



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 24/06 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 29 de junio de 2006, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

RESOLUCION POR LA QUE SE DESESTIMA EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR “JAZZ TELECOM, S.A.U.” CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 2 DE FEBRERO DE 2006 POR LA QUE SE RESOLVIÓ EL CONFLICTO DE ACCESO ENTRE LA RECURRENTE Y “TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.” EN RELACIÓN CON EL CUMPLIMIENTO DE PLAZOS DEL SERVICIO DE COUBICACIÓN DE LA OFERTA DE ACCESO AL BUCLE DE ABONADO (OBA).

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad JAZZ TELECOM, S.A.U. contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 2 de febrero de 2006, por la que se resolvió el Conflicto de Acceso suscitado entre la recurrente y la entidad TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. en relación con el cumplimiento de plazos del servicio de coubicación de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado (Expediente número DT 2005/811), el Consejo de esta Comisión ha adoptado en su Sesión número 24/06, la siguiente Resolución:

Resolución de fecha 29 de junio de 2006, recaída en el marco de la tramitación del Expediente número AJ 2006/392.

HECHOS

PRIMERO.- La Resolución recurrida de 2 de febrero de 2006.

En fecha 2 de febrero de 2006 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) aprobó la Resolución por la que se



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

resolvió el Conflicto de Acceso suscitado entre el operador JAZZ TELECOM, S.A.U. (en adelante, JAZZTEL) y el operador TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TESAU) en relación con el cumplimiento de plazos del servicio de coubicación de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado de Telefónica de España (en adelante, OBA); dicho procedimiento fue tramitado en Expediente con número DT 2005/811.

La citada Resolución acordaba en su RESUELVE lo siguiente:

<< Primero.- Instar a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., a suministrar en el plazo de cinco días laborables, en caso de SdT, y en el plazo de quince días laborables, en caso de SdO, contados desde la notificación de la resolución, las solicitudes de JAZZ TELECOM, S.A.U., de coubicación en ejecución que en la fecha de notificación de la resolución se encuentran pendientes de entrega y fuera de plazo.

Segundo.- Instar a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., a suministrar en el plazo de cinco días laborables desde la notificación de la resolución el proyecto técnico correspondiente a las solicitudes de JAZZ TELECOM, S.A.U., de coubicación para las que en la fecha de notificación de la resolución haya vencido ya el plazo de entrega de proyecto.

Tercero.- Si transcurridos los respectivos plazos indicados TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., no hubiese cumplido con lo dispuesto en los puntos primero y segundo de esta resolución, se impondrá a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., una multa coercitiva de 400 euros diarios por solicitud para asegurar el cumplimiento de las obligaciones impuestas en dichos puntos.

Cuarto.- Requerir a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., a remitir, en el plazo de veinte días laborables desde la notificación de la presente resolución, sendas relaciones de las solicitudes afectadas por los puntos primero y segundo, 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 la solicitud y sus circunstancias particulares.

Quinto.- Instar a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., a remitir a JAZZ TELECOM, S.A.U., en el plazo de cinco días laborables desde la notificación de la resolución, una relación en formato electrónico de sus solicitudes de coubicación ya finalizadas cuyo estado no pueda ser conocido a través del SGO, precisando, al menos, el código único de la solicitud, y la fecha de inicio y entrega de la obra.

Sexto.- Instar a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., a remitir a JAZZ TELECOM, S.A.U., inicialmente en el plazo de cinco días laborables desde la notificación de la resolución y sucesivamente con periodicidad semanal,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

una relación en formato electrónico de sus solicitudes pendientes de coubicación cuyo estado real no pueda ser conocido a través del SGO, precisando, al menos, el código único de la solicitud, y el estado en que se encuentra la solicitud y en su caso, la causa del retraso.

Séptimo.- Instar a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., a abonar en el plazo de quince días laborables desde la notificación de la resolución las penalizaciones debidas a JAZZ TELECOM, S.A.U., conforme a lo dispuesto en la OBA por incumplimientos de plazo de entrega de solicitudes de coubicación y según la información del ANEXO CONFIDENCIAL.

Octavo.- 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.

Noveno.- 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 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. .>>

SEGUNDO.- El recurso de reposición de JAZZTEL.

Contra dicha Resolución de 2 de febrero de 2006 JAZZTEL interpuso recurso potestativo de reposición, mediante un escrito fechado el día 15 de marzo de 2006, y cuya entrada en esta Comisión fue registrada el día 23 de marzo de 2006, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, (en adelante, LRJPAC), y dentro del plazo de un mes establecido en el artículo 117.1 de la misma Ley.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En lo referente al contenido material del recurso de reposición de JAZZTEL, este operador manifestaba primeramente su conformidad en general con la Resolución de 2 de febrero de 2006, pero no con algunas de las condiciones impuestas a TESAU para obligarle a su cumplimiento, frente a las cuales alegaba fundamentalmente lo siguiente:

- JAZZTEL discrepaba con los datos tenidos en cuenta para determinar el grado de incumplimiento de los plazos por parte de TESAU, al entender que las solicitudes de coubicación tenidas en cuenta por esta Comisión fueron únicamente de las que no discrepaba TESAU, es decir, de 320, inferior a las 510 denunciadas por la recurrente, lo que supondría que la resolución recurrida habría sido incongruente con la petición de JAZZTEL, y además se habría fundamentado en criterios subjetivos (las cifras aceptadas por TESAU) y no en criterios objetivos, que según JAZZTEL serían sus solicitudes.
- JAZZTEL tampoco estaba de acuerdo con la consideración de la fecha de inicio de obra como hito tenido en cuenta para calcular las penalizaciones aplicables por dichos retrasos, máxime en los casos en que la recurrente no tuvo conocimiento de dicho hito ni por comunicación electrónica de TESAU ni por existir constancia en el Sistema de Gestión de Operadores (en adelante, SGO) previsto en la OBA para gestionar las relaciones entre TESAU y los demás operadores dentro del marco de la misma, lo que supondría un incumplimiento por parte de TESAU de los plazos previstos en la OBA, y como tal penalizable de acuerdo a la misma, y además le habría causado indefensión. JAZZTEL entiende que en esos casos deberían aplicarse las penalizaciones desde el momento en que la recurrente aceptó los costes remitidos por TESAU, ya que JAZZTEL no tiene por qué sufrir las consecuencias de los retrasos de TESAU ni del incumplimiento de su obligación de comunicarle las incidencias y la fecha efectiva del inicio de las obras.

JAZZTEL estimaba que la Resolución recurrida, por los motivos expuestos, limitaba sus intereses legítimos sin que se hubiese motivado adecuadamente por parte de esta Comisión en la citada Resolución ni haya sido la misma congruente con su petición, al no tener en cuenta todas las solicitudes formuladas, lo que supondría una “arbitrariedad” en la actuación administrativa y vulneraría lo dispuesto en los artículos 54.1, letra a), y 89.2, de la LRJPAC, que exigen motivación y congruencia de la Resoluciones administrativas, y asimismo habría una vulneración de los principios constitucionales de seguridad jurídica y del derecho a la defensa (establecidos en los artículos 9.3 y 24 de la Constitución Española, respectivamente), causando la indefensión de la recurrente. Todo ello sería causa de nulidad.

Por todo ello, JAZZTEL concluía solicitando de esta Comisión que estimase su recurso de reposición, y en concreto lo siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1. Que estableciese que los retrasos de TESAU computables para aplicar las penalizaciones previstas en la OBA son los reflejados en las 510 solicitudes efectuadas en su día por JAZZTEL y reflejadas en su solicitud de intervención que dio lugar al procedimiento de resolución del Conflicto de Acceso finalizado por la Resolución de 2 de febrero de 2006.
2. Que en los casos en que TESAU no haya comunicado a JAZZTEL la fecha de inicio de obra, se considere como fecha de inicio del retraso para el cómputo de las penalizaciones la de aceptación de los costes por parte de la recurrente, ya que la falta de comunicación supondría un incumplimiento por parte de TESAU de los plazos previstos en la OBA, y como tal penalizable de acuerdo a la misma.

TERCERO.- Notificación y trámite de información a los interesados.

Mediante los correspondientes escritos del Secretario de la CMT, fechados el día 27 de marzo de 2006 y cuya salida fue registrada el mismo día, se informó a ambos interesados de que, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC, se cumplía el trámite de información a los interesados previsto en el artículo 42.4 de la LRJPAC, informándoles del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación del recurso potestativo de reposición interpuesto por JAZZTEL.

Asimismo mediante el mismo escrito se informó a TESAU de que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 112.2 de la LRJPAC, se le daba traslado recurso de reposición interpuesto por JAZZTEL y se le informaba de que disponía de un plazo de diez días para poder efectuar alegaciones y aportar documentos al procedimiento si así lo estimaban conveniente a sus intereses.

CUARTO.- Las alegaciones efectuadas por TESAU.

TESAU efectuó alegaciones mediante un escrito fechado el día 10 de abril de 2006, cuya entrada en esta Comisión fue registrada el día 13 de abril de 2006, en el cual manifestaba en primer lugar que a su juicio la Resolución de 2 de febrero de 2006 no se ajustaba a Derecho, pero por motivos diferentes a los alegados por JAZZTEL, y que contra la misma había interpuesto recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional.

No obstante lo anterior, TESAU exponía que las alegaciones del recurso de reposición de JAZZTEL no se sostenía jurídicamente por las siguientes razones:

1. Que la Resolución de 2 de febrero de 2006 sí estaba suficientemente motivada y fundamentada, que era congruente porque resolvía sobre



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

todas las cuestiones objeto de controversia, y que JAZZTEL pudo conocer los fundamentos y las razones del acto administrativo y ejercitar en el procedimiento administrativo su derecho a la defensa, por lo que no existía ni arbitrariedad, ni incongruencia, ni indefensión.

2. Que la pretensión de JAZZTEL de que se admitiesen como ciertas sus 510 solicitudes y no sólo las 320 sobre las que TESAU estaba conforme, sin aportar prueba alguna que corrobore su solicitud sobre las 190 restantes, provocaría una grave indefensión a TESAU ya que quebraría el principio de presunción de inocencia al invertir la carga de la prueba en un procedimiento iniciado a instancia de parte.
3. Que la pretensión de JAZZTEL de que se apliquen las penalizaciones desde la fecha de aceptación de los costes de las obras a ejecutar carece de base legal y procedimental, al no señalar ni la normativa ni la Resolución de la CMT presuntamente infringida por TESAU para que se le penalizase por ello.

Por todo ello, TESAU solicita que se desestime el recurso de reposición interpuesto por JAZZTEL, y subsidiariamente, que de estimarse total o parcialmente el mismo, se tengan en cuenta las alegaciones efectuadas por TESAU durante la tramitación del procedimiento administrativo número DT 2005/811.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A) FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

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.

JAZZTEL 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 JAZZTEL en el Registro de esta Comisión el día 23 de marzo de 2006 como recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 2 de febrero de 2006, 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 recurso de reposición objeto de la presente Resolución corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

El citado recurso deberá ser resuelto, y su Resolución notificada, en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a la interposición del mencionado escrito por parte de JAZZTEL, 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 JAZZTEL 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.- En relación con el número de incumplimientos computados.

Primeramente hay que tener en cuenta que en el recurso de reposición interpuesto por JAZZTEL se manifiesta la conformidad general con el sentido de la Resolución de 2 de febrero de 2006, y únicamente se impugnan algunas de las condiciones impuestas a TESAU para obligarle a su cumplimiento.

Como ya se ha expuesto en los Antecedentes de Hecho de la presente Resolución, JAZZTEL discrepaba en primer lugar con los datos tenidos en cuenta por la Resolución recurrida para determinar el grado de incumplimiento de los plazos por parte de TESAU, al entender que únicamente se tuvieron en cuenta las 320 solicitudes de coubicación sobre las que no discrepaba TESAU, en lugar de aceptar las 510 solicitudes denunciadas por la recurrente. JAZZTEL opinaba que por esa razón la Resolución recurrida habría sido incongruente con la petición de JAZZTEL, y además se habría fundamentado en criterios subjetivos (las cifras aceptadas por TESAU) y no en criterios objetivos, que según JAZZTEL sería la existencia de sus 510 solicitudes.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

JAZZTEL estimaba que la Resolución recurrida, por los motivos expuestos, limitaba sus intereses legítimos sin que se hubiese motivado adecuadamente por parte de esta Comisión en la citada Resolución ni haya sido la misma congruente con su petición, al no tener en cuenta todas las solicitudes formuladas, lo que supondría una “arbitrariedad” en la actuación administrativa y vulneraría lo dispuesto en los artículos 54.1, letra a), y 89.2, de la LRJPAC, que exigen motivación y congruencia de la Resoluciones administrativas, lo cual para la recurrente sería causa de nulidad y por tanto solicitaba la modificación de la Resolución de 2 de febrero de 2006 en el sentido de establecer que los retrasos de TESAU computables para aplicar las penalizaciones previstas en la OBA sean los reflejados en las 510 solicitudes efectuadas por JAZZTEL.

En este sentido hay que responder que en ningún momento ha existido ni arbitrariedad ni incongruencia alguna en el acto administrativo impugnado, ya que la Resolución de 2 de febrero de 2006 resolvió conforme a Derecho sobre las cuestiones planteadas por JAZZTEL, y teniendo en cuenta lo alegado por las partes interesadas en el conflicto de acceso planteado; cosa distinta es que la citada Resolución no estimase íntegramente las pretensiones de la recurrente, pero eso no significa que haya existido, ni mucho menos, incongruencia omisiva por parte de esta Comisión.

En efecto, JAZZTEL solicitó en su escrito cuya entrada fue registrada el día 25 de mayo de 2005 que se instase a TESAU a satisfacer 510 solicitudes de cobicación, que se declarase la procedencia de las penalizaciones por retraso previstas en la OBA, y que se incoase expediente sancionador contra TESAU por dichos retrasos, y tras tramitar el correspondiente procedimiento administrativo de conformidad con el Derecho sectorial y procedimental vigente, en el cual tanto la solicitante como la otra parte, TESAU, pudieron efectuar alegaciones, la Resolución de 2 de febrero de 2006 que finalizó el citado procedimiento respondió a todas las cuestiones planteadas por JAZZTEL, a saber:

- Requerir a TESAU a satisfacer en el plazo de 5 o de 15 días, según los casos, las 320 solicitudes cuyo retraso quedó acreditado durante la tramitación (Resuelve Primero y Segundo), bajo amenaza de imposición de multa coercitiva de 400 euros diarios por solicitud insatisfecha una vez vencidos dichos plazos (Resuelve Tercero), así como obligar a TESAU a informar puntualmente a JAZZTEL de las diversas incidencias que se produzcan (Resuelve Cuarto, Quinto y Sexto).
- Instar a TESAU a abonar en 15 días a JAZZTEL las penalizaciones por retrasos previstas en la OBA para las 320 solicitudes insatisfechas acreditadas en el procedimiento (Resuelve Séptimo).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Trasladar las actuaciones practicadas durante la tramitación del procedimiento para su consideración en el marco de la tramitación de dos procedimientos sancionadores ya en curso relativos a incumplimientos de TESAU de lo dispuesto en la OBA (Resuelve Octavo y Noveno).

Y tampoco cabe alegar de ninguna manera arbitrariedad en la Resolución de 2 de febrero de 2006, pues la misma se ajustó al Derecho sectorial y procedimental vigente en ese momento, tanto en lo que se refiere a la habilitación competencial de la CMT para intervenir en la resolución del conflicto de acceso planteado (artículos 11.4, 14.1, y 48, Apartados 2 y 3, letra D, de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones), como en lo referente al Derecho sectorial material aplicable en materia de acceso al bucle de abonado del operador dominante (la Disposición Transitoria Primera de la Ley 32/2003 antes citada; la Disposición Transitoria Primera del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre; el Reglamento que establece las condiciones para el acceso al bucle de abonado de la red pública telefónica fija de los operadores dominantes, aprobado por el Real Decreto 3456/2000, de 22 de diciembre; y el Reglamento CE/2887/2000, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, sobre el acceso desagregado al bucle local), así como en las disposiciones de la OBA de TESAU, en especial en las relativas a la obligación de atender las solicitudes razonables de acceso al bucle de abonado y en las penalizaciones por los retrasos injustificados que se produzcan.

En este sentido, como se reflejó adecuadamente en los Fundamentos de Derecho Quinto, Sexto y Séptimo de la Resolución de 2 de febrero de 2006, el hecho de tener en cuenta únicamente 320 de las 510 solicitudes de JAZZTEL y no la totalidad de las mismas no fue una decisión arbitraria de esta Comisión, sino que por el contrario estuvo fundamentada en los siguientes extremos:

- En la literalidad de la OBA, y en especial en la de su Anexo 1 “Acuerdos de Nivel de Servicio (ANS)”, se establece un listado cerrado de supuestos penalizables (en aras de la seguridad jurídica), entre los cuáles no se prevé expresamente la posibilidad de aplicar penalizaciones frente a cierto tipo de retrasos e incumplimientos en las fases anteriores a la ejecución de obra, tales como los eventuales retrasos de TESAU en la remisión de costes o en la elaboración del proyecto técnico de las obras de coubicación, como es el caso que alega JAZZTEL en la mayoría de las 190 solicitudes no tenidas en cuenta en la Resolución recurrida.
- En el hecho de que en el resto de solicitudes no se pudieron contrastar con datos fiables que las confirmasen, ya sea porque aún no habían entrado en ese momento en fase de ejecución de la obra, según indicaba la propia JAZZTEL, o porque no existía información disponible en el SGO, o en algún caso porque TESAU ya había entregado el servicio de coubicación. En este



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

sentido, en el recurso de reposición de JAZZTEL ésta se limita a reiterar la solicitud de que se tengan en cuenta todas sus solicitudes pero sin aportar ningún elemento probatorio adicional para cambiar el criterio empleado por esta Comisión en la resolución impugnada, por lo que no cabe sino ratificarlo.

- En la imposibilidad jurídica de invertir la carga de la prueba en un procedimiento a instancia de parte, en el cual con carácter general es la parte denunciante la que, ante la falta de una disposición normativa o contractual expresa que corrobore la pretensión genérica del denunciante, en este caso JAZZTEL, debe probar sus manifestaciones y alegaciones, y no la parte denunciada, en este caso TESAU, a riesgo de vulnerar sus derechos a la presunción de inocencia y a la defensa.

En definitiva, procede desestimar la primera de las cuestiones solicitadas por JAZZTEL en su recurso de reposición.

SEGUNDO.- Respecto a la fecha de referencia para calcular las penalizaciones por retrasos de la OBA.

El otro motivo de impugnación alegado por JAZZTEL es el referente a su desacuerdo con la consideración de la fecha de inicio de obra como hito determinante para iniciar el cómputo del retraso de TESAU y de las penalizaciones aplicables. Como se refleja en los Antecedentes de Hecho de esta resolución, la recurrente alega que en muchos casos no tuvo conocimiento de dicho hito ni por comunicación electrónica de TESAU ni por existir constancia en el SGO previsto en la OBA para gestionar las incidencias, lo que a su juicio suponía un incumplimiento por parte de TESAU de los plazos previstos en la OBA, y como tal penalizable de acuerdo a la misma.

JAZZTEL solicitaba en su recurso de reposición que en esos casos se aplicasen las penalizaciones desde el momento en que la recurrente aceptó los costes remitidos por TESAU, ya que la falta de comunicación supondría un incumplimiento por parte de TESAU de los plazos previstos en la OBA, y como tal penalizable de acuerdo a la misma

Sin embargo, hay que poner de manifiesto de nuevo la literalidad de la OBA, que establece un listado cerrado de supuestos penalizables y no prevé penalizaciones frente a cierto tipo de incumplimientos no imputables a la responsabilidad de TESAU, tales como los retrasos no culposos en la tramitación de permisos de obra ante los Ayuntamientos, retrasos en el suministro de equipos por parte de los suministradores, etc.; y tampoco para otros comportamientos como los ya referidos retrasos de TESAU en las fases anteriores a la ejecución de obra, tales como en la remisión de costes o en la elaboración del proyecto técnico de las obras de cubicación, aun siendo imputables a la conducta de TESAU.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por tanto, la realidad jurídica y contractual actual es que los hechos alegados por JAZZTEL en este sentido exceden a lo contractualmente previsto en la OBA vigente, por lo que tampoco procede la estimación de su segunda alegación.

TERCERO.- Respecto a la alegación de indefensión de JAZZTEL.

JAZZTEL estimaba en su recurso que la Resolución recurrida era arbitraria por limitar sus intereses legítimos al vulnerar lo dispuesto en los artículos 54.1, letra a), y 89.2, de la LRJPAC, que exigen motivación y congruencia de la Resoluciones administrativas, pero además alegaba que como consecuencia de dicha arbitrariedad se produciría una vulneración de los principios constitucionales de seguridad jurídica y del derecho a la defensa (establecidos en los artículos 9.3 y 24 de la Constitución Española, respectivamente), causándole indefensión. Todo ello sería de nuevo causa de nulidad.

Ante esta alegación de indefensión de JAZZTEL hay que reiterar una vez más los fundamentos jurídicos y jurisprudenciales expuestos en numerosas Resoluciones de esta Comisión¹, en el sentido de negar radicalmente la existencia de indefensión alguna:

- 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 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 de la Jurisprudencia para tramitación del procedimiento de resolución del conflicto de acceso planteado, y asimismo no se resolvió arbitrariamente sino conforme a Derecho.
- 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

¹ La última vez en la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 8 de junio de 2006, Expediente nº AJ 2005/1735 y acumulados.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 los recurrentes pudieron impugnar en vía contencioso-administrativa la Resolución recurrida desde que fue notificada la misma (hay que recordar que recurrir en reposición es potestativo, como establece el artículo 116.1 de la LRJPAC), y asimismo podrá hacerlo de nuevo desde que seña notificados de la presente Resolución.

En definitiva, que no cabe la alegación de arbitrariedad ni de indefensión derivada de la misma, por haberse respetado en todo momento la legalidad vigente, tanto a nivel procedimental como en la aplicación del Derecho sectorial, y en especial por haberse garantizado el derecho a efectuar alegaciones de la recurrente, así como por no haber lugar a la invocación del derecho a la tutela judicial en el marco de un procedimiento administrativo no sancionador.

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

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar íntegramente el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad JAZZ TELECOM, S.A.U. el Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 2 de febrero de 2006, por la que se resolvió el conflicto de acceso suscitado entre la recurrente y la entidad TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. en relación con el cumplimiento de plazos del servicio de colocación de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado, por estar el mismo plenamente ajustado 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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