



COMISION 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 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 2 de marzo de 2006, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCION POR LA QUE SE RESUELVE EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 14 DE JULIO DE 2005 SOBRE EL CONFLICTO DE ACCESO AL BUCLE DE ABONADO PLANTEADO POR JAZZ TELECOM, S.A.U. EN RELACIÓN CON LA MODALIDAD DE CAPACIDAD PORTADORA DEL SERVICIO DE ENTREGA DE LA SEÑAL DE LA OFERTA DE ACCESO AL BUCLE DE ABONADO DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por el operador TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 14 de julio de 2005 (Expediente número DT 2005/628) sobre el conflicto de acceso al bucle local de abonado planteado por el operador JAZZ TELECOM, S.A.U., el Consejo de esta Comisión ha adoptado en su Sesión número 08/06, la siguiente Resolución:

Resolución de 2 de marzo de 2006, recaída en el Expediente nº **AJ 2005/1147**.

HECHOS

PRIMERO.- En fecha 14 de julio de 2005 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución por la que se resuelve el conflicto de acceso al bucle local de abonado de TELEFÓNICA DE



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TESAU) planteado por JAZZ TELECOM, S.A.U. (en adelante, JAZZTEL), en relación con la modalidad de capacidad portadora del servicio de entrega de la señal de la Oferta de Acceso al Bucle Local de Abonado de TESAU (en adelante, OBA); dicho procedimiento fue tramitado en Expediente con número DT 2005/628.

La citada Resolución recurrida acordaba en su RESUELVE lo siguiente:

<<Primero.- Instar a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., a suministrar en el plazo de diez días laborables desde la notificación de la presente resolución los circuitos correspondientes a solicitudes de entrega de señal en modalidad capacidad portadora que en la fecha de notificación de la presente resolución se encuentran pendientes de entrega y fuera de plazo. Se excluyen de lo anterior los circuitos pendientes de entrega por gestión de permisos, coubicación con plazo no vencido o causas imputables a JAZZ TELECOM, S.A.U.

Segundo.- Si transcurridos diez días laborables desde la notificación de la presente resolución TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., no hubiese cumplido con lo dispuesto en el apartado primero de esta resolución, se impondrá a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., una multa coercitiva de 100 euros diarios por circuito de 34 Mb/s y de 300 euros diarios por circuito de 155 Mb/s para asegurar el cumplimiento de la obligación impuesta en dicho apartado.

Tercero.- Requerir a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., a remitir, en el plazo de quince días laborables desde la notificación de la presente resolución, relación de los circuitos afectados por el punto primero, indicando al menos la central, la capacidad del circuito expresada en Mb/s, 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.

Cuarto.- Instar a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., a abonar en el plazo de quince días laborables desde la notificación de la presente resolución las penalizaciones debidas a JAZZ TELECOM, S.A.U., conforme a lo dispuesto en la OBA por los incumplimientos de plazo de entrega de solicitudes de entrega de señal en modalidad capacidad portadora.

Quinto.- 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 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.>>



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEGUNDO.- Mediante escrito fechado el día 27 de julio de 2005, cuya entrada en esta Comisión fue Registrada el día 28 de julio de 2005, TESAU interpuso recurso potestativo de reposición contra la Resolución antes referida, exponiendo su disconformidad con la misma y solicitando que se revisara el contenido de la misma sobre la base de las siguientes alegaciones:

1º) La resolución recurrida sería nula de pleno derecho por carecer de motivación, prescindir del procedimiento legal y generar indefensión.

TESAU comienza exponiendo que la resolución recurrida le obligaba a suministrar los circuitos pendientes de entregar a JAZZTEL en el plazo de 10 días, sin justificar el criterio ni las razones para reducir el plazo general de 45 días establecido en la OBA, es decir, sin motivar dicha decisión, lo cual contravenía lo dispuesto en el artículo 54.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) por falta de motivación en la resolución de constante referencia, y además según la recurrente le causaba indefensión al impedir defender adecuadamente sus intereses, situación que proscribía el artículo 24.1 de la Constitución española. Todo ello produciría una nulidad de pleno derecho del acto recurrido, conforme determina el artículo 62.1.a) y el artículo 62.1.e).

2º) La resolución recurrida sería nula de pleno derecho por tratarse de un acto de contenido imposible.

TESAU alegaba que el plazo de 10 días establecido por la Resolución recurrida para provisionar los circuitos alquilados a JAZZTEL es muy reducido y, en la práctica, de imposible cumplimiento, ya que el contrato entre JAZZTEL y TESAU, y las condiciones generales reguladas en la misma OBA, determinarían un objeto del mismo indeterminado en cantidad y plazos, dependiendo exclusivamente de la voluntad de JAZZTEL, que puede solicitar cualquier servicio sin límites de cantidad o de plazos, por lo que al amparo de lo dispuesto en el artículo 1256 del Código Civil el contrato de provisión de servicios OBA entre ambos operadores sería nulo de pleno derecho de conformidad con el artículo 62.1.c) de la LRJPAC, al tratarse de un acto de contenido imposible.

Asimismo, y como consecuencia de dicha nulidad, TESAU invoca el artículo 1.184 del Código Civil para quedar liberada de sus obligaciones contractuales y solicitar que no se le grave con penalizaciones por retrasos imposibles de evitar.

3º) La improcedencia de la imposición de penalizaciones por retrasos en la provisión de circuitos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Consecuentemente con las alegaciones anteriores, TESAU entiende que no proceden las penalizaciones por retraso en el suministro de los circuitos OBA solicitados por JAZZTEL, ya que según la recurrente el cumplimiento de los plazos es una obligación accesorio de la principal de suministrar los circuitos, y además dicho retraso no se ha producido de forma dolosa, culpable o negligente, sino por la imposibilidad objetiva de cumplir dichos plazos a pesar de haber actuado TESAU de manera diligente.

Por todo lo expuesto, TESAU solicitaba en su recurso la anulación de la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 14 de julio de 2005 por la que se le obligaba a provisionar los circuitos solicitados por JAZZTEL en un plazo de 10 días, o subsidiariamente que se le eximiese de las penalizaciones por retrasos en la provisión del servicio.

Asimismo TESAU solicitaba, al amparo de lo dispuesto en el artículo 111.2 de la LRJPAC, que se suspendiese la ejecutividad de la Resolución impugnada, al no existir necesidad de la misma ni perjuicio alguno para JAZZTEL, puesto que según la recurrente dicho operador tendría ya entrega de señal suficiente para absorber su potencial demanda, e incluso se estaría dando por parte del mismo una infrautilización de las capacidades de red cedidas por TESAU, por lo que no existiría un interés público que aconsejase la no suspensión del Acuerdo recurrido, y en cambio sí existirían graves perjuicios que a ella le supondría, como consecuencia de la ejecución del acto. TESAU alega también un eventual peligro de que la resolución del presente recurso deviniese ineficaz para el caso de estimar el mismo (*periculum in mora*), pues la recurrente estaría obligada a realizar una serie de actuaciones necesarias para cumplir con lo dispuesto en la Resolución impugnada.

TERCERO.- Trámite de información a los interesados.

Mediante los correspondientes Oficios del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones fechados el día 1 de agosto de 2005, se cumplió el trámite de información a los interesados, TESAU y JAZZTEL, previsto en el artículo 42.4 de la citada LRJPAC.

Asimismo, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 112.2 de la misma LRJPAC, mediante los mismos Oficios se dio traslado a JAZZTEL del recurso de reposición interpuesto por AMENA, para que pudiesen alegar lo que estimasen conveniente.

JAZZTEL efectuó alegaciones mediante un escrito cuya entrada en esta Comisión fue registrada el día 18 de agosto de 2005, en el cual manifiesta lo siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que el plazo de 10 días impuesto por esta Comisión es suficiente para el cumplimiento de la obligación de suministro y está suficientemente motivado, pues no afecta a nuevas peticiones sino que de hecho es adicional al de 45 días de la OBA y a los retrasos ya acumulados por TESAU (de hasta 143 días).
- Que el objeto del contrato de acceso al bucle local de la OBA suscrito por TESAU y JAZZTEL tiene su objeto perfectamente definido y que los plazos de la OBA sí son de posible cumplimiento, siendo TESAU la única responsable de su incumplimiento y en consecuencia estando plenamente justificadas las penalizaciones por retraso impuestas.
- Que JAZZTEL discrepa de las cifras aportadas por TESAU en relación con el número de circuitos pendientes de entrega y los retrasos acumulados.
- Que no hay razón alguna para suspender la ejecución de la resolución recurrida, ya que TESAU no justifica de ninguna manera el incumplimiento de los plazos y la suspensión solicitada causaría graves perjuicios a JAZZTEL al ser el servicio de entrega de la señal fundamental para que dicha operadora pueda prestar servicios en la modalidad de bucle desagregado allí donde no dispone de red propia de acceso, es decir, para poder llegar al mayor rango de usuarios posible, y los retrasos en la entrega afectan al Plan de Negocio de JAZZTEL y a sus clientes.

Por todo lo expuesto, JAZZTEL solicitaba que se desestime el recurso de reposición de TESAU y que se denegase la suspensión de la ejecutividad de la Resolución recurrida.

CUARTO.- Resolución del Consejo de la CMT denegando la suspensión de la ejecutividad de la resolución recurrida.

En fecha 2 de septiembre de 2005 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adoptó una resolución sobre la solicitud de suspensión de la ejecutividad de la resolución de 14 de julio de 2005 recurrida en reposición por TESAU, mediante la cual se acordó lo siguiente:

“ ÚNICO.- Denegar la solicitud de suspensión de la eficacia inmediata de la Resolución de esta Comisión, de fecha 14 de julio de 2005, sobre el conflicto de acceso entre JAZZTEL y TESAU en relación con la modalidad de capacidad portadora del servicio de entrega de señal de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (DT 2005/628), incorporada al recurso potestativo de reposición interpuesto por TESAU contra la misma.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A) FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación.

El artículo 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) establece que contra las resoluciones, entre otros actos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

La recurrente califica expresamente su escrito como recurso de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa, resulta procedente calificar el escrito presentado por TESAU el día 28 de julio de 2005 como recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 14 de julio de 2005, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC que prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos en reposición ante el mismo órgano que lo hubiera dictado.

SEGUNDO.- Competencia y plazo para resolver.

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

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

TERCERO.- Admisión a trámite.

El recurso de reposición de TESAU ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC. Asimismo se ha interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la misma Ley, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior, procede admitirlo a trámite.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

B) FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO.- Motivación de la resolución recurrida.

Respecto a las alegaciones de TESAU invocando la nulidad de pleno derecho de la resolución recurrida porque no se motivaba suficientemente la obligación impuesta a TESAU de suministrar los circuitos pendientes de entregar a JAZZTEL en el plazo de 10 días, e invocando como supuesto precedente la resolución de esta Comisión de fecha 9 de junio de 2005 (Expediente número: DT 2005/259) que estableció un plazo más amplio, de 15 días, hay que recordar que en la resolución recurrida objeto de la presente resolución se insta a TESAU a suministrar en el plazo de 10 días laborables los circuitos correspondientes a las solicitudes de entrega de señal en la modalidad de capacidad portadora que se encontraban pendientes de entrega y fuera de plazo, con la excepción de los circuitos pendientes de entrega por gestión de permisos, coubicación con plazo no vencido o causas imputables a JAZZTEL. Esto es, en la resolución recurrida se exige a TESAU que la entrega de las solicitudes de JAZZTEL con plazo ya vencido (el general de 45 días dispuesto en la OBA), estableciéndose para ello un plazo límite de 10 días laborables.

Pues bien, debe tenerse en cuenta que, por tratarse de solicitudes con plazo ya vencido (el general de 45 días dispuesto en la OBA) y que han acumulado ya un cierto retraso (en algunos casos de más de 100 días), es exigible a TESAU su entrega inmediata, y ello queda sobradamente motivado en la resolución recurrida. No obstante, para evitar cualquier ambigüedad la resolución concreta la obligación de dicha entrega inmediata estableciendo el citado plazo de 10 días, que en todo caso supone un lapso de tiempo adicional al plazo general previsto en la OBA de 45 días para la entrega de dichas capacidades de red, y al retraso acumulado posteriormente. Así pues, dado que ese plazo implica una prórroga en solicitudes ya retrasadas, debe ser tan breve como sea posible sin otro requisito que el no de hacer imposible el cumplimiento de la resolución.

Ciertamente en la resolución recurrida se establece un plazo de 10 días frente al precedente mencionado donde se fijó un plazo de 15 días, pero los dos casos no son homologables al ser distintos los servicios implicados (entrega de señal en modalidad capacidad portadora, en este caso, frente a tendido de cable interno, en el precedente aludido, de mayor complejidad para su ejecución). De todos modos, en ambos casos ha quedado debidamente motivado que las solicitudes retrasadas debían atenderse de forma inmediata, por lo que la resolución no adolece de falta de motivación por el mero hecho de que no se haya aplicado un plazo idéntico en ambos casos.

TESAU sostiene también que el citado plazo de 10 días resulta de imposible cumplimiento pero no aporta información alguna que respalde dicha afirmación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Además, como ya se ha dicho, el citado plazo se aplica a solicitudes para las que ha transcurrido un tiempo más que suficiente para atenderlas y un retraso previo, por lo que el plazo real para cumplir las solicitudes realmente ha sido mucho mayor, y tampoco debe olvidarse que dicho plazo de 10 días no afecta a las solicitudes retrasadas por causas ajenas a TESAU. En conclusión, el plazo otorgado es un plazo suficiente siempre que TESAU disponga los recursos necesarios para atender sus obligaciones derivadas del contrato OBA con JAZZTEL.

Por último, TESAU alega que todo lo anterior le generó indefensión, pero según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, no cabe invocar indefensión en base al artículo 24.1 de la Constitución Española, puesto que las garantías inherentes a dicha figura no se extienden al ámbito del procedimiento administrativo no sancionador ni a las resoluciones administrativas no sancionadoras. Además no cabe observar indefensión alguna en el procedimiento administrativo tramitado en el Expediente número AJ 2005/628 cuya resolución se recurre en reposición, ya que en el mismo TESAU tuvo en todo momento oportunidad de ejercer su derecho de alegaciones y se habilitó asimismo el preceptivo trámite de audiencia (artículo 84 de la LRJPAC), en el cual TESAU efectuó efectivamente alegaciones mediante su escrito cuya entrada en esta Comisión fue registrada el día 30 de junio de 2005, que fueron tenidas en cuenta a la hora de resolver dicho procedimiento. Además, el contenido de sus alegaciones pone de manifiesto que conoce perfectamente el fundamento de la resolución recurrida, no siendo el de la indefensión sino un mero argumento formal recurrente en apoyo de sus pretensiones.

SEGUNDO.- Validez del contrato OBA suscrito por TESAU y JAZZTEL.

Otra de las alegaciones de TESAU es la referente a que tanto el contrato-tipo de la OBA como la resolución de 14 de julio de 2005 son nulos de pleno derecho por imponer a la recurrente obligaciones de imposible cumplimiento por la indeterminación del objeto del contrato y por la brevedad del plazo establecido por la resolución recurrida.

En este sentido, TESAU alegaba que el plazo de 10 días establecido por la Resolución recurrida para provisionar los circuitos alquilados a JAZZTEL es muy reducido y, en la práctica, de imposible cumplimiento, ya que el contrato entre JAZZTEL y TESAU, y las condiciones generales reguladas en la misma OBA, determinarían un objeto del mismo indeterminado en cantidad y plazos, dependiendo exclusivamente de la voluntad de JAZZTEL, que puede solicitar cualquier servicio sin límites de cantidad o de plazos, y TESAU estaría obligada a atenderlas sin excepción, cuando en la práctica, y sin conocer previamente la planificación de las necesidades de JAZZTEL, la recurrente afirma que sólo puede atender en plazo las solicitudes razonables y normales.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Es decir, que según la recurrente, y al amparo del artículo 1256 del Código Civil el contrato de provisión de servicios OBA entre ambos operadores sería nulo de pleno derecho de conformidad con el artículo 62.1.c) de la LRJPAC, al tratarse de un acto de contenido imposible, y por depender la validez y el cumplimiento del mismo exclusivamente de uno de los contratantes, JAZZTEL, por lo que en consecuencia, y dada dicha nulidad alegada, TESAU invoca además el artículo 1.184 del Código Civil para solicitar que se le libere de sus obligaciones contractuales y de las eventuales penalizaciones por retrasos imposibles de evitar.

Ante estas alegaciones hay que recordar que las alegaciones antes señaladas sobre la nulidad de pleno derecho del contrato-tipo de la OBA por indeterminación de su objeto ya ha sido formulada por TESAU en anteriores ocasiones, y en concreto en su recurso de reposición contra la resolución de 9 de junio de 2005 (Expediente número AJ 2005/1074), por lo que procede reiterar los mismos argumentos para rebatir dicha alegación:

- Respecto a la presunta imposibilidad de cumplimiento de los plazos establecidos en la OBA para el suministro del servicio de entrega de la señal, TESAU afirma que JAZZTEL ha presentado un volumen tal de peticiones que ha excedido la capacidad de suministro de tres fabricantes, pero no aporta ningún dato que permita concluir que el volumen de demanda de JAZZTEL supera la demanda interna de circuitos por parte de TESAU o el correspondiente a las empresas de su grupo u otros operadores que contratan circuitos a TESAU. Si TESAU no actúa diligentemente y no se dota de los medios necesarios para ello, el cumplimiento de los contratos firmados al amparo de la OBA puede llegar a resultar imposible, pero sin embargo se ha puesto de manifiesto que TESAU sí dispone de suficientes recursos para atender la demanda de sus propios servicios, por lo que queda en evidencia que dichos recursos de red tienen la capacidad suficiente para absorber importantes volúmenes de demanda, y entre ellos los servicios de entrega de la señal demandados por JAZZTEL, si los mismos se utilizan y disponen con la diligencia necesaria.
- En relación con la alegación de que el presunto objeto indeterminado del contrato-tipo de la OBA y del contrato concreto suscrito con JAZZTEL, que ocasionaría su nulidad de pleno derecho, hay que rebatirla porque TESAU en ningún momento justifica la misma y resulta contraria a la realidad, puesto que el contrato-tipo en cuestión y los contratos firmados en base al mismo tienen todos ellos un objeto concreto y perfectamente determinado, cual es el suministro conforme a los plazos y condiciones establecidos de los servicios de acceso al bucle local de abonado de TESAU, cuyas condiciones, plazos de suministro, etc., se encuentran minuciosamente recogidos y detallados en su oferta de referencia, en la OBA.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- En consecuencia, carecen de fundamento las alegaciones de TESAU referentes a que el cumplimiento y la validez del contrato de acceso quedarían al arbitrio de JAZZTEL, cuando si algo ha sido puesto de manifiesto es que, a pesar de las citadas disposiciones detalladas de la OBA acerca de los plazos y condiciones aplicables, y pese a la inclusión de penalizaciones por retrasos en dicha oferta y de la posibilidad de imponer sanciones por incumplimientos por parte de esta Comisión, es TESAU quien de hecho determina cuándo atiende las solicitudes que le son remitidas por JAZZTEL y le genera a ésta numerosos retrasos en el suministro de los servicios OBA, marcando en la práctica de esta forma el ritmo de despliegue de la red y de la prestación de servicios por parte de su competidor. De otro lado, no puede confundir TESAU la naturaleza de la OBA como contrato forzoso para ella, que le obliga a atender las peticiones de acceso al bucle de los operadores alternativos, en las condiciones predeterminadas, con un contrato en el que la validez y el cumplimiento quede al arbitrio de los operadores alternativos. En otras palabras, que las prestaciones contractuales se deban ejecutar a requerimiento de dichos operadores alternativos –dado su carácter forzoso para TESAU- no significa que la decisión sobre si se cumple o no sea de aquéllos. Una vez que el operador alternativo –como JAZZTEL- insta la prestación del servicio de la OBA, el cumplimiento es obligatorio para ambas partes. Y si algún impedimento se produce a ello suele ocurrir por la actitud obstativa de TESAU al correcto cumplimiento del servicio regulado en la OBA, como se aprecia en este expediente.

TERCERO.- Procedencia de las penalizaciones por retrasos.

TESAU expone en su recurso su disconformidad con la imposición de penalizaciones por retrasos en el suministro de los circuitos OBA solicitados por JAZZTEL, y entiende que no proceden ya que según la recurrente el cumplimiento de los plazos es una obligación accesorio de la principal de suministrar los circuitos, y además dicho retraso no se ha producido de forma dolosa, culpable o negligente, sino por la imposibilidad de cumplir dichos plazos a pesar de haber actuado TESAU de manera diligente.

Sin embargo, aunque TESAU afirma que no puede imputársele conducta dolosa alguna, es indiscutible la responsabilidad de TESAU en los incumplimientos de plazos por no disponer de los recursos necesarios para ello, y esa responsabilidad es el único elemento objetivo determinante que genera la obligación de pago de penalizaciones, sin que a estos efectos sea necesario precisar si dicha responsabilidad deriva de dolo, culpa o negligencia. No cabe duda de que al menos concurre existe una palmaria falta de diligencia en la actitud de TESAU, que conocedor de las condiciones de los servicios de la OBA, no destina para ello los medios necesarios, a diferencia de lo que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

acontece cuando se trata de prestarse a sí misma los servicios análogos que necesite.

Debe reiterarse que la oferta de referencia, la OBA, no es de cumplimiento libre y opcional para TESAU sino que constituye un conjunto de obligaciones que dicho operador debe cumplir obligatoriamente y en su integridad, salvo acuerdo con el interesado en otro sentido. En este sentido, las penalizaciones por incumplimientos de plazos son de aplicación automática porque forman parte integral del conjunto de prestaciones y de garantías de cumplimiento de los servicios ofertados en la OBA. Al igual que la entrega satisfactoria de un servicio genera de forma automática el correspondiente concepto facturable correspondiente a su cuota de alta y periódicamente su cuota mensual, el incumplimiento de un plazo de entrega por responsabilidad de TESAU genera automáticamente la obligación de abonar una penalización a abonar al operador afectado, en este caso JAZZTEL. Es decir, desde que TESAU se retrasa en entregar un circuito a JAZZTEL por responsabilidad de aquélla se genera la obligación de abono de la penalización, y con carácter automático TESAU debería proceder a calcular su importe para su posterior pago, sin necesidad de que esta Comisión declare a posteriori la procedencia de dicha penalización.

Desafortunadamente TESAU suele emplear una diligencia nula en el pago de penalizaciones, ya que al parecer, contrariamente a lo previsto en la OBA, no ha procedido a abonar penalización alguna a JAZZTEL y obliga a ésta a acudir a esta Comisión para que emita una resolución expresa que obligue coercitivamente a TESAU a abonarlas y a cumplir su contrato OBA. En consecuencia, la resolución recurrida se limita a instar a TESAU a que cumpla con sus obligaciones contractuales y legales, es decir, a que suministre los servicios de entrega de la señal y los circuitos OBA solicitados por JAZZTEL, y a que le abone a éste las penalizaciones debidas conforme a lo dispuesto en la misma OBA y en el contrato suscrito al efecto, por lo que es perfectamente ajustada a derecho.

CUARTO.- Los perjuicios causados a JAZZTEL por los retrasos.

En cuanto a los eventuales perjuicios potenciales o reales que le pueden ocasionar a JAZZTEL los retrasos en la entrega de los servicios OBA, y en concreto el servicio de entrega de la señal y los circuitos asociados al mismo, hay que tener en cuenta que dicho servicio es imprescindible para que pueda ponerse en funcionamiento el servicio de desagregación del bucle local de abonado, especialmente cuando precisa de la capacidad portadora asociada por carecer JAZZTEL de red propia para asegurar dicha conectividad.

Así, un retraso en la entrega de dicho servicio por parte de TESAU, repercute directamente en las posibilidades de JAZZTEL de poder ofrecer sus servicios a



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

un mayor número de clientes y de zonas, a los que no puede ofrecer el servicio final, así como en la planificación del despliegue técnico y comercial de su red, que se vería condicionado y retrasado por la conducta de TESAU, todo lo cual le ocasionaría unos perjuicios injustificados, máxime cuando TESAU no ha justificado de ninguna manera válida la causa de dichos retrasos e incumplimientos (las Actas de Inspección aludidas por TESAU se refieren a la situación de los repartidores principales y a los servicios de tendido de cable interno en las centrales OBA afectadas, por lo que en modo alguno acreditan que JAZZTEL, como asegura TESAU, tenga *“entrega de señal suficiente para absorber su potencial demanda”*), por lo que la intervención de la Comisión al respecto, en especial imponiendo unos plazos perentorios para obligarle a cumplir el contrato, estaba perfectamente justificada, y asimismo la denegación de la solicitud de suspensión de la ejecutividad de la resolución recurrida, que podría haber causado retrasos (y perjuicios) aún mayores.

Vistos los citados antecedentes de hecho y fundamentos de Derecho, el Consejo de esta Comisión

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar íntegramente el recurso de reposición interpuesto por la entidad TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. contra el Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 14 de julio de 2005, que aprobó la Resolución por la que se resolvió el conflicto de acceso al bucle de abonado planteado por JAZZ TELECOM, S.A.U. en relación con la modalidad de capacidad portadora del servicio de entrega de la señal de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., por estar la misma plenamente ajustada a Derecho.

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

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado, que resuelve un recurso potestativo de reposición, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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