



## 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 19/06 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 25 de mayo de 2006, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el que se aprueba la:

**RESOLUCION POR LA QUE SE ESTIMA PARCIALMENTE EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. CONTRA LA RESOLUCIÓN DE FECHA 1 DE DICIEMBRE DE 2005 SOBRE LA SOLICITUD DE LA ENTIDAD RECURRENTE PARA QUE NO SE LE APLICASEN LAS PENALIZACIONES POR RETRASOS EN LA PROVISIÓN A JAZZ TELECOM, S.A.U. DE VARIOS SERVICIOS 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 fecha 1 de diciembre de 2005, por la que se resuelve la solicitud de la recurrente para no aplicar penalizaciones de la Oferta del Bucle de Abonado de Telefónica de España, S.A.U. por retrasos en la provisión de varios servicios de entrega de la señal al operador JAZZ TELECOM, S.A.U. (Exp. DT 2005/1330), el Consejo de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado en su Sesión número 19/06 la siguiente Resolución:

Resolución de 25 de mayo de 2006, recaída en el **Expediente nº AJ 2006/73.**



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### HECHOS

#### **PRIMERO.- La Resolución impugnada, de 1 de diciembre de 2005.**

En fecha 1 de diciembre 2005 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) aprobó una Resolución por la cual se resuelve la solicitud del operador TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TESAU) para que no se le aplicasen las penalizaciones de la Oferta del Bucle de Abonado de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, OBA) por retrasos en la provisión de varios servicios de entrega de la señal en la ciudad de Vitoria (Álava) al operador JAZZ TELECOM, S.A.U. (en adelante, JAZZTEL); dicho procedimiento fue tramitado en el Expediente número DT 2005/1330.

La citada Resolución recurrida acordaba en su RESUELVE lo siguiente:

*<< Primero.- Reconocer 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 de señal conforme a la OBA solicitado por Jazztel para las centrales de Vitoria "Avenida", "Zaramaga", "Lakua" y "Dato", así como 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", "Zaramaga" y "Lakua", no son imputables a Tesau.*

*Segundo. Que los periodos de tiempo transcurridos como consecuencia de la petición de Tesau al Ayuntamiento de Vitoria para la obtención de un segundo permiso para la construcción de una arqueta no conforme a la OBA en la central de Vitoria "Dato", así como cualquier otro periodo de tiempo no relacionado con los plazos por permisos de obra en cualquiera de las centrales consideradas en este expediente, computarán como tiempo de provisión de los servicios de entrega de señal por cámara multioperador de acuerdo a la OBA. >>*

Dicha Resolución le fue notificada a TESAU el día 13 de diciembre de 2005.

#### **SEGUNDO.- El recurso de reposición presentado por TESAU.**

Mediante escrito fechado el día 12 de enero de 2006, y sellado en la Oficina de Correos de Madrid el mismo día, y cuya entrada en esta Comisión fue



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Registrada el día 17 de enero de 2006, TESAU interpuso recurso potestativo de reposición contra la Resolución antes referida, exponiendo su disconformidad con la misma y solicitando que se anulase el Resuelve Segundo de la misma, sobre la base de las siguientes alegaciones:

**1º) La resolución recurrida sería nula de pleno derecho por ignorar el principio legal de presunción de veracidad de los actos de las Administraciones Públicas.**

TESAU comienza exponiendo que la resolución recurrida se producía como consecuencia de una solicitud de la recurrente de exención de penalizaciones por retraso en la entrega del servicio de entrega de la señal de la OBA solicitado por JAZZTEL para las centrales de Vitoria denominadas “Avenida”, “Zaramaga”, “Lakua” y “Dato”, retraso debido a la denegación por parte del Ayuntamiento de dicha ciudad del pertinente permiso de obra civil para la instalación de las correspondientes cámaras multioperador en la vía pública.

TESAU procedió a recurrir en reposición la denegación de tres de dichas solicitudes de obra civil por entender que existían posibilidades de que el Ayuntamiento rectificase su decisión inicial, y en efecto dichos recursos fueron estimados en beneficio de los intereses de la recurrente y de JAZZTEL.

Pero en el caso de la central de Vitoria “Dato”, sita en la calle “General Álava”, la recurrente optó por no recurrir la denegación sino que se solicitó un nuevo permiso de obra civil para instalar, dentro de las alternativas previstas en la OBA, una arqueta de dimensiones inferiores, ya que el motivo de denegación de la licencia de obra fue que la central multicámara solicitada fue un informe técnico de la Jefatura del Servicio de Vía Pública del Ayuntamiento de Vitoria, que estableció que “(...) *en la calle General Álava un elemento de estas dimensiones no cabe, considero que no procede autorizar la ocupación de vía pública de las salas de control de compañías (...)*”, tal y como establece la Resolución del Concejal Delegado del Área de Ordenación del Territorio y Vivienda del Ayuntamiento de Vitoria de fecha 11 de mayo de 2005, denegatoria del permiso de obra.

Así, con base en el principio de presunción de veracidad de los actos de las Administraciones Públicas establecido en el artículo 57.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), al manifestar expresamente la Administración Pública (el Ayuntamiento de Vitoria) que no existe espacio suficiente en la vía pública para instalar una



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cámara multioperador, TESAU, ante dicho motivo objetivo de carácter técnico alegado por el Ayuntamiento, optó por no recurrir dicha denegación y por buscar alternativas a la misma para poder prestar el servicio a JAZZTEL de la manera más eficiente y ganar tiempo, solicitando (y obteniendo) un nuevo permiso de obra para instalar una arqueta de dimensiones más reducidas.

Sin embargo, según TESAU su actitud proactiva de buscar alternativas más eficientes a la denegación de la licencia en vez de recurrir en reposición la misma se consideró por parte de la CMT como penalizable, sin tener en cuenta que la alternativa elegida por TESAU (solicitar otro permiso para instalar una arqueta) permitió prestar el servicio de entrega de la señal a JAZZTEL en menos tiempo, y que la interposición del recurso potestativo de reposición tiene carácter “potestativo”, lo que excluye la obligatoriedad de su presentación.

Por tanto, TESAU afirma que de conformidad con lo establecido en el artículo 62.2 de la LRJPAC la Resolución recurrida es nula de pleno derecho en ese punto por vulnerar el principio de presunción de veracidad establecido en el artículo 57.1 de la misma LRJPAC.

### **2º) La resolución recurrida sería nula de pleno derecho por falta de motivación suficiente y por causar indefensión.**

La recurrente alega que el tiempo empleado en la gestión de los permisos administrativos necesarios para la ejecución de las infraestructuras de la OBA se escapa al control de TESAU y, por tanto, no es responsabilidad suya ni cabe imputarle penalizaciones por esa razón.

Asimismo, TESAU alega que la OBA prevé en su Capítulo 3.2.2 diferentes tipos de infraestructuras para atender sus obligaciones de entrega de la señal, siendo la arqueta de menores dimensiones y capacidad (para 1 ó 2 operadores) que la cámara multioperador (para 3 o más operadores). No obstante, en casos similares como el caso concreto objeto del recurso TESAU, ante la falta de espacio en la vía pública para instalar una cámara multioperador y con objeto de satisfacer la demanda de otros operadores en similares circunstancias que las de JAZZTEL en la central de Vitoria “Dato”, TESAU ha procedido a solicitar un nuevo permiso municipal para instalar una arqueta de menores dimensiones pero técnicamente suficiente para prestar el servicio de entrega de la señal a hasta 2 operadores. La alternativa a dicha solución sería únicamente comunicar al operador afectado la negativa municipal y la imposibilidad de ejecutar la obra para



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

instalar la cámara multioperador para suministrarle el servicio de entrega de la señal.

En cuanto a la naturaleza jurídica de las penalizaciones de la OBA, TESAU entiende que las mismas son compensaciones impuestas al contratista por retrasos imputables al mismo, para compensar al operador que sufre el retraso, pero imponerlas por causas ajenas a la responsabilidad de TESAU sería improcedente y desproporcionado, puesto que la conducta proactiva de buscar una solución técnicamente válida para superar la negativa municipal a la instalación de la cámara multioperador, lejos de causar un perjuicio a JAZZTEL, le posibilita recibir el servicio de entrega de la señal de manera técnicamente adecuada y en menos tiempo. Así, indemnizarle en estas circunstancias sería, según TESAU, enriquecerle, lo que iría en contra de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo al establecer los principios rectores de la compensación de daños: proporcionalidad con el daño causado y finalidad compensatoria de perjuicios.

Además TESAU alega que la resolución recurrida no está suficientemente motivada y supone asimismo un cambio de criterio del regulador en cuanto a la imputabilidad de los retrasos ocasionados por la tramitación de permisos administrativos municipales, todo lo cual infringiría lo dispuesto en el artículo 54 de la LRJPAC a más de la Jurisprudencia de los Tribunales Supremo y Constitucional al respecto, que establecen la necesidad de la motivación de las resoluciones administrativas, siendo un trámite esencial del procedimiento administrativo; y además según TESAU se ocasionaría la indefensión de la recurrente, al no poder ejercer una adecuada defensa de sus intereses legítimos, lo que vulneraría el artículo 24.1 de la Constitución Española.

Por tanto, TESAU considera que se ha vulnerado el procedimiento legalmente establecido e invoca la nulidad de pleno derecho de la resolución recurrida, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 62.1, letra A, de la LRJPAC.

Por todo lo expuesto, TESAU solicitaba que se estimase su recurso y que se declarase la nulidad del Resuelve Segundo de la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 1 de diciembre de 2005.

### **TERCERO.- Trámite de información a los interesados.**

Mediante los correspondientes Oficios del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cuya salida fue registrada el día 23 de



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

enero de 2006, 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 TESAU, para que pudiesen alegar lo que estimase conveniente.

JAZZTEL no presentó ningún escrito de alegaciones al respecto.

### 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 17 de enero de 2006 como recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 1 de diciembre 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.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

## **B) FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.**

### **PRIMERO.- Sobre la definición de la “Cámara multioperador” en la OBA.**

El servicio de entrega de señal en cámara multioperador está definido en el Apartado 3.2 de la OBA vigente como *“la conexión mediante fibra óptica desde los espacios donde se encuentran los equipos del operador situados en las dependencias de Telefónica hasta una arqueta o cámara multioperador situada en las cercanías del edificio a la que el operador llega por sus propios medios”*

Por lo tanto, parece claro que en este contexto, la OBA utiliza indistintamente los términos *“arqueta multioperador”* y *“cámara multioperador”* o en general *“arqueta”* y *“cámara”*, tal y como se pone de manifiesto en numerosas partes del citado apartado 3.2 de la OBA.

A pesar de que, como afirma TESAU, una arqueta es un elemento de tamaño menor que una cámara, no hay confusión posible en lo que se refiere a la capacidad mínima de la arqueta/cámara multioperador, ya que la OBA vigente es clara al afirmar en el mismo Apartado 3.2 que *“la primera de las cámaras se instalará con capacidad suficiente para atender la demanda inicial y futuras solicitudes”*.

Posteriormente, la OBA especifica en su apartado 3.2.2 que para una demanda inicial de 1 ó 2 operadores se debe instalar una arqueta con capacidad para 4 operadores y que en caso de nuevas solicitudes, *“se construirá una segunda arqueta de tamaño mínimo (con capacidad total para unos 4 operadores)”*. Es decir, que según la OBA vigente, la capacidad mínima de una arqueta/cámara multioperador ha de ser de 4 operadores, por lo que independientemente de la



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

nomenclatura utilizada, en principio una arqueta tipo D como la instalada por Telefónica en la central de Vitoria “Dato” no es conforme a lo establecido en la OBA para la prestación del servicio de entrega de señal mediante cámara multioperador.

En este sentido la afirmación de TESAU de que la OBA mezcla de forma confusa el término cámara con el de arqueta no es procedente, ya que como se ha señalado anteriormente, independientemente del término utilizado no cabe error en la interpretación de la capacidad mínima de la arqueta/cámara establecida en la OBA (4 operadores). Por lo tanto, la interpretación de la recurrente sobre que la instalación de un elemento con capacidad para 2 operadores se ajusta a lo prescrito por la OBA es errónea y carece de fundamento. De hecho, cabe indicar que en la solicitud de licencia de obras efectuada por TESAU al Ayuntamiento de Vitoria para instalar la arqueta más reducida se reconocía por la propia recurrente que *“esta solución no se ajusta a lo previsto en la OBA”*.

### **SEGUNDO.- Sobre la conducta de TESAU ante la denegación del permiso de obra por parte del Ayuntamiento de Vitoria.**

La OBA define las dimensiones de la cámara multioperador del tipo “GBRF” para el caso de 8 operadores (240 centímetros de longitud x 130 centímetros de anchura x 190 centímetros de altura). En la información aportada por TESAU, se incluye copia de la denegación del Ayuntamiento de Vitoria de la licencia de obras para la construcción de una cámara multioperador del tipo “GBRF” en la central de Vitoria “Dato”. Esto quiere decir que la recurrente solicitó inicialmente la concesión de un permiso de obras para la construcción de una cámara multioperador del tipo “GBRF”, esto es, con capacidad para 8 operadores.

La OBA indica claramente que para una demanda inicial de 1 ó 2 operadores se instalará una arqueta con capacidad para 4 operadores. En consecuencia, y teniendo en cuenta que la demanda inicial en la central de Vitoria “Dato” era de 2 operadores, TESAU podía haber solicitado al Ayuntamiento de Vitoria la construcción de una cámara multioperador de menor capacidad, pues bastaba que fuese capaz para 4 operadores, y por tanto de dimensiones menores que las de la cámara “GBRF”.

En este sentido, la actitud de TESAU al solicitar permisos para la construcción de cámaras más grandes de lo estrictamente necesario según la OBA puede redundar en un perjuicio para los operadores que soliciten el servicio de entrega de señal en las centrales afectadas, ya que:





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Por una parte, la gestión de los permisos para este tipo de cámaras puede demorarse más en el tiempo, puesto que puede provocar el recelo de las autoridades municipales al tratarse de una obra importante en la vía pública con los inconvenientes que ello provoca para los ciudadanos. Prueba de ello es que 3 de los 4 permisos solicitados para la construcción de cámaras “GBRF” en las centrales objeto del expediente DT 2005/1330 fueron denegados en primera instancia, y fueron concedidos únicamente tras interponer TESAU el correspondiente recurso de reposición.
- Por otra parte, la ejecución de las obras para la construcción de cámaras multioperador “GBRF” con capacidad para 8 operadores también se demorará más en el tiempo que las obras para la construcción de una cámara con capacidad para 4 operadores, al ser una obra de mayor entidad.

Sin embargo, en contrapartida con los argumentos desfavorables anteriores hay que decir que la construcción de cámaras multioperador con capacidad para 8 operadores puede resultar beneficiosa para los operadores alternativos, ya que:

- En el caso de que un quinto operador solicite el servicio de entrega de señal en la misma ubicación, al existir capacidad excedente en la cámara multioperador “GBRF” no se vería obligado a esperar la gestión del permiso y posterior construcción de una segunda cámara para 4 nuevos operadores, tal y como establece la OBA.
- Además, se presume que la motivación de TESAU para solicitar permisos para la construcción de cámaras para 8 operadores es evitar precisamente la necesidad de solicitar un nuevo permiso en la misma calle y realizar una nueva obra, dadas las dificultades sobradamente conocidas para obtener permisos de obra en muchos municipios (por ejemplo, la existencia de sistemas de cupos de obras para un mismo operador en un mismo municipio, la imposibilidad de ejecutar dos obras a la vez en el mismo distrito, la imposibilidad de reabrir una misma acera en un determinado plazo de tiempo típicamente de 5 años, etc.).

Con carácter general 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



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 al operador afectado, en este caso JAZZTEL. Es decir, desde que TESAU se retrasa en entregar un servicio OBA 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.

No obstante, en el caso concreto que nos ocupa, la falta de espacio en la vía pública para construir una cámara multioperador, certificada por la autoridad municipal competente, ha de considerarse motivo suficiente para no considerar responsabilidad de TESAU dicha incidencia, y para denegar una solicitud de entrega de señal en cámara multioperador y para buscar alternativas razonables y posibles a dicha infraestructura, puesto que tal y como indica el apartado 3.3.2 de la OBA constituye una causa de fuerza mayor que se escapa del control de TESAU, y por tanto no genera automáticamente dicha obligación de abono de la penalización por retraso:

- En efecto, en el caso de la central de Vitoria "Dato", el Ayuntamiento de Vitoria indicó en su resolución denegatoria del permiso que *"en la calle General Álava, un elemento de estas dimensiones no cabe"*. Ante la denegación del permiso por motivos de falta de espacio, TESAU optó por no recurrir en reposición esta Resolución y procedió a solicitar la concesión de un permiso de obra nuevo, esta vez para la construcción de una arqueta tipo "D", de dimensiones mucho menores que las de la cámara multioperador "GBRF" inicialmente solicitada (110 centímetros de longitud x 90 centímetros de anchura x 105 centímetros de altura), y como se ha visto anteriormente, no conforme con lo establecido en la OBA con carácter general, ya que el tipo de arqueta proyectada sólo puede albergar a 2 operadores.
- Es decir, ante la motivación esgrimida por el Ayuntamiento de Vitoria (la falta de espacio en la vía pública), TESAU aceptó como hecho cierto dicha falta de espacio, en tanto que lo certificó un informe técnico de una Administración Pública, aplicando el principio de presunción de veracidad del artículo 57.1 de la LRJPAC, por lo que juzgó inútil interponer un recurso de reposición a la mencionada resolución y buscó una alternativa técnicamente suficiente que le permitiera cumplir de manera más rápida el servicio de entrega de la señal solicitado por JAZZTEL en esa central, para lo cual solicitó un nuevo permiso para instalar una arqueta de dimensiones más reducidas, permiso que obtuvo.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Según lo dispuesto en el Apartado 3.2.2 de la OBA, al ser denegado el permiso para la construcción de una cámara multioperador del tipo “GBRF” para 8 operadores por razones de falta de espacio en la vía pública, TESAU debería haber solicitado un permiso de obra para la construcción de una cámara de menor tamaño, pero con capacidad para 4 operadores, que es el tamaño mínimo contemplado en la OBA, buscando si fuese necesario una nueva ubicación próxima a la central. Sin embargo, TESAU consideró que dada la falta de espacio en la vía pública, la solicitud de un permiso para la construcción de una cámara de 4 operadores también tenía serias posibilidades de ser denegada por el Ayuntamiento, por lo que decidió solicitar el permiso de obra para la construcción de una arqueta de tamaño significativamente menor, con capacidad para sólo 2 operadores, pero suficiente para atender las necesidades de JAZZTEL en dicha central de Vitoria “Dato”, y con más posibilidades de ser autorizada por dicha Corporación Local, lo que efectivamente ocurrió.
- Una actuación estrictamente conforme a la OBA ante una situación de inexistencia de espacio en la vía pública hubiese consistido en denegar la solicitud de entrega de señal en la modalidad de cámara multioperador, con lo que el operador se vería obligado a contratar otra modalidad de entrega de señal, o bien intentar buscar otra ubicación para la construcción de la cámara multioperador, lo cual resulta prácticamente imposible en los alrededores de la central de Vitoria “Dato”, vista la problemática concreta de esta central. Por tanto, en este caso concreto no cabe penalizar a TESAU por ofrecer una solución alternativa que ha permitido prestar el servicio de entrega de señal solicitado por JAZZTEL en cámara multioperador hábil para dos operadores.
- En definitiva, que dada la problemática concreta de la central de Vitoria “Dato”, TESAU ha buscado una solución alternativa a la establecido en la OBA con carácter general, pero que ha de estimarse razonable y adecuada para satisfacer las necesidades de JAZZTEL.

No obstante lo anterior, aunque en este caso concreto es admisible la conducta de TESAU por ser proactiva para resolver el problema surgido, y por no existir indicio alguno de mala fe, con carácter general la construcción de cámaras multioperador o arquetas más pequeñas que las establecidas en la OBA también puede suponer un perjuicio para algunos operadores en el caso de que se instale una arqueta tipo “D” para 2 operadores y posteriormente un tercer operador solicite, al amparo de la OBA, el servicio de entrega de señal mediante cámara multioperador en la misma ubicación. Por tanto, este tipo de



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

soluciones únicamente son admisibles con carácter excepcional y ante una situación manifiesta de falta de espacio, como la analizada en el presente recurso de reposición.

En definitiva, debe considerarse que la decisión de TESAU de no recurrir la resolución denegatoria del permiso de obras para una cámara del tipo “GBRF” y de buscar alternativas técnicas y administrativas más eficientes para prestar el servicio de entrega de la señal a JAZZTEL en la central de Vitoria “Dato” en el menor tiempo posible, ha sido en este caso concreto proactiva y no perjudicial para JAZZTEL, y no se aprecia ningún indicio de mala fe por su parte, por lo que no debe ser objeto de penalización y debe descontarse del cómputo del tiempo de provisión del servicio de entrega de la señal el plazo de tiempo empleado para gestionar el permiso de construcción de la arqueta tipo “D” en la central de Vitoria “Dato”.

### **TERCERO.- Sobre el carácter potestativo de la interposición de los recursos de reposición.**

En cuanto a la alegación de TESAU en el sentido de que la interposición del recurso potestativo de reposición tiene carácter “potestativo”, lo que excluye la obligatoriedad de su presentación, y que por tanto no cabe imponer una penalización fundamentada en que no se ha interpuesto dicho recurso, hay que responder que si bien el artículo 116.1 de la LRJPAC regula dicho recurso con carácter potestativo, al establecer que *“Los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición...”*, ello significa que no existe obligación legal de interponerlos, pero eso no quiere decir que la decisión de no interponerlo no pueda ser tenida en cuenta a la hora de valorar la diligencia de TESAU.

En efecto, como se ha explicado en el Apartado anterior en el caso que nos ocupa concurrían unas circunstancias concretas que aconsejaban no interponer dicho recurso y solicitar un nuevo permiso de obra. De hecho TESAU recurrió en reposición las otras 3 ubicaciones inicialmente denegadas por el Ayuntamiento de Vitoria y consiguió que dicha Corporación modificase su negativa inicial.

En conclusión, habrán de analizarse las circunstancias concretas concurrentes en cada caso para valorar sin concurre una razón objetiva o de fuerza mayor para ello, y si se presentan alternativas a dicha denegación, a los efectos de valorar la culpabilidad de TESAU en los retrasos.

### **CUARTO.- En cuanto a la alegación de falta de motivación de la resolución recurrida.**



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En relación con la alegación de que la resolución recurrida no estaba suficientemente motivada y que en su tramitación se había vulnerado el procedimiento legalmente establecido, lo que habría dado lugar a la indefensión de la recurrente, hay que señalar lo siguiente:

Que en ningún momento puede admitirse la misma, puesto que en el procedimiento del que trae causa la resolución recurrida se cumplieron escrupulosamente las previsiones procedimentales contenidas en la LRJPAC, y en especial se permitió que TESAU accediese al expediente y efectuase alegaciones en el trámite de audiencia, lo cual hizo TESAU mediante su escrito cuya entrada en esta Comisión fue registrada el día 8 de noviembre de 2005, y que fueron tenidos en cuenta a la hora de elaborar la propuesta de resolución.

Que asimismo, la resolución recurrida contiene en sus antecedentes de hecho un relato fiel de las circunstancias concurrentes, y en sus fundamentos de derecho todos los preceptos legales y de la OBA aplicables al caso y las razones que llevan a esta Comisión a adoptar la decisión administrativa y que fundamentan de manera clara la parte dispositiva, el Resuelve, por lo que no cabe alegar defectos en la motivación de la misma.

En este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2002 (RJ 2002/2957) y de 29 de marzo de 2004 (RJ 2004/1849) avalan este planteamiento, y en especial la Sentencia de fecha 12 de diciembre de 1990 (Ar. 1990/9918) establecía que *“la brevedad de los términos y la concisión expresiva de un acto administrativo, no puede confundirse con su falta de motivación”*.

Dicho todo lo anterior procede desestimar la alegación de la recurrente ya que parece estar confundiendo la falta de motivación con la concisión de la misma y con el hecho de no compartir el criterio establecido por esta Comisión.

### **QUINTO.- En cuanto a la alegación de indefensión.**

Por último, en cuanto a la alegación de indefensión, según la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de junio de 2004 (RJ 2004/7632), *“la esencia de la indefensión, esto es, una limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales, o, en otras palabras, aquella situación en la que se impide a una parte, por el órgano judicial en el curso del proceso, el ejercicio del derecho de defensa, privándole de las facultades de alegar y, en su caso, de justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias, en aplicación del indispensable principio de contradicción”*. Como ya se ha



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

expuesto en párrafos anteriores, no ha lugar a invocar indefensión puesto que en el procedimiento del que trae causa la resolución recurrida se cumplieron escrupulosamente las previsiones procedimentales contenidas en la LRJPAC, y en especial se permitió que TESAU accediese al expediente y efectuase alegaciones en el trámite de audiencia, lo que garantizó el principio de contradicción y el derecho a la defensa de los intereses de la recurrente.

Pero además, según las Sentencias del Tribunal Constitucional 65/1994, de 28 de febrero (RTC 1994, 65) y 178/1998, de 14 de septiembre (RTC 1998, 178), no cabe invocar el principio constitucional del derecho fundamental a la tutela efectiva de los jueces y Tribunales, contenido en el artículo 24.1 de la Constitución Española, en el marco de un procedimiento administrativo de carácter no sancionador, puesto que la resolución del mismo es impugnabile en vía judicial, y serán los jueces y Tribunales los que enjuicien eventuales vulneraciones del ordenamiento jurídico por parte de las Administraciones Públicas. Así, la indefensión se produciría si no se pudiese acceder a la vía judicial, lo que no es el caso ya que TESAU pudo impugnar en vía contencioso-administrativa la resolución recurrida desde que fue notificada de la misma (hay que recordar que recurrir en reposición es potestativo, como establece el artículo 116.1 de la LRJPAC y como ha alegado la propia TESAU en su recurso objeto del presente procedimiento), y asimismo podrá hacerlo de nuevo desde que sea notificado de la presente Resolución.

En definitiva, que no cabe la alegación de indefensión por haber existido contradicción y derecho a la defensa y por no haber lugar a la invocación del derecho a la tutela judicial en el marco de un procedimiento administrativo.

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 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.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

### RESUELVE

**ÚNICO.-** Estimar parcialmente 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 1 de diciembre de 2005, ya que no debe imputarse como responsabilidad de dicho operador el tiempo empleado para gestionar ante el Ayuntamiento de Vitoria el permiso de obra para la construcción de la arqueta tipo “D” para la provisión al operador JAZZ TELECOM, S.A.U. de los servicios de entrega de la señal en la central de Vitoria “Dato”, y en consecuencia no debe computar dicho plazo como tiempo de provisión del servicio de entrega de señal a efectos de aplicar las penalizaciones previstas en la Oferta del Bucle de Abonado de Telefónica de España, S.A.U. (OBA).

En consecuencia, el Resuelve Segundo de dicho Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 1 de diciembre de 2005 quedará redactado en los siguientes términos: << Segundo. Que los periodos de tiempo transcurridos como consecuencia de la petición de Tesau al Ayuntamiento de Vitoria para la obtención de un segundo permiso para la construcción de una arqueta no conforme a la OBA en la central de Vitoria “Dato” no serán computados, en este caso, como tiempo de provisión de los servicios de entrega de señal por cámara multioperador de acuerdo a la OBA. No obstante lo anterior, cualquier otro periodo de tiempo no relacionado con los plazos por permisos de obra en cualquiera de las centrales consideradas en este expediente sí computarán como tiempo de provisión de los servicios de entrega de señal por cámara multioperador de acuerdo a la OBA.>>

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.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado, que resuelve un recurso potestativo de reposición, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera