



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON 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 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 22 de septiembre de 2005, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el que se aprueba la:

**RESOLUCIÓN POR LA QUE SE DENIEGA LA PETICIÓN DE SUSPENSIÓN SOLICITADA POR LA ENTIDAD ABERTIS TELECOM, S.A.U. EN EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 21 DE JULIO DE 2005, SOBRE LA VERIFICACIÓN DEL SISTEMA DE CONTABILIDAD DE COSTES DE AQUÉLLA (MTZ 2005/389).**

En relación con la solicitud de suspensión incorporada al recurso de reposición interpuesto por Abertis Telecom, S.A.U. (en adelante, ABERTIS) contra la citada Resolución de esta Comisión, de fecha 21 de julio de 2005, sobre la verificación del sistema de contabilidad de costes de aquella (MTZ 2005/389), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 33/05 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 22 septiembre de 2005, recaída en el expediente AJ 2005/1258.

### HECHOS

**PRIMERO.-** Con fecha 21 de julio de 2005, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó una Resolución sobre la verificación del sistema de contabilidad de costes de ABERTIS (MTZ 2005/389).

En dicha Resolución se aprobó el Sistema propuesto por ABERTIS con las modificaciones y corrección de errores indicados en el apartado V relativo a "Modificaciones y errores del Sistema de Contabilidad de Costes" de la misma, y sin perjuicio de las verificaciones o actuaciones que esta Comisión pudiera realizar en el futuro, a fin de comprobar la aplicación de los principios de contabilidad de costes establecidos en el Plan de Actuaciones, una vez que ABERTIS realizara las modificaciones y correcciones oportunas.



## **COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES**

**SEGUNDO.-** Con fecha 26 de agosto de 2005, ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por el representante de ABERTIS, en virtud del cual interpone recurso de reposición contra la Resolución de fecha 21 de julio de 2005 mencionada anteriormente.

La entidad solicitante muestra su disconformidad con la Resolución impugnada alegando la nulidad de pleno de derecho de la misma, conforme determina el artículo 62.1ª e) (actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), por haberse dictado la Resolución en sentido contrario al silencio estimatorio producido tras recaer ésta una vez transcurrido el plazo de tres meses para resolver.

En dicho recurso se solicita a través del primer otrosí digo la suspensión de la citada Resolución impugnada en virtud de lo dispuesto en el artículo 111 de la LRJPAC, a fin de evitar los perjuicios irreparables que se seguirían tanto a ABERTIS como al interés público por la eficacia inmediata del acto impugnado.

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

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.**

##### **PRIMERO.- Admisión a trámite.**

En el escrito presentado por ABERTIS por el que se interpone recurso de reposición contra la Resolución de fecha 21 de julio de 2005, se viene a solicitar en el otrosí digo la suspensión de la ejecución de la citada Resolución impugnada.

El artículo 111 de la LRJPAC regula la suspensión de la ejecución de los actos administrativos, cuando éstos han sido objeto de cualquier recurso administrativo.

Habida cuenta que el recurso de reposición presentado por la entidad ABERTIS, en el que se solicita la suspensión del acuerdo impugnado, se interpone contra una Resolución de esta Comisión, que resulta susceptible del mismo según lo dispuesto por los artículos 107 y 116 de la LRJPAC, y dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, procede admitir a trámite la referida petición de suspensión para su resolución final.

##### **SEGUNDO.- Competencia para resolver.**

Corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la competencia para resolver el mencionado recurso de



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

reposición y, por tanto, la petición de suspensión en él contenido, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

### II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

#### **Primero.- Sobre la petición de suspensión de la Resolución recurrida.**

Conforme a lo expuesto en los antecedentes de hecho, la empresa ABERTIS solicita expresamente la suspensión de la ejecución de la Resolución por ella impugnada.

Según lo establecido en el artículo 111.1 de la LRJPAC, la interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

No obstante, el órgano a quien compete resolver el recurso podrá, en virtud del artículo 111.2 de la LRJPAC, suspender la ejecución del acto impugnado, previa ponderación entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido. Para ello, se señalan en el citado artículo dos circunstancias alternativas que deben concurrir para que sea posible la suspensión:

- Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.
- Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de la LRJPAC.

Por consiguiente, en aplicación del artículo citado, para determinar si procede o no acceder a la suspensión solicitada por la recurrente, esta Comisión ha de analizar, en primer lugar, si concurre alguna de las circunstancias señaladas con las letras a) y b) del artículo 111.2 de la LRJPAC. Y, en el caso de que se compruebe la concurrencia de alguna de ellas, deberá analizarse, en segundo lugar, si debe prevalecer el interés público o de terceros, o el del interesado en la suspensión del acto, previa ponderación razonada de los perjuicios que a unos y otros causaría la suspensión o la ejecución inmediata del acto recurrido.

Asimismo, cabe recordar que la eficacia del acto administrativo sometido a debate se tendrá que valorar desde la perspectiva del interés general, puesto que según la jurisprudencia dictada al efecto esta valoración constituye un presupuesto más para la adopción de una medida como la ahora solicitada, por formar parte este interés general del núcleo esencial en la aplicación del derecho administrativo en su conjunto.

Pues bien, ha de señalarse que ABERTIS ha invocado, por un lado, la nulidad de pleno de derecho de la Resolución recurrida por concurrir el motivo señalado anteriormente y, por otro, los perjuicios irreparables que ocasionaría tanto a aquélla como al interés público la eficacia inmediata del acto.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por las razones que seguidamente se exponen, en el presente caso no concurren las circunstancias necesarias que determinarían la suspensión de la Resolución recurrida al amparo de lo dispuesto en el artículo 111 de la LRJPAC.

### **Segundo.- Sobre las causas de nulidad radical alegadas para impugnar la Resolución.**

Con carácter previo, la recurrente solicita la suspensión de la Resolución recurrida teniendo en cuenta la causa de nulidad en la que basa su impugnación desarrollada en su escrito.

En concreto, y con base en el artículo 62.1ª e) de la LRJPAC, se denuncia la nulidad de pleno derecho de la Resolución impugnada en la medida en que no es confirmatoria de la aprobación de la propuesta del sistema de contabilidad de costes obtenida por silencio administrativo de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 43.2, 43.3 y 43.4 a) de la LRJPAC.

Cabe recordar, en primer lugar, que, para apreciar si el pretendido vicio determinante de la nulidad resulta patente y notorio, tal y como exige la consolidada doctrina jurisprudencial sobre la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) de la nulidad alegada, será preciso el análisis del contenido del motivo de impugnación con abstracción del fondo del asunto.

En este sentido se expresa la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de marzo de 2001 (RJ 2001\3004) al indicar que:

*“No resulta suficiente por último, en contra de lo que se alega, la simple invocación de la existencia de un vicio de nulidad de pleno Derecho de los acuerdos impugnados para que proceda acordar su suspensión cautelar. Esta Sala tiene declarado que la apariencia de buen Derecho sólo puede admitirse en casos en los que la pretensión del recurrente aparezca justificada en forma manifiesta, sin necesidad de un análisis detenido de la legalidad, que está reservado necesariamente al proceso principal.”*

Además, en el momento de analizar la causa de nulidad alegada por la recurrente debe tenerse en cuenta el criterio de interpretación restrictiva para la apreciación de dicha causa establecido por la jurisprudencia y expuesto, entre otras muchas, en Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de noviembre de 2003 (RJ 2004/402), en cuyo fundamento de Derecho octavo señala lo siguiente:

*“La jurisprudencia, al considerar el aspecto positivo o habilitante del *fumus boni iuris*, advierte frente a los riesgos de perjuicio (Dogma vom Vorwegnahmeverbot en la doctrina alemana), declarando que «la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tomada en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente, pero no [...] al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión en el proceso principal, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a una efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución (RCL 1978\2836), cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito» (autos de 22 de noviembre de 1993 [RJ 1993\8943] y 7 de noviembre de 1995 [RJ 1995\8137] y sentencia de 14 de enero de 1997 [RJ 1997\131], entre otras muchas resoluciones).*

Pues bien, por lo que se refiere al único motivo alegado por ABERTIS para fundamentar la nulidad de pleno derecho de la Resolución impugnada, a saber, la aprobación de una resolución fuera del plazo legalmente establecido sin que sea confirmatoria en su totalidad de la estimación por silencio administrativo de la propuesta presentada por aquélla, es preciso señalar que la concurrencia en el presente caso del vicio invocado no resulta manifiesta o inequívoca, pues se requiriere el análisis de fondo de dicha cuestión a los efectos de determinar si efectivamente tuvo lugar el silencio invocado por la recurrente y si el mismo conllevaría la nulidad de la Resolución posterior dictada por la Comisión.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) en Sentencia de 18 de mayo de 2004 (RJ 2004/4409) para un supuesto similar, señalando que:

*“...hay que significar, por un lado, que la aplicación de la doctrina del *fumus boni iuris* en el incidente de medidas cautelares, esta sujeta, conforme a la doctrina de esta Sala, citada, a ciertos e importantes condicionantes, cuando se trata de su aplicación frente a resoluciones expresas y también porque no, cuando se trata como aquí acontece de la aplicación del silencio positivo, y por otro lado, que es también doctrina reiterada del Tribunal Supremo, la que precisa que la pieza de suspensión o el incidente de medidas cautelares no es el cauce o momento procesal oportuno para resolver la cuestión de fondo, ni por tanto para hacer valoraciones que sean propias del fondo del asunto, pues ello sería tanto como desvirtuar su propia naturaleza y contenido, y el resolver la cuestión de fondo sin trámite de demanda, de prueba y de conclusiones, esto es, sin las garantías y trámites que al efecto ha establecido el Legislador.*

*Es bien cierto que la resolución recurrida, con acierto, precisa que no es el objeto del proceso el determinar si el recurrente tenía no derecho a la licencia, pero no se ha olvidar que el objeto del proceso según la posición de las partes era el determinar si se había o no producido el silencio positivo y el decir si se había o no producido, era y es el objeto de la resolución de fondo y no el de la medida cautelar.*

*Por otro lado se ha de referir que el silencio positivo que el recurrente invoca no aparece de forma manifiesta y cuando han transcurrido los plazos con*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*suficiencia, sino que se produce, según alega el recurrente en la Instancia y admite la Sala en fecha muy próxima, –poco mas de un mes– a la fecha en que se produce la resolución expresa contra el silencio positivo, y además, en momento en que esta en curso el expediente y en el que se esta cumplimentando un trámite de información Pública, al parecer previsto, según dice la Administración, en la Orden que regula el trámite para la autorizaciones de funcionamiento de Hospitales. Y cuando todo ello es así, la existencia o no del silencio positivo dependía o exigía valorar, como ha hecho la resolución impugnada, que el trámite de información publica no era exigido, ni se podía incluir en los supuestos de suspensión del trámite, que el propio artículo 42 de la Ley, que regula el silencio positivo, ha previsto y les otorga el efecto de impedir, que se produzca el silencio positivo, y esas valoraciones no ya no son propias de un incidente de medidas cautelares, sino que son las que corresponde hacer en la sentencia que ponga fin al recurso Contencioso-Administrativo”.*

Teniendo en cuenta todo lo anterior, y haciendo abstracción del análisis detenido de la legalidad del acto impugnado, reservado al procedimiento principal que se hará en la resolución del presente recurso, al analizar el contenido del motivo de nulidad señalado, resulta que la presunta vulneración de preceptos reguladores del procedimiento administrativo alegados de contrario no se deduce a primera vista ni de manera evidente o manifiesta.

Además, aún en el caso hipotético de que en la resolución que se dictara se estimara el incumplimiento del régimen de silencio establecido en la LRJPAC, ello no constituiría causa alguna de nulidad, sino de anulabilidad, conforme al artículo 63.3 de dicha Ley, por lo que no se daría el supuesto del artículo 111.2.b.

### **Tercero.- Sobre los perjuicios que se ocasionan con la ejecución de la Resolución recurrida.**

ABERTIS considera que la ejecución inmediata de la Resolución impugnada ocasionaría perjuicios irreparables tanto a la propia entidad como al interés público, sin hacer determinación alguna del perjuicio concreto que la ejecución le pudiera irrogar ni acompañar prueba alguna que avale sus alegaciones.

Frente a ello, resulta necesario recordar a ABERTIS que el hipotético perjuicio alegado deberá ser manifiesto y concreto, con el fin de su valoración por el órgano competente para resolver el correspondiente recurso, en orden a ponderar el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión pretendida y el perjuicio que causaría a la recurrente la eficacia inmediata del acto recurrido, según dispone el citado artículo 111 de la LRJPAC.

A este respecto cabe señalar, entre otras, lo manifestado por la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su Auto de 3 de junio de 1997 (RJ 1997/5049):



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*"la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado, que la ejecución del acto impugnado (o la vigencia de la disposición impugnada) le pueda ocasionar perjuicios, ni menos que éstos sean de difícil o imposible reparación".*

De igual modo, en su Auto de 26 de marzo de 1998 (RJ 1998\3216), señalaba ese Tribunal que:

*"No basta, por otra parte, que la petición de suspensión vaya acompañada de una expresa manifestación de los perjuicios irreparables que pudieran irrogarse al recurrente caso de no acordarse, siendo necesario según reiterada doctrina de esta Sala que se aporte al menos un principio de prueba de la sobreviniencia de tales perjuicios, o bien que la existencia de los mismos pueda deducirse de la naturaleza del acto impugnado, caso de no accederse a ella. Por otra parte, resulta absolutamente necesario que tales circunstancias sean patentes en el momento de la solicitud de suspensión."*

De esta manera no se aportan datos concluyentes ni se incluyen en su recurso razonamientos patentes y probados del perjuicio concreto que se alega, aún a nivel indiciario, sobre el carácter irreparable de los hipotéticos perjuicios irrogados, cuya existencia no queda, por tanto, debidamente justificada, ni podría deducirse de la Resolución recurrida.

En definitiva, y a los efectos que ahora interesan, no resulta suficiente, en modo alguno, la alegación genérica que se esgrime en su escrito sobre los presuntos perjuicios que se producirían tanto a la recurrente como al interés público con la ejecución de la Resolución impugnada, puesto que se trata de meras manifestaciones de parte carentes de eficacia jurídica a los efectos de prevalecer frente a la eficacia de los actos administrativos en orden a la adopción de una medida cautelar.

De todo lo anterior se desprende que tampoco concurre en el presente caso la circunstancia establecida en el apartado a) del artículo 111.2 de la LRJPAC para que se pueda acceder a la petición de suspensión.

A mayor abundamiento, es preciso señalar que, en el presente supuesto, además de no concurrir ninguna de las circunstancias previstas en las letras a) y b) del artículo 111.2 de la LRJPAC, la ponderación de perjuicios exigible para proceder a la suspensión determina que serían mayores los perjuicios ocasionados al interés público por la suspensión de la ejecución de la Resolución impugnada que los originados a la propia recurrente por la ejecución inmediata de ésta.

Así, ABERTIS no solamente no prueba los perjuicios ocasionados, sino que no tiene en cuenta que la verificación del sistema de contabilidad de costes es un aspecto de especial importancia que, como tal, tiene repercusiones en el mercado en el que interviene la entidad, lo que sin duda afecta de forma relevante y en mayor proporción al interés general.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Es por todo ello que no procede acceder a la solicitud de suspensión planteada por ABERTIS en el recurso de reposición del que trae causa, por lo que la Resolución sobre la propuesta de aquélla de vidas útiles a aplicar en la contabilidad de costes del año 2004 y 2005 (MTZ 2005/389), objeto del presente recurso, es plenamente eficaz desde su notificación al interesado.

En atención a todo lo anterior, y vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

### RESUELVE

**ÚNICO.-** Desestimar la solicitud de suspensión de la eficacia inmediata de la Resolución de esta Comisión, de fecha 21 de julio de 2005, sobre la verificación del sistema de contabilidad de costes de ABERTIS (MTZ 2005/389), incorporada al recurso potestativo de reposición interpuesto por aquélla contra la misma, siendo plenamente eficaz desde su notificación a los interesados.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado 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  
LA VICEPRESIDENTA

Jaime Almenar Belenguer

Elisa Robles Fraga