



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 12/06 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 30 de marzo de 2006, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA ENTIDAD DRAGONET COMUNICACIONES, S.L., CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2005, POR LA QUE SE RESUELVE EL CONFLICTO DE ACCESO AL BUCLE DE ABONADO DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad DRAGONET COMUNICACIONES, S.L. contra la Resolución de esta Comisión de fecha 10 de noviembre de 2005, por la que se resolvió el conflicto de acceso al bucle de abonado de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., planteado por DRAGONET COMUNICACIONES, S.L. (RO 2005/348), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm.12/06 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 30 de marzo de 2006, recaída en el expediente AJ 2005/1709

HECHOS

PRIMERO.- Mediante acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 10 de noviembre de 2005, se adoptó Resolución relativa al conflicto de acceso al bucle de abonado de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TESAU), planteado por DRAGONET COMUNICACIONES, S.L. (en adelante, DRAGONET).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En su escrito de denuncia, DRAGONET solicitaba a esta Comisión, la imposición a TESAU de una multa coercitiva por los daños y perjuicios que le había ocasionado, el incumplimiento por parte de TESAU de los plazos para la provisión de los servicios y la resolución de incidencias relacionadas con dichos servicios, recogidos en la Oferta de acceso al bucle de abonado de TESAU del 2004 (en adelante, OBA), que se detallan a continuación:

- Provisión de servicios:
 - Servicio de coubicación en la Central de Alfaz del Pí, solicitado el 29 de junio de 2004.
 - Servicios de ampliación de coubicación en la Central de Benidorm/Cruce, solicitado el 31 de agosto de 2004.
 - Servicio de cableado interno en la Central de Alfaz del Pí, solicitado el 24 de noviembre de 2004.
- Resolución de incidencias:
 - Incidencia de provisión sobre la solicitud de la Central de Alfaz del Pí, interpuesta el 13 de diciembre de 2004.
 - Incidencia de provisión sobre la solicitud de la Central de Benidorm/Cruce, interpuesta el 13 de diciembre de 2004.
 - Incidencia de provisión sobre la solicitud de cableado interno en la Central de Alfaz del Pí, interpuesta el 12 de enero de 2005.
 - Incidencia de provisión por imposibilidad de acceso a la central de Alfaz del Pí, interpuesta el 1 de febrero de 2005.

Con fecha 11 de mayo de 2005 TESAU presentó ante esta Comisión escrito de alegaciones en el que declaraba, entre otros aspectos, que algunas de las solicitudes planteadas por DRAGONET, suponía aplicarle una doble penalización *“caso de la penalización por demora en la provisión de los diferentes servicios, concurrente con la otra penalización por demora en los tiempos de resolución de incidencias de provisión para esos mismos servicios”*.

En el mismo sentido, se manifestó esta Comisión en los Fundamentos de Derecho de la Resolución ahora impugnada, declarando que *“se trataría de penalizaciones mutuamente excluyentes ya que de lo contrario se estarían aplicando dos penalizaciones por el mismo incumplimiento, esto es, el retraso en la provisión del servicio”*, y seguía diciendo, *“no obstante hay que aclarar que esta circunstancia no tiene que darse necesariamente”*.

No obstante lo anterior, y en vistas a la próxima modificación de la OBA de TESAU, esta Comisión creyó conveniente, con respecto a las incidencias de provisión en la central de Alfaz del Pi, de fechas 13 de diciembre de 2004, y 12 de enero de 2005 antes referidas, concluir que:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“Considerando que uno de los aspectos concretos que está siendo analizado en el referido expediente es, precisamente, el de las penalizaciones y todas las implicaciones que conlleva su interpretación, aplicación y modificación, tomando en consideración las alegaciones de todos los interesados en el procedimiento en cuestión.

Considerando, asimismo, de manera parcial, la solicitud de TELEFÓNICA recogida en su escrito de alegaciones al informe de audiencia de los servicios de esta Comisión, por la que instaba la suspensión de la tramitación del presente expediente administrativo hasta que recayera resolución en el citado expediente por considerarla determinante en la que pusiera fin al presente procedimiento.

Esta Comisión considera conveniente, dadas sus consecuencias prácticas, diferir la resolución de un único aspecto, concretado en el marco del presente procedimiento, cual es la resolución de una posible “doble penalización” por los mismos hechos –alegada de una de las partes y rechazada por la otra-, al momento en que puedan ser tenidas en consideración las alegaciones de todos los interesados, en el seno del expediente MTZ 2005/1054 de modificación de la OBA, por cuanto en ese momento es posible una mejor ponderación de las circunstancias que concurren sin las limitaciones que los planteamientos de la resolución de un conflicto de acceso concreto conllevarían”

Finalmente, en el resuelve primero de la citada Resolución, el Consejo de esta Comisión acordó lo siguiente:

“Primero.- TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. aplicará a favor de DRAGONET COMUNICACIONES, S.L., las penalizaciones recogidas en la Oferta de Acceso al Bucle de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., en relación con los retrasos en la provisión de los servicios e incidencias analizados, tomando como referencia las fechas indicadas”.

SEGUNDO.- Con fecha 7 de diciembre de 2005, DRAGONET interpuso recurso potestativo de reposición contra la citada Resolución del Expte. RO 2005/348 en el que solicita que se estime el recurso y que el Consejo dicte resolución por la que:

“1. Anule parcialmente la Resolución de 10 de noviembre, en cuanto difiere a otro momento la decisión sobre la procedencia de determinadas penalizaciones en el conflicto de acceso entre



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DRAGONET y TESAU instado por esta parte el 3 de marzo de 2005.

2. Resuelva dicha cuestión del modo indicado en las alegaciones, declarando la procedencia de las penalizaciones reclamadas por DRAGONET a TESAU.

3. Declare la obligación a TESAU a pagar las penalizaciones correspondientes a los retrasos de provisión e incidencias de provisión mencionadas, en particular las relativas a la central de Alfaz del Pi de fecha 13 de diciembre de 2004 y 12 de enero de 2005.”

DRAGONET fundamenta su solicitud mediante las siguientes alegaciones:

Primero.- DRAGONET expone que en el caso objeto de la Resolución, y en base a una correcta aplicación de la OBA, existen dos hechos susceptibles de penalización y que, por tanto, generan dos tipos de penalizaciones (por incumplimiento de los plazos de provisión y por incumplimiento del régimen de resolución de incidencias de provisión y averías). Ambos incumplimientos son distintos, y por lo tanto dan lugar a penalizaciones también diferentes, no infringiendo el principio “non bis in idem”.

Segundo.- Que la falta de pronunciamiento por parte del Consejo de esta Comisión (y no imposición, al menos de momento) de las penalizaciones relativas a las incidencias de provisión en relación con la solicitud de coubicación en la central de Alfaz del Pi de fecha 13 de diciembre de 2004, e incidencia de provisión en relación con la solicitud de tendido de cable interno en la misma central de fecha 12 de enero de 2005, desvirtúa el objetivo principal de la imposición de las penalizaciones establecido por la normativa vigente.

DRAGONET considera que esta Comisión debería pronunciarse sobre este particular e intervenir en ese punto del conflicto, y que la falta de pronunciamiento de la Resolución impugnada vulnera los artículos 42, 54 y 89 de la LRJPAC, calificándolo de incongruencia omisiva.

Asimismo, DRAGONET declara que no existe argumentación legal en la Ley de Procedimiento que posibilite diferir la Resolución de un procedimiento a que se resuelva otro posterior, distinto y que se refiere a una cuestión diferente estableciendo que *“sería tanto como establecer una especie de cuestión prejudicial dentro de la propia Comisión, lo cual carecería de sentido, tanto desde el punto de vista procedimental como por el hecho de que lo que se deciden el expediente MTZ 2005/1054 no es la interpretación de la OBA vigente, sino su modificación”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por todo lo anterior, DRAGONET entiende que la Resolución de 10 de noviembre de 2005 debe ser anulada en cuanto difiere a un momento posterior la decisión sobre la dualidad de penalizaciones, incurriendo por tanto en incongruencia omisiva.

TERCERO.- Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 112.2 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), mediante escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 15 de diciembre de 2005, se le notificó a los interesados la apertura del procediendo adjuntando una copia a TESAU del escrito de recurso interpuesto, para que en el plazo de 10 días alegasen cuanto estimasen.

Con fecha 30 de diciembre de 2005 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión, escrito de alegaciones presentado por TESAU, en el que la referida entidad, a modo de resumen, manifiesta lo siguiente:

- 1.- Que el expediente objeto del presente recurso debe ser acumulado al expediente MTZ 2005/1054 de modificación de la OBA, ya que ha habido otras acumulaciones a dicho expediente en momentos anteriores, y por tanto el no hacerlo ahora generaría la vulneración del principio de no discriminación entre operadores.
- 2.- Que el Anexo I de la OBA establece un sistema de penalizaciones que, en su aplicación práctica al caso concreto, denota la vulneración del principio de proporcionalidad. Por lo tanto, es un error existente en la OBA vigente al existir una doble penalización sobre un mismo hecho penalizable, generando un sistema totalmente desproporcionado y no equitativo.
- 3.- En la solicitud de modificación de la OBA, TESAU ya declara que los plazos de suministro se tornan inaplicables por la indeterminación del objeto y la imposibilidad de su cumplimiento. Estas penalizaciones establecidas como obligación contractual, son obligaciones accesorias respecto de la obligación de cumplimiento de los plazos, que a su vez es accesoria de la obligación principal consistente en la provisión de los servicios.
- 4.- Que no se dan los requisitos para determinar que existe incongruencia omisiva en la resolución impugnada por DRAGONET.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- Fundamentos jurídicos procedimentales.

PRIMERO.- Calificación del escrito.

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 ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

El recurrente califica expresamente su escrito como recurso potestativo de reposición, por lo que teniendo en cuenta que la Resolución impugnada pone fin a la vía administrativa, procede calificar dicho escrito como recurso potestativo de reposición que se interpone contra la Resolución de fecha 10 de noviembre de 2005.

SEGUNDO.- Competencia 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.

TERCERO.- Admisión a trámite del recurso interpuesto por la entidad DRAGONET.

El recurso de reposición de DRAGONET 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.

II.- Fundamentos jurídicos materiales.

PRIMERO.- Sobre la incongruencia omisiva y el aplazamiento de determinados aspectos de la resolución recurrida.

La entidad DRAGONET solicita en su escrito de recurso que esta Comisión anule parcialmente la Resolución de 10 de noviembre de 2005, en cuanto difiere a otro momento la decisión sobre la procedencia de determinadas penalizaciones en el conflicto de acceso entre DRAGONET y TESAU.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Fundamenta su solicitud en la imposibilidad y en la falta de habilitación legal para poder diferir o aplazar la resolución de una parte del conflicto, relativa a las incidencias de provisión en relación con la solicitud de coubicación en la central de Alfaz del Pi de fecha 13 de diciembre de 2004, e incidencia en provisión en relación con la solicitud de tendido de cable interno en la misma central de fecha 12 de enero de 2005, a una resolución o momento posterior, como es la aprobación de la nueva OBA, actualmente en curso (Expte. MTZ 2005/1054).

Asimismo, establece que no se cumplen los requisitos legalmente previstos para poder acumular dicha cuestión al procedimiento de modificación general de la OBA.

En relación con lo anterior, esta Comisión cree conveniente poner de manifiesto, que la Resolución ahora impugnada podría dar lugar a interpretaciones distintas, en tanto que, tal y como alega DRAGONET, podría pensarse que esta Comisión ha considerado aplicar la nueva OBA, cuya aprobación está en curso, a un conflicto suscitado en base a la anterior. Dicha medida, no sería conforme a derecho, y por lo tanto no fue contemplada por esta Comisión. Ello se desprende, a juicio de esta Comisión, de la lectura de la Resolución aquí impugnada, cuando en el Fundamento Segundo, apartado 2 relativo a la resolución de incidencias, se establece lo siguiente:

“Esta Comisión considera conveniente, dadas sus consecuencias prácticas, diferir la resolución de un único aspecto, concretado en el marco del presente procedimiento, cual es la resolución de una posible “doble penalización” por los mismos hechos, al momento en que puedan ser tenidas en consideración las alegaciones de todos los interesados, en el seno del expediente MTZ 2005/1054 de modificación de la OBA...”

Y en concreto, y analizando las dos incidencias objeto del presente recurso, que son las relativas a la Central de Alfaz del Pí, 13 de diciembre de 2004, y 12 de enero de 2005, la misma resolución declara que **“serán analizadas en línea con lo que se resuelva en el expediente de modificación de la OBA”**.

De lo expuesto con anterioridad, se desprende que el hecho de que esta Comisión no resolviera uno de los aspectos objeto del conflicto como son los dos tipos de incidencias referidas, no implica que necesariamente se haya producido incongruencia omisiva en tanto que esta Comisión en ningún momento ha dejado de resolver, sino que ha considerado oportuno en base a motivos de prudencia, resolver en un momento posterior, es decir, aquel en que sea aprobada la nueva OBA, momento que a juicio de esta Comisión la imposición de dichas penalizaciones será más concluyente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Esto es así porque uno de los aspectos que ha sido objeto de debate para la aprobación de la nueva OBA, ha sido precisamente el de las dobles penalizaciones. Por lo tanto a juicio de esta Comisión, dicho momento sería el marco ideal para establecer un criterio objetivo, teniendo en cuenta que en el procedimiento de aprobación de la OBA se da audiencia a todos los operadores para manifestar sus posiciones al respecto.

a) Respecto a la incongruencia omisiva

La recurrente considera que la decisión de diferir la resolución de un aspecto concreto planteado en el marco del procedimiento administrativo, a un momento posterior, equivale a asumir la decisión de no resolver la cuestión misma, y además denota un intento de eludir formularla en los términos legales previstos.

La incongruencia supone una de las manifestaciones de la vulneración del derecho fundamental de la tutela judicial efectiva. Los Jueces y Tribunales están obligados a resolver las pretensiones de las partes, de manera que el incumplimiento de dicha obligación constituye una lesión de aquel derecho fundamental.

El Tribunal Constitucional, en Sentencia 30/1998, de 11 de febrero de 1998 (RTC 1998/30), dejó establecido lo siguiente:

“para apreciar la incongruencia omisiva ha de comprobarse si la cuestión fue suscitada en el momento procesal oportuno y “si la ausencia de contestación por el órgano judicial ha generado indefensión” (STC 56/1996 RTC 1996/56, fundamento jurídico 4º) debiendo valorarse, a estos efectos si razonablemente ha podido interpretarse la falta de respuesta como desestimación tácita.

Igualmente debe distinguirse entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas, siendo así que “respecto a las primeras, no sería necesaria para la satisfacción del derecho referido una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales. Más rigurosa es la exigencia de congruencia respecto a las pretensiones, siendo necesario para poder apreciar una respuesta tácita –y no una omisión- que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial pueda deducirse razonablemente no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino los motivos fundamentales de la respuesta tácita”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Analizando los requisitos de la incongruencia omisiva, destacar que en el supuesto que nos ocupa, no puede entenderse que se produzca indefensión dado que el aspecto cuya resolución se difiere, es un aspecto meramente económico (el de una posible doble penalización), que se traduciría en que TESAU abonase una mayor o menor cantidad de dinero en concepto de penalización. No se trata de una denegación de acceso, ni de un aspecto que pudiera dificultar la comercialización de servicios por parte de la recurrente y que pudiera influir en su posicionamiento en el mercado.

Sobre la base de lo anterior esta Comisión considera que no concurren los requisitos para apreciar la existencia de incongruencia omisiva.

b) Respecto a la resolución extemporánea

Las resoluciones extemporáneas son admitidas tanto legal como jurisprudencialmente. Así, el artículo 63 de la LRJPAC, regula las causas de anulabilidad de los actos administrativos, y en su apartado tercero establece que *“la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas solo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo”*.

En el mismo sentido se ha manifestado en multitud de ocasiones el Tribunal Supremo, sirviendo de ejemplo la Sentencia de la sala de lo Contencioso-Administrativo de 18 de enero de 2000 (RJ 2000/155) que establece que:

“la resolución aunque se estime tardía, no afecta, pues, en absoluto a su plena validez y eficacia, habiéndose de ejecutar tal resolución en los propios términos expresados en la misma”.

DRAGONET no alega en su escrito de recurso cuestión alguna relativa a los efectos que el silencio pudiere producir en la resolución extemporánea. No obstante, esta Comisión considera oportuno aclarar dicha circunstancia en aras al principio de seguridad jurídica.

La Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones, en su artículo 14, establece que en conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso, la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones dictará resolución vinculante en el plazo máximo de 4 meses.

El artículo 43 de la LRJPAC establece que en los procedimientos iniciados a instancia de parte, supuesto éste que se produce en los conflictos entre operadores, el silencio tiene efectos estimatorios.

No obstante, en el presente procedimiento, iniciado a instancia de DRAGONET, aparecen involucrados intereses contrapuestos (por un lado, DRAGONET y, por otro lado, TESAU), ya que se crea una relación jurídica



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

triangular, con dos partes enfrentadas por una controversia que debe resolver la Comisión. Por ello, esta Comisión, no puede acceder sin más a la solicitud de DRAGONET, al no ser éste un procedimiento en el que se deban considerar sólo los intereses de la solicitante.

En efecto, la aplicación del silencio positivo produciría resultados claramente perjudiciales para TESAU, que tendría que asumir, por el simple efecto de la falta de resolución en plazo, unas obligaciones que DRAGONET entiende existentes, pero que, hasta que no haya una decisión expresa por esta Comisión, se puede afirmar que sean conforme a Derecho. Por tanto, la aplicación estricta de la regla prevista en el artículo 43.2 de la LRJPAC conduce a resultados contrarios al ordenamiento jurídico pues, en virtud de la falta de resolución en plazo por parte de esta Comisión, se derivarían para un tercero efectos que no tendrían necesariamente que ser tales en el caso de que hubiera resolución expresa. Si bien es cierto que TESAU podría recurrir, en reposición ante esta Comisión o en sede contencioso-administrativa contra esta estimación presunta, no es menos cierto que el acto presunto estimatorio crearía una situación jurídica que afectaría directa e inmediatamente a la esfera jurídica de terceros a quienes no es imputable la falta de resolución en plazo.

La figura del silencio positivo está diseñada para imponer o levantar condiciones al ejercicio de derechos que forman parte de la esfera patrimonial de los administrados (de ahí el carácter desestimatorio del silencio en el caso de ejercicio del derecho de petición, en el que no existe ese previo derecho subjetivo). Sin embargo, el caso que nos ocupa, la pretensión de DRAGONET generaría unas consecuencias que resultan contrarias a la propia intención del legislador al configurar la regla general del silencio positivo.

En efecto, la Ley 4/1999, de 13 de enero de modificación de la LRJPAC, señala en su Exposición de Motivos que:

“(...) No podemos olvidar que cuando se regula el silencio, en realidad se está tratando de establecer medidas preventivas contra patologías del procedimiento ajenas al correcto funcionamiento de la Administración que diseña la propia Ley. Pues bien, esta situación de falta de respuesta por la Administración –siempre indeseable- nunca puede causar perjuicios innecesarios al ciudadano, sino que, equilibrando los intereses en presencia, normalmente debe hacer valer el interés de quien ha cumplido correctamente con las obligaciones legalmente impuestas.”

Difícilmente puede aplicarse esta figura a unos procedimientos administrativos (conflictos entre dos operadores) en que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ejerce una potestad que, en definitiva, resuelve contradictoriamente, en garantía de los intereses públicos, una cuestión que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

afecta de manera importante, no sólo a la esfera jurídica del solicitante, sino también a otros operadores afectados por la misma.

A tales efectos, téngase en cuenta que la solicitud de intervención de esta Comisión en la resolución de un conflicto de acceso o interconexión, que se presenta por un operador de manera voluntaria, y que vincula a las partes, conlleva un carácter de mediación, que lo aleja de las solicitudes de otorgamiento o reconocimiento de derechos adecuados para la aplicación del silencio positivo. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1999, señala que *“del silencio administrativo no pueden resultar facultades o derechos que el particular afectado no hubiera podido adquirir por no pertenecer a su esfera patrimonial o jurídica”*.

Esta Comisión se ha pronunciado ya en este sentido en sus Resoluciones de fechas 8 de mayo de 2002 (Exp. DT 2001/5502) y 11 de julio de 2002 (Exp. MTZ 2000/2393). Resulta necesario en este caso, hacer expresa mención de la Resolución de 29 de enero de 2004 (Exp. RO 2003/1071) en la que esta Comisión resolvió en el mismo sentido que aquí se expone, respecto de un conflicto de acceso.

Finalmente, reiterar que la aplicación del silencio administrativo en ningún caso puede suponer una resolución contraria al ordenamiento jurídico en virtud del principio de legalidad en la actuación administrativa. Cabe citar, como exponentes de reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Sentencia de 28 de octubre de 1988, en la que se resuelve que:

“El Derecho Administrativo en su objetivo de armonización de las prerrogativas exorbitantes de la Administración con la garantía del administrado ha admitido la figura del silencio administrativo positivo para aquellos supuestos, en lo que ahora importa, en los que se trata de remover un obstáculo que se opone al ejercicio de un derecho que ya ostenta el administrado como ocurre en el ámbito de las licencias (...) Esta solución positiva resulta plenamente satisfactoria para el administrado, asegurándole frente a la inactividad administrativa, pero resulta peligrosa para el interés público pues puede dar lugar a aquella pasividad de la Administración se convierta en una decisión que vulnere el ordenamiento jurídico. Justamente por ello para la producción del silencio positivo se exigen unos requisitos formales –que se haya presentado la documentación adecuada al tipo de licencia que se trate- y materiales –que el resultado no vulnere el ordenamiento jurídico”.

Y, igualmente, la Sentencia de 4 de abril de 1997 indica que:

“el silencio positivo constituye una solución satisfactoria para el administrado, asegurándole el acto o decisión frente a la inactividad de la Administración, pero comporta ciertos riesgos para el interés público



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

porque puede dar lugar a que aquella pasividad de la Administración se convierta en una decisión que vulnere el ordenamiento jurídico (SSTS 28 de octubre de 1988 y 19 de noviembre de 1990, entre otras); y de ahí que, como se ha adelantado, el silencio no pueda ser utilizado como cauce para obtener derechos contrarios a la Ley, dado que es de todo punto imposible que resulte otorgado por silencio administrativo lo que no puede expresamente concederse por resultar contrario al ordenamiento jurídico".

SEGUNDO.- Sobre las penalizaciones a imponer a TESAU.

Partiendo de la base de lo razonado en el fundamento primero anterior, esta Comisión, como encargada de resolver los conflictos que surjan entre los operadores al objeto de garantizar la competencia en el mercado de las Telecomunicaciones, y con vistas a poner fin al presente conflicto, ha considerado conveniente proceder a resolver en esta vía la incidencia de provisión sobre la solicitud de coubicación en la Central de Alfaz del Pí, formulada el 13 de diciembre de 2004, y la incidencia de provisión sobre la solicitud de cableado interno en la misma Central, interpuesta el 12 de enero de 2005.

En relación con los servicios solicitados por DRAGONET, a saber: i) servicio de coubicación en la central de Alfaz del Pí (SdT), ii) servicio de ampliación de coubicación en la central de Benidorm/Cruce (SdT), iii) servicio de cableado interno en la central de Alfaz del Pí- la Resolución hoy recurrida determina, no solo la fecha en la que deberían considerar provisionados los servicios, sino también el número de días de retraso que se han producido en cada uno de los supuestos analizados.

En cuanto a la resolución de las cinco incidencias planteadas por DRAGONET en el conflicto, en la resolución impugnada se determinan las fechas en las que se consideraba que habían quedado cerradas las dos incidencias de averías y una de las tres incidencias de provisión. Lo que se aplazaba era la determinación del momento en el que quedaban cerradas las dos incidencias de provisión que se detallan a continuación:

a) Incidencia de provisión sobre la solicitud de coubicación en la central de Alfaz del Pí.

- Fecha de interposición 13 de diciembre de 2004.
- Fecha de cierre real 23 de febrero de 2005.
- Tiempo de retraso- 49 días laborables.

b) Incidencia de provisión sobre la solicitud de cableado interno en la central de Alfaz del Pí.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Fecha de interposición 12 de enero de 2005.
- Fecha de cierre real 23 de febrero de 2005.
- Tiempo de retraso- 28 días laborables.

DRAGONET en su escrito de recurso, mantiene su postura de que se trata de incumplimientos distintos y que, por tanto, daría lugar a penalizaciones también diferentes. Argumenta que las penalizaciones reclamadas se generan por un incumplimiento de diversas estipulaciones recogidas en la OBA y en el Acuerdo de acceso al bucle.

Por el contrario, TESAU considera que el sistema de penalizaciones de los Acuerdos de Nivel de Servicio (ANS) es fuertemente asimétrico y muy oneroso en términos operacionales y económicos, siendo algunas penalizaciones redundantes entre sí, sancionando económicamente a TESAU por partida doble, caso de la penalización por demora en la provisión de los diferentes servicios, concurrente con la otra penalización por demora en los tiempos de resolución de incidencias de provisión para esos mismos servicios.

Por su parte, en la OBA se definen dos grandes grupos de penalizaciones, aquéllas que se derivan de retrasos en la provisión de los servicios y aquéllas provenientes de demoras en la resolución de incidencias (de provisión o de averías). Existe una situación en la que puede ocurrir la circunstancia planteada por TESAU en donde se reclamen dos tipos de penalizaciones (de provisión y de resolución de incidencia de provisión) sobre un único servicio. En este caso es cierto que se trataría de penalizaciones mutuamente excluyentes ya que de lo contrario se estarían aplicando dos penalizaciones por el mismo concepto, esto es, el retraso en la provisión del servicio.

No obstante, hay que aclarar que esta circunstancia no tiene por qué ocurrir siempre con estos dos tipos de penalizaciones. Por definición, las incidencias de provisión son aquéllas que se refieren al conjunto de actividades de la tramitación y provisión del servicio, por lo que incluyen tanto aspectos relativos a la superación de plazos de provisión como aspectos relacionados con denegaciones improcedentes, incumplimiento del procedimiento por parte de TESAU, etc,

Análisis de las incidencias pendientes

DRAGONET hace referencia a la apertura de una incidencia de provisión y una incidencia de avería en relación con la solicitud de cubricación en la central de Alfaz del Pi y una incidencia de provisión en relación con la solicitud de tendido de cable interno.

- a) *Incidencia de provisión en relación con la solicitud de cubricación en la central de Alfaz del Pi de fecha 13 de diciembre de 2004.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Esta incidencia se planteó después de que el plazo para provisionar el servicio en cuestión había sido rebasado.

En el escrito de alegaciones presentado por DRAGONET en fecha 22 de octubre de 2005, se declaraba lo siguiente:

“Que la incidencia de provisión de 13 de diciembre de 2004 de Alfaz del Pí no constituye una doble penalización por el mismo retraso, pues la penalización por no cerrar la incidencia en el plazo de dos días lo que castiga no es el retraso en la provisión del servicio, sino que penaliza a TELEFÓNICA por incumplir sus obligaciones de contestarla, de brindar información y buscar una solución. Esta penalización debería cuantificarse desde la fecha de interposición de la misma (13-12-2004) hasta la fecha de cierre de la incidencia. Dicha fecha de cierre aún no ha llegado pues no se ha producido un cierre en el SGO, no obstante DRAGONET puede admitir que si TELEFÓNICA cumple su deber de informar sobre las causas y demás detalles recogidos en el punto 1.6.4.2.4 de la OBA, el cálculo tome como referencia la fecha de provisión del servicio (21-01-2005)”.

Asimismo, y según figura en la Resolución ahora impugnada, DRAGONET manifiesta que *“dado que pasaba el tiempo, y en ningún momento recibíamos notificación por e-mail o escrita de TESAU de que dicho proyecto se hubiese iniciado, o de su estado actual, salvo la propia palabra del comercial, el día 13 de diciembre de 2004 se abrió una incidencia con el código DRAGONET 424, ... en la que se indicaba a TESAU que aún estábamos esperando el servicio ampliamente retrasado y que no teníamos ningún tipo de noticia sobre su estado...”*

De las manifestaciones de DRAGONET se deduce que el motivo de plantear la incidencia era reclamar la provisión del servicio por el retraso que se estaba produciendo. En línea con lo argumentado por esta Comisión, imponer una penalización relacionada con la incidencia de provisión que analizamos, supondría penalizar el retraso en la provisión del servicio dos veces puesto que el retraso en la provisión del servicio por si mismo ya ha sido penalizado.

En consecuencia debe rechazarse el argumento de DRAGONET, y declarar que en el supuesto que se analiza se tratan de penalizaciones redundantes entre sí al implicar la indemnización por partida doble de una única circunstancia, esto es, la no provisión en tiempo del servicio solicitado.

b) Incidencia de provisión en relación con la solicitud de tendido de cable interno en la central de Alfaz del Pí de 12 de enero de 2005.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Esta incidencia, al igual que la anterior, se planteó una vez que el plazo para provisionar el servicio en cuestión había sido rebasado.

La discrepancia se produce al no poderse utilizar el servicio de tendido de cable interno porque el servicio que lo contenía, el de ubicación, aún no estaba entregado, y no podía prestarse el primero sin haber sido provisionado el segundo.

Por lo tanto, si ya se penalizaba el retraso en la provisión del servicio de tendido de cable interno, no tiene mucho sentido aplicar una penalización por no resolver una incidencia de provisión cuyo objeto es el mismo retraso.

Por lo tanto, esta Comisión considera que, al igual que las anteriores, se tratan de penalizaciones excluyentes.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Primero.- Estimar en parte el recurso formulado por DRAGONET COMUNICACIONES, S.L., en el sentido de resolver la solicitud formulada por DRAGONET COMUNICACIONES, S.L., sobre la aplicación de las penalizaciones recogidas en la Oferta de Acceso al Bucle de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., en relación con los retrasos de las incidencias de provisión de fechas 13 de diciembre de 2004, y 12 de enero de 2005, referidas a la central de Alfaz del Pí.

Segundo.- TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. no está obligada a indemnizar a DRAGONET COMUNICACIONES, S.L. por los retrasos de las incidencias de provisión de fechas 13 de diciembre de 2004, y 12 de enero de 2005, referidas a la central de Alfaz del Pí, por considerar esta Comisión que son redundantes y en consecuencia excluyentes, con las penalizaciones relativas a la provisión de servicios de ubicación en la central de Alfaz del Pí y de cableado interno en la misma central, impuestas a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. mediante la Resolución de esta Comisión de fecha 10 de noviembre de 2005.

Tercero.- Desestimar el resto de pretensiones del recurso de reposición interpuesto por DRAGONET en fecha 7 del diciembre de 2005, contra la Resolución de esta Comisión de fecha 10 de noviembre de 2005.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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, 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

Reinaldo Rodríguez Illera

Jaime Almenar Belenguer