



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON ALFONSO RAMOS DE MOLINS SAINZ DE BARANDA, 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 nº 05/05 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 24 de febrero de 2005, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE INADMITE EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA ENTIDAD TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. CONTRA LA RESOLUCIÓN DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DE FECHA 11 DE NOVIEMBRE DE 2004, POR LA QUE SE RESUELVE EL CONFLICTO DE ACCESO PLANTEADO POR DRAGONET COMUNICACIONES, S.L.U CON AQUELLA ENTIDAD, EN RELACIÓN CON SU OFERTA DE ACCESO AL BUCLE DE ABONADO.

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TELEFÓNICA) contra la Resolución de fecha 11 de noviembre de 2004, por la que se resuelve el conflicto de acceso planteado por DRAGONET COMUNICACIONES, S.L.U (en adelante, DRAGONET) (RO 2004/928), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 05/05 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 24 de febrero de 2004, recaída en el expediente AJ 2004/1927.

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 11 de noviembre de 2004, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, dictó Resolución por la que se ponía fin al conflicto de acceso planteado por DRAGONET con TELEFÓNICA, en relación con su oferta de acceso al bucle de abonado.

En la citada Resolución se acordó lo siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“Primero.- TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. habilitará a DRAGONET COMUNICACIONES, S.L.U. en el plazo de tres días desde la fecha de notificación de la presente Resolución, los servicios solicitados cuyo tiempo de provisión garantizado hubiera transcurrido.

Segundo.- TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. aplicará a favor de DRAGONET COMUNICACIONES, S.L.U. las penalizaciones recogidas en la Oferta de Acceso al Bucle de Telefónica en relación con los retrasos en la provisión de los servicios analizados que sean de aplicación.

Tercero.- Trasladar las actuaciones practicadas en relación con el denominado Sistema de Gestión de Operadores para su consideración en el marco del procedimiento sancionador incoado a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., mediante acuerdo del Consejo de esta Comisión de 14 de octubre de 2004.

Cuarto.- Acordar la apertura de un periodo de información previa en relación con el posible incumplimiento por parte de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. de su Oferta de Acceso al Bucle de Abonado, trasladando al mismo el resto de actuaciones practicadas para su consideración”.

SEGUNDO.- Con fecha 17 de diciembre de 2004, se recibió en esta Comisión escrito presentado por Don Pablo de Carvajal González, en nombre y representación de TELEFÓNICA, en virtud del cuál interpuso recurso potestativo de reposición contra la Resolución de fecha 11 de noviembre de 2004 antes mencionada, por entender que la misma incurre en un error de hecho en relación con *“la fecha en que se debe considerar realizada la solicitud de las tarjetas de identificación personal (TIP) por parte de Dragonet y la fecha en que se considera realizada la entrega de las mencionadas acreditaciones”.*

A dicho respecto, la entidad TELEFÓNICA efectúa las siguientes alegaciones:

- Si bien en la Resolución recurrida se indica que, con el fin de obtener las tarjetas de acreditación personal necesarias para el acceso a las centrales, DRAGONET remitió al departamento de Gerencia de Seguridad General los formularios cumplimentados y documentados el día **13 de mayo** de 2004, no fue hasta el **19 de mayo** cuando TELEFÓNICA recibió la información referida a las acreditaciones solicitadas, fecha a partir de la cual se debe considerar realizada la solicitud para el cómputo de los plazos oportunos.
- Aunque la Resolución recurrida señala que DRAGONET recibió las acreditaciones oportunas el día **25 de mayo** de 2004, según TELEFÓNICA había remitido a DRAGONET las acreditaciones con fecha **21 de mayo** de 2004, siendo esta última la que debe tenerse en consideración como fecha de envío de las tarjetas para el cómputo de los plazos que procedan.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A los anteriores antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- Fundamentos jurídicos procedimentales.

PRIMERO.- Legitimación de la entidad recurrente.

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) requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. La entidad recurrente ostenta la condición de interesada por cuanto que ya lo era en el procedimiento que dio como resultado la Resolución objeto de impugnación. En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a la recurrente para la interposición del recurso potestativo de reposición.

SEGUNDA.- Competencia y plazo para resolver.

La competencia para resolver el presente recurso corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado. El presente recurso deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a la interposición, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley.

TERCERO.- Calificación del escrito e inadmisión a trámite.

En su escrito de interposición del recurso, alega TELEFÓNICA disconformidad con la Resolución de 11 de noviembre de 2004 ahora recurrida, por cuanto tuvo en cuenta, a los efectos de considerar cumplido el plazo de cinco días para la entrega de las acreditaciones personales a los operadores, las fechas en las que DRAGONET solicitó (13 de mayo de 2004) y, posteriormente, recibió (25 de mayo de 2004), las referidas acreditaciones.

Según la recurrente, frente al criterio anterior, debió tomarse en consideración la fecha en la que TELEFÓNICA tuvo conocimiento de la solicitud de las acreditaciones (19 de mayo de 2004) y aquella en la que remitió las tarjetas de identificación personal (21 de mayo de 2004), por lo que la Resolución impugnada incurrió en un error de hecho que debe ser rectificado en virtud de lo dispuesto en el artículo 105 de la LRJPAC.

El artículo 107.1 de la 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.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC establece que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

El artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, establece que las Resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, por lo que procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar el escrito presentado por TELEFÓNICA como recurso potestativo de reposición que se interpone contra la Resolución de esta Comisión de fecha 11 de noviembre de 2004.

Debe señalarse, sin embargo, que el recurso de reposición interpuesto por TELEFÓNICA no se funda en ninguno de los motivos de nulidad o anulabilidad contemplados en los artículos 62 y 63 de la LRJPAC, requisito imprescindible, de acuerdo con lo dispuesto en el ya aludido artículo 107.1 de esa Ley, para la interposición de un recurso de reposición.

En efecto, como a continuación se expone, no puede entenderse que la disconformidad con la Resolución impugnada al considerar válidas las fechas de solicitud de las tarjetas de identificación personal por parte de DRAGONET y de entrega por parte de TELEFÓNICA de las referidas acreditaciones, resulta encuadrable en alguno de los supuestos contemplados en los citados artículos 62 y 63 de la LRJPAC.

En el presente caso, el conflicto de acceso que fue objeto de la Resolución recurrida no versó sobre el cumplimiento o no por TELEFÓNICA del plazo de entrega de las tarjetas de identificación personal, sino sobre otros aspectos tales como la provisión del servicio de ubicación, del servicio de PAI o del servicio de transporte o enlace, de modo que en el primer aspecto no existió controversia o conflicto alguno, cuya resolución pudiera ser susceptible de anulación mediante un acto administrativo posterior.

A este respecto, la única mención que, en relación con las tarjetas de acreditación personal, existe en la Resolución impugnada es la de la letra b) del Fundamento de Derecho II, que señala lo siguiente:

“b) Solicitud de replanteo y tarjetas de acceso para su personal

TELEFÓNICA manifiesta que el día 7 de mayo envió por correo electrónico a DRAGONET el número de fax que debían utilizar para hacer la solicitud de tarjetas de acceso a TELEFÓNICA, junto con el formulario a cumplimentar. El 13 de mayo, según alega DRAGONET, remitió al departamento de Gerencia de Seguridad General de TELEFÓNICA los formularios cumplimentados y documentados con el fin de obtener las tarjetas identificativas necesarias para el acceso a la central de Benidorm.

La Resolución de 31 de marzo de 2004, por la que se modifica la OBA señala en su Resuelve segundo que “... las condiciones económicas, la definición de los servicios, y los plazos de entrega de servicios de la OBA serán de aplicación una vez transcurrido un mes desde la fecha de aprobación de la presente Resolución. Asimismo, los procedimientos administrativos de la OBA deberán estar implementados en el SGO a los tres meses de la fecha de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

aprobación de la presente Resolución, manteniéndose hasta ese momento los actualmente vigentes.”

A tal efecto, los plazos de entrega de servicios de la OBA son de aplicación desde el 30 de abril de 2004 y la implementación en el SGO de los procedimientos administrativos debería estar operativa desde el 30 de junio de 2004.

El texto de la OBA señala en su apartado referido a los “Accesos por personal con acreditación previa” lo siguiente:

“Telefónica ofrecerá al personal del operador la posibilidad de utilizar acreditaciones personales e intransferibles por periodos anuales. Una vez efectuada la solicitud de acreditaciones por parte del operador interesado, Telefónica hará entrega de las mismas en un plazo no superior a 5 días. Para cada acreditación Telefónica proporcionará una tarjeta u otro elemento de identificación que permitirá el acceso, en todo momento, a los espacios de ubicación en sus edificios o parcelas, a la persona autorizada...”

DRAGONET pone de manifiesto en el seno del presente procedimiento que las tarjetas de acceso a centrales fueron recibidas el 25 de mayo de 2004”.

Puede observarse, por tanto, cómo la Resolución recurrida únicamente hace mención, a la fecha en la que DRAGONET remite la información (13 de mayo), y la fecha en la que recibe las acreditaciones (25 de mayo), sin que se hiciera afirmación alguna en aquella sobre el incumplimiento por parte de TELEFÓNICA de la obligación de entregar en plazo las acreditaciones personales para el acceso a los espacios de ubicación.

A mayor abundamiento, en ningún momento la entidad DRAGONET cuestionó las alegaciones de TELEFÓNICA referidas a las fechas en que se solicitaron y fueron entregadas las acreditaciones, y así lo puso de manifiesto en sus escritos durante la tramitación del procedimiento del que trae causa la resolución que ahora TELEFÓNICA recurre.

Por otro lado, en lo que respecta al error de hecho en que, según la recurrente, incurre la Resolución impugnada, procede señalar que no es la interposición de un recurso de reposición el cauce procedimental que debe utilizarse a los efectos de solicitar la rectificación de un error de hecho, material o aritmético, ya que su apreciación no puede dar lugar en ningún caso a la revisión del fondo jurídico de un acto administrativo, que debe estar amparada en la concurrencia de alguna de las causas de nulidad o anulabilidad previstas en los artículos 62 y 63 de la LRJPAC.

El artículo 105 de la LRJPAC, en su apartado segundo, sobre la rectificación de errores, señala lo siguiente:

“Las Administraciones Públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos.”

Pues bien, en interpretación del citado precepto, la doctrina jurisprudencial ha perfilado una serie de requisitos necesarios para la aplicación del mecanismo de la rectificación, resultando clarificadora la Sentencia del Tribunal Supremo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de fecha 28 de septiembre de 1992, cuyo Fundamento Jurídico Tercero se pronuncia en los siguientes términos:

*“La doctrina jurisprudencial de esta Sala, plasmada, entre otras, en las SS. 18-5-1967 (RJ 1967\2488), 24-3-1977 (RJ 1977\1809), 15 y 31 octubre y 16 noviembre 1984 (RJ 1984\5099, RJ 1984\5172 y RJ 1984\5776), 30 mayo y 18 septiembre 1985 (RJ 1985\2325 y RJ 1985\4196), 31 enero, 13 y 29 marzo, 9 y 26 octubre y 20 diciembre 1989 (RJ 1989\619, RJ 1989\2655, RJ 1989\2353, RJ 1989\7247 y RJ 1989\8981) y 27-2-1990 (RJ 1990\1521), tiene establecido que **el error material o de hecho se caracteriza por ser ostensible, manifiesto e indiscutible, implicando, por sí solo, la evidencia del mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y exteriorizándose «prima facie» por su sola contemplación** (frente al carácter de calificación jurídica, seguida de una declaración basada en ella, que ostenta el error de derecho), **por lo que, para poder aplicar el mecanismo procedimental de rectificación de errores materiales o de hecho, se requiere que concurren, en esencia, las siguientes circunstancias:** 1) que se trate de simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos; 2) que el error se aprecie teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierte; 3) que el error sea patente y claro, sin necesidad de acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables; 4) que no se proceda de oficio a la revisión de actos administrativos firmes y consentidos; 5) que no se produzca una alteración fundamental en el sentido del acto (pues no existe error material cuando su apreciación implique un juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica); 6) que no padezca la subsistencia del acto administrativo (es decir, que no se genere la anulación o revocación del mismo, en cuanto creador de derechos subjetivos, produciéndose uno nuevo sobre bases diferentes y sin las debidas garantías para el afectado, pues el acto administrativo rectificador ha de mostrar idéntico contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio que el acto rectificado, sin que pueda la Administración, so pretexto de su potestad rectificatoria de oficio, encubrir una auténtica revisión, porque ello entrañaría un «fraus legis» constitutivo de desviación de poder); y, 7) que se aplique con un hondo criterio restrictivo”.*

Por tanto, en virtud de la doctrina anteriormente expuesta, es requisito imprescindible para que se proceda a la rectificación de un error que este último sea ostensible, manifiesto e indiscutible, implicando, por sí solo, la evidencia del mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y exteriorizándose «prima facie» por su sola contemplación.

En este sentido, puede advertirse cómo en ningún momento se hizo referencia en la Resolución impugnada a las fechas en las que TELEFÓNICA recibió la solicitud de DRAGONET y remitió las acreditaciones a ésta, por lo que no se alcanza a entender dónde se encuentra el error alegado por TELEFÓNICA.

En cualquier caso, si la Resolución de 11 de noviembre se hubiera pronunciado sobre las fechas a tomar en consideración a los efectos de dar por cumplido el plazo de 5 días contemplado en la OBA para la entrega de las tarjetas de acreditación, la rectificación posterior de aquéllas hubiera conllevado la alteración del contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio del acto rectificado



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

a que se refiere la aludida doctrina jurisprudencial, lo que impediría la aplicación del artículo 105 de la LRJPAC.

En virtud de todo lo anterior, al no haberse interpuesto el recurso potestativo de reposición con base en alguno de los motivos de nulidad o anulabilidad de los artículos 62 y 63 de la LRJPAC, y no ser el recurso de reposición la vía procedimental oportuna para la solicitud de la rectificación de un error, debe inadmitirse en su totalidad el recurso de reposición interpuesto.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Único.- Inadmitir el recurso potestativo de reposición interpuesto por TELEFÓNICA contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 11 de noviembre de 2004, por la que se ponía fin al conflicto de acceso planteado por DRAGONET con TELEFÓNICA, en relación con su oferta de acceso al bucle de abonado.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común 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 inadmite el recurso de reposición interpuesto por TELEFÓNICA, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Alfonso Ramos de Molins Sainz de Baranda

Carlos Bustelo García del Real