



## 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 nº 33/05 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 PROPUESTA DE AQUÉLLA DE TASAS ANUALES DE RETORNO DE RETEVISION I, S.A.U., Y TRADIA (DIFUSIÓ DIGITAL SOCIETAT DE TELECOMUNICACIONS, S.A.) A APLICAR PARA EL CÁLCULO DE LOS COSTES DE CAPITAL EN LA CONTABILIDAD DE COSTES DE LOS EJERCICIOS 2004 Y 2005 (AEM 2005/817).**

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 propuesta de aquella de tasas anuales de retorno de (en adelante, Tradia) a aplicar para el cálculo de los costes de capital en la contabilidad de costes de los ejercicios 2004 y 2005 (AEM 2005/817), 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 2005/1257.

### HECHOS

**PRIMERO.-** 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 tasas anuales de retorno de Retevisión y Tradia a aplicar para el cálculo de los costes de capital en la contabilidad de costes de los ejercicios 2004 y 2005 (AEM 2005/817).



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

Concretamente, a través de los Resolves Primero, Segundo, Tercero y Cuarto de la citada Resolución se declararon aprobadas las tasas de retorno de Tradia y Retevisión para el cálculo de los costes de producción de los servicios durante los ejercicios 2004 y 2005, de 14,74% y 13,8%, respectivamente.

**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, en los aspectos concernientes al tipo de interés libre de riesgo, prima por riesgo de mercado, prima por riesgo de la sociedad, beta de las acciones y prima por riesgo de deuda, parámetros todos ellos referentes a la Tasa Anual de Retorno para el cómputo de los costes de capital de los ejercicios 2004 y 2005.

A través del primer otrosí digo, se solicita la suspensión de la 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.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

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



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Pues bien, 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 alegadas por ABERTIS para pedir la suspensión.**

La entidad ABERTIS manifiesta en el recurso de reposición su disconformidad con la Resolución de 21 de julio de 2004, en cuanto a los parámetros relativos a la Tasa Anual de Retorno utilizados en la misma para el cálculo de los costes de capital de los ejercicios 2004 y 2005, pero sin invocar la concurrencia de ninguna de las causas de nulidad previstas en el artículo 62 de la LRJPAC.

Como ya tiene establecido esta Comisión en anteriores resoluciones, para que proceda acordar la suspensión de un acto administrativo la jurisprudencia exige que la nulidad de un acto sea patente y notoria, siendo 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. A este respecto cabe citar, entre otras muchas, el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1998 (RJ 1998\9735):

*“La apariencia de buen derecho, que también invocan las partes que solicitan la suspensión, al margen de que sólo puede ser un factor importante para dilucidar la prevalencia del interés que podría dar lugar a la procedencia de la suspensión de algún supuesto concreto, pero siempre que concurriera la existencia de daños o perjuicios de las características mencionadas, exige, según la jurisprudencia, una prudente aplicación cuando, como aquí sucede, se esgrime como argumento de aquella procedencia de la suspensión de la ejecución, lo que significa que, en general, sólo quepa considerar tal alegación*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*cuando el acto impugnado se haya dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula, o cuando se impugna un acto idéntico a otros que ya fue jurisdiccionalmente anulado – lo que no concurre en el supuesto de autos -, puesto que, en definitiva, cuando se postula la nulidad de un acto en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración o decisión en el proceso principal, lo que se pretende es que se prejuzgue la cuestión de fondo”*

Pues bien, en el presente caso resulta que, haciendo abstracción del análisis detenido de la legalidad del acto impugnado, reservado al procedimiento principal que se hará en la resolución del presente recurso, no se deduce a primera vista ni de manera evidente la concurrencia de alguno de los supuestos de nulidad de pleno derecho contemplados en el artículo 62 de la LRJPAC. Más aún, como ya se ha indicado, ni siquiera se alega o invoca en el recurso de reposición del que trae origen la solicitud de suspensión, causa de nulidad radical o absoluta alguna, limitándose la recurrente a manifestar su disconformidad con la Resolución mediante razonamientos que no entrañan a priori invocación de vulneración o infracción jurídica alguna.

En virtud de las anteriores consideraciones, debe concluirse que no concurre en el presente caso la circunstancia prevista en el artículo 111.2 letra b) de la LRJPAC.

### **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):

*“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”.*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 por 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 las tasas de retorno a aplicar para el cómputo de los costes de capital en la contabilidad de costes son un aspecto de especial importancia para dicha contabilidad, que, como tal, tiene repercusiones en el mercado en el que interviene, lo que, sin duda, afecta de forma relevante y en mayor proporción al interés general.

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





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Resolución sobre la propuesta de ABERTIS de tasas anuales de retorno de Retevisión y Tradia a aplicar para el cómputo de los costes de capital en la contabilidad de costes de los ejercicios 2004 y 2005 (AEM 2005/817), 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 propuesta de Abertis Telecom, S.A.U. de tasas anuales de retorno de RETEVISION I, S.A.U. y DIFUSIÓ DIGITAL SOCIETAT DE TELECOMUNICACIONS, S.A., a aplicar para el cómputo de los costes de capital en la contabilidad de costes de los ejercicios 2004 y 2005 (AEM 2005/817), incorporada al recurso potestativo de reposición interpuesto por aquélla contra la misma, siendo plenamente eficaz desde su notificación al interesado.

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