



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 número 27/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 26 de julio de 2007, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN RELATIVA A LA PETICIÓN DE SUSPENSIÓN SOLICITADA POR ABERTIS TELECOM, S.A.U. EN SU RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 14 DE JUNIO DE 2007 POR LA QUE SE APROBÓ EL SISTEMA DE CONTABILIDAD DE COSTES NACIONAL DE ABERTIS TELECOM, S.A.U. (AJ 2007/885).

En relación con la solicitud de suspensión incorporada al recurso potestativo de reposición interpuesto por ABERTIS TELECOM, S.A.U. (en adelante, ABERTIS) contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 14 de junio de 2007, por la que se aprueba el Sistema de Contabilidad de Costes Nacional de ABERTIS TELECOM, S.A.U., el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión número 27/07 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución de 14 de junio de 2007.

Con fecha 14 de junio de 2007, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó una Resolución por la que se procedió a aprobar el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sistema de Contabilidad de Costes Nacional de ABERTIS TELECOM, S.A.U.; dicho procedimiento fue tramitado en el Expediente número MTZ 2007/298.

La citada Resolución acordaba en su RESUELVE lo siguiente:

<<Primero.- Aprobar el Sistema propuesto por Abertis Telecom, S.A.U. con las modificaciones indicadas en el apartado IV "Modificaciones al Sistema de Contabilidad de Costes propuesto por Abertis", las cuales deberán ser introducidas y aplicadas para la presentación de los resultados del ejercicio 2006 y sucesivos tanto en estándar de costes históricos como en el estándar de costes corrientes.

Segundo.- Abertis Telecom, S.A.U. deberá presentar los resultados auditados correspondientes al ejercicio 2006 en un plazo máximo de 4 meses a contar desde la fecha de aprobación de la Resolución del WACC correspondiente al ejercicio 2006, incorporando las modificaciones descritas en el apartado IV de la presente Resolución.

Tercero.- Abertis Telecom, S.A.U. deberá presentar para cada ejercicio contable un documento anexo al MICC en el que se indiquen las modificaciones realizadas en el Sistema de Contabilidad de Costes con respecto al ejercicio anterior.

Cuarto.- Abertis Telecom, S.A.U. deberá aportar a esta Comisión en formato electrónico y de forma conjunta con los resultados correspondientes al ejercicio 2006 las fichas técnicas de cada uno de los emplazamientos en los términos descritos en el apartado IV.5 de la presente Resolución, excepto aquellos relacionados con el diagrama de radiación y el plano vertical y sección horizontal de la torre. En particular, toda vez que se introduzca alguna modificación en alguno de los parámetros restantes, Abertis Telecom, S.A.U. deberá aportar en un plazo máximo de tres días desde su modificación, las actualizaciones pertinentes al objeto de que esta Comisión disponga de una base de datos actualizada.>>

SEGUNDO.- Recurso de reposición interpuesto por ABERTIS.

Con fecha 24 de julio de 2007 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión un escrito presentado por el representante de ABERTIS, en virtud del cual interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución de 14 de junio de 2007 a la que se refiere el antecedente de hecho anterior.

La entidad recurrente muestra su disconformidad con dicha Resolución e invoca su nulidad de pleno derecho de acuerdo con lo establecido en el artículo 62.1, a) y e), de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

adelante, LRJPAC), sobre la base de, fundamentalmente, los siguientes argumentos:

- Que su propuesta inicial garantizaba adecuadamente y sin restricciones el acceso de terceros operadores a sus infraestructuras, y en general al mercado de difusión. En apoyo de esta afirmación ABERTIS expone pormenorizadamente determinados aspectos técnicos, económicos y contables de su red, y critica algunas modificaciones introducidas por esta Comisión a su Sistema de Contabilidad de Costes Nacional mediante la Resolución impugnada, sobre la base de los antes citados argumentos técnicos, económicos y contables.
- Asimismo ABERTIS entiende que la Resolución de 14 de junio de 2007 le impone adicionalmente una obligación de información a esta Comisión de las fichas técnicas de todos sus emplazamientos y de las modificaciones en los mismos, que en la práctica supondría una nueva obligación de publicar una "Oferta de Referencia", lo cual no estaría incluido en la obligación de transparencia contenida en la Resolución del Consejo de esta Comisión de 2 de febrero de 2006 por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de transmisión de señales de televisión, la designación de los operadores con peso significativo de mercado, y la imposición de obligaciones específicas, y se acordó su notificación a la Comisión Europea (Mercado 18).

Esta obligación se habría adoptado en el marco del procedimiento de aprobación del sistema de contabilidad de costes de ABERTIS, es decir, de manera extemporánea y sin seguir el procedimiento específico legalmente establecido, sin trámite de consulta pública ni de audiencia a los interesados, es decir, vulnerando las normas que regulan el procedimiento legalmente establecido para la imposición de obligaciones regulatorias *ex ante*.

En concreto se estaría vulnerando lo establecido en los artículos 10 y 13 y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, la LGTel), y en los artículos 5 y 7 del Reglamento sobre Mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (en adelante, el Reglamento de Mercados).

ABERTIS pone también en tela de juicio tanto la idoneidad del sistema de información de sus emplazamientos (las fichas técnicas) como la imposibilidad de cumplir con los plazos establecidos para comunicar dichas fichas y sus modificaciones.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- ABERTIS estima que al haberse adoptado dicha medida regulatoria *ex ante* de manera extemporánea y sin seguir el procedimiento específico legalmente establecido, y sin trámite de consulta pública ni de audiencia a los interesados respecto de esa concreta obligación impuesta, se habría vulnerado el procedimiento legalmente establecido, provocando además la indefensión de la recurrente, por lo que se habría infringido el artículo 84 de la LRJPAC y el artículo 24 de la Constitución Española.

Por todo lo expuesto, ABERTIS finaliza su escrito de interposición del recurso de reposición solicitando lo siguiente:

1. Que se estime su recurso de reposición y, en consecuencia:
 - Que se modifiquen determinados aspectos técnicos, económicos y contables expuestos en el Motivo Material Primero de su recurso de reposición.
 - Que se declare la nulidad parcial de la Resolución de 14 de junio de 2007, *“en todo lo que se refiere a la imposición de una nueva obligación de publicación de una oferta de referencia”*, y subsidiariamente, que se ordene retrotraer las actuaciones al trámite de audiencia para que la recurrente pueda formular alegaciones al respecto
2. Que se declare confidencial la información contenida en el Motivo Material Primero de su recurso de reposición, por contener “secretos comerciales e industriales”.
3. Que mientras se sustancia el recurso de reposición se suspenda la ejecutividad de la Resolución recurrida, al amparo de lo dispuesto en el artículo 111.2 de la LRJPAC ya que, según ABERTIS, se cumplirían todos los requisitos legales para adoptar dicha medida suspensiva:
 - Que la ejecutividad inmediata de la resolución recurrida pudiera causar a la recurrente perjuicios de difícil o imposible reparación, además de que el recurso interpuesto se fundamenta en la nulidad de pleno derecho del acto impugnado. Existiría una apariencia de buen derecho de la pretensión de la recurrente, debido a la evidencia de que la Resolución del Mercado 18 no imponía obligación alguna de elaborar una “oferta de referencia”, y de la vulneración del procedimiento establecido para ello.
 - Que la suspensión solicitada no ocasiona perjuicios al interés público ni tampoco a terceros, lo que se evidenciaría por los acuerdos de acceso a la red y de cobijación suscritos con varios operadores, y para los cuales la información suministrada por ABERTIS sobre su red ha sido suficiente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TERCERO.- Notificación y trámite de información a los interesados.

Mediante los correspondientes escritos del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, fechados el día 25 de julio de 2007, se informó a la recurrente y a todos los interesados de que, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC, se cumplió con el trámite de información a los interesados previsto en el artículo 42.4 de la LRJPAC, informándoles del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación del recurso potestativo de reposición interpuesto por ABERTIS.

Asimismo se informó a los demás interesados de que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 112.2 de la LRJPAC, se les daba traslado del recurso de reposición interpuesto por ABERTIS y se les informaba de que disponían de un plazo de diez días para poder efectuar alegaciones y aportar documentos al procedimiento si así lo estimaban conveniente a sus intereses.

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 interponiendo recurso POTESTATIVO de reposición contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 14 de junio de 2007, se viene a solicitar la suspensión de la ejecución de la citada Resolución impugnada.

El artículo 111 de la LRJPAC regula la medida cautelar de 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 de recurso según lo dispuesto por los artículos 107 y 116 de la LRJPAC dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, y que la solicitud de suspensión se fundamenta en la posible existencia de las circunstancias



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

previstas en el artículo 111.2 de la LRJPAC, procede admitir a trámite la referida petición de suspensión para su resolución.

SEGUNDO.- Competencia para resolver.

Corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la competencia para resolver el mencionado recurso de reposición de ABERTIS y, por tanto, la petición de suspensión de la ejecutividad del acto recurrido en él contenida, por ser el órgano administrativo que dictó la Resolución impugnada.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO.- Sobre la petición de suspensión de la Resolución recurrida.

Conforme a lo expuesto en los antecedentes de hecho, ABERTIS solicita expresamente en su recurso potestativo de reposición la suspensión de la ejecución de la Resolución impugnada.

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

No obstante lo anterior, el artículo 111.2 de la misma LRJPAC dispone que el órgano a quien compete resolver el recurso podrá 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 en las letras a) y b) del artículo 111.2 de la LRJPAC. 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 derecho de la Resolución recurrida con fundamento en las causas establecidas en el artículo 62.1, letras a) y e), de la LRJPAC, por suponer una vulneración del ordenamiento jurídico. Además, ha solicitado la suspensión de la ejecución de la resolución impugnada, al amparo del artículo 111.2 de la LRJPAC.

Por las razones que seguidamente se exponen, esta Comisión considera que en el presente caso no concurren las circunstancias necesarias que determinarían la conveniencia de suspender la ejecutividad de la Resolución recurrida al amparo de lo dispuesto en el artículo 111.2 de la LRJPAC.

SEGUNDO.- Sobre las causas de nulidad alegadas por ABERTIS para impugnar la Resolución de 14 de junio de 2007.

En concreto, y con base en artículo 62.1, letras a) y e) de la LRJPAC, se denuncia por la recurrente la nulidad de pleno derecho de la Resolución. A estos efectos procede poner de manifiesto lo establecido en el citado artículo:

“62. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

(...)

e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido...

(...)”

La entidad recurrente manifiesta que en el acto recurrido concurren los supuestos previstos en el artículo citado, esto es, que el acto ha sido dictado vulnerando el ordenamiento jurídico al haber prescindiendo del procedimiento administrativo legalmente establecido para la imposición de obligaciones regulatorias *ex ante* a operadores con peso significativo de mercado, así como obviando el trámite de audiencia, lo que habría causado la indefensión de la recurrente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Cabe recordar en primer lugar que, para apreciar si los pretendidos vicios determinantes de la nulidad resultan patentes y notorios, 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 tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado 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).”*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Pues bien, por lo que se refiere a los motivos alegados por ABERTIS para fundamentar la nulidad de pleno derecho de la Resolución impugnada, a saber, que el acto ha sido dictado vulnerando el ordenamiento jurídico al haber prescindido del procedimiento administrativo legalmente establecido para la imposición de obligaciones regulatorias *ex ante* a operadores con peso significativo de mercado (artículo 62.1.e) de la LRJPAC), así como obviando el trámite de audiencia, lo que habría causado la indefensión de la recurrente (artículo 62.1.a) de la LRJPAC), es preciso señalar que la concurrencia en el presente caso de los vicios de nulidad invocados no resulta manifiesta o inequívoca, pues se requiere el análisis de fondo de dicha cuestión a los efectos de determinar si efectivamente tuvo lugar la vulneración del ordenamiento jurídico vigente en el procedimiento, y si ello conllevaría la nulidad de la Resolución posterior dictada por la Comisión.

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 de los motivos de nulidad señalados, resulta que las presuntas vulneraciones del ordenamiento jurídico y del procedimiento legal alegadas no se deducen a primera vista ni de manera evidente o manifiesta, ya que:

1. Frente a la alegación de ABERTIS de que la Resolución recurrida ha prescindido del procedimiento legalmente establecido para la imposición de obligaciones regulatorias *ex ante* a operadores con peso significativo de mercado, ya que, según la recurrente, en la Resolución de 2 de febrero de 2006 del Mercado 18 no se imponía la obligación de publicar una oferta de referencia, y que para ello debería haberse tramitado un procedimiento de modificación de la definición y análisis del Mercado 18, de acuerdo con el procedimiento administrativo específico establecido en los artículos 10 y 13 y en la Disposición Adicional Octava de la LGTel, y en los artículos 5 y 7 del Reglamento de Mercados, no siendo legalmente admisible utilizar la resolución de aprobación del Sistema de Contabilidad de Costes Nacional de ABERTIS para ello, hay que responder en primer lugar que el Resuelve Cuarto de la Resolución impugnada no supone ninguna revisión de la Resolución de 2 de febrero de 2006 de definición y análisis del Mercado 18, ni impone una nueva obligación de publicar una “oferta de referencia”, sino simplemente de suministrar determinada información técnica sobre sus infraestructuras de red ante la insuficiencia de la propuesta de ABERTIS, tal y como se expone en el Fundamento de Derecho IV.5 “Otras modificaciones y consideraciones”, Punto 64, de la Resolución recurrida; es decir, que dicho Resuelve Cuarto constituye una medida regulatoria concreta para la mejor aplicación de las obligaciones establecidas en la citada Resolución de 2 de febrero de 2006 del Mercado 18, así como para la mejor determinación de los costes de ABERTIS.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Dicha medida regulatoria concreta de obligar a ABERTIS a suministrar una información de una manera más detallada y normalizada mediante fichas técnicas para facilitar el conocimiento de la infraestructura de red de la recurrente y facilitar así el mejor conocimiento de sus costes y el acceso de terceros operadores a la misma, se ha adoptado siguiendo el procedimiento legalmente establecido para la aprobación de su Sistema de Contabilidad de Costes, y no puede entenderse de ninguna manera que suponga una revisión de la citada Resolución de 2 de febrero de 2006 del Mercado 18, sino que se ha adoptado sobre la base del principio de transparencia establecido en el artículo 13.1.a) de la LGTel, que establece con carácter general que los operadores con poder significativo de mercado *“deberán hacer público determinado tipo de información, como la relativa a la contabilidad, especificaciones técnicas, características de las redes, condiciones de suministro y utilización, y precios”*. Y en desarrollo de dicho precepto legal, el artículo 11 del Reglamento de Mercados:

- Autoriza en su Apartado 3 a esta Comisión *“a determinar el sistema de contabilidad de costes que deberá aplicarse, y podrá precisar el formato y el método contable que se habrá de utilizar”*.
- El Apartado 4 del mismo precepto dispone que la Comisión, *“a los efectos del cálculo del coste del suministro eficiente de servicios, podrá utilizar sistemas o métodos de contabilización distintos de los utilizados por el operador (...). Además podrá requerir en cualquier momento al operador para que justifique, sobre la base de dichos sistemas, los precios que aplica o pretenda aplicar y, cuando proceda, exigirle su modificación”*.
- Y el Apartado 6 establece que esta Comisión *“garantizará que los operadores a los que se haya impuesto la obligación de que sus precios se atengan al principio de orientación en función de los costes pongan a disposición del público la descripción del sistema de contabilidad de costes empleado. A tal efecto, determinará la forma, las fuentes o los medios en que se pondrá a disposición del público la siguiente información relativa a dicho sistema y su aplicación:*
 - a) *Descripción del sistema en la que, como mínimo, se indiquen las principales categorías en que se agrupan los costes y los criterios utilizados para su distribución.*
 - b) *Informe relativo a la aplicación de dicho sistema tras cada auditoría anual.”*

2. Por otra parte, frente a la alegación de ABERTIS de que se habría prescindido del trámite de audiencia en el procedimiento, causándole indefensión, hay que negar la veracidad de dicha alegación de manera categórica y reiterar una vez más los fundamentos jurídicos y



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

jurisprudenciales expuestos en numerosas Resoluciones del Consejo de esta Comisión, en el sentido de negar radicalmente la existencia de indefensión alguna.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de junio de 2004 (RJ 2004/7632), describe el concepto de indefensión: *“la esencia de la indefensión, esto es, una limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales, o, en otras palabras, aquella situación en la que se impide a una parte, por el órgano judicial en el curso del proceso, el ejercicio del derecho de defensa, privándole de las facultades de alegar y, en su caso, de justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias, en aplicación del indispensable principio de contradicción”*.

Así, en la tramitación del procedimiento de aprobación de su Sistema de Contabilidad de Costes la recurrente ha tenido oportunidad de efectuar alegaciones y de aportar la información y documentación que estimase pertinente, tal y como se describe en los Antecedentes de Hecho de la Resolución recurrida:

1. Con fecha 8 de marzo de 2007, se presentó en el Registro de esta Comisión la documentación descriptiva del Sistema Contable que ABERTIS considera suficiente para desarrollar su contabilidad analítica adaptada al formato y método contable aprobado por la Comisión en la Resolución de 1 de junio de 2006.
2. Con fecha 27 de abril de 2007, ABERTIS presentó aclaraciones adicionales a determinados estudios técnicos incluidos en el sistema contable.
3. Con fecha de 29 de mayo de 2007 presentó un escrito de alegaciones de ABERTIS.
4. Con fecha 31 de mayo de 2007, ABERTIS presentó aclaraciones adicionales a determinados estudios técnicos incluidos en el sistema contable.

A pesar de todos esos escritos, la información suministrada por ABERTIS sobre su red no es suficiente para garantizar a terceros operadores el acceso adecuado a la misma, lo que motivó la imposición de suministrar la información adicional y de manera normalizada, mediante fichas técnicas, a esta Comisión, y en un plazo de 3 días, que se considera adecuado y suficiente, dado que es información de la que ya dispone ABERTIS y sobre su propia red e infraestructuras.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Pero además, según las Sentencias del Tribunal Constitucional 65/1994, de 28 de febrero (RTC 1994, 65) y 178/1998, de 14 de septiembre (RTC 1998, 178), no cabe invocar el principio constitucional del derecho fundamental a la tutela efectiva de los jueces y Tribunales, contenido en el artículo 24.1 de la Constitución Española, en el marco de un procedimiento administrativo de carácter no sancionador ya que la resolución del mismo es impugnabile en vía judicial, y serán los jueces y Tribunales los que enjuicien eventuales vulneraciones del ordenamiento jurídico por parte de las Administraciones Públicas. Así, la indefensión se produciría si no se pudiese acceder a la vía judicial, lo que no es el caso ya que ABERTIS y los demás interesados tienen la posibilidad de impugnar en vía contencioso-administrativa la Resolución recurrida desde que fue notificada la misma (hay que recordar que recurrir en reposición es potestativo, como establece el artículo 116.1 de la LRJPAC), y asimismo la recurrente podrá hacerlo desde que sea notificada de la Resolución del presente recurso potestativo de reposición.

En definitiva, no cabe de ninguna manera aceptar como válida la alegación de indefensión derivada de la Resolución del Consejo de 14 de junio de 2007 recurrida ni del procedimiento administrativo tramitado al efecto, por carecer de base jurídica ya que se ha respetado en todo momento la legalidad vigente y la interpretación jurisprudencial de la misma, tanto a nivel procedimental general como en la aplicación del Derecho sectorial, y en especial porque se ha garantizado, en todo momento, el derecho de la recurrente a efectuar alegaciones, así como por no haber lugar a la invocación del derecho a la tutela judicial en el marco de un procedimiento administrativo no sancionador.

En conclusión, la Resolución recurrida se ajusta a Derecho, por lo que no cabe alegar vicio de procedimiento ni indefensión alguna motivada por la falta de oportunidad de presentar alegaciones.

TERCERO.- Sobre los hipotéticos perjuicios que se ocasionarían con la ejecución de la Resolución recurrida.

ABERTIS alega en su recurso, al solicitar la suspensión, que la ejecución de la Resolución recurrida le causaría efectos de imposible o difícil reparación, principalmente los supuestos costes que le causaría cumplir con las obligaciones informativas adicionales impuestas y con la necesidad de revisar los acuerdos de acceso y coubicación ya vigentes con otros operadores. Asimismo la recurrente alega que la suspensión no causaría perjuicios a terceros.

En principio, las obligaciones informativas impuestas en la resolución recurrida se basan en la información de la red de la recurrente, que ya se encuentra en poder de ABERTIS, y en cuanto a la presunta necesidad de revisar los



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

contratos preexistentes con otros operadores, no es objeto de la Resolución recurrida, ni es una obligación impuesta por esta Comisión. Es decir, dichas obligaciones informativas se ajustan a la normativa sectorial vigente, por lo que no cabe invocar su nulidad de pleno derecho, no concurriendo la circunstancia prevista en la letra b) del artículo 111.2 de la LRJPAC.

En cuanto a la eventual existencia de los perjuicios alegados por ABERTIS causados por la ejecución de la Resolución impugnada, ante la imposibilidad de comprobar a corto plazo la existencia y alcance de los eventuales perjuicios tanto económicos como contractuales alegados por ABERTIS y presuntamente derivados de las obligaciones dimanadas del Resuelve Cuarto de la Resolución de 14 de junio de 2007, y dado que la información suministrada por ABERTIS a los otros operadores del mercado de referencia ha sido hasta ahora suficiente para poder suscribir los acuerdos de acceso y cobubicación en la red e infraestructuras de la recurrente, la ponderación de perjuicios exigible para proceder a la suspensión determina que la suspensión de la ejecutividad del citado Resuelve Cuarto no ocasiona perjuicios al interés público ni a terceros operadores, ya que se mantiene la plena vigencia del Sistema de Contabilidad de Costes Nacional de ABERTIS, y se evita asimismo el riesgo hipotético de que se produzcan los eventuales perjuicios alegados por la recurrente.

Por tanto, procede estimar parcialmente la solicitud de ABERTIS, exclusivamente en lo referente al Resuelve Cuarto de la Resolución recurrida.

En virtud de todo lo anterior, la Resolución del Consejo de esta Comisión de 14 de junio de 2007, por la que se aprueba el Sistema de Contabilidad de Costes Nacional de ABERTIS TELECOM, S.A.U. (Expediente número MTZ 2007/298), objeto del presente recurso, debe de mantener su eficacia plena desde su notificación a los interesados, excepto de su Resuelve Cuarto, cuya ejecutividad se suspende cautelarmente.

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

RESUELVE

ÚNICO.- Denegar la solicitud de ABERTIS TELECOM, S.A.U. para la suspensión de la eficacia inmediata de la Resolución del Consejo de esta Comisión de 14 de junio de 2007, por la que se aprueba el Sistema de Contabilidad de Costes Nacional de ABERTIS TELECOM, S.A.U., excepto del Resuelve Cuarto de la misma, cuya ejecutividad queda suspendida cautelarmente hasta la Resolución definitiva del Recurso de Reposición.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera