrega **184** solicitudes en la fecha del escrito de JAZZTEL, a pesar de haber transcurrido los plazos de entrega establecidos en la OBA.

Posteriormente en sus alegaciones, JAZZTEL expone que la cantidad de solicitudes actualizada a fecha 14 de noviembre de 2005 es de 383, de las cuales han sido entregadas 187. El estado actualizado de las solicitudes es, de acuerdo con la información aportada por JAZZTEL, el siguiente:

Estado solicitud	ES-CRMO Nueva	ES-CRMO Existente	CRMO Llena ¹	TOTAL
Solicitud realizada	15 (con retraso 3)	0	1	16

¹ Se considera que una cámara está llena cuando existe una cámara multioperador pero está completamente ocupada por lo que no queda sitio para JAZZTEL debiéndose construir otra cámara nueva. Aunque JAZZTEL diferencia estas solicitudes de las solicitudes ES-CRMO Nueva, según la OBA deben considerarse como solicitudes de ES-CRMO Nueva.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Proyecto confirmado	158 (con retraso 137)	12 (10 con retraso)	1(1 con retraso)	171
Parada reloj	9	0	0	9
Finalizado	116 (con retraso 103)	68 (67 con retraso)	3(1 con retraso)	187
TOTAL	298	80	5	383

Del análisis de esta información se observa que, de acuerdo con los plazos establecidos en la OBA, una buena parte de las solicitudes finalizadas han sido entregadas con retraso y que la mayor parte de las solicitudes pendientes de entrega acumulan retraso a fecha de entrada de las alegaciones de JAZZTEL.

En cuanto a la información proporcionada por TESAU en su escrito de alegaciones, contiene un listado con todas las solicitudes de ES-CRMO presentadas por JAZZTEL desde el 1 de julio de 2004 hasta el 10 de agosto de 2005. Según estos datos, las solicitudes presentan estados muy diversos tal y como se muestra en la tabla siguiente.

Estado solicitud	ES-CRMO Nueva	ES-CRMO Existente	TOTAL
Anulada por Jazztel	15	1	15
Inviabile	4	0	4
Rechazada	3	0	3
En espera de obtención del permiso	88 (29 con retraso)	0	88
Pendiente de comunicación a los operadores	2	0	2
Pendiente aceptación de los operadores	2	2 (2 con retraso)	4
Pendiente fin de obras	55 (23 con retraso)	5 (5 con retraso)	60
Finalizada	92 (43 con retraso)	86 (34 con retraso)	178
TOTAL	261	94	355

El análisis de la información aportada por JAZZTEL y por TESAU muestra que existen importantes diferencias entre los datos aportados por uno y otro operador, sobre todo en lo referente al número de solicitudes que acumulan retrasos (tanto para solicitudes finalizadas como para solicitudes pendientes de entrega) y al cálculo del tiempo de retraso (para solicitudes finalizadas). Sin embargo queda claro que incluso teniendo en cuenta los datos más favorables a los intereses de TESAU, existe una importante serie de retrasos en la provisión del servicio de entrega de señal mediante cámara multioperador, que pueden estar afectando al despliegue del servicio previsto por JAZZTEL. De hecho existen casos especialmente graves en los que, de acuerdo con la información aportada por TESAU, han transcurrido más de dos meses desde la fecha de solicitud del servicio por JAZZTEL y la fecha de solicitud del permiso de obra por parte de TESAU.

Puesto que tanto la entrega de las solicitudes pendientes retrasadas como el cálculo de las penalizaciones asociadas a las solicitudes entregadas con retraso son el objetivo esencial del presente procedimiento, conviene analizar cuál es el origen de las discrepancias en la información proporcionada por JAZZTEL y TESAU.

En cualquier caso, a la vista de que existen numerosas solicitudes pendientes de entrega para las cuales ha vencido ya el plazo previsto en la OBA, debe instarse a TESAU a su entrega a la mayor brevedad posible para que JAZZTEL pueda continuar con su despliegue. Se estima conveniente imponer un plazo máximo de diez días a tal efecto. Una vez entregados los servicios, son de aplicación las penalizaciones previstas en la OBA. Se considera razonable instar a TESAU a abonar las



correspondientes penalizaciones en un plazo de cinco días tras la entrega de los servicios actualmente pendientes de entrega y retrasados. En lo referente a las solicitudes ya finalizadas con retraso, debe instarse a TESAU a abonar las penalizaciones correspondientes en un tiempo razonable tal como sería un plazo de quince días laborables desde la notificación de la presente resolución.

Cabe recordar que de acuerdo con la Resolución de la CMT de 29 de septiembre de 2005, correspondiente al expediente DT 2005/259, las penalizaciones se generan de manera automática. En efecto, en esta Resolución se indica que *“en caso de entrega fuera de plazo de ciertas peticiones, conforme a lo dispuesto en la OBA en consonancia con lo previsto por el Reglamento comunitario de acceso al bucle, TESAU debe abonar las penalizaciones debidas a JAZZTEL ya que todo incumplimiento de plazo de entrega imputable a TESAU debe dar lugar automáticamente a la aplicación a las citadas solicitudes, una vez entregadas, de la penalización prevista en la OBA por incumplimiento de plazos”.*

Servicio	Retraso D_r (días)	Penalización
Coubicación, entrega de señal, tendido de cableado, caracterización del par y alta de pPAI y pPAI-D	Hasta $0,25 \times T_{\max}$	$D_r \times 2\%$ cuota alta
	Desde $0,25 \times T_{\max}$	$D_r \times 3\%$ cuota alta

Este criterio ha sido reconfirmado en la Resolución de 4 de noviembre de 2005 por la que se desestimó el recurso interpuesto por TESAU contra la resolución de 9 de junio de 2005 en el expediente DT 2005/259 (referencia AJ 2005/1074). En el fundamento jurídico material undécimo se indica que *“las penalizaciones por incumplimientos de plazos son de aplicación automática porque forman parte integral del conjunto de prestaciones de la oferta [...] el incumplimiento de un plazo de entrega por responsabilidad de TESAU genera automáticamente una penalización a abonar al operador afectado.”*

Sexto.- Cálculo de los retrasos en la modalidad ES-CRMO

Según lo dispuesto en la OBA, deben distinguirse los retrasos imputables a TESAU de los retrasos imputables a causas que se escapan a su ámbito de responsabilidad. En concreto, la OBA vigente establece que los tiempos de provisión de los diferentes servicios OBA no deben incluir en ningún caso

“- los tiempos necesarios para la consecución de los permisos de obra correspondientes (cuya tramitación será realizada por Telefónica con la máxima diligencia)

- los retrasos motivados por causa del operador autorizado o los retrasos los retrasos motivados por causa del abonado ni por otras causas de fuerza mayor. En su caso, Telefónica dispondrá de pruebas fehacientes que justifiquen tal retraso”

Conviene analizar por lo tanto los distintos aspectos relevantes a la hora de calcular el retraso neto en la provisión del servicio objeto de este expediente. Estos aspectos se analizan a continuación. Hay que señalar que en el cálculo del retraso en la provisión del servicio, JAZZTEL no ha excluido los retrasos no imputables a TESAU según establece la OBA (posiblemente por ausencia de información sobre el estado de sus



solicitudes en curso), por lo que parece conveniente establecer unos criterios generales para poder calcular claramente el número de días de retraso.

Sobre la fecha real de finalización de las solicitudes de ES-CRMO

En el informe de audiencia ya se mencionó que existían discrepancias sobre la fecha real de fin de las obras. En este informe se indicó también que no se entendía la causa de tales discrepancias, puesto que estos datos deberían estar reflejados en la herramienta web definida en la OBA (SGO). En este sentido JAZZTEL alega que TESAU no está utilizando esta herramienta para proporcionar información a los operadores que solicitan los servicios OBA. En el caso del servicio de entrega de señal mediante cámara multioperador, JAZZTEL afirma que todas las comunicaciones entre TESAU y los operadores se realizan mediante correo electrónico.

En lo referente a la fecha de fin de obras JAZZTEL alega que ha considerado *“la fecha en que Telefónica pone en su conocimiento la fecha en que las obras están finalizadas”*. JAZZTEL aporta copia de los correos electrónicos en los que TESAU le comunica la fecha de finalización de las obras de las solicitudes en las que existe discrepancia. La fecha de envío de estos correos (remitidos a la dirección jazzbucle@es.jazztel.com) es por lo general posterior a la fecha de fin de obras indicada por TESAU en los mismos.

Por su parte, TESAU menciona en su escrito de alegaciones que la comunicación a JAZZTEL de fin de obras para el servicio objeto de este expediente se realiza mediante correo electrónico, adjuntando copia de algunos de ellos (remitidos a personal de JAZZTEL). En consecuencia, TESAU reconoce implícitamente que no está utilizando la herramienta SGO definida en la OBA para este servicio. En lo que se refiere a la fecha de fin de las obras, TESAU alega que la comunicación a JAZZTEL del fin de las obras se realiza en la misma fecha del fin de las obras. En algunos casos este hecho se ha podido comprobar en los correos remitidos por TESAU a personal de JAZZTEL, pero no al buzón destinado por JAZZTEL para tales efectos: jazzbucle@es.jazztel.com.

Ahora bien, es preciso señalar que, siendo esencia para Jazztel (según los términos de la denuncia) que TESAU cumpla los plazos establecidos en la OBA para el servicio de entrega de señal, pues de ello depende la continuación de los trabajos para la desagregación, lo esencial para ella ha de ser el conocimiento efectivo del momento de finalización de los trabajos, que en ocasiones coincide con el de la comunicación por TESAU, aún cuando por un procedimiento diferente del establecido en la OBA.

Debe resaltarse que, sin perjuicio de la importancia del procedimiento concreto de comunicación entre los operadores establecido en la OBA, la finalidad última del mismo no es otra que garantizar el conocimiento por cada uno de ellos de la evolución de los trabajos de desagregación a los efectos de lo que es la esencia de todo el sistema: garantizar que esos trabajos, que requieren de la interacción de los operadores, se desarrollan de manera fluida en beneficio del incremento de la oferta real a los consumidores finales.

Ello impone a los dos operadores, en respeto de la buena fe contractual exigible a ambas partes garantizar ese funcionamiento fluido.



En cuanto a la ausencia de la herramienta web definida en la OBA (SGO) para comunicaciones entre operadores relacionadas con el servicio objeto del presente expediente, debe destacarse que supone un incumplimiento de la OBA por parte de TESAU. El uso de esta herramienta clarificaría la confusión relativa a la fecha de comunicación del fin de las obras, evitando la interposición de estos conflictos. En consecuencia, se considera oportuno instar a TESAU para que disponga la mencionada herramienta en el plazo de 1 mes contado a partir de la fecha de notificación de la presente Resolución (incluyendo periodo de pruebas).

Además, se considera que, en el caso de que existiesen solicitudes en curso cuyo estado no pueda ser consultado a través del SGO, TESAU debería informar a JAZZTEL con una periodicidad semanal, sobre el estado de sus solicitudes que estén pendientes de entrega y en su caso, sobre la causa del retraso.

En el caso de este expediente, en ausencia del canal de comunicación adecuado entre los dos operadores implicados (SGO) y a efectos del cálculo de penalizaciones, se considerarán válidas las comunicaciones por correo electrónico. En este punto, es importante destacar que la fecha que se debe tomar como fecha de entrega de la solicitud es la fecha en la que TESAU pone en conocimiento de JAZZTEL el fin de las obras. En los casos en los que haya discrepancia entre la fecha de comunicación de fin de la obra indicada por TESAU y la indicada por JAZZTEL, se tomará la primera fecha de comunicación, siempre que ésta esté debidamente acreditada. Es esta fecha la que se deberá tomar para el cómputo de los retrasos y de las penalizaciones asociadas.

Por ejemplo, para la central Sabadell/Llull (solicitud de ES-CRMO sobre cámara nueva), JAZZTEL considera que la fecha de comunicación de fin de obras fue el 24 de junio de 2005, adjuntando correo enviado por TESAU en esta fecha (a la dirección jazzbucle@es.jazztel.com) en el que se indica que la fecha de fin de obras para esta central fue el 16 de junio de 2005. Sin embargo, para esta misma solicitud, TESAU considera que la fecha de comunicación del fin de la obra fue el mismo día del fin de la obra, es decir el 16 de junio de 2005, adjuntando también copia del correo enviado a personal de JAZZTEL en esta fecha. En este caso, al no estar disponible el canal adecuado de comunicación entre JAZZTEL y TESAU, se debe considerar que la fecha en la que TESAU pone en conocimiento de JAZZTEL el fin de la obra es el 16 de junio de 2005.

En el caso de la central de Madrid/Alcántara (solicitud de ES-CRMO con cámara existente), JAZZTEL toma como fecha de entrega de la solicitud 20 de mayo de 2005, adjuntando el correo enviado por TESAU en esa fecha al buzón jazzbucle@es.jazztel.com. En este correo, TESAU indica que la fecha de fin fue el 12 de mayo del 2005. TESAU toma como fecha de entrega el 12 de mayo de 2005, adjuntando copia del correo electrónico remitido a personal de JAZZTEL en esa fecha. En este caso, al no estar disponible el canal adecuado de comunicación entre JAZZTEL y TESAU, se debe considerar que la fecha en la que TESAU pone en conocimiento de JAZZTEL el fin de la obra es el 12 de mayo de 2005.

En otros casos, las discrepancias son aún mayores. Por ejemplo en la central de Badalona/Morera, TESAU acredita la comunicación de fin de obra mediante copia de correo electrónico enviado al personal de JAZZTEL con fecha 15 de junio de 2005. Sin



embargo, en el listado remitido por JAZZTEL, la fecha de entrega de esta solicitud es el 10 de octubre de 2005. En este caso, aunque no se entiende el origen de esta discrepancia, la fecha que debe considerarse como fecha de fin de las obras es el 15 de junio de 2005.

Sobre la calificación de las solicitudes como ES-CRMO nueva o existente

En las alegaciones, TESAU indica que su escrito de contestación al requerimiento efectuado por esta CMT contenía un error consistente en haber incluido en el listado de solicitudes de ES-CRMO Existentes algunas solicitudes que realmente correspondían a solicitudes de ES-CRMO Nueva.

Estas solicitudes corresponden a centrales en las que otro operador había realizado una solicitud de ES-CRMO Nueva, habiendo TESAU procedido a solicitar el permiso de obra civil del Ayuntamiento correspondiente con anterioridad a la fecha de solicitud de JAZZTEL. De acuerdo con TESAU, estas solicitudes de JAZZTEL deben tener el tratamiento de solicitudes sobre cámara nueva puesto que la cámara no había sido entregada al primer operador solicitante en el momento de la solicitud de JAZZTEL.

Ciertamente, tal y como expone TESAU, no tiene sentido considerar como solicitud de ES-CRMO Existente una solicitud para una central en la que todavía no esté construida la cámara multioperador. Sin embargo, en la OBA vigente en la actualidad no se prevé ningún procedimiento específico para este caso concreto de solicitudes del servicio ES-CRMO con trabajos en curso. En consecuencia, en opinión de esta Comisión, en los casos en que la solicitud de JAZZTEL sea anterior a la fecha de entrega de la CRMO al primer operador solicitante, la fecha de entrega de la solicitud de JAZZTEL deberá ser la misma que la correspondiente a la solicitud del primer operador. Sin embargo, en los casos en los que la solicitud de JAZZTEL se haya realizado más de 20 días después de la solicitud del primer operador, el plazo de provisión del servicio solicitado por JAZZTEL será de 20 días. Se considera que con esta medida TESAU dispondrá siempre de al menos 20 días para atender la solicitud de JAZZTEL.

TESAU indica en su escrito de alegaciones que las solicitudes correspondientes a las centrales de Burgos/Villimar, Madrid/Fuencarral, Vigo/Industria, Sevilla/Rubén Darío, Valladolid/Huerta del Rey y Zaragoza/Macanaz se encuentran en esta situación y deben ser consideradas como solicitudes de ES-CRMO Nueva. TESAU aporta pruebas documentales que demuestran que la gestión de los permisos comenzó con anterioridad a la fecha de entrada de las solicitudes de JAZZTEL para las centrales de Burgos/Villimar, Sevilla/Rubén Darío, Valladolid/Huerta del Rey y Zaragoza/Macanaz, por lo que a las solicitudes correspondientes a estas centrales deberán aplicarse los plazos establecidos en el párrafo anterior. Sin embargo, para las centrales de Madrid/Fuencarral y Vigo/Industria, TESAU no aporta la necesaria justificación, y resulta incomprensible que TESAU sugiera que sea la CMT la que requiera dicha justificación a los ayuntamientos implicados.

Sobre la exención de penalizaciones por gestión de permisos de obra

En su escrito de alegaciones TESAU expone las dificultades que se presentan en el proceso de provisión del servicio de entrega de señal mediante cámara multioperador, en particular la necesidad de realizar diversos trabajos de planta externa,



generalmente en la vía pública, que necesitan de la obtención de permisos de obra por parte de la autoridad municipal competente. Según TESAU, la gestión de las licencias de obras por parte de los Ayuntamientos implicados se suele demorar en el tiempo, sin que este retraso sea imputable a TESAU. En ocasiones la denegación de los permisos conlleva la imposibilidad de realizar la obra, por lo que TESAU se ha visto obligada a recurrir la denegación o bien a solicitar permiso para una solución alternativa como la construcción de una arqueta tipo D. TESAU opina que los retrasos o tiempos de demora por causas cuya responsabilidad no sea imputable a ella misma, deben ser descontados para calcular el retraso total neto.

TESAU indica que la práctica totalidad de las solicitudes de ES CRMO-Nueva se han visto afectadas por retrasos en la necesaria obtención de los permisos de obras. En muchos de los casos, TESAU adjunta la justificación documental de tales demoras (mediante copia de las solicitudes de permisos de obras a los Ayuntamientos implicados y respuesta de los mismos).

En la OBA vigente se establece que los tiempos necesarios para la consecución de los permisos de obra correspondientes (cuya tramitación será realizada por TESAU con la máxima diligencia) deben descontarse del tiempo de provisión establecido. Se considera que estos retrasos escapan de la responsabilidad de TESAU y en consecuencia no son imputables a ella, siempre y cuando hayan sido debidamente justificados.

La CMT ya se ha pronunciado en este sentido en ocasiones anteriores. En particular, respecto a las solicitudes de las centrales Vitoria/Dato, Vitoria/Avenida, Vitoria/Zaramaga y Vitoria/Lakua, la Resolución de 1 de diciembre de 2005 correspondiente al expediente DT 2005/1330 reconoce que los periodos de tiempo transcurridos como consecuencia de la petición de TESAU al ayuntamiento de Vitoria de los permisos iniciales para la ejecución de la obra civil necesaria para el servicio de entrega señal correspondiente a las centrales anteriormente mencionadas no son imputables a TESAU. Adicionalmente, en la mencionada Resolución se considera que los periodos de tiempo transcurridos como consecuencia de la presentación de los recursos de reposición relativos a la denegación de los primeros permisos para las centrales de Vitoria/Avenida, Vitoria/Zaramaga y Vitoria/Lakua, no son imputables a TESAU. Sin embargo, en esta misma Resolución, se establece que los periodos de tiempo transcurridos como consecuencia de la petición de un nuevo permiso para la construcción de una arqueta no conforme a la OBA (arqueta tipo D) en la central de Vitoria/Dato debe computar como tiempo de provisión del servicio, al considerar que una arqueta de tipo D es una infraestructura de menor tamaño que solo podría ser utilizada por 2 operadores, mientras que las cámaras de registro especificadas en la OBA son para 4 o más operadores. Se considera que este hecho podría plantear un problema en el caso de que un tercer operador solicitase el servicio.

Las conclusiones de la Resolución de 1 de diciembre de 2005 son plenamente aplicables al presente procedimiento. En consecuencia, se considera que las demoras por gestión de permisos que hayan sido debidamente acreditadas por TESAU en el marco del presente expediente no deben computar para el cálculo del retraso.

Sobre la exención de penalizaciones por exceso de solicitudes



En su escrito de alegaciones, TESAU vuelve a insistir sobre la situación en la que se encuentra ante la falta de planificación de los operadores en sus solicitudes de servicios OBA. En concreto TESAU hace referencia de nuevo a su escrito de 10 de marzo de 2005, por el que comunicaba la existencia de una situación de contingencia creada por un exceso de pedidos de servicios OBA, entre ellos el servicio de entrega de señal, que unido a la falta de planificación de los operadores, le impiden cumplir los plazos establecidos en la OBA.

Cabe mencionar que la CMT ya se ha pronunciado en relación a este asunto. En concreto, el escrito al que hace referencia TESAU dio origen a la apertura del expediente DT 2005/511, que se resolvió con fecha 27 de octubre de 2005. En esta Resolución no se reconoció ninguna situación de exceso de peticiones y en consecuencia no se acordó la exención de las penalizaciones por la superación de los plazos máximos especificados en la OBA. Además, cabe mencionar que TESAU indica que en su opinión hay un exceso de peticiones, 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.

Por otra parte, la conveniencia de incluir en la OBA un procedimiento de comunicación de la planificación de los operadores de los diferentes servicios OBA está siendo analizada en el seno del expediente MTZ 2005/1054, de modificación de la OBA, y por lo tanto no debe ser tratada en el marco del presente expediente. En cualquier caso, conviene repetir que, en el caso de las solicitudes denunciadas por JAZZTEL, resulta de aplicación la OBA vigente.

Sobre la exención de penalizaciones por retrasos imputables a JAZZTEL

De acuerdo con las alegaciones de TESAU, en algunas solicitudes de servicio ES-CRMO Existente, JAZZTEL ha superado el periodo regulatoriamente establecido para su aceptación. TESAU considera que este hecho es un retraso imputable a JAZZTEL y en consecuencia ha procedido a descontar estos plazos en el cálculo del retraso neto.

La OBA vigente establece que los tiempos establecidos para la provisión de los diferentes servicios no incluyen los retrasos motivados por causa del operador solicitante. De acuerdo con el procedimiento de petición para cámara multioperador existente definido en la OBA, el operador solicitante dispondrá de 3 días para confirmar su petición de entrega de señal contados a partir de la fecha de comunicación por correo electrónico por parte de TESAU de los operadores que comparten esa cámara, el número de fibras asignadas a cada uno así como el reparto de costes. Queda claro por lo tanto, que a efectos del cálculo de retrasos se deberá descontar el tiempo de exceso sobre el plazo de 3 días establecido en la OBA para la confirmación de su solicitud de entrega de señal, siempre que este hecho haya sido debidamente demostrado.

Sobre la duplicidad de solicitudes de entrega de señal en la misma ubicación

En su escrito de alegaciones, TESAU indica que ha detectado que JAZZTEL realiza dobles y triples solicitudes del servicio de entrega de señal, en la misma ubicación y para diferentes modalidades. Según TESAU, cuando JAZZTEL formula una segunda o tercera solicitud con nueva modalidad, siendo todas ellas de alta capacidad de



transmisión, le está obligando “a crear nuevas infraestructuras dedicadas al operador en la misma ubicación cuando técnicamente la primera entrega de señal se podría ampliar para atender las nuevas necesidades de transmisión sin tener que duplicar las infraestructuras existentes”. El objetivo que persigue JAZZTEL es en opinión de TESAU, aumentar sus ingresos por las penalizaciones, favoreciéndose de la situación de exceso de pedidos, peticiones no planificadas y plazos de provisión inferiores a la media europea. TESAU considera que la práctica de JAZZTEL es abusiva y que no tiene sentido que JAZZTEL reclame dobles y triples penalizaciones al no producirse ningún perjuicio económico para JAZZTEL, que con la primera entrega de señal ya podría cursar el tráfico de sus clientes.

En este punto, esta Comisión no puede estar de acuerdo con los argumentos expresados por TESAU. La posibilidad de formular solicitudes de entrega de señal de modalidades distintas para una misma ubicación no está prohibida en la OBA vigente y en consecuencia no supone ningún incumplimiento de la misma. Además no corresponde a TESAU enjuiciar la decisión de JAZZTEL de solicitar diferentes modalidades del servicio de entrega de señal en la misma ubicación. TESAU debe ceñirse a sus obligaciones, que en este caso consisten en suministrar los servicios que le son requeridos en el ámbito de la OBA, mientras que JAZZTEL debe limitarse a pagar los precios establecidos en la OBA para estos servicios.

Por otra parte, no es rigurosa la afirmación de TESAU de que con la primera entrega de señal JAZZTEL ya podría cursar el tráfico de sus clientes. De hecho, la propia TESAU conoce que para prestar determinados servicios (*triple play*, video bajo demanda) se requieren capacidades de transmisión superiores a 155 Mbps, que únicamente pueden ofrecerse mediante el servicio ES-CRMO. En la práctica, ante el retraso generalizado en la entrega de las solicitudes de ES-CRMO, resulta lógico que JAZZTEL solicite a TESAU otros tipos de entrega de señal que no sean susceptibles de retrasos tan grandes para así, al menos, poder ofrecer a sus clientes el servicio de acceso a Internet.

Séptimo.- Medidas cautelares y procedimiento sancionador

En su escrito de 29 de septiembre de 2005, JAZZTEL manifestó que los retrasos en el servicio ES-CRMO le imposibilitaban cumplir su plan de despliegue previsto. Por ello, JAZZTEL solicitó la adopción de medidas cautelares al considerar que concurrían los requisitos necesarios para la adopción de las mismas.

Posteriormente en su escrito de fecha 15 de diciembre de 2005, JAZZTEL indica que tiene previsto ofrecer el servicio de televisión a nivel nacional a partir de marzo de 2006, por lo que requiere tener desplegada en todas las centrales en las que va a ofrecer el servicio, la instalación mediante fibra óptica. Sin embargo JAZZTEL tiene bloqueada su apertura en 128 centrales, lo que le impide cumplir su plan de despliegue previsto. Por ello reitera su solicitud de adopción de medidas cautelares al considerar que concurren los requisitos necesarios para la adopción de las mismas. Asimismo, en este escrito, JAZZTEL solicita que se acumule esta denuncia al procedimiento sancionador abierto a TESAU por los incumplimientos reiterados de los plazos estipulados en la OBA vigente.

Respecto a las medidas cautelares, esta Comisión no las adoptó ante la eventualidad de que los retrasos de ciertas solicitudes pudieran deberse a causas no imputables a



TESAU. Este hecho se ha puesto efectivamente de manifiesto durante la tramitación del presente expediente al justificar debidamente TESAU las causas, ajenas a su responsabilidad, de muchos de los retrasos. En lo referente al escrito de JAZZTEL de 15 de diciembre de 2005, considerando la proximidad del fin de la tramitación del presente procedimiento en el momento de recepción del mencionado escrito, no se considera adecuado adoptar medidas cautelares, sino la aprobación directa de una Resolución final.

En lo que se refiere al inicio de un procedimiento sancionador por los incumplimientos denunciados, ciertamente debe señalarse que de las alegaciones realizadas por las partes se deducen serios indicios de incumplimiento por parte de TESAU de su oferta de referencia de acceso al bucle, tanto en lo referente al incumplimiento de los plazos de provisión como a la ausencia de la funcionalidad necesaria en la herramienta web definida en la OBA. .

En efecto, conforme a la doctrina plasmada en la Resolución² de esta Comisión en el expediente AJ 2003/81, *“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 ello, en lo referente al incumplimiento de los plazos de entrega, está justificado trasladar las actuaciones practicadas para su consideración en el procedimiento sancionador RO 2004/1811 seguido en esta Comisión por supuesto incumplimiento por parte de TESAU de su oferta de referencia de acceso al bucle³.

Respecto a la ausencia de la interfaz web como soporte de los procedimientos administrativos contemplados en la OBA (SGO) para el servicio de entrega de señal, está justificado trasladar las actuaciones practicadas para su consideración en el procedimiento sancionador RO 2006/12 seguido en esta Comisión por supuesto incumplimiento por parte de TESAU de su oferta de referencia de acceso al bucle⁴. Este sancionador se abrió tras las inspecciones realizadas respecto a la interfaz mediante sistema web vía Internet como soporte de los procedimientos administrativos contemplados en la OBA (Actas de fecha 19, 20 y 21 de julio de 2005), constatándose que concurren irregularidades que constituyen indicios de un presunto incumplimiento de la OBA.

² 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.

³ Procedimiento sancionador iniciado por la Resolución, de fecha 9 de junio de 2005, por la que se acuerda la apertura de un procedimiento sancionador contra Telefónica de España, S.A.U., por el presunto incumplimiento del apartado primero de la Resolución de 29 de abril de 2002 por la que se insta la modificación de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado publicada por Telefónica de España, S.A.U., en fecha 20 de enero de 2001; así como por incumplimiento del apartado primero de la resolución de 31 de marzo de 2004 sobre la modificación de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado de Telefónica de España, S.A.U.

⁴ Procedimiento sancionador iniciado por la Resolución, de fecha 19 de enero de 2006, por la que se acuerda la apertura de un procedimiento sancionador contra Telefónica de España, S.A.U., por el presunto incumplimiento de la Resolución de 29 de abril de 2002 por la que se insta la modificación de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado publicada por Telefónica de España, S.A.U., en fecha 20 de enero de 2001; así como por incumplimiento de la resolución de 31 de marzo de 2004 sobre la modificación de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado de Telefónica de España, S.A.U.



Octavo.- Imposición de multas coercitivas y requerimiento de información

Atendiendo a las circunstancias concretas concurrentes en el presente conflicto, esta Comisión considera necesario apercibir a TESAU de la imposición de multas coercitivas como medio de ejecución forzosa de la presente Resolución en caso de que, transcurrido un lapso de tiempo suficiente para cumplir con lo ordenado, el operador no lo hubiese hecho. Al respecto, la disposición adicional sexta de la LGTel dispone que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá imponer multas coercitivas por importe diario de 100 hasta 10.000 euros para asegurar el cumplimiento de sus resoluciones, en los términos previstos en la LRJPAC.

En el presente caso, la obligación impuesta a TESAU por el resuelve tercero de la presente Resolución constituye una obligación personalísima en la que no procede la compulsión directa sobre la persona del obligado, por cuanto sólo a TESAU le resulta factible su cumplimiento, tratándose de una obligación de hacer.

En relación con el plazo considerado suficiente para cumplir lo ordenado, la obligación afecta únicamente a solicitudes que se encuentran fuera de plazo por haber transcurrido ya el plazo aplicable, y siempre que el retraso no se deba a causas que escapen a la responsabilidad de TESAU. Es suficiente por ello un plazo de diez días laborables, adicionales no sólo al plazo ya vencido sino también al retraso acumulado.

Atendiendo al principio de proporcionalidad señalado en el artículo 96.1 de la LRJPAC, se hace necesaria una justificación de la cuantía concreta de la multa coercitiva. Para evaluar la proporcionalidad en este caso concreto, pueden tenerse en cuenta los ingresos por cliente potencial que el operador dejará de obtener por el hecho de verse frenado en su despliegue, debido a la demora en la entrega de los servicios mayoristas solicitados que se traduce en una imposibilidad de proveer en plazos los servicios comprometidos ante los clientes. Así pues, puede relacionarse dicho efecto que se desea cuantificar con los ingresos mensuales medios por cliente o ARPU (*Average Revenue per User*). A tal fin, puede tomarse como referencia la cuota mensual del servicio de JAZZTEL cuyo precio es de 32,95 euros mensuales.

Resulta complejo realizar la estimación del daño sufrido por JAZZTEL al demorarse la finalización de una solicitud de entrega de señal mediante cámara multioperador. Para valorar este daño, se considera que la infraestructura solicitada servirá para cursar al menos una capacidad de 155Mb/s, por lo que JAZZTEL activaría como mínimo un circuito de 155 Mb/s sobre la fibra instalada. En consecuencia, el daño sufrido por JAZZTEL sería equivalente al que se produciría si se demorase la entrega de un circuito de 155Mb/s.

Si se considera que la multa afecta a la demora en la entrega de circuitos destinados a conectar a la red de JAZZTEL a 349 abonados (teniendo en cuenta una capacidad de transmisión de 155 Mb/s⁵ y una ocupación del enlace de 155Mb/s del 70%⁶), pueden

⁵ Valores obtenidos asumiendo conexiones de PCR=6Mb/s y reserva de ancho de banda de 300 Kb/s

⁶ En la Resolución de la CMT de 19 de mayo de 2005 correspondiente al expediente DT 2005/418, se estimó una ocupación del 70% en los circuitos de 155Mb/s para el cálculo de costes de prestación de servicios ADSL, criterio que viene siendo utilizado por esta Comisión como ocupación razonable. Este mismo criterio se ha utilizado para calcular el importe de las multas coercitivas en el caso del presente expediente, así como en resoluciones anteriores de la CMT (por ejemplo la Resolución de la CMT de fecha 14 de julio de 2005 correspondiente al expediente DT 2005/628)



estimarse los ingresos no percibidos por JAZZTEL al no disponer de dichos circuitos. En este caso, la cantidad que se obtiene y que refleja el impacto mensual de los retrasos en las solicitudes citadas es de $349 \times 32,95 = 11.499,55$ euros mensuales por circuito. Dicha cantidad puede dividirse por el número aproximado de días laborables mensuales (22) para evaluar su incidencia diaria: 522,70 euros.

Por lo anterior se estima proporcional que la cuantía de la multa coercitiva en el presente caso sea de 500 euros diarios por solicitud. En consecuencia, al amparo de lo dispuesto en la disposición adicional sexta de la LGTel y conforme lo establecido en el Capítulo V del Título VI de la LRJPAC, se apercibe a TESAU de la imposición de las multas coercitivas que constan, en la forma y cuantía que se señalan, con el fin de proceder a la ejecución forzosa de la obligación impuesta por la presente Resolución, si fuera el caso.

Asimismo, se estima necesario que TESAU remita a esta Comisión, en el plazo de quince días laborables desde la notificación de la presente Resolución, la relación de las solicitudes afectadas. Todo ello, al amparo de lo dispuesto en el artículo 10 de la LGTel en cuanto a obligaciones de suministro de información por las personas físicas o jurídicas que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas.

En razón de todo lo anterior, esta Comisión

RESUELVE

Primero.- Instar a TESAU a la disponibilidad operativa del sistema de comunicación SGO definido en la OBA para el servicio de entrega de señal mediante cámara multioperador en el plazo de un mes desde la fecha de notificación de la presente Resolución, incluyendo todas las pruebas necesarias.

Segundo.- En el caso de que existiesen solicitudes en curso cuyo estado no pueda ser consultado a través del SGO, TESAU deberá informar a JAZZTEL con periodicidad semanal, sobre el estado de las solicitudes que estén pendientes de entrega y en su caso, sobre la causa del retraso.

Tercero.- Instar a TESAU a suministrar en el plazo de diez días laborables desde la notificación de la presente resolución las solicitudes de entrega de señal en modalidad cámara multioperador que en la fecha de notificación de la presente resolución se encuentran pendientes de entrega y fuera de plazo. Se excluyen de lo anterior las solicitudes pendientes de entrega por causas no imputables a TESAU de acuerdo con lo expuesto en el apartado sexto de los fundamentos de derecho.

Cuarto.- Si transcurridos diez días laborables desde la notificación de la presente resolución TESAU no hubiese cumplido con lo dispuesto en su apartado tercero anterior, se impondrá a TESAU una multa coercitiva de 500 euros diarios por solicitud para asegurar el cumplimiento de la obligación impuesta en dicho apartado.

Quinto.- Requerir a TESAU a remitir en el plazo de quince días laborables desde la notificación de la presente resolución, relación de las solicitudes afectadas por el punto



tercero indicando al menos la central, la fecha de solicitud y la fecha de entrega o la fecha estimada de entrega, junto con la situación en la que se encuentra el circuito solicitado y sus circunstancias particulares.

Sexto.- Instar a TESAU a abonar en el plazo de quince días laborables desde la notificación de la presente resolución las penalizaciones debidas a JAZZTEL correspondientes a solicitudes ya entregadas con retraso, conforme a lo dispuesto en la OBA por los incumplimientos de plazo de entrega de solicitudes de entrega de señal en modalidad cámara multioperador.

Instar a TESAU a abonar a JAZZTEL las correspondientes penalizaciones definidas en la OBA en el plazo de cinco días tras la entrega de cada una de las solicitudes actualmente pendientes de entrega y que ya acumulan retraso.

Séptimo.- Trasladar las actuaciones practicadas durante la tramitación de este expediente para su consideración en el marco del procedimiento sancionador RO 2004/1811, iniciado por la Resolución, de fecha 9 de junio de 2005, por la que se acuerda la apertura de un procedimiento sancionador contra TESAU, por el presunto incumplimiento del apartado primero de la Resolución de 29 de abril de 2002 por la que se insta la modificación de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado publicada por TESAU, en fecha 20 de enero de 2001; así como por incumplimiento del apartado primero de la resolución de 31 de marzo de 2004 sobre la modificación de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado de TESAU.

Octavo.- Trasladar las actuaciones practicadas durante la tramitación de este expediente para su consideración en el marco del procedimiento sancionador RO 2006/12, iniciado por la Resolución, de fecha 19 de enero de 2006, por la que se acuerda la apertura de un procedimiento sancionador contra TESAU por el presunto incumplimiento de la Resolución de 29 de abril de 2002 por la que se insta la modificación de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado publicada por TESAU, en fecha 20 de enero de 2001; así como por incumplimiento de la resolución de 31 de marzo de 2004 sobre la modificación de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado de TESAU.

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



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº,
EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera