



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

IGNACIO REDONDO ANDREU, 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 num. 29/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 31 de julio de 2008, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el que se aprueba la:

**RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA ENTIDAD TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. CONTRA LA RESOLUCIÓN DE ESTA COMISIÓN, DE FECHA 19 JUNIO DE 2008, RELATIVA A LA ADAPTACIÓN AL NUEVO MARCO REGULATORIO Y HOMOGENEIZACIÓN DEL SISTEMA DE CONTABILIDAD DE COSTES DE TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. (AJ 2008/1235).**

### HECHOS

**PRIMERO.-** Con fecha 19 de junio de 2008, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó Resolución relativa a la adaptación al nuevo Marco Regulatorio y homogeneización del sistema de contabilidad de costes de Telefónica Móviles de España, S.A.U. (AEM 2008/1235):

A través del Resuelve de la citada Resolución, esta Comisión decidió lo siguiente:

*“PRIMERO.- Telefónica Móviles de España, S.A.U. deberá incorporar a su Sistema de Contabilidad de Costes los cambios que se proponen en los apartados de este Informe (resumidos en el ANEXO B).*

*SEGUNDO.- Telefónica Móviles de España, S.A.U. deberá entregar los resultados de la Contabilidad de Costes del ejercicio 2007 con las*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*modificaciones recogidas en los apartados antes del 31 de julio de 2008.”*

**SEGUNDO.-** Con fecha 18 de julio de 2008, ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado en nombre y representación de Telefónica Móviles de España, S.A.U. (en adelante, TME), en virtud del cual interpone recurso de reposición contra la citada Resolución de fecha 19 de junio de 2008.

La entidad recurrente muestra su disconformidad con la Resolución impugnada solicitando que se le permita, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11.5 del 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 MAN), presentar los resultados de la contabilidad de costes del ejercicio 2007 conforme a las modificaciones introducidas en la Resolución recurrida sin el Informe de Auditoría correspondiente. A su vez, solicita la nulidad de pleno derecho de lo establecido en la Resolución de 19 de junio de 2008 conforme se determina en los apartados 1, letra c) del artículo 62 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 medio de Otro Sí Digo, TME solicita que, para el supuesto en que esta Comisión decida no llevar a cabo por sí misma la auditoría correspondiente a los resultados de la contabilidad de costes correspondientes al ejercicio 2007, se acuerde la suspensión cautelar hasta el mes de noviembre de 2008 del mandato recogida en el resuelve SEGUNDO de la Resolución impugnada en lo relativo a la obligación de presentación del Informe de Auditoría. La recurrente motiva esta solicitud de suspensión en la concurrencia de los requisitos de *fumus boni iuris*, ausencia de perjuicios para el interés público o para terceros y de la existencia de perjuicios para sus intereses en el supuesto de no acordarse la suspensión.

Las alegaciones que formula para motivar la anterior solicitud se fundamentan básicamente en la imposibilidad material que conlleva el cumplimiento de la Resolución impugnada por los siguientes motivos:

- A pesar de, tal y como alega TME, el escaso margen de tiempo establecido para efectuar las modificaciones impuestas en la Resolución recurrida, la recurrente manifiesta su mejor voluntad para intentar cumplir con la entrega de la contabilidad de costes de TME en el plazo establecido en aquella Resolución. Sin embargo, respecto a la entrega del informe de auditoría al que se refiere el art. 11.5 del Reglamento MAN, no resulta factible entregarlo en ese mismo plazo.
- Argumenta la imposibilidad material de entregar dicho informe de auditoría en el mismo plazo puesto que la labor de auditar cuentas está condicionada al propio proceso de implementación interna de las modificaciones impuestas en la Resolución recurrida, modificación que



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

como reiteradamente expresa TME, ha de llevarse a cabo en un escaso margen de tiempo.

- Destaca TME que como consecuencia de los cambios introducidos en el Sistema de Contabilidad de Costes (SCC), el proceso de auditoria no consistirá en un proceso recurrente como en años anteriores sino que habrán de revisarse todas las adaptaciones que han sido impuestas por la Comisión.
- Con objeto de exponer el proceso que conlleva la revisión antes mencionada, TME explica que los procesos de revisión acordados con la empresa auditora contemplan una serie de procesos que requieren, en algunos casos, poder contar con una ejecución inicial del nuevo modelo con objeto de poder detectar incidencias significativas debidas a inaplicación de criterios o cálculos erróneos y así, proceder a reprocesar el modelo de SCC con las correcciones oportunas. Estas correcciones y su implementación requieren de varias jornadas de trabajo dependiendo de su alcance.

**TERCERO.-** En fecha 23 de julio de 2008 se procedió a dar inicio a la tramitación del presente expediente notificándose a TME como interesado recurrente en el procedimiento en cumplimiento de lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC.

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

##### **PRIMERO.- Legitimación de la entidad recurrente.**

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que podrán interponerse por los interesados recurso potestativo de reposición contra las Resoluciones de la Administración Pública tal y como se cumple en este caso.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 31.1, letra A), TME tiene la consideración de parte interesada en el presente procedimiento por ser quien ha promovido el mismo como titular de derechos e intereses legítimos individuales que resultan directamente afectados por la Resolución recurrida. En atención a lo anterior, TESAU ostenta legitimación activa para impugnar la Resolución de 19 de junio de 2008.

##### **SEGUNDO.- Admisión a trámite.**

De conformidad con lo dispuesto en el 107.1 de la LRJPAC los recursos administrativos que interpongan los interesados han de estar fundamentados



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 o 63 de la misma Ley.

En el presente caso, la recurrente alude expresamente al artículo 62.1, letra c) de la LRJPAC al entender que la Resolución impugnada tiene un contenido de imposible cumplimiento.

De igual modo, se cumple con lo establecido por el artículo 107.1 de la LRJPAC, dado que el presente recurso se ha presentado contra la Resolución de un procedimiento administrativo que ha puesto fin a la vía administrativa.

Por todo lo anterior y habida cuenta de que los recursos de reposición presentados por la entidad TME cumplen con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y que se ha presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, procede su admisión a trámite.

### **TERCERO.- 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 este el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

## **II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.**

### **PRIMERO.- Sobre la imposibilidad de cumplir con la entrega del Informe de Auditoria en plazo establecido.**

TME manifiesta que, puesto que la Resolución impugnada le fue notificada en fecha 23 de junio de 2008, dispone de un margen de tiempo muy escaso para presentar su SCC conforme a las modificaciones que le fueron impuestas en aquella Resolución de 19 de junio de 2008, modificaciones que conllevan una profunda variación a la operativa actual para la elaboración de las auditorias por las que se comprobará que los cambios introducidos en los SCC, han sido correctamente implementados.. Además, añade a esta alegación el hecho de que el profundo alcance de dichas modificaciones no fue conocido por TME hasta la recepción<sup>1</sup> del informe de los Servicios de esta Comisión.

En razón de lo anterior y dadas las características peculiares que supone el Informe de Auditoria que deberá entregar junto con el SCC, debido a que para su elaboración habrá de revisarse que la implementación de todas las adaptaciones conforme al nuevo Marco Regulatorio en el sistema de

---

<sup>1</sup> Mediante escrito de fecha 14 de mayo de 2008, se notificó a TME la apertura del trámite de audiencia previo a la Resolución definitiva junto con el informe elaborado por los servicios de la Comisión.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

contabilidad de costes de TME es correcta y homogénea, consideró la recurrente que la obligación impuesta es de imposible cumplimiento.

La revisión antes mencionada, tal y como expone TME, contempla una serie de procesos que requieren, en algunos casos, poder contar con una ejecución inicial del nuevo modelo con objeto de poder detectar incidencias significativas debidas a la posible inaplicación de criterios o cálculos erróneos implícitos en el SCC y consecuentemente, proceder a reprocesar el modelo de SCC con las correcciones oportunas.

TME considera que dichas correcciones a esta implementación requieren de varias jornadas de trabajo en razón de su alcance. Por todo ello, TME alega la imposibilidad de cumplir con la entrega del Informe de Auditoria en fecha 31 de julio de 2008.

Puesto que el concepto de “acto administrativo de contenido imposible” se configura como un concepto jurídico indeterminado, la apreciación de esta causa de nulidad de pleno derecho recogida en el artículo 62.1 c) de la LRJPAC, deberá realizarse con cautela observando los criterios establecido por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo como máximo intérprete del ordenamiento jurídico en virtud de lo dispuesto por el artículo 1.3 del Código Civil.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de mayo de 2000 (RJ 2000/4363), dicho Tribunal se ha referido al carácter de la imposibilidad que deberá apreciarse para estimar este motivo de nulidad en el siguiente sentido:

*“La nulidad de actos cuyo contenido sea imposible ha sido apreciada siempre con suma prudencia por la doctrina y la jurisprudencia, que trata de evitar que se amplíe inadecuadamente el supuesto legal a cualquier acto desprovisto de fundamento jurídico para ser dictado.*

*La imposibilidad a que se refiere la norma de la Ley de Procedimiento debe ser, por ello, de carácter material o físico, ya que una imposibilidad de carácter jurídico equivaldría prácticamente a ilegalidad del acto, que suele comportar anulabilidad (arts. 48.1 LPA y 83.2 de la LJCA); la imposibilidad debe ser, asimismo, originaria ya que una imposibilidad sobrevenida comportaría simple ineficacia del acto. Actos nulos por tener un contenido imposible son, por tanto, los que resultan inadecuados, en forma total y originaria, a la realidad física sobre la que recaen. Son también de contenido imposible los actos que encierran una contradicción interna en sus términos (imposibilidad lógica) por oponerse a leyes físicas inexorables o a lo que racionalmente se considera insuperable. La jurisprudencia ha equiparado en algunos casos la indeterminación, ambigüedad o ininteligibilidad del contenido del acto con la imposibilidad de éste ( sentencias de 6 de noviembre de 1981 [ RJ 1981, 4755] y 9 de mayo de 1985 [ RJ 1985, 2909] ).”*

En atención a lo anterior, deberá apreciarse la imposibilidad del contenido del acto, en concreto, de la obligación de presentar ante esta Comisión el Informe



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de Auditoria del SCC de acuerdo a las modificaciones para una homogeneización de los SCC que presenten los operadores obligados introducidas en anteriores Resoluciones, a la luz de la inadecuación en relación a la realidad física sobre la que recaen o a la contradicción interna del propio acto del que se desprende imposibilidad lógica para su ejecutividad.

A su vez, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1994 (RJ 1994/8650) subraya que la imposibilidad del contenido alegada ha de apreciarse objetivamente, en concreto, establece que:

*“(...) hay que tener en cuenta que la inviabilidad de la ejecución no puede parciarse(sic) subjetivamente sino a través de criterios objetivos, concurriendo sólo cuando la misma haga al acto realmente inejecutable [Sentencia del Tribunal Supremo de 6 noviembre 1981 ( RJ 1981\4755\_), entre otras]. De ahí que si bien, en principio, pudiera pensarse que el requerimiento efectuado es de carácter genérico o ambiguo, no por ello es de ejecución imposible. Máxime cuando, teniendo en cuenta las circunstancias concretas que concurren en el supuesto examinado (...)”*

Por lo tanto, a la luz de lo aquí expuesto, han de estudiarse las circunstancias objetivas que concurren en el supuesto de hecho que nos ocupa para apreciar la imposibilidad alegada por TME.

En la Resolución de 13 de diciembre de 2007, el Consejo de esta Comisión aprobó la Adaptación de los SCC de los operadores móviles de red al Nuevo Marco Regulatorio. Como bien se recoge en aquella Resolución en lo relativo al objeto de aquel procedimiento, expresamente se señaló que *“si bien el presente procedimiento se centra en el establecimiento de las cuentas que deben recoger el coste de los servicios, no es, sino el primer paso para la necesaria homogeneización de los sistemas contables que deberá abarcar en un futuro otras fases del SCC, tanto en los aspectos de registro y asignación, como de valoración.”*

En esa misma Resolución ya se estableció que esta Comisión se reservaba la facultad para adaptar y homogeneizar en distintas fases los SCC además de que, en el Informe de Audiencia previo a la Resolución ahora impugnada notificado a la recurrente en fecha 13 de mayo de 2008, esa entidad tuvo la oportunidad de conocer el alcance de las modificaciones que le serían requeridas.

Pues bien, la Resolución aquí recurrida tenía por objeto verificar que las modificaciones al SCC de TME que debían de efectuarse eran correctas y estaban homogeneizadas en relación con las de todos los operadores móviles obligados a esta implementación. Por tanto, a la luz de la propuesta presentada por TME, esta Comisión consideró que la misma no reflejaba una implementación homogénea a la del resto de operadores. Por ello, se resolvió en la Resolución impugnada que para poder considerar como correcta y homogénea la implementación de las modificaciones introducidas en los SCC conforme al nuevo Marco Regulatorio, era preciso realizar algunos ajustes a las





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

modificaciones introducidas con anterioridad y que debían de presentarse las mismas ante esta Comisión conforme al artículo 11.5 del Reglamento MAN.

Tal y como se desprende del Informe de Audiencia, fue objeto de estudio la posibilidad de que TME entregara en fecha posterior a 31 de julio de 2008 el Informe de Auditoria al que se refiere el artículo 11.5 del Reglamento MAN con objeto de verificar la conformidad de las modificaciones descritas en la Resolución impugnada.

No obstante, en atención a la naturaleza de las modificaciones introducidas, esta Comisión consideró la dificultad y el escaso margen de tiempo de que disponía TME para cumplir con esta obligación conforme al artículo 11.5 del Reglamento MAN. Sin embargo, ello no suponía que su cumplimiento resultara imposible pues como bien expone TME en su recurso, para su realización serían necesarias varias jornadas de trabajo sin concretar y mucho menos acreditar el número de jornadas necesario.

En este sentido, el Tribunal Supremo se ha manifestado en su Sentencia de 23 de septiembre de 1997 (RJ 1997/6899):

*“La primera causa de nulidad se fundamenta en que las obras que se ordena realizar al amparo del artículo 155, d) del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial (RCL 1968\1584, 1630, 2063 y NDL 30714) tienen en algún caso tal entidad que afectan tanto a elementos definitorios de arquitectura que requieren un nuevo proyecto, como a elementos estructurales del inmueble, generando así una situación de riesgo incalculable. Al margen de que esa valoración de la entidad e importancia de las obras es una apreciación subjetiva de la parte recurrente, ello nunca determinaría que el contenido del acto a efectos de acordar su nulidad radical fuera imposible, ya que siempre sería de posible realización, más o menos dificultosa en razón de los elementos constructivos a que afectara, y sin perjuicio de su impugnación, como hizo la apelante, por entender que no eran conformes a Derecho.”* (el subrayado es nuestro).

Por todo lo anterior, esta Comisión no aprecia que el cumplimiento del acto impugnado resulte imposible en el plazo establecido por lo que considera que dicho plazo es proporcional y adecuado en atención a las circunstancias que concurren en este supuesto.

### **SEGUNDO.- Sobre la solicitud de suspensión de la obligación de presentación del Informe de Auditoria en fecha 31 de julio de 2008.**

TME solicita la suspensión del acto impugnado al amparo del artículo 111 y de la LRJPAC sobre la misma base jurídica por la que solicita la declaración de nulidad de pleno derecho de la Resolución impugnada, esto es, por ser de contenido imposible conforme a lo establecido por el artículo 62.1 c) de la LRJPAC. Además, también alude a la ausencia de perjuicios para el interés público o para terceros y a la existencia de perjuicios para sus intereses en el supuesto de que no se acordase la suspensión puesto que si finalmente no



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cumpliera en plazo con entrega del Informe de Auditoria, podría considerarse que TME incumple con sus obligaciones.

De acuerdo a lo establecido en el último párrafo del apartado 4º del artículo 111 de la LRJPAC, dado que por medio de la presente desestimación se pone fin a la vía administrativa, no cabe ahora acordar la suspensión del acto solicitada.

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

### RESUELVE

**ÚNICO.-** Desestimar el recurso de reposición interpuesto por Telefónica Móviles de España, S.A.U. contra la Resolución de esta Comisión de 19 de junio de 2008 (AEM 2008/262) 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, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por la Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007, 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

Ignacio Redondo Andreu

Reinaldo Rodríguez Illera