

RESOLUCIÓN (Expediente 620/2006, JAZZTEL/TELEFÓNICA)

CONSEJO

Sras./Sres.

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Fernando Torremocha García-Sáenz, Consejero
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero
D. Miguel Cuerdo Mir, Consejero
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Consejera
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. M^a. Jesús González López, Consejera

En Madrid, a 22 de octubre de 2007

EL CONSEJO de la Comisión Nacional de la Competencia ha dictado RESOLUCION en el Expediente 620/2006 (2651/2005 del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado por el Servicio de Defensa de la Competencia en virtud de la denuncia presentada por JAZZ TELECOM S.A., contra TELEFONICA DE ESPAÑA SAU (TESAU) de la que ha sido Ponente el Consejero Don Fernando Torremocha y García-Sáenz, por supuestas prácticas prohibidas por la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia “consistentes en un abuso de posición de dominio en el mercado mayorista de servicios de acceso a Internet de banda ancha, derivado del incumplimiento de las obligaciones impuestas a TESAU por su condición de operador dominante. En particular, se denuncia el continuo retraso en la entrega de servicios necesarios para la desagregación del bucle de abonado (principalmente coubicación, tendido de cable interno, entrega de señal y prolongación del par) cuyos plazos y condiciones de entrega están regulados por la Oferta de Acceso al Bucle del Abonado (OBA)”.

ANTECEDENTES DE HECHO

I.- ANTE EL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

PRIMERO.- La Entidad Mercantil JAZZ TELECOM S.A., en escrito fechado el día 11 de Noviembre del 2005, que tuvo su entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia ese mismo día y fue registrado con el número 2728, denuncia a Telefónica de España SAU (TESAU) por supuestas prácticas prohibidas que describe a lo largo de 102 folios, al que acompañan 82 documentos (Folios 1 al 1495).

El Servicio de Defensa de la Competencia en Providencia de 1 de Diciembre del 2005 “de conformidad con lo establecido en el Artículo 36 apartados 1 y 4 de la LDC acuerda admitir a trámite la denuncia e incoar expediente sancionador por prácticas prohibidas en el Artículo 6, que quedará registrado con el número 2651/05”.

La misma fue notificada a las partes interesadas, dándose traslado del escrito de denuncia a los imputados. Y de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 35a de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se le comunica la posibilidad de tomar vista del expediente, así como aportar, si lo desea, los documentos y proponer las pruebas que siendo pertinentes y admisibles considere adecuadas para la mejor defensa de sus intereses, en el plazo de quince días (Folios 1496 y siguientes).

Telefónica de España SAU (TESAU) en escrito fechado el día 19 de Diciembre del 2005, que tuvo su entrada el siguiente día 21 de Diciembre y registrado con el número 3166 (Folio 1519) solicita del Servicio de Defensa de la Competencia una ampliación del plazo concedido, con amparo en lo dispuesto en el Artículo 49 de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Petición a la que se accede mediante Providencia de 22 de Diciembre del 2005 (Folio 1520).

SEGUNDO.- TELEFONICA DE ESPAÑA SAU (TESAU) en escrito fechado el día 30 de Diciembre del 2005, que tuvo su entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia el día 4 de Enero y registrado con el número 26 (Folios 1527 al 2303) desarrolla una serie de alegaciones, al que acompañan diez documentos.

TERCERO.- El día 31 de Enero del 2006, el Servicio de Defensa de la Competencia acuerda mediante Providencia “oficiar a Jazz Telecom S.A., solicitándole la siguiente información (Folios 2332 y 2333):

1. En relación con los servicios OBA solicitados a TESAU especifique cómo se realizan las solicitudes de los diferentes servicios, en particular si se solicita cada servicio para cada central de forma individual o si se agrupan de alguna manera ya sea en una petición de todos los servicios para cada central o en una petición de un servicio concreto para todas las centrales en las que se desee contar con dicho servicio.

2. Para cada central telefónica, especifique desde el uno de enero de 2004 qué servicios regulados por la OBA se han solicitado a TESAU y en qué fecha, si han sido o no facilitados, en caso de retrasos en la entrega especifique el número de días de retraso. En este último caso explique la justificación dada por Telefónica ya sea directamente a Jazztel o a la CMT en el marco de un conflicto de acceso. En caso de que Jazztel considere que la causa del retraso es diferente a la dada por TESAU especifíquelo. Para facilitar toda esta información elabore una tabla basándose en el siguiente modelo: [...].

3. En cuanto a los servicios no regulados inicialmente por la OBA para los que Jazztel interpuso conflicto de acceso ante la CMT con el fin de que se estableciera un procedimiento para su entrega (plazos, penalizaciones, etc), elabore un cuadro similar al anterior especificando, para los casos para los que la CMT haya resuelto, los retrasos con respecto a lo establecido por el regulador sectorial, y para los casos en que no exista un plazo legalmente establecido el tiempo que se ha tardado en prestar el servicio.

4. Explique el procedimiento previsto para aquellos casos en que varios operadores soliciten instalar sus equipos en una central de TESAU, en particular cómo se reparte el espacio o si existe prioridad para algún operador. Para el caso particular de las centrales afectadas por la reserva del 25% del espacio para TESAU que señala en la denuncia, explique cómo establece la normativa que se realice el reparto de dicho espacio. Facilite el listado de centrales afectadas por esta situación.

5. Aporte copia del Plan de Negocio de Jazztel desde el año 2004 así como los estudios de mercado o de cualquier otro tipo sobre los cuales se sustentan las previsiones en las que se basa dicho plan de negocio.

6. Explique el proceso que sigue Jazztel a la hora de solicitar la desagregación de un bucle de abonado, en particular si la compañía solicita la desagregación del bucle una vez que ha captado al cliente o si por el contrario solicita los servicios OBA antes de contar con clientes.

7. Especifique las trabas con las que puede encontrarse Jazztel a la hora de conseguir la desagregación de un bucle de abonado completa o parcial, tanto cuando se trata de un cliente al que TESAU estaba prestando el servicio minorista de banda ancha como si se

trata de un cliente que no tiene contratado con ninguna compañía el servicio de acceso a Internet de banda ancha.

8. Indique, con los medios actualmente instalados con que cuenta Jazztel, el número total de líneas que la compañía está en situación de ofrecer a los usuarios finales y de ellas qué porcentaje tiene cubiertas con usuarios. Es decir con cuántos clientes cuenta sobre el total de sus clientes potenciales a día de hoy.

9. Indique si Jazztel en algún momento ha facilitado previsiones sobre su despliegue o apertura de centrales a TESAU o a la CMT. Acredite su respuesta.

10. Facilite la evolución de altas, bajas y por tanto altas netas mensuales en el servicio de banda ancha de Jazztel desde el 1 de enero de 2004, tanto en acceso indirecto como en acceso desagregado al bucle total o parcial. Especifique asimismo el número de sus clientes que han migrado de acceso indirecto a desagregación del bucle.”

CUARTO.- JAZZ TELECOM S.A., en escrito dirigido al Servicio de Defensa de la Competencia, fechado el día 22 de Febrero del 2006, que tuvo su entrada ese mismo día y registrado con el número 608 (Folios 2374 y siguientes) acompaña una serie de Acuerdos adoptados por la Comisión Nacional del Mercado de las Telecomunicaciones.

La misma entidad mercantil, en escrito fechado el día 25 de Febrero del 2006, que tuvo su entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia el siguiente día 28 de Febrero y fue registrado con el número 658, procede a dar contestación al requerimiento que se le hiciera mediante providencia de 31 de Enero (Folios 2444 y siguientes).

QUINTO.- TELEFONICA DE ESPAÑA SAU (TESAU) en escrito fechado el día 17 de Abril del 2006, que tuvo su entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia ese mismo día y fuera registrado con el número 1182 (Folios 2552 y siguientes) establece una serie de alegaciones.

Escrito que propició la Providencia de 24 de Abril del 2006 (Folios 2557 y 2558).

TELEFONICA DE ESPAÑA SAU (TESAU) en escrito fechado el día 5 de Mayo del 2006, que tuvo su entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia el siguiente día 8 de Mayo y fuera registrado con el número

1360 (Folios 2566 y siguientes) hace una serie de alegaciones, con aporte documental.

SEXTO.- El día 17 de Mayo del 2006, el Servicio de Defensa de la Competencia dicta una Providencia (Folio 2767) en la que acuerda “a la vista de la información que obra en el expediente” la ampliación de la incoación por prácticas prohibidas por el Artículo 82 del Tratado de la Unión Europea.

SEPTIMO.- El Servicio de Defensa de la Competencia, con fecha 17 de Julio del 2006, dicta Providencia de concreción de hechos (Folios 2796), cuyo Pliego es notificado a las partes.

TELEFONICA DE ESPAÑA SAU (TESAU) en escrito fechado el día 1 de Agosto del 2006, que tuvo su entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia el día 3 de Agosto y fue registrado con el número 2166 (Folios 2873 y siguientes) desarrolla una serie de alegaciones

OCTAVO.- JAZZ TELECOM S.A., en escrito fechado el día 8 de Agosto del 2006, que tuvo su entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia ese mismo día y fue registrado con el número 2208 (Folios 2884 y siguientes) y en cumplimiento del plazo concedido para formular alegaciones, establece las que entiende proceden, tras coincidir plenamente con la apreciación de los hechos efectuados en el Pliego de Concreción de Hechos.

NOVENO.- TELEFONICA DE ESPAÑA SAU (TESAU) en escrito fechado el día 22 de Agosto del 2006, que tuvo su entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia el día 28 de Agosto y fuera registrado con el número 2289 (Folios 2902 y siguientes) establece una serie de alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos, con aporte de TRECE ANEXOS.

DECIMO.- El Servicio de Defensa de la Competencia, el día 31 de Octubre del 2006, dicta Informe Propuesta, que eleva al Tribunal de Defensa de la Competencia, en el que propone “teniendo en cuenta las valoraciones contenidas en el mismo, se declare que el conjunto de los retrasos injustificados y reiterados en la prestación de los servicios OBA demandados por JAZZTEL a TESAU y que responden a una estrategia dilatoria por parte de TESAU con objeto de retrasar las posibilidades de Jazztel de competir en el mercado minorista de servicios de acceso a Internet de BA, constituyen una conducta prohibida por el Artículo 6 LDC y 82 del TUE, de la que se considera responsable a TESAU” (Folios 6429 y siguientes).

II.- ANTE EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

PRIMERO.- El Tribunal de Defensa de la Competencia mediante Providencia de 17 de Noviembre del 2006, acordó la admisión a trámite del recurso interpuesto por la representación procesal de TELEFONICA DE ESPAÑA SAU (TESAU) contra lo resuelto por el Servicio de Defensa de la Competencia ; tramitarlo con el número 620/06, nombrar Ponente; y de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 39 de la Ley de Defensa de la Competencia poner el expediente de manifiesto a los interesados para que en el plazo de 15 días que establece el Artículo 40.1 de dicha Ley puedan solicitar celebración de Vista y proponer las pruebas que estimen necesarias.

JAZZ TELECOM S.A. (JAZZTEL) en escrito fechado el día 11 de Diciembre del 2006, que tuvo su entrada ese mismo día en el Tribunal y fuera registrado con el número 2569 propone una serie de pruebas a practicar. No propone la celebración de Vista e interesa de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 41 de la Ley 16/1989 se le conceda plazo para formular escrito de conclusiones.

TELEFONICA DE ESPAÑA SAU (TESAU) en escrito fechado el día 20 de Diciembre del 2006, que tuvo su entrada el siguiente día 22 y fue registrado con el número 2665 (Folios 27 y siguientes) propone una serie de pruebas y la celebración de Vista.

SEGUNDO.- El Tribunal de Defensa de la Competencia en Auto de 29 de Enero del 2007 dispuso la práctica de alguna de las pruebas propuestas por las partes y fijar fecha para la celebración de las pruebas testificales admitidas, así como acceder a la celebración de Vista, que tendrá lugar una vez cumplidos y practicados la totalidad de los medios de prueba admitidos.

El Tribunal el día 1 de Febrero del 2007 procedió a dictar una Providencia de Aclaración.

TERCERO.- El día 7 de Febrero del 2007 se practicó la prueba testifical, con asistencia de las partes, del tenor que obra en el expediente (Folios 237 y siguientes).

CUARTO.- El día 13 de Febrero del 2007, en la sede del Tribunal, con asistencia de las partes interesadas, se procedió a insacular el perito para la práctica de la prueba pericial propuesta por Telefónica de España SAU (Folio 286).

Que tuvo su continuación el siguiente día 27 de Febrero con la aceptación del Perito D. S. J. C. (Folio 287).

Informe que tuvo su entrada en este Tribunal el día 3 de Abril del 2007 (Folios 290 y siguientes).

QUINTO.- El día 29 de Marzo del 2007, la representación procesal de JAZZ TELECOM S.A., (JAZZTEL) presentó un escrito que fue registrado con el número 700, que en lo sustantivo manifiesta *“que no concurriendo en la actualidad las circunstancias de hecho y de derecho que hubieran podido motivar la presentación de la Denuncia y otras actuaciones de mi representada en el expediente nº 620/06, JAZZTEL solicita que para el futuro no se le tenga como parte interesada en el mismo”*.

SEXTO.- Este Tribunal el día 10 de Abril del 2007 dictó una Providencia para valoración de las pruebas practicadas, por plazo de diez días ex Artículo 40.3 de la Ley de Defensa de la Competencia (Folio 338).

Plazo que es prorrogado por otros cinco días, en Providencia de 23 de Abril del 2007 (Folio 348).

JAZZ TELECOM S.A. (JAZZTEL) no presenta escrito de valoración de las pruebas practicadas, dejando precluir su derecho a hacerlo.

TELEFONICA DE ESPAÑA SAU (TESAU) en escrito fechado el día 4 de Mayo del 2007, que tuvo su entrada ese mismo día en el Tribunal y fue registrado con el número 1011, hace una valoración de las pruebas practicadas.

SÉPTIMO.- El Tribunal de Defensa de la Competencia, el día 18 de Mayo del 2007 dicta Providencia de señalamiento de Vista, con notificación a todas las partes interesadas (Folio 420), incluso a la entidad mercantil denunciante, desistida.

El señor Secretario del Tribunal levanta Acta (Diligencia de constancia de celebración de vista) del tenor que obra en el expediente (Folios 444 y siguientes).

Resulta relevante a los efectos de la resolución del presente expediente, que JAZZ TELECOM estuvo presente en el acto de celebración de la vista, pero *no intervino ninguno de sus representantes, al haber renunciado a la condición de parte interesada*.

El día 3 de Julio del 2007, mediante escrito que tuvo su entrada en el Tribunal el siguiente día 4 de Julio y fuera registrado con el número 1481, el Servicio de Defensa de la Competencia *establece unas consideraciones*

(Folios 510, 511, 512 y 513) del que se dio traslado a Tesau para su conocimiento y alegaciones, mediante Providencia de 12 de Julio del 2007 (Folio 514) que propició el escrito de Tesau fechado el día 24 de Julio del 2007 (Folios 520 y siguientes).

OCTAVO.- El señor Secretario del Tribunal, con fecha 15 de Octubre del 2007, levanta Diligencia *para hacer constar que, los Folios 534 a 538, han sido incorporados al expediente citado al margen, en los que consta haber cumplido con la obligación prevista en el artículo 11.4 del Reglamento del Consejo nº 1/2003.*

NOVENO.- El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia deliberó y falló este asunto en las Sesiones celebradas los días 11 y 15 de octubre de 2007.

DÉCIMO.- Son partes interesadas en este expediente:

- Jazz Telecom S.A. (JAZZTEL)
- Telefónica de España S.A.U. (TESAU)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Entidad Mercantil JAZZ TELECOM S.A., (JAZZTEL), ante el Servicio de Defensa de la Competencia presenta escrito de denuncia contra la sociedad Telefónica de España SAU (TESAU) por supuestas prácticas prohibidas por la Ley 16/1989 de 7 de Julio, de Defensa de la Competencia, *consistentes en un abuso de posición de dominio en el mercado mayorista de servicios de acceso a Internet de banda ancha, derivado del incumplimiento de las obligaciones impuestas a TESAU por su condición de operador dominante. En particular, se denuncia el continuo retraso en la entrega de servicios necesarios para la desagregación del bucle de abonado (principalmente coubicación, tendido de cable interno, entrega de señal y prolongación del par), cuyos plazos y condiciones de entrega están regulados por la Oferta de Acceso al Bucle del Abonado (OBA).*

El Servicio de Defensa de la Competencia, tras la incoación del expediente sancionador y de su instrucción, el día 31 de Octubre del 2006, dicta un Informe en el que eleva Propuesta a este Tribunal de Defensa de la Competencia, proponiendo que “se declare que el conjunto de los retrasos injustificados y reiterados en la prestación de los servicios OBA demandados por Jazztel a Tesau y que responden a una estrategia dilatoria por parte de Tesau con objeto de retrasar las posibilidades de Jazztel de competir en el mercado minorista de servicios de acceso a Internet de Banda Ancha (BA),

constituyen una conducta prohibida por el Artículo 6 de la LDC y 82 del TUE de la que se considera responsable a Tesau”.

Estando el expediente en sede de este Tribunal, la entidad mercantil denunciante, en escrito fechado el día 29 de Marzo del 2007, manifiesta que *“no concurriendo en la actualidad las circunstancias de hecho y de derecho que hubieran podido motivar la presentación de la Denuncia y otras actuaciones de mi representada en el expediente nº 620/06, JAZZTEL solicita que para el futuro no se le tenga como parte interesada en el mismo”*.

La antedicha manifestación de Jazztel, así como la vertida por Tesau, al ser de previo y especial pronunciamiento deben ser examinadas antes de entrar a conocer sobre el *fondo* de la denuncia.

1º El contenido de lo manifestado por JAZZTEL en el citado escrito, no es sino un **desistimiento** expreso de su denuncia, que debe ser valorado a la luz de las normas de procedimiento. Así, la Ley 1/2000 de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil en el Título I, Capítulo IV que trata del “poder de disposición de las partes sobre el proceso y sobre sus pretensiones”, dispone en el Artículo 19.1 que *“los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, **excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero”***.

Al tratarse de actos procesales en la esfera del Derecho Privado, *justicia rogada*, las partes son soberanas de acudir a las vías que señala el citado Artículo 19 en su apartado primero, en aras a llegar a una transacción. Pero tal decisión no es plena y absoluta por cuanto el legislador con la finalidad de evitar la arbitrariedad, pone unas excepciones, tales como el interés general, el perjuicio de terceros y/o el fraude.

En otro orden de eficacia normativa, cual es el campo de la actividad administrativa que examina conductas incardinadas en la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, las mismas caen dentro de la esfera del Derecho Público en el que prima, por encima de los intereses particulares, un interés general, que no puede ser soslayado, ni burlado por acuerdos de los particulares. En concordancia con ello, la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su Artículo 90.1 dispone como principio general que *“todo interesado podrá desistir de su solicitud o renunciar a su derecho, cuando ello no esté prohibido por el Ordenamiento Jurídico”*. Aserto que viene matizado en el siguiente Artículo 91 apartado tercero al disponer que *“si la cuestión suscitada por la incoación del*

procedimiento entrañase interés general o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento, la Administración podrá limitar los efectos del desistimiento o la renuncia al interesado, y seguir el procedimiento”.

En consecuencia, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia con amparo en los preceptos legales, anteriormente citados, entiende la necesidad de seguir y resolver sobre el fondo, al afectar al interés general.

2º La entidad mercantil denunciada, TESAU, a lo largo de todo el expediente y de forma expresa en la totalidad de sus escritos de alegaciones, establece que en el presente expediente se dan los requisitos condicionantes del **“non bis in idem”**.

La doctrina jurisprudencial, emanada de las Salas Primera y Tercera del Tribunal Supremo, partiendo de la inicial de 20 de Febrero de 1992, establece que el principio académico del *non bis in idem*, aunque ciertamente no aparece consagrado constitucionalmente de manera expresa, ha de entenderse integrado en los principios de legalidad y seguridad jurídica del Artículo 9 de la Constitución Española, cuando “determina la prohibición que por Autoridades de un mismo orden jurisdiccional y a través de procedimientos distintos o alternativos, se sancione repetidamente una misma conducta”.

Ciertamente la inmodificabilidad de las Resoluciones y/o Sentencias, firmes o definitivas, tiene un amparo constitucional, específicamente en la norma del Artículo 24.1 y dogmáticamente se conecta con los principios anteriormente citados (legalidad y seguridad jurídica), pero también resulta de la normativa legal ordinaria y jurisprudencial ex Artículo 1252 del Código Civil, en concordancia con los Artículos 222 siguientes y concordantes de la Ley 1/2000 de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil, en orden a la *presunción de cosa juzgada*, al ser aplicado e interpretado por el Tribunal Supremo en cuanto que “*no es admisible que en un segundo o ulterior proceso se pueda desconocer o disminuir, de cualquier manera, el bien reconocido en la Resolución o Sentencia anterior y en el que concurre la cosa juzgada, si resultan una contradictio manifiesta entre lo que ya se resolvió y lo que de nuevo se pretende, si se accede a conocer de nuevo*”.

Porque dada la finalidad del proceso, que tiende a conseguir la seguridad jurídica, deviene obvio que cuando vaya a desembocarse en dos Resoluciones y/o Sentencias que pueden resultar opuestas y contradictorias entre sí ... puede y debe acudir al *Principio General del Derecho non bis in idem* ... puesto que para que surta efecto positivo lo juzgado, en pretensiones

que lo presupongan no tiene que ser articulada la específica y formal excepción, ya que las decisiones dictadas en los respectivos órdenes jurisdiccionales sientan una presunción de verdad que vincula al Juzgador, *aunque no concurran las condiciones de la **exceptio rei iudicata**.*

Es cierto, que la entidad mercantil denunciante y ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones realizó una serie de denuncias contra TESAU, por lo que si bien *prima facie* coinciden entidades y causa petendi de las denuncias, como no podía ser de otra manera, la citada Comisión Nacional del Mercado de las Telecomunicaciones abordó las mismas desde la esfera propia legal que conforma su competencia y que no es otra que el *marco regulatorio*. Por su parte, el Servicio de Defensa de la Competencia incoó expediente sancionador por entender que las conductas denunciadas se incardinaban en las prohibiciones propias de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, marco jurídico éste que por imperio de la Ley le viene vedado entrar a conocer a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. De ahí que las Resoluciones dictadas por dicha Comisión lo son de conformidad a sus atribuciones y, a los efectos de este expediente sancionador incoado e instruido por el Servicio de Defensa de la Competencia no tendrían otro valor que el documental y nunca probatorio de las conductas denunciadas, que lo deben ser por el Servicio de Defensa de la Competencia y a la luz de las normas propias de competencia.

La Ley 32/2003 de 23 de Noviembre, General de las Telecomunicaciones, atribuye a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, entre otras competencias, las de dictar instrucciones de carácter vinculante y controlar y sancionar, en su caso, el incumplimiento de las mismas.

A su vez, la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia atribuye al Servicio de Defensa de la Competencia la competencia para instruir expedientes por prácticas prohibidas por la misma y, en concreto, aquellos acuerdos restrictivos de la competencia (Artículo 1), por abuso (Artículo 6) y por competencia desleal (Artículo 7) declarando en su Artículo 51 bis (según redacción dada por la Ley 52/1999) que los órganos (Servicio y Tribunal) son los únicos competentes para la instrucción y resolución de los procedimientos que en ellas se regulan en materia de defensa de la competencia. De ahí que podamos concluir que la “apreciación de si se ha infringido o no lo dispuesto en la LDC corresponde en exclusiva a los órganos de defensa de la competencia, cuya actuación sólo está condicionada por la actuación de los órganos comunitarios ex Artículo 44 LDC o por un proceso penal”.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de Febrero del 2006 establece inequívocamente la distribución diferenciada de competencias.

En el presente Expediente, en sede de la competencia, deben quedar suficientemente *deslindados* los dos marcos o campos de eficacia normativa aplicables a las conductas denunciadas por Jazztel: *uno*, el que compete a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con amparo en la Ley 32/2003 de 23 de Noviembre; *otro*, el que viene amparado en la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, que confiere a este Consejo Nacional de la Competencia (y como legal sucesor del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia) el resolver la cuestión a él sometida y *desde la óptica de esta normativa*.

Por ello, debe desestimarse la alegación formulada por TESAU en orden a la aplicación del *principio non bis in idem* a este expediente sancionador.

SEGUNDO.- Sentado lo anterior, procede concretar:

1º en *un primer aserto*, que este Consejo Nacional de la Competencia no hubiera nunca valorado las Resoluciones de la Comisión Nacional de las Telecomunicaciones *sino fuera* porque el Servicio de Defensa de la Competencia las ha traído a este Expediente **como única prueba de cargo** para concluir su Informe Propuesta de sanción.

Un *segundo aserto* sería el de concretar “que si bien la conducta denunciada por Jazztel se constriñe *exclusivamente* al mercado mayorista de acceso desagregado al bucle local para la prestación de servicios de BA, los efectos de la misma deberán valorarse desde la óptica del mercado minorista de banda ancha (BA)”.

Mercado minorista de banda ancha que el propio Servicio de Defensa de la Competencia lo focaliza así en su instrucción, al decir que en orden a “*la desagregación del bucle de abonado permite a los operadores de telecomunicaciones ofrecer servicios de acceso a Internet de Banda Ancha diferenciados en términos de velocidad, capacidad de transmisión y calidad, de modo que puedan competir en el mercado minorista de banda ancha con el operador incumbente en variables diferentes al precio*”.

Y siguen diciendo (tanto la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, como por **mimetismo** el Servicio de Defensa de la Competencia) que “*dejando a un lado a los operadores de cable que cuentan con red propia y a los servicios de banda ancha a través de la red de telefónica tradicional tienen dos opciones fundamentales a la hora de*

configurar su oferta minorista: a) revender un producto mayorista, con lo que la competencia se centra en los precios; y b) competir con los servicios ofrecidos por los demás operadores a través de una diferenciación del servicio que se ofrece a los usuarios finales en términos de velocidad o calidad, ofreciendo por tanto un servicio propio: para ello sería necesario la desagregación del bucle de abonado”.

La oferta de servicios diferenciados basados en el acceso desagregado al bucle de abonado supone *inevitablemente* para Jazztel la necesidad de contratar los servicios afectados en la desagregación del bucle de abonado, instalando sus equipos en las centrales telefónicas. Estos servicios contemplados en la OBA son básicamente **la coubicación**, que conlleva accesoriamente el tendido de cable interno, la entrega de la señal y la prolongación del par.

La OBA describe el modelo de procedimientos administrativos entre los operadores (en este caso Jazztel y Tesau) que se deben seguir para la prestación de estos servicios. **El modelo se basa en una aplicación web de Tesau a la que cada operador accede con un código de usuarios y una contraseña previamente solicitada a Tesau.** *Se distinguen tres bloques de contenidos que serán accesibles a través de la página web de inicio de los procedimientos administrativos: solicitudes, páginas de información y gestión de incidencias.*

2º En términos generales, los servicios concatenados y necesarios que debe prestar Tesau para poder suministrar el servicio de acceso al bucle de abonado desagregado son:

- *coubicación* o habilitación de un espacio físico con características técnicas adecuadas para llevar a cabo la instalación de los equipos y repartidores. En definitiva consiste en la provisión de espacios con unas características mínimas, como *climatización, instalación eléctrica, iluminación, puerta de acceso, protección contra incendios, seguridad, etc.*

El espacio cedido tendrá características diferentes, según se trate de *coubicación* (esto es de la ubicación física en el propio edificio de Tesau) o se trate de *ubicación distante* (donde se asienta el edificio que aloja el repartidor de abonados). También puede el operador autorizado instalar sus equipos en inmuebles ajenos a Tesau, facilitando entonces ésta la ubicación distante mediante el *tendido de cable externo*.

Y accesoriamente,

- una vez en marcha la solicitud de coubicación, el operador solicita el servicio de *tendido de cable interno*, es decir, la conexión a través de grupos de 100 pares de cobre (cada par corresponde a un potencial futuro cliente) entre el repartidor de Tesau (RPCA) y el del operador (RdO). Por lo tanto, sin el servicio de coubicación *finalizado, no se puede disponer del servicio de tendido interno*.
- durante el transcurso de las obras para habilitar el espacio o sala de coubicación, el operador (en este caso Jazztel) solicita el servicio de *entrega de señal*, que le permite conectar los equipos que instala en el espacio de coubicación con su propia red. Este servicio no puede entregarse hasta que finalizan las obras de coubicación.
- finalmente, el último servicio OBA que se solicita por el operador a Tesau, para estar en disposición de prestar el servicio al cliente final es el de *prolongación del par* o desagregación efectiva del bucle asignado a un cliente concreto, en orden a permitir la prestación de servicios por parte del operador a dicho cliente final.

3º De conformidad con la disposición que desarrolla la OBA, los *motivos para denegar una solicitud podrán ser* que el emplazamiento/central no tenga espacio disponible para la ubicación, quedando la solicitud en lista de espera; causas de fuerza mayor u otras causas acordadas por Tesau y los operadores (pactos contractuales expresos ex Artículo 1255 Cc).

Los *plazos de entrega* de este servicio, tras el proceso inicial que finaliza con la realización de un proyecto definitivo, que es aceptado y confirmado por todos los operadores que deseen coubicarse son los siguientes:

- una vez confirmadas por los operadores las peticiones de ubicación en un emplazamiento mediante aceptación del proyecto específico detallado para SdT, la habilitación del recinto correspondiente debe estar disponible antes de **quinze días a partir de la fecha en que todos los operadores hayan reconfirmado**.
- para la ejecución de las obras de habilitación del SdO para coubicación en edificios de Tesau y obras necesarias en parcelas, se han determinado siete territorios geográficos, de forma que el cupo de acondicionamiento de salas de operador y obras necesarias en parcelas por cada territorio se establece en *75 ejecuciones de obras de forma simultánea*, con excepción del territorio de Canarias en el que el cupo es de 30. Una vez reconfirmadas por los operadores las peticiones de ubicación en un emplazamiento mediante la

aceptación del proyecto específico detallado, comenzará el proceso para habilitar la correspondiente sala de operadores.

- cuando el emplazamiento pertenezca a un territorio donde el número de obras simultáneas para acondicionar salas de operador y obras en parcelas sea inferior al cupo, la obra comenzará inmediatamente y la sala u obra en parcela deberá estar habilitada para la ubicación de los equipos de los operadores en el **plazo máximo de 45 días**.
- en caso de que el número de obras simultáneas sea igual o superior al cupo, la obra se pondrá en lista de espera para ese territorio hasta que pueda comenzarse su ejecución, que no deberá **superar los 45 días**.
- Tesau notificará por carta y mediante correo electrónico a los operadores adjudicados cualquier incidencia que pueda suponer una demora no computable dentro del plazo de ejecución de 45 días. Asimismo, una vez terminada una obra de habilitación se comunicará al día siguiente a todos los operadores afectados.

TERCERO.- La entidad mercantil denunciante, JAZZTEL, en escrito fechado el día 25 de Febrero del 2006 (Folios 2444 y siguientes) a requerimiento del Servicio de Defensa de la Competencia en Providencia 31 de Enero del 2006, en lo que este Consejo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia **entiende como ampliación del escrito de denuncia**, procede a contestar los diez puntos concretados en dicha resolución interlocutoria. Y ello del siguiente tenor:

1º reconoce expresamente que **“la coubicación** como algunos otros servicios, han sido de reciente introducción en el Sistema General de Operadores (SGO) que ha empezado a ser susceptible de ser solicitado vía Web **desde Febrero del 2005**.

Lo que a juicio de este Consejo ROMPE EL PRINCIPIO DE GENERALIDAD.

En todo caso, la operatividad obliga a los operadores a hacer llegar sus solicitudes a TESAU *“de manera individualizada y para cada una de las centrales requeridas, con la finalidad de ser transparentes y no discriminatorias”*, para ser tramitadas conforme al Procedimiento de Provisión de Servicios, regulado al efecto en la oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA).

Introduciendo el pertinente número de referencia o número administrativo, los operadores acceden a cada una de sus solicitudes

pudiendo cancelarlas, modificarlas, conocer su estado de ejecución y recabar una respuesta de TESAU.

*Conforme a norma legal TESAU puede denegar las solicitudes que le realizan los operadores, por determinadas causas tasadas recogidas en la OBA o **expresamente** acordadas por TESAU y cada uno de los operadores individualmente, lo que se adecua al principio de libre contratación ex Artículo 1255 del Código Civil.*

En este segundo orden alternativo de tramitación de las solicitudes, autorizado por norma legal expresa, *es relevante el aserto que hace JAZZTEL al reconocer que no tiene acuerdo alguno con Tesau.*

Finalmente lo dispuesto por OBA (solicitud de los distintos servicios a través del SGO), como obligatorio, *es de imposible cumplimiento y aun hoy algunos de los servicios se tienen que seguir solicitando vía correo electrónico por carecer de plasmación práctica en la mencionada aplicación informática* (tales como el servicio de entrega de señal, servicio de unión entre salas o bien del servicio de ubicación distante).

2º lo manifestado por la requerida JAZZTEL, dando contestación al requerimiento del Servicio de Defensa de la Competencia (en este segundo apartado) no dudamos en calificarlo como inveraz.

Y decimos esto a modo de ejemplo, cuando literalmente dice (Folio 2447 in fine y siguiente Folio 2448) que *“con carácter previo al desarrollo detallado de cada uno de los citados aspectos, debe señalarse que, si bien existe en la tabla un campo denominado Causa dada por Tesau a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, tal y como indicaba el Servicio de Defensa de la Competencia, **no es posible completarlo debido a que Jazztel no tiene esa información a su alcance. Entendemos que de existir la citada información la habría hecho llegar TESAU directamente a la CMT ... aun cuando se carece por parte de JAZZTEL de información acerca de este punto, interesa destacar que la CMT ha declarado, en una de sus recientes Resoluciones** (al pie de página, Resolución 2 Febrero 2006 sobre el conflicto de acceso, en relación con el cumplimiento de plazos del servicio de ubicación de la OBA) que TESAU no ha puesto de manifiesto circunstancias que justifiquen los retrasos citados, por lo que debe concluirse que constituyen un incumplimiento injustificado de los plazos contemplados en la OBA”.*

Y decimos que la requerida JAZZTEL actúa de forma interesada, en tanto que *a capricho* escanea el total del párrafo de la presunta Resolución dictada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y que dice

literalmente: “de todos modos, los eventuales (que no reales) incumplimientos de plazos en las fases anteriores a la ejecución de obras **no estarían sujetos a penalización** al efecto de la OBA. Cuestión distinta es que precisamente los indicios (que no pruebas) de incumplimientos apoyan la introducción de dichas penalizaciones que **podrían plantearse en el procedimiento de revisión de la OBA, que actualmente está siendo tramitada en esta Comisión**”.

Dicho aserto tiene su continuidad en páginas siguientes de la misma presunta Resolución, en que se reitera lo anterior al establecer literalmente que “*dichos retrasos injustificados en la remisión de la estimación de costes o la elaboración del proyecto técnico suponen un incumplimiento de las condiciones de la OBA, pero no se han previsto en la oferta penalizaciones para este tipo de incumplimientos. En cualquier caso, los incumplimientos puestos de manifiesto por JAZZTEL llevan a concluir que PODRIA ser conveniente INCLUIR penalizaciones al efecto en la revisión de la OBA actualmente en tramitación, con el fin de FAVORECER LA APLICACIÓN DE PLAZOS RAZONABLES en estos supuestos*”.

La omisión y mutilación de los párrafos por JAZZTEL encierra una intención en clara vulneración de lo dispuesto en el Artículo 1228 del Código Civil, en relación con lo dispuesto en el Artículo 7 del propio Texto Legal.

3º en contestación al punto tercero, Jazztel se limita a hacer una serie de elucubraciones transcriptivas del contenido de la norma OBA, sin ninguna relevancia para este expediente.

4º en contestación a este concreto punto, JAZZTEL pasa de puntillas sobre uno de los *quid* de la cuestión a examinar, que no es otro que el de ubicaciones. Y así desconoce a capricho que las ubicaciones pueden ser o *simples y/o distantes* en edificios propios de TESAU, pero también y lo que es de relevancia **los operadores autorizados pueden instalar sus equipos en inmuebles ajenos a los de Tesau, facilitando entonces ésta solamente el tendido de cable externo.**

Tal pedimento excede las prácticas de negocio, así como lo querido por las normas OBA. Y así lo entiende la propia denunciante, cuando manifiesta (Folio 2462) que “*a través del citado sistema de compartición de infraestructuras (cuando las mismas existen) son los propios operadores los que llegan a acuerdos entre ellos, sin necesidad de contar con autorización previa por parte de Tesau, para la compartición de cualesquiera recursos de ubicación, debiendo Tesau ofrecer todas las facilidades necesarias para que dicha compartición pueda llevarse a cabo, dentro del principio general de*

compartición de recursos entre operadores autorizados para el acceso al bucle de abonado”.

Y añade la denunciante Jazztel que *“en este punto es fundamental hacer constar que JAZZTEL en ningún momento ha recibido petición alguna por parte de un operador autorizado para compartir recursos de ubicación, situación que se habría producido en el caso de que alguno de los operadores autorizados realmente careciera de la posibilidad de conseguir espacio físico donde ubicar sus equipos”.*

5º la contestación a este quinto punto al haber sido solicitado por JAZZTEL su confidencialidad, al tratarse de su Plan de Negocios, no es de general conocimiento. Confidencialidad que es acordada por el Servicio de Defensa de la Competencia en Providencia 24 de Abril (Folio 2557).

Tal acontecer es difícilmente asumible por este Consejo, por cuanto el objeto de la denuncia de Jazztel viene determinado por la afectación que los retrasos de Tesau en facilitarle los servicios OBA tendrían en sus planes de negocios.

En todo caso, los mismos vienen contestados en los asertos que Jazztel hace en el punto noveno. *“Conviene poner en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia que el nivel de detalle de dichas **PREVISIONES** de las solicitudes de servicios mayoristas representa para Jazztel (al igual que para cualquier otro operador alternativo) habida cuenta de la condición de Competidor Directo que Tesau y/o empresas de su grupo ostentan en el mercado minorista de banda ancha. En efecto, un excesivo detalle (principalmente geográfico) del despliegue que se propone llevar a cabo un operador alternativo a Tesau, pondría a éste en una clara situación injustificada de ventaja competitiva respecto a sus competidores directos en el mercado minorista, pudiendo adelantarse a los mismos en sus estrategias comerciales de captación de clientes en determinadas zonas geográficas”.*

Tal manifestación es diametralmente opuesta y contraria a lo dicho por Jazztel, dando contestación al punto octavo (Folio 2471) *“no parece lógico por ello exigir a un operador alternativo que vaya solicitando a TESAU los distintos servicios concatenados OBA necesarios para la desagregación del bucle para tener las centrales operativas EN EL MOMENTO EN QUE CONSIGA EL CLIENTE puesto que, en este caso, de los 12 días hábiles establecidos como plazo para prolongar el par, se pasaría a meses de espera hasta que TESAU proveyera de todos los servicios mencionados. NO SE PUEDE DAR LUGAR A LA SATURACION DE LOS EQUIPOS, SINO QUE ES PRIMORDIAL ADELANTAR LA INFRAESTRUCTURA NECESARIA*

(haciendo operativos el mayor número de centrales posible) SEGÚN LA PREVISION DE VENTAS DE CADA OPERADOR.”

CUARTO.- La Ley 30/2003 de 3 de Noviembre, General de las Telecomunicaciones, dispone en su Artículo 48.2 que *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto, entre otras cuestiones, el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de las telecomunicaciones y la resolución de los conflictos entre operadores”*. En su Artículo 11.4 establece que *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las operaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación al acceso, la interconexión y la interoperatividad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el Artículo 3”, “en orden a fomentar la competencia efectiva de los mercados de las telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y en el suministro de los recursos asociados a ellos”*.

La entidad mercantil denunciante, JAZZTEL, en escrito fechado el día 22 de Febrero del 2006 (Folios 2374 y siguientes), que tuvo su entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia ese mismo día y registrado con el número 608 *acompaña tres resoluciones de la CMT*. Documentos que nuevamente aporta con posterioridad y acompañando a su escrito fechado el día 6 de Marzo del 2006 (Folios 2483 y siguientes).

Dichas resoluciones traerían causa de los varios escritos de denuncia presentados por JAZZTEL. Denuncia que se contrae a supuestos hechos acaecidos desde 1 de Marzo del 2004 *“por supuestos incumplimientos de plazos del servicio de coubicación del servicio de entrega de señal de la oferta de acceso al bucle de abonado (OBA)”*.

Al respecto tiene una especial relevancia: a) que la Disposición Transitoria Primera de la Ley 32/2003 de 3 de Noviembre, General de Telecomunicaciones y la Disposición Transitoria Primera del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobados por Real Decreto 2296/2004 de 10 de Diciembre, disponen que, en los mercados de referencia actualmente existentes, los operadores dominantes en dichos mercados y las obligaciones que tienen impuestas dichos operadores continuarán en vigor *hasta que se fijen los nuevos mercados de referencia, la empresas con poder significativo en dichos mercados y sus obligaciones*; y b) el denominado Sistema de Gestión de Operadores (SGO) ha introducido, recientemente, algunos servicios,

como el servicio de coubicación que ha empezado a ser susceptible de ser solicitado vía Web desde Febrero del 2005. Con posterioridad al encausamiento de los hechos (año 2004).

QUINTO.- Procede ahora, toda vez que las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones traídas a este expediente por la entidad mercantil denunciante Jazztel y tenidas por el Servicio de Defensa de la Competencia como única prueba, *sin ulterior valoración y a la luz de las normas propias de la competencia*, entrar a conocer lo en ellas dicho, aunque lo fuera dentro del campo propio de dicha Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Y ello por el solo hecho que el Servicio de Defensa de la Competencia las ha tenido como única y plena prueba para concretar su informe propuesta.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones *manifiesta*:

1º Que *hasta que se fijen los nuevos mercados de referencia, las empresas con poder significativo en dichos mercados y sus obligaciones*, los operadores en los mercados de referencia actualmente existentes se adecuarán a lo dispuesto, tanto en la Disposición Transitoria Primera de la Ley 32/2003 de 3 de Noviembre, General de Telecomunicaciones, así como por la Disposición Transitoria Primera del reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por Real Decreto 2296/2004 de 10 de Diciembre.

Y así dice literalmente la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que *“mantienen plena vigencia las obligaciones de TESAU derivadas del ya derogado Reglamento* que establece las condiciones para el acceso al bucle de abonado de la red pública telefónica fija de los operadores dominantes, Reglamento aprobado por el Real Decreto 3456/2000 de 22 de Diciembre. Igualmente sigue en vigor el Reglamento (CE) 2887/2000 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de Diciembre, sobre el acceso al bucle local.

2º Así se dice por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que *“JAZZTEL aporta inicialmente una relación de 810 solicitudes (que afectan a 569 centrales) presentadas desde el 1 de Marzo del 2004, de las cuales 500 han sido ya finalizadas (correspondientes a 495 centrales), si bien 305 de ellas fueron entregadas fuera de plazo **SEGÚN LO SEÑALADO POR JAZZTEL.***

Es decir, la Comisión asume lo manifestado por la parte interesada, **PERO NO LO INVESTIGA.**

3º En momento posterior, tras asumir sin probanza “los incumplimientos denunciados por Jazztel” manifiesta que “*podrían haberse contrastado, de haber estado disponible.* LO QUE EQUIVALE A RECONOCER LA INEXISTENCIA DE PROBANZA ALGUNA.

Seguidamente hace el siguiente aserto: *de todos modos, los eventuales (que no reales) incumplimientos de plazos en las fases anteriores a la ejecución de obras **no estarían sujetos a penalización** al efecto de la OBA. Cuestión distinta es que precisamente los indicios (que no pruebas) de incumplimientos apoyan la introducción de dichas penalizaciones, que **podrían plantearse en el procedimiento de revisión de la OBA que actualmente está siendo tramitada en esta Comisión.***

Y en páginas siguientes, reiterando lo anterior, se dice literalmente que “*dichos retrasos injustificados en la remisión de la estimación de costes o la elaboración del proyecto técnico suponen un incumplimiento de las condiciones de la OBA, pero no se han previsto en la oferta penalizaciones para este tipo de incumplimientos. En cualquier caso, los incumplimientos puestos de manifiesto por Jazztel llevan a concluir que PODRIA ser conveniente incluir penalizaciones al efecto en la revisión de la OBA, actualmente en tramitación, con el fin de FAVORECER LA APLICACIÓN DE PLAZOS RAZONABLES en estos supuestos*”.

Y se añade que “*el informe sometido a audiencia ya mencionó que existían llamativas discrepancias sobre la situación de las solicitudes objeto del conflicto. Se partía de que asumiendo la buena fe tanto de Jazztel como de Tesau, resultaba incomprensible la causa de tales discrepancias, pues se trata de datos que deberían estar reflejados en la herramienta Web definida en la OBA (SGO)*” ... *Jazztel considera imposible contrastar dicha información POR NO CONSTAR EL CODIGO UNICO DE SOLICITUD.*”

4º Sin embargo existen solicitudes adicionales que no han entrado todavía en la fase de ejecución de la obra, según indica Jazztel.

En todo caso no se enumeran diferenciadamente, ni se acreditan el por qué, sino que simplemente se hace una manifestación de parte. Y ello con olvido interesado del precepto del Código Civil de “incumbir la prueba al que dice y no al que niega” y ello dentro de los principios de legalidad y seguridad jurídica a los que deben someterse las Administraciones Públicas, so pena de interdicción ex Artículo 9 de la Constitución Española.

Ítem más, los asertos que conforman el fondo de las Resoluciones dictadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, ciertamente “gozan de un carácter de generalidad, que no vienen sustentadas por cuantos

elementos probatorios son necesarios y sólo se mantienen por simples manifestaciones de la parte denunciante, como pondremos de manifiesto en el siguiente apartado”.

SEXTO.- En diversos países de nuestro entorno, las autoridades de competencia han analizado y sancionado ciertas prácticas del incumbente, tendentes a dificultar la entrada de nuevos operadores en el mercado del ADSL. A modo de ejemplo, valgan las Resoluciones del Conseil de la Concurrence de Francia imponiendo a France Telecom una multa de Euros 45 millones, así como la decisión de la Comisión Europea de 4 de Julio del 2007 en la que sanciona a Telefónica de España SAU por determinadas prácticas de pinzamiento de precios encaminadas a impedir o, al menos, dificultar el asentamiento de France Telecom en ese mercado.

No parece desencaminado presumir determinadas reacciones de los antiguos monopolios en tratar de evitar que, como resultado de la liberalización, nuevos operadores traten de acceder a dichos mercados, con la posibilidad de copar cuotas en ellos. Reacción hasta cierto punto lógica, pero que si traspasara ciertos límites entraría a ser examinada y finalmente sancionada por anticompetitiva.

Ahora bien, a la hora de analizar y enjuiciar tales conductas deben señalarse algunas observaciones de orden genérico. En primer lugar, entendemos que habría sido conveniente el tratamiento global de las conductas de cada uno de los incumbentes, en su caso y en cada uno de los mercados y no la simple consideración aislada de conductas, singulares y parciales. Así en el caso de Telefónica de España SAU se observa como la Comisión Europea ha enjuiciado una conducta concreta consistente en el pinzamiento de precios con el que se habría dificultado la entrada de otro operador, mientras que las autoridades españolas nos encontramos analizando un posible retraso en el acceso al servicio necesario para la desagregación del bucle de abonado. Merece ser destacado cómo la propia Comisión Europea en su Decisión (Apartado 590) puntualiza las dificultades que pudo tener Jazztel como consecuencia de la conducta de Telefónica sin que, sorprendentemente, saque consecuencia alguna de tales consideraciones y por todo ello cabría preguntarse si no habría sido más adecuado y operativo realizar una consideración conjunta de todas las manifestaciones de tales presuntas conductas en este mercado, ya que sólo así se podría haber dispuesto de un panorama global de la misma. Ello no se hizo así y ahora nos encontramos con la dificultad de tener que analizar una conducta aislada, con todas las limitaciones que ello comporta.

En segundo lugar, a las dificultades de analizar en este expediente una actuación que podría ser considerada únicamente como un aspecto de una

conducta global, se unen las propias limitaciones con las que, necesariamente, ha de moverse este Consejo Nacional de la Competencia cuando ha de aplicar el Derecho Administrativo en su versión sancionadora. La Jurisprudencia Constitucional ha extremado las garantías que deben ser exigidas al sancionar una conducta y, entre ellas, la propia de la presunción de inocencia, al exigir siempre y en todo la concurrencia de unos hechos suficientemente probados para sancionar.

Por ello, en este expediente sancionador que el Servicio de Defensa de la Competencia nos eleva una propuesta de sanción, debemos preguntarnos no sólo si los retrasos están probados, sino también y necesariamente cómo los mismos pudieron haber dificultado la entrada de Jazztel y los tales retrasos formaban parte de una estrategia anticompeticitiva de Telefónica de España SAU encaminada a dificultar tal entrada.

Y de lo actuado por el Servicio de Defensa de la Competencia no parece posible llegar a tal conclusión.

SÉPTIMO.- Procede ahora, finalmente, en línea con lo anterior expuesto, abordar el segundo marco o campo de eficacia normativa, esto es, el resolver este Expediente Sancionador y del Informe Propuesta que nos eleva el Servicio de Defensa de la Competencia y ello *desde la óptica de la normativa propia de competencia*, partiendo del hecho denunciado por JAZZ TELECOM S.A., (JAZZTEL) contra TELEFONICA DE ESPAÑA SAU (TESAU) por supuestas prácticas prohibidas por la Ley 16/1989 de 17 de Julio, “consistentes en un abuso de posición de dominio en el mercado mayorista de servicios de acceso a Internet de banda ancha, derivado del incumplimiento de las obligaciones impuestas a TESAU por su condición de operador dominante. En particular, se denuncia el continuo retraso en la entrega de servicios necesarios para la desagregación del bucle de abonado (principalmente coubicación, tendido de cable interno, entrega de señal y prolongación del par) cuyos plazos y condiciones de entrega están regulados por la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA)”.

Prima facie dos establecimientos. *El primero de ellos*, el Servicio de Defensa de la Competencia concreta las conductas investigadas que se desarrollan en dos mercados conexos: el mercado mayorista de acceso desagregado al bucle local para la prestación de servicios de banda ancha; y el mercado minorista de servicios de acceso a Internet de BA; y *el segundo*, que escapa al concreto y acotado campo de la competencia, los plazos de tiempo fijados vía OBA para la prestación de los diferentes servicios necesarios para el acceso al bucle local de banda ancha. Y esto decimos, por cuanto compete a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tal cometido en su doble faceta: la de tener los medios técnicos materiales para

ello y la de su reconocimiento legal al efecto. Con ello no debe concluirse equivocadamente que los retrasos que se hayan podido producir no puedan ni deban ser conocidos por este Consejo Nacional de la Competencia, pero sólo desde la óptica y a la luz de los efectos a producir en los mercados y en el operador entrante denunciante.

En todo caso decir y nuevamente reiterarlo, a juicio de este Consejo Nacional de la Competencia el expediente no ha sido instruido en el campo de la competencia, que se ha limitado a ser una correa de transmisión de las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Comunicaciones, miméticamente asumidas por el Servicio de Defensa de la Competencia, por lo que debemos rechazar las propuestas que se nos hace en el Informe propuesta, por las siguientes consideraciones partiendo de los siguientes hechos ciertos, indubitados y fehacientes:

1º COUBICACION. Establece el Servicio de Defensa de la Competencia en su Informe Propuesta que “en términos generales, entre los servicios concatenados y necesarios que debe prestar TESAU a los operadores para poderles suministrar el servicio de acceso al bucle de abonado (BA) desagregado se encuentra la **coubicación**”.

“Coubicación o habilitación de un espacio físico con características técnicas adecuadas para llevar a efecto la instalación de los equipos y repartidores. En definitiva consiste en la provisión de espacios con unas características mínimas, como climatización, instalación eléctrica, iluminación, puerta de acceso, protección contra incendios, seguridad, etc.”.

Así, “el espacio cedido tendrá características diferentes, según se trate de:

- *coubicación simple* (esto es la ubicación física en el propio edificio de TESAU).
- *coubicación distante* (donde se asienta el edificio que aloja el repartidor de abonados).
- y **también puede el operador autorizado** (es decir JAZZTEL) *instalar sus equipos en inmuebles ajenos a TESAU, facilitando entonces ésta el tendido de cable externo.*

Reconoce expresamente JAZZTEL que “a través del citado sistema de **comparticipación de infraestructuras** son los propios operadores los que llegan a acuerdos entre ellos, sin necesidad de contar con la autorización

previa por parte de TESAU, para la comparticipación de cualesquiera recursos de ubicación....”

2º SOLICITUDES. Establece el Servicio de Defensa de la Competencia en su Informe Propuesta que *“en todo caso la operatividad obliga a los operadores (es decir a JAZZTEL) a **hacer sus solicitudes** a TESAU de manera individualizada y para cada una de las centrales requeridas, con la finalidad de ser transparentes y no discriminatorias (esto es con los demás operadores y conforme a las normas del libre mercado) para ser tramitadas conforme al Procedimiento de Provisión de Servicios, regulado al efecto en la oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA)”*.

“Introduciendo el pertinente número de referencia o número administrativo, los operadores acceden a cada una de sus solicitudes pudiendo cancelarlas, modificarlas, conocer su estado de ejecución y recabar una respuesta de TESAU”.

“La OBA describe el modelo de procedimientos administrativos entre los operadores con TESAU (obviamente también JAZZTEL) que deben seguir para la prestación de estos servicios. El modelo se basa en una aplicación Web de TESAU a la que cada operador accede con un código de usuario y una contraseña previamente solicitada a TESAU. Se distinguen tres bloques de contenidos que serán accesibles a través de la página Web de inicio de los procedimientos administrativos: solicitudes, páginas de información y gestión de incidencias”.

De conformidad con la disposición que desarrolla la OBA, *los motivos para denegar una solicitud **podrán ser*** que el emplazamiento/central no tenga espacio disponible para la ubicación, quedando la solicitud en lista de espera; causas de fuerza mayor u otras causas acordadas por TESAU y los operadores (pactos contractuales ex Artículo 1255 Código Civil).

En este segundo orden alternativo de tramitación de solicitudes, autorizado por norma legal expresa, *es relevante el aserto de JAZZTEL **al reconocer que no tiene acuerdo alguno con TESAU.***

Los *plazos de entrega* de este servicio, tras el proceso inicial que finaliza con la realización de un *proyecto definitivo, que es aceptado y confirmado por todos los operadores que deseen coubicarse ... una vez confirmadas por los operadores las peticiones de coubicación en un emplazamiento, mediante la aceptación previa del proyecto específico y detallado para SdT, la habilitación del recinto correspondiente debe estar disponible antes de quince días **a partir de la fecha en que todos los operadores hayan reconfirmado.***

3º TERRITORIOS GEOGRÁFICOS. Son siete los territorios geográficos que se han determinado para la ejecución de las obras de habilitación del SdO para la ubicación en edificios de TESAU y obras necesarias en las parcelas, de forma que el cupo de acondicionamiento de salas de operador y obras necesarias en parcelas por cada territorio se establece:

- en 75 ejecuciones de obras de forma simultánea en la Península.
- y en 30 ejecuciones en el territorio de las Islas Canarias.

Una vez reconfirmadas por los operadores las peticiones de ubicación en un emplazamiento mediante la *aceptación del proyecto específico detallado*, comenzará el proceso para habilitar la correspondiente sala de operadores.

Cuando el emplazamiento pertenezca a un territorio donde el *número de obras simultáneas para acondicionar salas de operador y obras en parcela SEA INFERIOR AL CUPO*, la obra comenzará inmediatamente y la sala u obra en parcela deberá estar habilitada para la ubicación de los equipos de los operadores en el *PLAZO MAXIMO DE 45 DÍAS*.

Pero en el caso de que el número de obras simultáneas sea igual o superior al cupo, la obra se pondrá en lista de espera para ese territorio HASTA QUE PUEDA COMENZAR SU EJECUCION que no deberá superar los 45 días.

4º PLAN DE NEGOCIOS DE JAZZTEL Y PREVISIONES. La operadora denunciante JAZZTEL, en su escrito de 25 de Febrero del 2006, a requerimiento del Servicio de Defensa de la Competencia, contestando en su Punto Quinto, manifiesta:

- que el Plan de Negocios goce de confidencialidad. Petición a la que accede el Servicio de Defensa de la Competencia, con la oposición de la denunciada TESAU.

Tal acontecer es difícilmente asumible por este Consejo Nacional de la Competencia, por cuanto el objeto de la denuncia de Jazztel viene determinado por la afectación de los posibles retrasos habidos en cuenta de resultados, previstos en el Plan de Crecimiento de la empresa. Y ello, por afectar finalmente a las curvas de previsiones, cumplimientos del programa, captación de clientes, bajas de clientes, etc.

- es extremadamente relevante la contestación que hace JAZZTEL en su Punto Noveno y que transcribimos literalmente “*Conviene poner en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia que el nivel de detalle de dichas **PREVISIONES** de las solicitudes de servicios mayoristas representa para Jazztel (al igual que para cualquier otro operador alternativo) habida cuenta de la condición de Competidor Directo que Tesau y/o empresas de su grupo ostentan en el mercado minorista de banda ancha. En efecto, un excesivo detalle (principalmente geográfico) del despliegue que se propone llevar a cabo un Operador alternativo a Tesau, pondría a éste en una clara situación injustificada de ventaja competitiva respecto a sus competidores directos en el mercado minorista, pudiendo adelantarse a los mismos en sus estrategias comerciales de captación de clientes en determinadas zonas geográficas*”.

Y añade que “*no parece lógico por ello exigir a un operador alternativo que vaya solicitando a Tesau los distintos servicios concatenados OBA necesarios para la desagregación del bucle para tener las centrales operativas EN EL MOMENTO EN EL QUE CONSIGA AL CLIENTE puesto que, en este caso, de los 12 días hábiles establecidos como plazo para prolongar el par, se pasaría a meses de espera hasta que Tesau proveyera de todos los servicios mencionados. NO SE PUEDE DAR LUGAR A LA SATURACION DE LOS EQUIPOS, SINO QUE ES PRIMORDIAL ADELANTAR LA INFRAESTRUCTURA NECESARIA (haciendo operativos el mayor número de centrales posible) SEGÚN LA PREVISION DE VENTAS DE CADA OPERADOR.*”

- y concluye JAZZTEL diciendo que “*sólo a partir del momento en que Jazztel o el resto de operadores tiene la Central Operativa, está en disposición de ofrecer sus servicios minoristas a clientes*”.

5º No consta acreditado en el Expediente Sancionador ninguna interpelación con el resto de los operadores del sistema.

Tampoco consta acreditado en el Expediente, ni en los archivos del Servicio de Defensa de la Competencia la apertura de expediente sancionador contra TESAU por alguno de los otros operadores del sistema.

Por todo ello, **CONCLUIMOS**

Primero.- El Servicio de Defensa de la Competencia, en ningún momento de la instrucción, ha probado en relación con la ubicación, si la operadora denunciante JAZZTEL ha procedido a instalar por su cuenta sus equipos en inmuebles ajenos a TESAU, tal y como le autoriza la normativa OBA.

Segundo.- El Servicio de Defensa de la Competencia, en ningún momento de la instrucción, ha requerido a la operadora denunciante JAZZTEL para que aportara al expediente la totalidad de las solicitudes elevadas a TESAU, conforme viene obligada a ello y así lo dispone el Procedimiento de Provisión de Servicios, regulado en la oferta de acceso al Bucle de Abonado.

En ningún momento de la instrucción, el Servicio de Defensa de la Competencia ha requerido a la operadora denunciante JAZZTEL que aportara las solicitudes elevadas a TESAU, que necesariamente deben hacerse de forma individualizada y separadamente para cada una de las centrales requeridas.

Tercero.- El Servicio de Defensa de la Competencia, en ningún momento de la instrucción, ha requerido a la operadora denunciante JAZZTEL las necesarias contestaciones de TESAU a sus solicitudes individualizadas y concretadas a cada central requerida.

Consecuentemente, el Servicio de Defensa de la Competencia desconoce las contestaciones dadas por TESAU.

Cuarto.- El Servicio de Defensa de la Competencia, en ningún momento de la instrucción, ha requerido a la operadora denunciante JAZZTEL, en demanda de las razones que hubiere tenido para no formalizar con TESAU acuerdos que, al parecer, sí se habrían establecido con los restantes operadores.

Quinto.- El Servicio de Defensa de la Competencia, en ningún momento de la instrucción, ha requerido a la operadora denunciante JAZZTEL si se ha dado cumplimiento por ella de todos los pasos necesarios para la coubicación, esto es, solicitudes individualizadas, centrales requeridas, proyectos de obras iniciales y los posteriores definitivos tras la reconfirmación de la operadora,etc.

Sexto.- El Servicio de Defensa de la Competencia, en ningún momento de la instrucción, ha tenido en consideración y valorado los requisitos exigidos para las obras de habilitación SdO en edificios de TESAU, concernientes a los siete territorios geográficos, ni su tope de ejecución, tanto en la Península, como en Canarias.

En ningún momento de la instrucción, el Servicio de Defensa de la Competencia, por tanto, ha tenido en consideración y valorado las concretas especificidades según estemos en solicitudes inferiores al cupo; o en aquellas otras que sean iguales o superiores al cupo, y su inmediata consecuencia de entrar en lista de espera.

En ningún momento de la instrucción, el Servicio de Defensa de la Competencia ha requerido a la operadora denunciante JAZZTEL que aportara al expediente relación pormenorizada de las solicitudes individualizadas y concretadas a los siete territorios geográficos y, dentro de estos, a cada una de las centrales requeridas, como única forma de valorar la existencia potencial de retrasos y las causas, admisibles o no, de los mismos.

Séptimo.- El Servicio de Defensa de la Competencia al disponer la confidencialidad del Plan de Negocios de la operadora denunciante JAZZTEL y sus previsiones de futuro tendentes a ofrecer a sus potenciales clientes el servicio, hace imposible comparar los mismos (crecimiento o decrecimiento) con los comportamientos imputados a TESAU.

En ningún momento de la instrucción, el Servicio de Defensa de la Competencia ha traído al expediente las opiniones del resto de operadores, en orden a establecer si estamos en presencia de una conducta de TESAU generalizada o, por el contrario, la operadora denunciante JAZZTEL ha creado un imaginario.

Octavo.- En todo caso, el Servicio de Defensa de la Competencia en ningún momento a lo largo y ancho de la instrucción ha acreditado que la conducta que se imputa a TESAU (retrasos) tenga efecto alguno de abuso de mercado, con la pretensión de excluir del mercado minorista al operador denunciante JAZZTEL.

No aparece acreditado en el expediente, incluso haciendo abstracción de su alcance e impacto, y a los meros efectos dialécticos, que los presuntos retrasos lo fueran en realidad; ni aparece acreditado la intencionalidad de los mismos por parte de TESAU; ni aparece acreditado, si los mismos o parte de los mismos podrían haberse debido a causa no imputable a TESAU. Más aún, el propio Servicio de Defensa de la Competencia no cuestiona que la mayor parte de los servicios solicitados por la operadora denunciante Jazztel fueron entregados en plazo.

Noveno.- Y dentro de este concreto campo competencial de los efectos en el mercado, no se ha acreditado por el Servicio de Defensa de la Competencia que los mismos, caso de haberse producido, hubieran podido afectar a la operadora denunciante JAZZTEL una pérdida de clientes. No puede asumirse sin más una relación de causalidad entre la evolución del negocio de la operadora denunciante JAZZTEL y las supuestas prácticas imputadas a TESAU y ello por cuanto se desconoce el Plan de Negocios de aquélla.

Resulta significativo y relevante, el hecho alegado por TESAU en su escrito 24 de Agosto del 2006, nunca contestado ni desvirtuado por la

operadora denunciante JAZZTEL de no haber ésta utilizado las infraestructuras puestas a su disposición.

Décimo.- El Servicio de Defensa de la Competencia, en ningún momento de la instrucción, ha establecido los perjuicios suficientes y necesarios que los usuarios hubieren tenido que soportar por las conductas imputadas a TESAU.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, **EL CONSEJO DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA**, por mayoría

HA RESUELTO

NO ASUMIR la propuesta que nos fuera elevada en su día por el Servicio de Defensa de la Competencia, declarando que no ha quedado acreditada la conducta imputada a TELEFONICA DE ESPAÑA SAU (TESAU) en el expediente analizado.

Comuníquese ésta nuestra Resolución a la Dirección de Investigación (sucesora del extinto Servicio de Defensa de la Competencia) y notifíquese a las partes interesadas, haciéndoseles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo sí interponer ante la Audiencia Nacional Recurso Contencioso-Administrativo en el plazo de DOS MESES contados desde el siguiente al de la notificación de esta Resolución.