



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 09/06 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 9 de marzo de 2006, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE DESESTIMA EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA ENTIDAD ABERTIS TELECOM, S.A.U CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 21 DE JULIO DE 2005, SOBRE LA PROPUESTA DE VIDAS ÚTILES A APLICAR EN LA CONTABILIDAD DE COSTES DEL AÑO 2004 Y 2005 (AEM 2005/813).

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad ABERTIS TELECOM, S.A.U. (en adelante, ABERTIS) contra la Resolución de la Comisión, de fecha 21 de julio de 2005, sobre la propuesta de vidas útiles a aplicar en la contabilidad de costes del año 2004 y 2005 (AEM 2005/813), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 9/06 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 9 de febrero de 2006, recaída en el expediente AJ 2005/1256.

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 14 de noviembre de 2003, el Consejo de Ministros acordó la autorización de la operación de concentración consistente en la adquisición por parte de ABERTIS del 100% de las acciones de la entidad Retevisión I, S.A.U, pero subordinada al cumplimiento de determinadas condiciones, entre ellas, la de presentar ante el Servicio de Defensa de la Competencia un plan detallado de actuaciones, así como los plazos para la instrumentación de las condiciones (condición Sexta).

SEGUNDO.- Mediante Resolución de la Directora General de Competencia de fecha 19 de noviembre de 2004, se aprobó el Plan de actuaciones presentado por ABERTIS, en cuyo apartado 2.4, y en virtud de lo dispuesto en la condición Segunda del Acuerdo del Consejo de Ministros sobre la orientación a costes de las tarifas aplicables al acceso o uso de las infraestructuras de difusión de televisión analógica o digital en la Comunidad Autónoma de Cataluña, preveía la presentación a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

plazo de tres meses desde la aprobación del Plan presentado, una propuesta de sistema de contabilidad de costes asumiendo los principios y criterios expuestos en el Plan. Asimismo, ABERTIS se obligaba a remitir a la Comisión la Contabilidad Financiera Auditada correspondiente al año 2003.

TERCERO.- Dando cumplimiento a lo dispuesto en el Plan de Actuaciones, el día 21 de febrero de 2005 tuvo entrada en el Registro de la Comisión la propuesta del Sistema de Contabilidad de Costes de ABERTIS, así como la Contabilidad Financiera Auditada correspondiente al año 2003.

CUARTO.- Posteriormente, con fecha 26 de mayo de 2005, tuvo entrada en el Registro de la Comisión la propuesta de ABERTIS de tipos de amortización a aplicar en la Contabilidad de Costes del año 2004 y 2005, notificándose a dicha entidad el día 30 de mayo de 2005 la apertura del procedimiento relativo a la aprobación de las vidas útiles a aplicar en la referida contabilidad.

En esa misma fecha, ABERTIS presentó en la Comisión la propuesta de tasas anuales de retorno de Retevisión I, S.A.U. (en adelante, Retevisión) y Difusió Digital Societat de Telecomunicacions, S.A. (en adelante, Tradia) a aplicar para el cómputo de los costes de capital en la Contabilidad de Costes de los ejercicios 2004 y 2005.

QUINTO.- Con fecha 21 de julio de 2005, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó una Resolución sobre la propuesta de ABERTIS de vidas útiles a aplicar en la contabilidad de costes del año 2004 y 2005 (AEM 2005/813).

A través del Resuelve Único de la citada Resolución se acordó lo siguiente:

“Declarar aprobadas las vidas útiles propuestas por Abertis Telecom, S.A.U., tanto para el modelo de infraestructuras como para el modelo de equipos, para el cálculo y contabilización de los costes de sus actividades en los ejercicios 2004 y 2005 bajo el estándar de costes corrientes, conforme a los criterios establecidos en la presente Resolución”.

SEXTO.- Mediante escrito de fecha 26 de agosto de 2005, con entrada en el Registro de esta Comisión ese mismo día, el representante de la entidad ABERTIS, interponía recurso potestativo de reposición contra la Resolución de fecha 21 de julio de 2005 mencionada anteriormente.

La entidad solicitante muestra su disconformidad con la Resolución impugnada en la medida en que obliga a ABERTIS a incluir en su propuesta anual de vidas útiles a aplicar en la contabilidad de costes, las vidas útiles de los equipos necesarios para prestar el servicio de interconexión, es decir, multiplexores y antenas, conceptos que, sin embargo, no se incluyeron en la propuesta presentada por ABERTIS.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Alega la entidad que, habiendo transcurrido más de tres meses desde la presentación de la propuesta del Sistema de Contabilidad de Costes (21 de febrero de 2005) hasta la fecha de la Resolución sobre la propuesta de vidas útiles (21 de julio de 2005), esta última resultaba nula de pleno de derecho en virtud del 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 cuanto no era en su totalidad confirmatoria de la propuesta aprobada por silencio positivo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43.2 de la LRJPAC.

Además, en dicho recurso se solicitaba a través del primer otrosí digo la suspensión de la Resolución impugnada, a fin de evitar los perjuicios irreparables que se seguirían tanto a ABERTIS como al interés público por la eficacia inmediata del acto impugnado.

SÉPTIMO.- En la Resolución del Consejo de la Comisión de fecha 22 de septiembre de 2005, se denegó la petición de suspensión solicitada por la entidad ABERTIS en su recurso de reposición, por no concurrir los presupuestos exigidos en el artículo 111 de la LRJPAC para su adopción.

OCTAVO.- En sesión celebrada el día 2 de febrero de 2006, el Consejo de la Comisión aprobó la Resolución por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de transmisión de señales de televisión, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea.

En esta Resolución se acuerda considerar que ABERTIS tiene poder significativo en el mercado nacional del servicio portador de difusión de televisión por ondas terrestres, imponiéndole, entre otras, la obligación de ofrecer los servicios de acceso a precios orientados en función de los costes de producción y de separar sus cuentas en relación con las actividades de acceso.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación del escrito.

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.

La recurrente califica expresamente su escrito como recurso potestativo de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, las Resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar el escrito presentado por ABERTIS como recurso potestativo de reposición que se interpone contra la Resolución de esta Comisión de fecha 21 de julio de 2005, sobre la propuesta de aquélla de vidas útiles a aplicar en la contabilidad de costes del año 2004 y 2005.

SEGUNDO.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la 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 interesado 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 ABERTIS para la presentación del recurso potestativo de reposición interpuesto.

TERCERO.- 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.

CUARTO.- Admisión a trámite.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJPAC, los recursos de reposición que interpongan los interesados habrán de fundarse en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de esta Ley.

El escrito presentado por ABERTIS, además de cumplir los requisitos del artículo 107.1, cumple igualmente con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y ha sido presentado en el plazo previsto en el artículo 117.1 de la misma Ley, por lo que debe admitirse a trámite.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

Único.- Sobre la supuesta nulidad de la Resolución impugnada por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La entidad ABERTIS invoca la nulidad de pleno derecho de la Resolución de 21 de julio de 2005, sobre la propuesta de vidas útiles a aplicar en la contabilidad de costes del año 2004 y 2005, por entender que aquélla, en la medida en que introduce modificaciones en la propuesta que presentó la entidad el día 21 de febrero de 2005, habría revocado el acto de aprobación por silencio administrativo positivo de la propuesta de ABERTIS, sin seguir el procedimiento legalmente establecido para ello (artículo 62.1 e) de la LRJPAC).

Concretamente, señala la entidad recurrente que, habiéndose presentado en aquella fecha la propuesta del Sistema de Contabilidad de Costes, el plazo para la resolución del procedimiento vencía a los tres meses, es decir, el día 21 de mayo de 2005, por lo que la Resolución de 21 de julio de 2005, posterior a esta fecha, sin que se hubiera producido ningún acto expreso de suspensión o ampliación del plazo máximo para resolver, únicamente hubiera sido válida de ser confirmatoria en todos sus extremos de la propuesta presentada por ABERTIS. De ahí que, a juicio de la entidad, en la medida en que la Resolución impugnada obligaba a la operadora a incluir en su propuesta anual de vidas útiles las de los equipos necesarios para prestar el servicio de interconexión, la Comisión estaba revocando la verificación obtenida por silencio administrativo omitiendo el procedimiento legalmente establecido para ello.

Para dar respuesta a los razonamientos anteriores, es preciso partir, en primer lugar, de la consideración fáctica relativa a la distinción entre las diversas propuestas presentadas por ABERTIS, referidas, por un lado, al Sistema de Contabilidad de Costes a emplear por dicha entidad y, por otro, a las vidas útiles y tasas de retorno a aplicar en la contabilidad de costes del año 2004 y 2005.

Tal y como se ha expuesto en los antecedentes de hecho de la presente Resolución, el Plan de actuaciones de ABERTIS aprobado por la Dirección General de Defensa de la Competencia obligaba en su apartado 2.5 a esta entidad a presentar ante la Comisión, en el plazo de tres meses, para su aprobación, una propuesta del Sistema de Contabilidad de Costes, y a remitir la Contabilidad financiera auditada correspondiente al año 2003.

En cumplimiento de ello, ABERTIS presentó en la Comisión el día 21 de febrero de 2005 una propuesta del Sistema de Contabilidad de Costes, así como la Contabilidad Financiera Auditada del año 2003, dando lugar a la apertura del procedimiento de verificación de la propuesta del Sistema de Contabilidad de Costes, tramitado bajo el número de expediente MTZ 2005/389, y que concluyó mediante Resolución del Consejo el día 21 de julio de 2005.

Por lo que se refiere a la propuesta de vidas útiles a aplicar en la contabilidad de costes del año 2004 y 2005, su presentación el día 26 de mayo de 2005 tuvo lugar no en cumplimiento de un mandato expreso contenido en el Plan de actuaciones de ABERTIS, sino en atención a la indicación realizada por la Comisión, eso sí, en tanto que garante del cumplimiento de los principios y



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

criterios del sistema de contabilidad de costes recogidos en el Plan de Actuaciones.

En efecto, en el informe preliminar de los Servicios de la Comisión correspondiente al expediente de verificación del sistema de contabilidad de costes (MTZ 2005/389) se señaló que ABERTIS debería presentar en el plazo máximo de 10 días hábiles a contar desde la notificación de la Resolución de dicho expediente, la propuesta de vidas útiles a aplicar en el sistema contable correspondiente a los ejercicios 2004 y 2005, así como la propuesta de coste medio ponderado del capital (WACC) para dichos ejercicios, correspondiendo a la Comisión la aprobación, con carácter anual, para los sucesivos ejercicios, de las propuestas que ABERTIS realizara para las vidas útiles y la WACC.

Si bien dicha obligación de presentar las vidas útiles y las tasas anuales de retorno nacería, según el informe de los Servicios, a partir de la fecha de notificación de la Resolución que pusiera fin al procedimiento de verificación del Sistema de Contabilidad de Costes, dada la indicación formulada en el referido informe, la entidad ABERTIS procedió *motu proprio* a presentar aquellas propuestas el día 26 de mayo de 2005. La presentación de dichas propuestas dio lugar a la apertura de sendos procedimientos tramitados bajo los números de expediente AEM 2005/813 y AEM 2005/817.

Es cierto que la obligación de ABERTIS de presentar la propuesta de vidas útiles y tasas anuales de retorno se introdujo en el expediente de verificación del Sistema de Contabilidad de Costes, pero ello no puede llevar al entendimiento de que el plazo para resolver sobre la propuesta presentada por ABERTIS el día 26 de mayo de 2005 vencía, como pretende la recurrente, el día 21 de mayo de 2005, pues en esta fecha ABERTIS no había presentado aún la propuesta y, por tanto, no había tenido lugar la apertura del procedimiento administrativo correspondiente para su aprobación.

Tal y como se señala en la Resolución sobre la verificación del Sistema de Contabilidad de Costes, el procedimiento abierto como consecuencia de la propuesta del Sistema de Contabilidad de Costes presentada por ABERTIS tenía por objeto aprobar dicho sistema, garantizando que el acceso o uso por terceros de las infraestructuras de difusión de televisión terrestre propiedad de Retevisión y Tradia en la Comunidad Autónoma de Cataluña tuviera lugar en condiciones transparentes y no discriminatorias y con tarifas orientadas a costes y, por tanto, de acuerdo con los principios y criterios de contabilidad de costes establecidos en el Plan de Actuaciones de ABERTIS.

Para el cumplimiento de dichas condiciones, en el Plan de Actuaciones de ABERTIS, se establecieron los principios que habían de respetarse por el Sistema de Contabilidad de Costes (causalidad, objetividad, transparencia, auditabilidad, desagregabilidad, neutralidad, consistencia, suficiencia y no compensación), valiéndose la Comisión para su verificación de los Principios,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Criterios y Condiciones para el desarrollo del sistema de contabilidad costes fijados en las Resoluciones de 15 de julio de 1999 y 27 de julio de 2000¹.

Se trataba, pues, de que ABERTIS presentara un modelo de contabilidad de costes que se adaptara a los principios y criterios establecidos en su Plan de Actuaciones.

Por el contrario, la presentación de las propuestas de vidas útiles y tasas anuales de retorno era consecuencia de la aplicación de los principios citados por los que debía regirse el Sistema de Contabilidad de Costes de ABERTIS, y requería del análisis de las propuestas en relación con ejercicios económicos concretos (2004 y 2005). Ello explica que tales propuestas se presentaran con posterioridad a la presentación del Sistema de Contabilidad de Costes y como consecuencia de lo dispuesto en el marco del expediente relativo a la verificación de dicho Sistema.

Por ello, con independencia de la interrelación entre todas ellas, las tres propuestas presentadas por ABERTIS dieron lugar a la apertura de procedimientos administrativos distintos, correspondientes a la verificación del Sistema de Contabilidad de costes, a la aprobación de las vidas útiles y a la de las tasas anuales de retorno, tramitados bajo expedientes diferentes (MTZ 2005/389, AEM 2005/813 y AEM 2005/817, respectivamente), y con distintas fechas de inicio del cómputo del plazo para resolver (21 de febrero de 2005, en el supuesto de la verificación del Sistema de Contabilidad de Costes, y 26 de mayo de 2005, en el de las vidas útiles y las tasas anuales de retorno).

Aclarada la cuestión anterior, resulta conveniente analizar si se ha producido con la aprobación de la Resolución de 21 de julio de 2005 sobre las vidas útiles a aplicar en la contabilidad de costes del año 2004 y 2005, acto de revocación alguno de la aprobación en su totalidad por silencio administrativo de la propuesta presentada por ABERTIS el día 26 de mayo de 2005.

El nuevo régimen de silencio administrativo introducido en la LRJPAC por la Ley 4/1999 viene a sentar como regla general para los supuestos de falta de resolución expresa de los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, la estimación por silencio administrativo de aquélla, efectos que, en ningún caso, resultarían eximentes de la obligación de la Administración de dictar una resolución posterior expresa confirmatoria del silencio positivo.

En efecto, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 42.1 de la LRJPAC, que señala que la Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos, el artículo 43.1 establece que el vencimiento del plazo máximo sin haberse dictado resolución expresa legitima a los interesados que hubieran deducido su solicitud para entender estimada ésta en todos los

¹ Estas Resoluciones fueron dictadas en desarrollo de los artículos 13 y 14 del Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio, que aprobaba el Reglamento de desarrollo del Título II de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en lo relativo a la Interconexión y al acceso a las redes públicas y a la numeración. Estos preceptos, junto con el artículo 13 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, aparecen citados en el Plan de Actuaciones de ABERTIS en lo relativo a la orientación de los precios a costes.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

casos, sin perjuicio de la resolución posterior que la Administración deba dictar que, según el apartado cuarto del artículo 43, habrá de ser confirmatoria del acto administrativo producido por silencio.

Además, es preciso tener en cuenta la fecha a partir de la cual se computa el plazo para resolver, que, tal y como indica el artículo 42.3 de la LRJPAC, en los procedimientos iniciados a solicitud de interesado es aquella en la que la solicitud tiene entrada en el registro del órgano competente para su tramitación.

En este punto, debe reiterarse que, si bien la propuesta de Sistema de Contabilidad de Costes de ABERTIS, así como la Contabilidad Financiera Auditada correspondiente al año 2003 y la propuesta de Condiciones Tipo de Referencia, se recibió en el Registro de la Comisión el día 21 de febrero de 2005, la propuesta relativa a los tipos de amortización a aplicar en la Contabilidad de Costes del año 2004 y 2005, tuvo entrada en dicho Registro el día 26 de mayo de 2005, comenzando en todo caso este día el cómputo del plazo para que la Comisión se pronunciara al respecto de las vidas útiles a aplicar en la contabilidad de costes.

Por tanto, habiéndose presentado las propuestas de vidas útiles y las tasas anuales de retorno el día 26 de mayo de 2005, el plazo para resolver sobre las citadas propuestas concluía el día 25 de agosto de 2005, por lo que las Resoluciones de 21 de julio de 2005 recaídas en relación con las citadas propuestas se aprobaron dentro del plazo general de tres meses previsto en el artículo 42.3 de la LRJPAC.

Sin perjuicio de todo lo anterior, ha de señalarse que la regla del silencio positivo contemplada en el artículo 43.2 de la LRJPAC no resulta de aplicación en los tres procedimientos abiertos como consecuencia de la presentación de las propuestas de vidas útiles, tasas anuales de retorno y Sistema de Contabilidad de Costes.

Y es que, de acuerdo con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, la regla contenida en el artículo 43.2 de la LRJPAC ha de ser interpretada dentro del conjunto de las normas contenidas en la LRJPAC (especialmente, los artículos 62.1 f), 62.2 y 63.1), sin que, en ningún caso, de su aplicación puedan derivarse situaciones contrarias al ordenamiento jurídico.

Resulta clarificadora la Sentencia de fecha 4 de abril de 1997 (RJ 1997/2745), en la que el citado Tribunal afirmaba 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 porque puede dar lugar a que aquella pasividad de la Administración se convierta en una decisión que vulnere el ordenamiento jurídico (SSTS 28 octubre 1988 [RJ 1988\8297] y 19 noviembre 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

administrativo lo que no puede expresamente concederse por resultar contrario al ordenamiento jurídico”.

Debe tenerse en cuenta, de acuerdo con ello, que no se trata en el presente supuesto de una solicitud formulada por un interesado que, reuniendo los requisitos para el ejercicio de una facultad o de un derecho, se ve privado de una respuesta a tiempo que le impide ejercitar debidamente el mismo, sino de la presentación por un operador de unas propuestas que deben obedecer y respetar los Principios y Criterios fijados en el Plan de Actuaciones aprobado por la Dirección General de Competencia, sin cuyo cumplimiento, a verificar por la Comisión, no pueden, en ningún caso, entenderse estimadas aquéllas, puesto que ello daría lugar a la aprobación de propuestas que, incumpliendo la obligación de orientación a costes, se entenderían válidas en su integridad únicamente por el hecho de que su verificación no hubiera tenido lugar dentro del plazo legalmente establecido, todo ello con el correspondiente perjuicio para posibles terceros interesados y para el interés público que se derivaría de la aplicación automática de la regla del silencio administrativo.

Sobre la naturaleza de la solicitud susceptible de ser aprobada por silencio administrativo, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la Sentencia de 28 de octubre de 1988 (RJ 1988/8297) señalando lo siguiente:

*“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** -artículo 95 de la Ley de Procedimiento Administrativo (RCL 1958\1258, 1469, 1504; RCL 1959\585 y NDL 24708)- **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 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas de 30 de noviembre de 1961 (RCL 1961\1736 y NDL 16641) cuya naturaleza reglada permite el juego del silencio positivo** -artículo 33.4 del citado Reglamento-.*

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 de que se trate- y materiales -que el resultado no vulnere el ordenamiento jurídico-**.*

En los mismos términos se pronuncia la Sentencia de fecha 22 de diciembre de 2003 (RJ 2003/9150), posterior a la introducción de la regla general del silencio positivo por la Ley 4/1999.

Pues bien, analizado el marco regulatorio en materia de control de precios y de contabilidad de costes que justificó la imposición a ABERTIS de la obligación de presentar a la Comisión las propuestas del Sistema de Contabilidad de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Costes, así como de las vidas útiles y tasas de retorno a aplicar en la contabilidad de costes del año 2004 y 2005, se llega a la conclusión de que las propuestas presentadas por aquella entidad no reúnen las características de una solicitud susceptible de otorgarse por silencio administrativo.

Como se ha puesto de manifiesto, las obligaciones que se desprendían para ABERTIS tanto del Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de noviembre de 2003 como del Plan de Actuaciones aprobado por la Dirección General de Competencia, y en particular, la de orientación de los precios a costes, tenían su origen en una operación de concentración económica sometida a una autorización del Consejo de Ministros que requería la observancia de determinados principios y criterios con el fin de garantizar que el mercado de actuación de las compañías intervinientes en el mismo no se viera afectado por aquella operación.

Cierto es que no se trata de una obligación de orientación a costes impuesta directamente por la Comisión como consecuencia de su habilitación para la declaración del poder significativo de un operador en un mercado concreto al amparo de la legislación de telecomunicaciones, pero tanto el Acuerdo del Consejo de Ministros como el Plan de Actuaciones de ABERTIS habilitaban a la Comisión, en tanto que garante del desarrollo de los mercados de telecomunicaciones en un entorno de competencia efectiva, para vigilar el cumplimiento por ABERTIS de lo establecido en tales disposiciones al amparo de la normativa sectorial.

Así, concretamente, se alude en aquel Plan a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), con arreglo al cual la Comisión podrá imponer a los operadores que hayan sido declarados con poder significativo en el mercado obligaciones en materia de transparencia, no discriminación, separación de cuentas, acceso a recursos específicos de las redes y control de precios, tales como la orientación de los precios en función de los costes y contabilidad de costes, para evitar precios excesivos o la compresión de los precios en detrimento de los usuarios finales.

Se hace mención también a lo dispuesto en los artículos 13 y 14 del Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio, por el que se aprobaba el Reglamento de desarrollo del Título II de la anterior Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones².

En tales preceptos se preveía la obligación de los operadores dominantes de atenerse, en la fijación de sus precios de interconexión, a los principios de transparencia y de orientación a costes, para lo cual debían presentar, anualmente, a la Comisión, su contabilidad de costes, así como a los principios relativos al sistema de contabilidad de costes, los cuales serían fijados por la Comisión, y cuyo cumplimiento sería comprobado por el propio Organismo al

² La Disposición Transitoria Primera de la LGTel, en su apartado tercero, mantenía la vigencia del Reglamento de desarrollo de la Ley 11/1998 en lo relativo a la interconexión y acceso a las redes públicas y numeración en tanto no se aprobaran las normas de desarrollo del Título II de la Ley.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

examinar el sistema de contabilidad de costes que aquellos operadores estaban obligados a presentar antes de su puesta en marcha.

Estos preceptos han sido derogados (Disposición Derogatoria Única) por el nuevo Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración (en adelante, Reglamento de Mercados), que en sus artículos 11 (mercados al por mayor), 19 y 20 (mercados al por menor) viene a desarrollar lo dispuesto en el artículo 13 de la LGTel antes mencionado, relativo a las obligaciones sobre control de precios y contabilidad de costes.

En el primero de ellos se alude a que en los casos en los que se imponga a un operador la obligación de que sus precios se atengan al principio de orientación a costes como consecuencia de la constatación de la inexistencia de competencia efectiva en un mercado al por mayor, la Comisión determinará el sistema de contabilidad de costes que deberá aplicarse, en cuyo caso, el operador deberá encargar a una entidad cualificada e independiente, con periodicidad anual, una auditoría que compruebe la aplicación de dicho sistema y presentarla a la Comisión antes del 31 de julio de cada año.

En los artículos 19 y 20 se establece, asimismo, que impuesta por la Comisión la obligación de que un operador oriente sus precios a costes en un mercado al por menor, este Organismo exigirá la aplicación de los correspondientes sistemas de contabilidad de costes que sean necesarios y apropiados, resultando el operador obligado también a encargar a una entidad cualificada e independiente, con periodicidad anual, la comprobación de la aplicación de los mencionados sistemas, con la obligación de que se publique antes del 31 de julio de cada año el informe correspondiente que contenga la declaración de conformidad.

Puede observarse cómo, si bien no en idénticos términos a los de la normativa anterior, tanto la LGTel como el Reglamento de Mercados atribuyen a la Comisión la facultad de velar por la existencia de competencia efectiva en los mercados, de modo que en los casos en los que, como consecuencia del análisis y definición de los mismos, se verifique la inexistencia de un entorno competitivo, este Organismo podría imponer a los operadores designados con poder significativo en el mercado la obligación de orientar sus precios a costes.

Precisamente en aplicación del nuevo régimen introducido por la LGTel en relación con el análisis y definición de los mercados de referencia, se ha aprobado recientemente (2 de febrero de 2006) por la Comisión la Resolución que aprueba la definición y análisis del mercado de transmisión de señales de televisión, en la que se declara a ABERTIS con poder significativo en dicho mercado y se le impone, de acuerdo con lo señalado en los artículos 9 y 11 del Reglamento de Mercados, la obligación de orientar sus precios en función de los costes de producción y la obligación de separación de cuentas.

Así pues, la obligación de orientación a costes de los precios ofrecidos por un operador encuentra su fundamento último en la necesidad de garantizar que un



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mercado se desenvuelve en términos de competencia real, evitando con ello, tal y como cita el artículo 13 de la LGTel, *“precios excesivos o la compresión de los precios en detrimento de los usuarios finales”*. De ahí que pueda hablarse de la existencia de un interés público en que los precios ofrecidos por un operador con poder significativo en el mercado se orienten a costes.

A este fundamento alude también la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva de Acceso), que en su Considerando 20, señala que: *“Las medidas de control de precios pueden ser necesarias cuando el análisis del mercado ponga de manifiesto la ineficacia de la competencia en un sector concreto. La intervención reguladora puede ser relativamente leve, como en el caso de la obligación de fijar precios razonables para la selección del operador que establece la Directiva 97/33/CE, o revestir una envergadura mucho mayor, como ocurre con la orientación de los precios en función de los costes, a fin de justificarlos plenamente en los casos en los que la competencia no esté lo suficientemente desarrollada para evitar una tarificación excesiva.”*

En definitiva, todo lo anterior explica que ABERTIS debiera dar cumplimiento a la obligación de orientación a costes de sus precios atendiendo a los mismos Principios y Criterios del Sistema de Contabilidad de Costes fijados por la Comisión, eso sí, todo ello en aras de aplicar debidamente el mandato contenido en el Acuerdo del Consejo de Ministros y en el Plan de Actuaciones aprobado por la Dirección General de Competencia.

Tras el análisis efectuado por la Comisión de la propuesta de vidas útiles presentada por ABERTIS, se estimó, frente a la consideración de la operadora de que los equipos de transporte y difusión no habían repercutido a las tarifas de los servicios al no afectar al acceso o uso de las infraestructuras de difusión de televisión, que el Acuerdo del Consejo de Ministros contemplaba dos modalidades de acceso o uso de las infraestructuras, la coubicación y la interconexión y/o acceso, de modo que, aunque en la primera de ellas el operador solicitante había de ubicar todos los equipos necesarios para difundir la señal en el espacio físico disponible en las infraestructuras de ABERTIS, en el supuesto de la interconexión y/o acceso, tanto el operador solicitante del acceso como ABERTIS debían compartir el multiplexor y el sistema radiante (siempre que los canales emitidos se ciñeran al mismo ámbito de cobertura y se dieran las condiciones técnicas adecuadas), debiendo coubicar el resto de los equipos el operador solicitante. En esta última modalidad, los dos elementos citados (multiplexores y antenas) sí afectaban al uso de las infraestructuras, por lo que se consideró necesario que ABERTIS incluyera en su propuesta anual de vidas útiles a aplicar en la contabilidad de costes, las vidas útiles de los equipos necesarios para prestar el servicio de interconexión, es decir, los multiplexores y antenas.

La propuesta de Sistema de Contabilidad de Costes que ABERTIS presentó a la Comisión en el seno del expediente sobre la verificación de la misma (MTZ 2005/389) no contenía referencia alguna a los servicios de interconexión y/o



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

acceso que pudiera prestar ABERTIS en el marco de sus Condiciones Tipo de Referencia, ya que esta última entendía que tales servicios de interconexión y/o acceso deberían *“ser objeto de un tratamiento individualizado para cada solicitud por las especiales características en que la misma debe ofrecerse”*, es decir, que la operadora entendía que existía una elevada heterogeneidad en los servicios de interconexión que podían requerirse, por lo que resultaba complejo incorporarlos en las Condiciones Tipo.

Sin embargo, este razonamiento no fue aceptado por la Comisión, por los siguientes motivos:

“En primer lugar, porque unas Condiciones Tipo de Referencia relativas al suministro de determinados servicios por parte de ABERTIS han de incluir una definición clara y precisa de los servicios que se ofrecen, así como los servicios asociados necesarios para su prestación efectiva, con un nivel de detalle suficiente en las condiciones técnicas y económicas de dicho suministro.

En segundo lugar, porque según las condiciones generales de acceso del Plan de Actuaciones, ABERTIS ha de implantar en sus redes los medios necesarios para la provisión del acceso, suministrando a los operadores recursos equivalentes a los que se proporciona a sí misma o a sus filiales o participadas, en las mismas condiciones y plazos. Por ello, ABERTIS no puede alegar que existe una complicada casuística en los requisitos de interconexión que pueden solicitarle para no definir estos servicios de interconexión, puesto que al menos debe incluir en su oferta tipo aquellas condiciones de interconexión a los equipos multiplexores y sistemas radiantes equivalentes a lo que ella misma realiza para la prestación de su propio servicio de difusión a operadores de televisión”.

De acuerdo con ello, la Resolución sobre verificación del Sistema de Contabilidad de Costes presentado por ABERTIS, señaló que:

“Los servicios de interconexión y/o acceso, como se ha argumentado anteriormente, forman parte de los servicios de acceso o uso de infraestructuras cuya prestación es obligatoria por ABERTIS según la Condición Segunda del Acuerdo y el Plan de Actuaciones aprobado.

Por lo tanto, es preciso que se modifique el sistema de contabilidad de costes de ABERTIS para que incluya la prestación de los servicios de interconexión y/o acceso en los multiplexores y antenas.”

La inclusión de tales elementos (multiplexores y antenas) referidos a la interconexión y/o acceso obedecía, pues, a la necesidad de aprobar una propuesta que reflejara el cumplimiento del principio de orientación a costes, pues debe pensarse que la falta de consideración de estos conceptos dejaría fuera de comprobación por la Comisión los precios que ABERTIS cobraría al operador solicitante del acceso por la prestación de aquellos servicios, lo que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

supondría, en último término, poner en riesgo la observancia del referido principio fijado ya no solo en el Acuerdo del Consejo de Ministros y en el Plan de Actuaciones de ABERTIS, sino también en la normativa enunciada sobre la obligación de orientación a costes en materia de acceso e interconexión.

Resulta, así, plenamente justificada la correspondencia entre la obligación de presentar una propuesta de vidas útiles que comprendiera las vidas de los equipos necesarios para prestar el servicio de interconexión y el cumplimiento de las normas relativas a la orientación de los precios a costes, de modo que verificada por la Comisión la falta de cumplimiento por ABERTIS de tales normas, este Organismo estaba plenamente legitimado para obligar a ABERTIS a incluir en su propuesta los multiplexores y antenas.

No estamos, por tanto, ante el supuesto de una mera solicitud en la que el interesado reúne todos los requisitos para obtener una licencia o autorización, en cuyo caso, la falta de respuesta a tiempo sobre la misma daría lugar a su estimación y ésta afectaría sólo al solicitante, sino ante una propuesta de vidas útiles que no contenía todos los elementos que habrían de incluirse en la misma para entender ajustado a costes el modelo presentado por ABERTIS, por lo que su aprobación por el mero transcurso del plazo legalmente establecido sería contraria al ordenamiento jurídico y a los intereses del resto de los afectados.

Dicho lo anterior, tampoco debió, como señala la recurrente, en el presente supuesto, haberse seguido el procedimiento de revocación de actos contemplado en la LRJPAC, pues debe entenderse que, dando lugar la producción del silencio administrativo a un resultado contrario al ordenamiento jurídico, aquél no llegó a producirse en ningún caso.

Así lo ha entendido el Tribunal Supremo al señalar en Sentencia de 12 de diciembre de 2001 (RJ 2002/1121) lo siguiente:

“Pues bien, siendo así las cosas, ninguna duda cabe de que la petición de licencia de primera utilización era disconforme a Derecho, porque se hacía cuando aún no se había concedido la petición de modificación de licencia de obras, siendo así que una de las finalidades de la licencia de primera utilización es la comprobación de que las obras realizadas se han ajustado a la licencia. La petición de licencia de primera utilización se hacía cuando aún no podía realizarse, y, en consecuencia, no pudo obtenerse por silencio positivo, en virtud de lo dicho en el artículo 242.6 del Texto Refundido citado, precepto infringido por la sentencia impugnada. No es que (como dice la resolución recurrida) el acto ganado por silencio puede ser nulo o anulable, sino que esa disconformidad a Derecho obstaculiza la producción del silencio, impide la existencia misma del acto presunto.

Y frente a ello no es atendible ni el argumento de que solamente las infracciones graves o productoras de nulidad de pleno derecho puedan impedir la producción del silencio positivo

...



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como la licencia no se obtuvo por silencio positivo, la Administración pudo (como hizo) denegarla expresamente, por unas causas que en absoluto han sido contradichas eficazmente por la mercantil actora. (Nos remitimos de nuevo a los informes obrantes a los folios 265 y 266 del expediente administrativo)".

De este modo se pronuncia también la Sentencia de 29 de abril de 1996 (RJ 1996/3382).

Únicamente, por tanto, hubiera sido necesario un acto de revocación expreso por parte de la Comisión para dictar la Resolución ahora impugnada, en el caso de que se hubiera producido efectivamente el silencio positivo, lo que, sin embargo, en el presente caso, no ha tenido lugar de acuerdo con lo ya anteriormente expuesto.

En último término, debe destacarse que el propio Plan de Actuaciones de ABERTIS contempla la facultad de la Comisión de modificar los criterios y/o principios de la contabilidad de costes establecidos en el Plan de Actuaciones en cualquier momento con la finalidad de garantizar el cumplimiento de lo establecido en la Condición Segunda del Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de noviembre de 2003, lo que evidencia que, incluso con posterioridad a la presentación por ABERTIS de sus respectivas propuestas, la Comisión podía introducir variaciones en los criterios y principios fijados, con el fin último de garantizar el correcto cumplimiento por la operadora de la obligación de orientar sus precios a costes.

Ello resulta plenamente acorde con lo dispuesto en el artículo 13.3 *in fine* de la Directiva de Acceso, que señala que *"las autoridades nacionales de reglamentación podrán exigir a un operador que justifique plenamente los precios que aplica y, cuando proceda, ordenarle que los modifique"*.

Habida cuenta de todo lo anterior, en la medida en que la Resolución de 21 de julio de 2005 ahora recurrida se aprobó dentro del plazo de tres meses para resolver desde la presentación de la propuesta de vidas útiles el día 26 de mayo de 2005, no puede tener acogida el recurso de reposición interpuesto por ABERTIS contra dicha Resolución.

En atención a ello, y vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar en su totalidad el recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución de esta Comisión, de 21 de julio de 2005, sobre la propuesta de Abertis Telecom, S.A.U. de vidas útiles a aplicar en la contabilidad de costes del año 2004 y 2005 (AEM 2005/813), Resolución que se confirma en sus propios términos.

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 puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera