



JORGE SÁNCHEZ VICENTE, 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 29/11 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 15 de septiembre de 2011, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

Resolución por la que se resuelve el recurso potestativo de reposición de fecha 14 de julio de 2010 interpuesto por Telefónica de España SAU contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de 9 de junio de 2011 recaída en el expediente AEM 2011/888 sobre la verificación de los resultados de la contabilidad de costes del citado operador referidos al ejercicio 2009 (AJ 2011/1687).

I ANTECEDENTES

Primero.- El sistema de contabilidad de costes de TESAU.

Con fecha 15 de julio de 1999¹, el Consejo de esta Comisión aprobó la Resolución sobre los principios, criterios y condiciones para el desarrollo del sistema de contabilidad de costes de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU).

Posteriormente, mediante Resolución de 15 de junio de 2000², se aprobó la propuesta de sistema de contabilidad de costes (en adelante, SCC) de TESAU de acuerdo con los principios antes citados. A través de las Resoluciones de 13 de diciembre de 2007³ y 3 de julio de 2008⁴ se acordó la adaptación del SCC al Nuevo Marco Regulatorio y se resolvió sobre la verificación de dicha adaptación.

Con fecha 10 de junio de 2010⁵, fue aprobada la Resolución sobre la actualización de los principios, criterios y condiciones para el desarrollo del sistema de contabilidad de costes,

¹ SC 16/99.

² AE 1999/1374.

³ AEM 2007/1036.

⁴ AEM 2008/449.

⁵ AEM 2010/1270.



adoptándose el día 23 de junio de 2010⁶ acuerdo sobre la verificación de los resultados de la contabilidad de costes presentados por TESAU y referidos al ejercicio 2008.

Segundo.- Análisis de los mercados 1 a 6 de la Recomendación Europea 2007/879/CE e imposición en los mismos de obligaciones contables a TESAU como operador declarado con poder significativo de mercado.

Con fechas 12⁷ y 18⁸ de diciembre de 2008 y 22 de enero⁹, 5 de marzo¹⁰ y 23¹¹ de julio de 2009 se dictaron las resoluciones por las que se aprobó la definición y el análisis de los mercados 1 a 6 de la Recomendación europea 2007/879/CE de 17 de diciembre de 2007¹², la designación de los operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, acordándose su notificación a la Comisión Europea.

Mediante las resoluciones anteriormente mencionadas¹³ se impuso a TESAU obligaciones de contabilidad de costes previstas en el artículo 13 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones.

Tercero.- La verificación de la contabilidad de costes de TESAU correspondiente al ejercicio 2009 mediante el procedimiento AEM 2011/888.

Con fecha 2 de abril de 2009¹⁴, el Consejo de esta Comisión dictó Resolución sobre la propuesta de TESAU de la tasa anual de retorno a aplicar para el cómputo de los costes de capital en la contabilidad de costes del ejercicio 2009, resolviendo asimismo el día 1 de julio de 2010¹⁵ sobre las vidas útiles a aplicar en el estándar de costes corrientes del SCC para el ejercicio 2009.

El día 3 de agosto de 2010, TESAU presentó a esta Comisión los resultados de la contabilidad de costes del ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 2009 debidamente auditada. Concretamente, se presentaron los siguientes documentos en formato electrónico (CD-ROM):

- Contabilidad de costes del ejercicio 2009 bajo el estándar de históricos.
- Contabilidad de costes del ejercicio 2009 bajo el estándar de corrientes.
- Manual interno de contabilidad de costes y motivos de cargo y abono.
- Estudios técnicos.
- Informes extracontables aprobados en la Resolución de adaptación del SCC de TESAU al Nuevo Marco Regulatorio.

⁶ AEM 2010/606.

⁷ MTZ 2008/447. Mercado mayorista de acceso y originación de llamadas en la red telefónica pública en una ubicación fija (Mercado 2).

⁸ MTZ 2008/1192. Mercados de terminación de llamadas en las redes públicas individuales de cada operador de telefonía fija (Mercado 3).

⁹ MTZ 2008/626. Mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija (mercado 4) y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor (mercado 5)

¹⁰ MTZ 2008/1085. Mercado minorista de acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija para clientes residenciales y no residenciales (Mercado 1).

¹¹ MTZ 2008/1944. Mercado del conjunto mínimo de líneas arrendadas y del mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor (Mercado 6).

¹² DOUE 28.12.2007.

¹³ Véanse pág. 45 del MTZ 2008/447, pág. 40 del MTZ 2008/1192, págs.152, 159 y 166 del MTZ 2008/626 y págs.57 y 67 del MTZ 2008/1944 así como las págs..67, 68, 73 y 84 del MTZ 2008/1085.

¹⁴ AEM 2009/18.

¹⁵ DT 2010/604.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Informe de auditoría de costes históricos realizado por Ernst & Young por encargo de TESAU.
- Informe de auditoría de costes corrientes realizado por Ernst & Young por encargo de TESAU.

El día 8 de agosto de 2010, TESAU presentó de nuevo a la Comisión los estudios técnicos “*Estudio de asignación de costes de la infraestructura de planta exterior*” y “*Estudio de asignación de costes de los portadores*” con determinadas correcciones.

Con fecha 5 de octubre de 2010, se adjudicó a SVP Advisors, S.L. (en adelante, SVP) el contrato para realizar trabajos de auditoría de ciertos aspectos específicos de la contabilidad de costes correspondientes al ejercicio 2009¹⁶.

El día 9 de marzo de 2011, TESAU presentó la contabilidad de costes del ejercicio 2009 bajo el estándar de corrientes con determinados aspectos modificados durante el proceso de auditoría externa contratada por la CMT.

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de 5 de abril de 2011, se comunicó a TESAU el inicio del procedimiento AEM 2011/888 para la verificación de los resultados de la contabilidad de costes del ejercicio 2009. Adjunto al citado escrito, se dio traslado a TESAU del informe de auditoría elaborado por SVP para que aquella efectuase las alegaciones que estimara oportunas, de conformidad con el artículo 76.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

Cuarto.- Resolución de 9 de junio de 2011 (AEM 2011/888).

Tras los trámites oportunos fue dictada Resolución de fecha 9 de junio de 2011, con el siguiente tenor:

“Primero.- Declarar que la aplicación para el ejercicio 2009 del sistema de contabilidad de costes utilizado por Telefónica de España, S.A.U., en general es conforme a los criterios establecidos por la Resolución de esa Comisión de fecha 10 de junio de 2010, asumiendo y haciendo públicos los márgenes por actividades que figuran en la columna márgenes de los cuadros incorporado en el apartado VI.

Segundo.- Requerir a Telefónica de España, S.A.U. que introduzca en su sistema de contabilidad de costes, para aplicaciones sucesivas, las modificaciones a que se refiere en el apartado V.2.”

Quinto.- Recurso de reposición interpuesto por TESAU.

Mediante escrito de fecha 14 de julio de 2011 TESAU interpuso recurso de reposición contra la citada Resolución. Los razonamientos aducidos por la operadora en su recurso de reposición pueden resumirse, fundamentalmente, en lo siguiente:

¹⁶ Expediente de contratación AD 81/2010.



1º.- La obligación impuesta en el apartado V.2.1 punto 6 de la resolución impugnada no resulta factible por motivos de tiempo, puesto que ya ha sido cerrada la contabilidad financiera de la entidad impugnante y la contabilidad analítica se halla en una fase avanzada de elaboración. No obstante, sí podría cumplirse dicha obligación a partir del ejercicio 2011.

2º.- La desagregación e inclusión en el sistema de contabilidad de costes de TESAU de los servicios previstos en el apartado V.2.2, punto 18, de la resolución recurrida no puede realizarse, dada la imposibilidad existente en los sistemas de gestión de TESAU de identificar separadamente los costes asociados a aquéllos. Se trataría de un supuesto de nulidad por imposibilidad material del artículo 62.1.c) LRJPAC.

3º.- El apartado V.2.2, punto 24, de la resolución impugnada incluye obligaciones adicionales no contempladas previamente en la tramitación del expediente AEM 2011/888, no habiendo tenido la operadora recurrente oportunidad alguna de efectuar alegaciones sobre las mismas y no concurriendo tampoco en ellas motivación suficiente. Por otro lado, TESAU señala que no podrá dar cumplimiento a lo previsto en este apartado para el ejercicio 2010, ya que su implementación requeriría contar con registros e información de gestión que no pueden ser recuperados a tiempo para presentar los resultados de dicho ejercicio –antes del 31 de julio-. No obstante, el operador manifiesta su disposición a aplicar los cambios requeridos por esta Comisión en ejercicios posteriores.

A los anteriores hechos les son de aplicación los siguientes:

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1 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 ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

TESAU 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 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y en el artículo 22 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, 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 dicho escrito como recurso potestativo de reposición que se interpone contra la Resolución de 9 de junio de 2011 (AEM 2011/888) sobre la verificación de los resultados de la contabilidad de costes de TESAU referidos al ejercicio 2009.



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 AEM 2011/888 en el que se dictó la resolución objeto de impugnación. En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a TESAU para la interposición del presente recurso.

Tercero.- Admisión a trámite.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJPAC los recursos administrativos que interpongan los interesados han de estar fundamentados en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 o 63 de la misma Ley.

En su recurso, TESAU denuncia expresamente la concurrencia del motivo de nulidad contemplado en el artículo 62.1.c) LRJPAC¹⁷ así como el del artículo 62.1.e) LRJPAC en relación con el artículo 54 LRJPAC¹⁸.

Habida cuenta de que el recurso de reposición interpuesto por TESAU cumple 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.

Cuarto.- Competencia para resolver.

La competencia para resolver el presente procedimiento 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.

II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO.- Sobre la concurrencia de imposibilidad material en el cumplimiento de las obligaciones previstas en el apartado V.2.1 del punto 6 y en el apartado V.2.2 del punto 18 de la Resolución de 9 de junio de 2011 y de la existencia de una posible causa de nulidad según lo previsto en el artículo 62.1.c) LRJPAC.

Respecto a la “*imposibilidad*” material como causa de nulidad prevista en el artículo 62.1 c) de la LRJPAC, el Tribunal Supremo, en las SSTs de 2 de noviembre de 2004¹⁹, 15 de abril de 2004²⁰ y 19 de mayo de 2000²¹ ha venido señalando que dicha imposibilidad debe ser de carácter “material o físico” y “originaria”. Así, en la STS de 2 de noviembre de 2004 se dice que:

“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.”

¹⁷ Véanse páginas 2 a 4 del recurso.

¹⁸ Véase página 5.

¹⁹ RJ 2004\7427.

²⁰ RJ 2004\2631.

²¹ RJ 2000\4363.



Constituyendo la “imposibilidad” una causa de nulidad, debe ser también objeto de interpretación moderada. Así lo indican el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional, y entre otras, cabe destacar la STS de 18 de diciembre de 1991²² y la SAN de 21 de abril de 1999²³.

Por todo ello, resulta necesario analizar detallada y separadamente los dos supuestos de nulidad denunciados por la entidad recurrente en las páginas 2 a 4 de su recurso.

1.1.- Sobre la obligación impuesta a TESAU en el apartado V.2.1 punto 6 de la resolución recurrida.

El operador impugnante alega que, si bien está dispuesto a realizar este cambio en el sistema, se ve imposibilitado para llevarlo a cabo en el plazo requerido por los siguientes motivos: (i) cuando se requieren los cambios por parte de esta Comisión para el siguiente ejercicio, ya ha sido cerrada la contabilidad financiera y se está en una fase avanzada de la contabilidad analítica que presenta al regulador (ii) teniendo en cuenta la fecha en que se sometió el trámite de audiencia del informe de SVP (a mediados de abril), TESAU entendió que al estar cerrado el ejercicio contable 2010, se procedería a su implementación a partir del ejercicio 2011.

Considerando las alegaciones del recurrente, y dadas las adaptaciones que dicho operador debe realizar en su modelo de asistencia técnica para desagregar la información requerida por esta Comisión al respecto del CACR “921801116 Activación de servicios de transmisión de datos y especiales”, se considera razonable la petición de TESAU, aceptándose que dicha desagregación en el modelo se incorpore a partir del ejercicio 2011, dada la relevancia relativamente pequeña de dicha modificación para las decisiones a adoptar sobre precios.

Por tanto, procede acoger el recurso en cuanto a este extremo.

1.2.- Sobre la obligación impuesta a TESAU en el apartado V.2.2 punto 18 de la resolución recurrida sobre el desglose de los estudios técnicos de carácter cuantitativo desagregación e inclusión en el sistema de contabilidad de costes (SCC) de los servicios OBA agregados.

TESAU indica que el hecho de que no haya procedido a la apertura de dichos servicios dentro del sistema de contabilidad de costes deriva de la imposibilidad existente en los sistemas de gestión de la operadora de identificar de forma separada los costes asociados a los mismos. Los motivos por los que TESAU considera que la obligación impuesta por esta Comisión resulta de imposible cumplimiento son los siguientes:

- Problemas para identificar los costes con el grado de detalle requerido.
- Dificultades para identificar de forma separada algunos ingresos, como, por ejemplo, los servicios asociados al alta de la prolongación del par, que, dentro de los sistemas de gestión, se recogen en una única cuenta de ingresos asociados a la cuota de conexión.

En este punto estimamos que deben diferenciarse las cuestiones de mero desglose de los problemas de distorsión de resultados relevantes. Ciertamente, la materialidad de un servicio es un hecho a tener en cuenta a la hora de proceder a su introducción en la contabilidad, y ello podría resultar de aplicación a determinados servicios, como la basculación de par de acceso compartido.

²² RJ 1991\9455.

²³ RJCA 1999\2624.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sin embargo, entre los servicios requeridos por esta Comisión se encuentran algunos como los ingresos y costes por los avisos de avería inexistente (“falsa avería”), cuya materialidad es más clara y que afectan a resultados relevantes como la cuota recurrente del par desagregado²⁴.

Esta Comisión, a propuesta del auditor, consideró en la resolución recurrida la necesidad de que se incluyeran estos servicios y, por ello, TESAU debe preparar los procedimientos necesarios para presentar la contabilidad conforme a los criterios y condiciones establecidos por el organismo regulador.

Debe recordarse, que no basta con la alegación de presunta “imposibilidad” de ejecución por parte del interesado de un acto o resolución administrativos sino que es imprescindible que acredite o pruebe dicha imposibilidad en el supuesto concreto. Es decir, le correspondía a la operadora impugnante, en este caso, TESAU, acreditar que técnicamente no podía cumplir las obligaciones previstas en el apartado V.2.2 punto 18 de la Resolución de 9 de junio de 2011 (AEM 2011/888) en las condiciones y plazos fijados. Ello es así porque, como recuerda el Tribunal Supremo, entre otras, en la STS de 25 de marzo de 2003²⁵, corresponde al interesado recurrente la carga de desvirtuar la presunción de validez de que gozan los actos y resoluciones administrativos.

Frente a ello, TESAU se limita a alegar una serie de motivos sin presentar un informe o dictamen técnico que apoye dichas afirmaciones, ni siquiera de forma indiciaria. Sin dicho apoyo, tales alegaciones, como se dice en la SAN de 30 de julio de 2005²⁶, no son más que “*consideraciones y opiniones de carácter subjetivo acerca del modelo y criterios que se estiman convenientes.*”

Sin perjuicio de lo anterior, resultaría razonable y, por tanto, admisible, que la entidad recurrente no implementara aquellos servicios que no alcanzasen una mínima materialidad, si bien éste no sería el caso de las denominadas “falsas averías”.

SEGUNDO.- Sobre la posible nulidad de la resolución recurrida por aplicación del artículo 62.1.a) en relación con el artículo 54 LRJPAC y la imposibilidad de TESAU de cumplir las modificaciones exigidas en la resolución recurrida en cuanto al apartado V.2.2 punto 24.

2.1.- Sobre la posible nulidad de la resolución recurrida por aplicación del artículo 62.1.a) en relación con el artículo 54 LRJPAC.

En el apartado V.2.2 punto 24 de la resolución impugnada se requiere a la recurrente para que identifique en la contabilidad de costes lo siguiente:

Respuesta 24.- Telefónica debe identificar con claridad en la contabilidad los pagos correspondientes a penalizaciones de las diferentes ofertas de referencia así como los costes e ingresos de los circuitos de transporte utilizados para entrega de señal.

En la página 5 de su recurso TESAU alega que en el apartado transcrito se han incluido obligaciones adicionales que no se habían contemplado previamente en la tramitación del expediente ni tampoco y más concretamente, en el informe de los servicios sometido al trámite de audiencia. Por esta razón alega indefensión como motivo de nulidad de los previstos en el artículo 62.1.a) en relación con falta de motivación del artículo 54 LRJPAC.

²⁴ En la Resolución de 7 de septiembre de 2011 (DT 2010/1275), sobre revisión de precios de las ofertas de referencia sobre la base de los resultados del ejercicio 2008 de la contabilidad de costes de TESAU se señala que “*los avisos de falsa avería generan una determinada remuneración adicional mientras que los costes asociados se imputan a las cuotas recurrentes, en lugar de ser debidamente identificados.*”

²⁵ RJ 2003/7286.

²⁶ RJCA 2006/26.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En primer lugar, y sobre la discrepancia entre el contenido del informe de los servicios y la resolución final aprobada por el Consejo de esta Comisión, debemos recordar que, de acuerdo con los artículos 12.1 de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible y 48.5 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante LGTel), el Consejo es el único órgano decisorio y rector en relación con las funciones atribuidas a este organismo regulador²⁷. Los servicios de esta Comisión, cuya actividad viene regulada básicamente en el artículo 2.2 del Real Decreto 1994/1996 y desarrollada en el artículo 11 del Reglamento de Régimen Interior del organismo, si bien son necesarios para el buen funcionamiento interno del organismo regulador, no expresan ni pueden expresar, la voluntad ni la postura oficial del mismo. Por este motivo, los tribunales han reconocido explícitamente la posibilidad de que el Consejo se aparte de los informes previos elaborados por los servicios, todo ello sin necesidad de motivar expresamente su discrepancia²⁸.

Por otro lado, una presunta falta de motivación nunca constituye causa de nulidad del acto o resolución impugnados sino, en todo caso, su anulabilidad y siempre que produzca indefensión material y efectiva, y no meramente formal, tal y como indica el Tribunal Supremo en su jurisprudencia y, entre otras, en las SSTS de 8 de mayo de 2008²⁹, de 13 de julio de 2004³⁰ y de 16 de julio de 2001³¹. Ello no sucede en el supuesto de la Resolución impugnada, tal y como se razonará seguidamente.

Con relación al artículo 24 de la Constitución, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han venido señalando que únicamente puede invocarse la presunta vulneración de este precepto o bien en sede de procedimientos judiciales o bien en los procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora. Así se declara, entre otras, en las SSTC 175/1987 de 4 de noviembre y 103/1996 de 11 de junio así como en las SSTS de 30 de noviembre de 1999³² y de 22 de septiembre de 2004³³.

²⁷ Sin perjuicio de las delegaciones que pueda acordar el propio Consejo, salvo las competencias indelegables enumeradas en el propio artículo 12. Véanse también los artículos 32 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, y el artículo 4.2 del Reglamento de Régimen Interior aprobado por Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 20 de diciembre de 2007, por la que se publica el texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (BOE núm. 27, de 31 enero 2008).

²⁸ En el Fundamento tercero de la SAN de 30 de julio de 2005 (RJCA 2006\26) se dice que:

“Por lo demás, la ausencia de motivación en la resolución impugnada, alegación estrechamente vinculada a la anteriormente analizada, carece de fundamento en la medida que la simple lectura de las resoluciones impugnadas, tanto la que decide el conflicto de interconexión, como la desestimatoria del recurso de reposición contienen una motivación ex abundancia en la que se expresan de forma razonada los criterios jurídicos esenciales que fundamentan la decisión adoptada (por todas, STC 115/96 [RTC 1996\115]) en orden a la determinación de los precios de terminación de llamadas, exposición jurídica razonada que excluye cualquier imputación de insuficiencia o déficit de motivación. En realidad, bajo tal alegación, se denuncia por la actora la ausencia de justificación expresa del apartamiento de la CMT de los criterios y formula contenidos en el Informe elaborado por sus servicios, queja que no puede ser acogida. Como ya hemos indicado con anterioridad, la naturaleza no vinculante de este dictamen implica que su contenido no condiciona la posición de la CMT a la hora de adoptar la decisión y no conlleva, como se pretende por la actora, una exigencia a la CMT de exposición de las concretas razones que determinaron que no siguiera la propuesta del informe, ya que tal apartamiento no precisa, en principio, ser formal ni materialmente justificado, siendo suficiente y válida la motivación ofrecida en los acuerdos impugnados sobre las razones por las que se llega a la solución adoptada sin necesidad de posicionamiento o valoración expresa del dictamen, alegación pues, que ha de ser rechazada por carecer de sustancia y relevancia.”

²⁹ RJ 2008\2642.

³⁰ RJ 2004\4203.

³¹ RJ 2001\6684.

³² RJ 2000\3200.

³³ RJ 2004\6286. En dicha sentencia se dice que:

“Menos aún una vulneración del art. 24 CE (RCL 1978\2836) generadora de indefensión al no poder predicarse en sede administrativa frente a actos administrativos de naturaleza no sancionadora tal cual reiteradamente ha venido sentando la doctrina constitucional.”



El procedimiento que dio lugar al acto impugnado no es de naturaleza sancionadora, como se desprende de la lectura del acuerdo de inicio del mismo y de remisión de informe de 5 de abril de 2011. En efecto, en el acuerdo de inicio se dice que nos hallamos ante un “*procedimiento para la verificación de los resultados de la contabilidad de costes presentados por TESAU referidos al ejercicio social 2009*”. Por tanto, no tratándose de un procedimiento administrativo sancionador, no resulta procedente estimar la alegación de la entidad recurrente sobre una presunta infracción del derecho de defensa del artículo 24 de la Constitución³⁴.

No obstante, y aunque nos encontrásemos ante un procedimiento sancionador, la resolución impugnada no habría causado indefensión material alguna a los recurrentes en el sentido de las antes mencionadas SSTs de 8 de mayo de 2008, de 13 de julio de 2004 y de 16 de julio de 2001, dada su más que extensa y prolíja motivación, tanto jurídica como técnica que se extiende a lo largo de sus 68 páginas.

En última instancia, también debe recordarse que el Tribunal Supremo ha venido señalando que en los casos en que los interesados han tenido oportunidad de efectuar alegaciones en el procedimiento administrativo, o bien en sede de recurso administrativo (como en este caso) o jurisdiccional, no cabe invocar una posible indefensión. Pueden mencionarse, entre otras, las SSTs de 21 de junio de 2005³⁵ y de 20 de mayo de 2002³⁶. En la segunda sentencia mencionada se declara que el recurrente, aunque no dispuso de trámite de alegaciones propiamente dentro del iter administrativo, pudo efectuarlas en sede de recurso judicial³⁷.

2.2.- Sobre la imposibilidad material de TESAU de cumplir lo contemplado en el apartado V.2.2 punto 24 de la resolución recurrida.

Aparte de la causa de nulidad alegada por TESAU y analizada y desestimada en este Fundamento, el operador manifiesta además en su recurso que no podrá dar cumplimiento para el ejercicio 2010 al requerimiento contemplado en el apartado V.2.2 punto 24, puesto que su implementación requeriría contar con registros e información de gestión no recuperables a tiempo para la presentación de los resultados del citado ejercicio económico –antes del 31 de julio-. No obstante, el recurrente expresa su disposición a implementar los cambios precisos a partir de los próximos ejercicios.

Frente a estas alegaciones debe observarse que el operador se limita a manifestar la existencia de una presunta imposibilidad sin acreditación alguna de la misma, lo cual resultaría necesario tal y como se ha expuesto en el Fundamento anterior y a la luz de señalado reiteradamente por los tribunales³⁸.

Respecto a las penalizaciones mencionadas, se trata de unos pagos que TESAU debería tener perfectamente identificados, al haber sido repetidamente objeto de atención en expedientes de este organismo regulador³⁹. No resulta admisible que TESAU plantee ahora no dar visibilidad al

³⁴ La STC 140/2009, de 15 de junio, en materia de motivación de actos e infracción del citado artículo 24, declara que:

“si bien el deber de motivación de los actos administrativos es un mandato derivado de normas que se mueven en el ámbito de la legalidad ordinaria, tal deber alcanza una dimensión constitucional, que lo hace objeto de control a través del recurso de amparo, cuando se trate de resoluciones en que la Administración ejerza potestades sancionadoras.”

³⁵ RJ 2005\5033.

³⁶ RJ 2002\6217.

³⁷ “se aprecia la pérdida de un trámite en el procedimiento administrativo, pero no la pérdida relevante de una oportunidad de alegaciones.”

³⁸ Véanse STS de 25 de marzo de 2003(RJ 2003\7286) y SAN de 30 de julio de 2005 (RJCA 2006\26).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

importe de las penalizaciones que ha tenido que asumir por sus propios incumplimientos, para cargarlas a los servicios mayoristas y, en última instancia, trasladarlas a sus sistemas de facturación mayorista.

En lo que se refiere a los circuitos de transporte utilizados para la entrega de señal, es patente que constituyen un componente fundamental de la cuenta de resultados global del acceso al bucle de abonado y, por ello, ha sido requerida su identificación. Su agregación a otro tipo de circuitos limita la visibilidad del margen global de la actividad de acceso al bucle. Dicha actividad es objeto de especial atención por esta Comisión por su especial relevancia en el fomento de la competencia⁴⁰. En efecto, la importancia de verificar la correcta aplicación de la OBA es fundamental por un doble motivo: no sólo porque se trata de determinar el efectivo cumplimiento de las resoluciones de esta Comisión dictadas en esta materia sino también por los efectos que puede tener su posible incumplimiento para las condiciones de competencia efectiva en el mercado. En el Fundamento Cuarto de la STS de 20 de diciembre de 2006 (RJ 2007\166) se recalca la trascendencia

“del fiel y puntual cumplimiento de las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para el buen funcionamiento del sector de las telecomunicaciones, sometido como ya se ha indicado antes a una situación de extraordinaria movilidad, lo que otorga una especial gravedad a la deliberada inejecución u obstaculización de dichas resoluciones.”

Es precisamente, la extraordinaria “movilidad” del sector, tal y como expresa el Tribunal Supremo, la que determina la necesidad de hacer cumplir con carácter inmediato las resoluciones dictadas por esta Comisión, para garantizar de modo efectivo el fomento de la competencia y la salvaguarda de la pluralidad de servicios, en cumplimiento de los artículos 3.a) y 48.4.e) de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones así como del artículo 10.1 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Este último precepto impone a los organismos reguladores la obligación de preservar y promover el mayor grado de competencia en el funcionamiento del sector regulado.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Primero.- Estimar parcialmente el recurso potestativo de reposición interpuesto por Telefónica de España SAU contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de 9 de junio de 2011 recaída en el expediente AEM 2011/888 sobre la verificación de los resultados de la contabilidad de costes del citado operador referidos al ejercicio 2009.

Segundo.- Modificar el punto 6 (“respuesta 6”) del apartado V.2.1 de la Resolución de 9 de junio de 2011 (AEM 2011/888), que pasa a tener la siguiente redacción:

³⁹ Las penalizaciones de la OBA han sido tratadas, entre otros, en los expedientes RO 2008/766, RO 2008/767, AJ 2009/1256 y AJ 2009/1402.

⁴⁰ Véase, por ejemplo, la Resolución AJ 2008/1098 de 25 de septiembre de 2008. Y en el Fundamento Cuarto (página 7) de la Resolución de esta Comisión de 9 de junio de 2005 (DT 2005/346) se recuerda la relación directa entre la prestación de los servicios OBA por el operador dominante y el fomento de la competencia en el sector:

“Para garantizar una competencia en condiciones equitativas, el primer requisito aplicable a TESAU es el cumplimiento de las obligaciones que le han sido impuestas. El efecto de una provisión de servicios OBA deficiente en plazos y volumen impediría el desarrollo de la necesaria competencia en el mercado del acceso en un momento particularmente clave (...).”



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Respuesta 6. Telefónica debe modificar los criterios de reparto y la documentación soporte del Modelo de Asistencia Técnica según lo expuesto y desglosar del CACR “921801116 Activación servicios de transmisión de datos y especiales” el componente de mantenimiento en el ejercicio 2011 y siguientes.

Tercero.- Modificar el punto 18 (“respuesta 18”) del apartado V.2.2 de la Resolución de 9 de junio de 201 (AEM 2011/888), que pasa a tener la siguiente redacción:

Respuesta 18. Telefónica debe desagregar e incluir en el SCC los servicios agrupados en las cuentas “98006123 Otros servicios asociados a la prolongación del par completamente desagregado”, “98006223 Otros servicios asociados a la prolongación del par compartido”, “9800631 Servicios comunes al acceso completamente desagregado y compartido” y “9800674 Otros servicios asociados” en el ejercicio 2010 y siguientes. No obstante, y únicamente respecto al ejercicio 2010, Telefónica podrá no incluir aquellos servicios que no alcancen en conjunto una “mínima materialidad”. No se considerarán, sin embargo, como servicios que no alcanzan una “mínima materialidad” las denominadas “falsas averías”.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros