



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

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 31/10 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 14 de octubre de 2010, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el que se aprueba la

**Resolución por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España SAU contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de 23 de junio de 2010, de verificación de resultados de contabilidad de costes de la entidad recurrente para el ejercicio 2008. (AJ 2010/1442).**

## I ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Con fecha 15 de julio de 1999, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) 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).

**SEGUNDO.-** Mediante Resolución de 15 de junio de 2000, el Consejo de la CMT aprobó la Propuesta del Sistema de Contabilidad de Costes de TESAU, de acuerdo con los Principios anteriormente aludidos.

**TERCERO.-** Por Resolución de 13 de diciembre de 2007, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Adaptación al Sistema de Contabilidad de Costes de TESAU al Nuevo Marco Regulatorio (AEM 2007/1036).

**CUARTO.-** Con fecha 18 de marzo de 2008, el Consejo de la CMT, 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 2008.

**QUINTO.-** Con fecha 3 de julio de 2008, el Consejo de la CMT resolvió sobre la verificación de la adaptación del Sistema de Contabilidad de Costes de TESAU al Nuevo Marco Regulatorio (AEM 2008/449).



---

COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

**SEXTO.-** Con fecha 20 de noviembre de 2008, el Consejo de la CMT resolvió sobre las vidas útiles a aplicar en el estándar de costes corrientes para el ejercicio 2007. En el Resuelve Segundo de dicho acuerdo se establece que esas vidas útiles se aplicarán en el cálculo y contabilización del estándar de costes corrientes en el ejercicio 2008.

**SÉPTIMO.-** El día 5 de agosto de 2009, TESAU presentó los resultados de la contabilidad de costes del ejercicio finalizado el día 31 de diciembre de 2008 debidamente auditada. Concretamente, se presentaron los siguientes documentos:

- a. Contabilidad analítica del ejercicio 2008 bajo el estándar de históricos. Estos resultados se adjuntan en formato electrónico de CD Rom.
- b. Contabilidad analítica del ejercicio 2008 bajo el estándar de corrientes. Estos resultados se adjuntan en formato electrónico de CD Rom.
- c. Manual Interno de Contabilidad de Costes actualizado: Descripción general del Sistema, motivos de cargo y abono y plan de cuentas. Se adjunta en formato electrónico de CD Rom.
- d. Estudios técnicos sobre certificación para centrales digitales, asignación de costes de elementos de red a servicios conmutados, distribución de espacio en centrales telefónicas, asignación de costes de los portadores, asignación de costes de la infraestructura de planta exterior, reparto de costes de los equipos de fuerza, asignación de los costes de transmisión y radio, sobre el TREI del ejercicio 2008, de distribución de costes del servicio 1004 y sobre la apertura de cuentas de acometida. Se adjuntan en formato electrónico de CD Rom.
- e. Informe de auditoría de costes históricos, realizado por Ernst & Young por encargo de TESAU.
- f. Informe de auditoría de costes corrientes, realizado por Ernst & Young por encargo de TESAU.

Asimismo se presentó un CD-Rom adicional con informes extracontables del ejercicio 2008 aprobados en la citada Resolución de adaptación del SCC de TESAU al nuevo marco regulatorio.

**OCTAVO.-** Con fecha 18 de agosto de 2009, TESAU presentó escrito por el que daba traslado de una corrección de errores en ciertos informes de la entrega del 5 de agosto, aportando un nuevo CD-Rom subsanando la información.

**NOVENO.-** El día 17 de septiembre de 2009, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adoptó acuerdo sobre las vidas útiles a aplicar en la contabilidad de costes corrientes del ejercicio 2008 por la operadora.

**DÉCIMO.-** Con fecha 14 de octubre de 2009, 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 2008.

**UNDÉCIMO.-** Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de 12 de abril de 2010, se comunicó a TESAU el inicio del procedimiento para la verificación de los resultados de la contabilidad de costes del ejercicio 2008. Adjunto al citado escrito, se dio traslado a TESAU del informe de auditoría elaborado por SVP para que aquella efectuase las alegaciones que estimara



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

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).

**DUODÉCIMO.-** Con fecha 5 de mayo de 2010, tuvo entrada en el Registro de la CMT un escrito de alegaciones de TESAU.

**DECIMOTERCERO.-** Con fecha 10 de junio de 2010, el Consejo de la CMT dictó la Resolución sobre la actualización de los principios, criterios y condiciones para el desarrollo del sistema de contabilidad de costes.

**DECIMOCUARTO.-** Mediante posterior Resolución de 23 de junio de 2010 (AEM 2010/606), el Consejo de esta Comisión resolvió:

*“Primero.- Declarar que la aplicación para el ejercicio 2008 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 15 de julio de 1999, asumiendo y haciendo públicos los márgenes por actividades que figuran en la columna márgenes de los cuadros incorporado en el apartado VII.*

*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 los apartados VI.2 y V. Asimismo, deberá implementar en el sistema de contabilidad de costes del ejercicio 2009 todos los servicios requeridos en las Resoluciones de 13 de diciembre de 2007 y 3 de julio de 2008 de adaptación del sistema de contabilidad de costes de la operadora al nuevo marco regulatorio.”*

**DECIMOQUINTO.-** Mediante escrito del día 30 de julio de 2010 TESAU interpuso recurso de reposición contra la Resolución de 23 de junio de 2010.

La fundamentación contenida en el recurso interpuesto por TESAU puede resumirse básicamente en lo siguiente:

**1º.-** Esta Comisión impone a TESAU la realización de seis modificaciones no contempladas al inicio del procedimiento que dio lugar a la resolución recurrida, no habiendo concurrido trámite de audiencia alguno y existiendo un consiguiente vicio de indefensión por vulneración del artículo 24 de la Constitución.

**2º.-** La resolución impugnada no se halla debidamente motivada, de conformidad con lo previsto en el artículo 54 LRJPAC. Esta falta de motivación, en la medida en que impide al recurrente conocer las razones en las que se fundamenta la resolución, vulnera el artículo 24.1 de la Constitución.

**3º.-** La resolución recurrida ha sido aprobada a mediados del presente ejercicio, sin que los sistemas de gestión de TESAU estén preparados para la captura de información exigida por esta Comisión con un mínimo nivel de apertura. La implementación de dichos sistemas de gestión únicamente será factible de cara a la presentación de resultados del año 2010, siendo el ejercicio 2011 el primer año en que podrían presentarse los resultados de la contabilidad de TESAU con la apertura prevista en la Oferta MARCO.

**4º.-** La falta de demanda o la escasa materialidad de determinados servicios impide implementar en el sistema de contabilidad de costes todos los servicios requeridos en las Resoluciones de esta



Comisión de 13 de diciembre de 2007 y de 3 de julio de 2008, de adaptación del sistema de contabilidad de costes del operador recurrente.

## **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.

La entidad recurrente califica expresamente su escrito como recurso potestativo de reposición, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.17 de la LGTel, las resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede calificar el escrito presentado por el recurrente como recurso potestativo de reposición que se interpone contra la Resolución AEM 2010/606 de esta Comisión sobre la verificación de los resultados de la contabilidad de costes de TESAU referidos al ejercicio 2008.

#### **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 de reposición. La entidad recurrente ostenta la condición de interesada por cuanto que ya lo era en el procedimiento AEM 2010/606 en el que se dictó la Resolución objeto de impugnación.

En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a la entidad recurrente 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.

Habida cuenta de que el recurso interpuesto cumple con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC, que se ha presentado dentro del plazo establecido por el artículo 117 de la citada Ley y que se fundamenta en los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la LRJPAC, 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 la resolución impugnada.

## **II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.**

### **PRIMERO.- Sobre la posible existencia de indefensión en la resolución recurrida.**

En las páginas 2 a 5 de su recurso TESAU alega la existencia de supuesta indefensión en la resolución impugnada. En la página 3 de su escrito el operador recurrente manifiesta que:

*“Con esa resolución, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones impone a TESAU la realización de seis modificaciones que no habían sido contempladas en el inicio del procedimiento, sin tener en cuenta el derecho que le asiste a mi representada de presentar las alegaciones oportunas que permitan acreditar la imposibilidad del cumplimiento de las mismas y sin establecer ninguna justificación al respecto.*

*Llegados a esta punto, no podemos sino manifestar, dicho sea con los mayores respetos y en términos de estricta defensa, que la citada Resolución presenta un vicio de nulidad por lesión del derecho fundamental de defensa, recogido e impuesto en nuestra Constitución en el artículo 24 (...).”*

En primer lugar, y sobre los requerimientos de esta Comisión a los que se les imputa el presunto vicio de indefensión, debe recordarse que el objetivo de las anteriores Resoluciones de esta Comisión de 13 de diciembre de 2007 y de 3 de julio de 2008 de adaptación del Sistema de Contabilidad de Costes de TESAU al nuevo marco regulatorio, no fue otro que el de adaptar un sistema que no reflejaba de forma suficiente el negocio actual de TESAU que permitiera, con ello, al regulador verificar que se cumplían las condiciones impuestas en las distintas revisiones de los mercados de referencia para cada uno de los ejercicios.

Esta Comisión considera que cada ejercicio el sistema de contabilidad de costes debe poder reflejar la realidad del mercado. Es preciso tener en cuenta que la contabilidad de costes es en sí misma una obligación muy onerosa, con lo que no tendría sentido a los efectos del cumplimiento del artículo 13 de la Ley General de Telecomunicaciones, mantener una contabilidad desfasada, que no permitiera el conocimiento actual del negocio ni la toma de decisiones por parte del regulador. En este sentido, TESAU debe ser consciente que tiene que ir adaptando los servicios en cada momento, así por ejemplo, las velocidades de banda ancha minorista deben tener también un carácter dinámico, de tal forma que si surgen nuevas velocidades que van alcanzando una masa de clientes representativa o un nivel de ingresos material, estas nuevas velocidades deberán ser un servicio separado y no estar incluidos en “ADSL Otros”. Se trata de disponer en tiempo de información relevante y que, en caso contrario, se agravaría el efecto del desfase temporal que ya existe debido a la presentación de los resultados de contabilidad de costes en la forma establecida en la normativa vigente, lo que retrasaría aún más la disponibilidad de la información relevante por parte de esta Comisión.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

Con relación al artículo 24 de la Constitución cuya infracción alega TESAU, 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 STS de 30 de noviembre de 1999<sup>1</sup> y de 22 de septiembre de 2004<sup>2</sup>.

En el Fundamento tercero de la STC 175/1987 se afirma que:

*“(...) la indefensión ha de ser entendida como una limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales, por lo que **no puede ser alegado el art. 24.1 de la Constitución frente a actuaciones de la Administración.** Según criterio reiterado de este Tribunal, las infracciones cometidas en el procedimiento administrativo tienen que ser corregidas en vía judicial y planteadas ante los órganos judiciales y resueltas motivadamente por éstas, en uno u otro sentido, pero **no originan indefensión que pueda situarse en el art. 24.1 de la Constitución.**”*

Aplicando la anterior doctrina del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo, en el Fundamento cuarto de la STS de 22 de septiembre de 2004 (RJ 2004\8278), señala 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 AEM 2010/606 que dio lugar a la Resolución de 23 de junio de 2010 no es de naturaleza sancionadora, como se desprende de la lectura del acuerdo de inicio del mismo del día 12 de abril de 2010. En efecto, en el apartado cuarto del acuerdo de inicio se dice que:

*“Conforme lo establecido en el artículo 69 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (en adelante, LRJPAC), se inicia de oficio el correspondiente procedimiento para la verificación de los resultados de la Contabilidad de Costes presentados por TESAU referidos al ejercicio social 2008.”*

Por tanto, no tratándose de un procedimiento administrativo sancionador sino un procedimiento en el ámbito de la verificación de resultados de la contabilidad de costes del operador recurrente, no resulta procedente estimar una presunta infracción del derecho de defensa del artículo 24 de la Constitución.

Por otra parte, el Tribunal Supremo viene rechazando el motivo alegado en los casos en que el recurrente, no disponiendo de trámite de alegaciones propiamente dentro del procedimiento administrativo, pudo efectuarlas, sin embargo, en sede de recurso:

*“se aprecia la pérdida de un trámite en el procedimiento administrativo, pero no la pérdida relevante de una oportunidad de alegaciones.” (STS de 20 de mayo de 2002).*

---

<sup>1</sup> RJ 2000\3200.

<sup>2</sup> RJ 2004\6286.



Siguiendo el mismo criterio del Tribunal Supremo, esta Comisión ha reiterado en distintas resoluciones, y entre otras, en las de 11 de marzo<sup>3</sup> y de 8 de abril<sup>4</sup> de 2010, que un presunto defecto de motivación “no puede provocar inseguridad jurídica o indefensión, ni constituiría una causa de nulidad de pleno derecho de las previstas en el artículo 62 de la LRJPAC, puesto que los interesados siempre tienen la oportunidad de alegar cuanto estimen conveniente, e incluso mostrar su oposición, a través de los recursos administrativos y contencioso-administrativos procedentes.”

## **SEGUNDO.- Sobre la posible falta de motivación de la resolución recurrida.**

En las páginas 5 a 6 de su recurso de reposición TESAU alega la posible concurrencia de la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.a) LRJPAC en relación con el artículo 54 LRJPAC por haberse podido generar una posible indefensión en perjuicio del operador recurrente. Concretamente, en la página 5 de su escrito, el operador recurrente declara que:

*“La motivación de la resolución supone una garantía para el administrado, en cuanto le permite conocer los fundamentos de la decisión administrativa. De ello podemos afirmar que la motivación del acto administrativo es presupuesto básico para que el administrado pueda efectuar una adecuada defensa de sus legítimos intereses, de tal modo que su omisión genera indefensión.”*

Respecto a los requisitos de motivación de los actos y resoluciones administrativos, el artículo 54.1 de la LRJPAC señala que la motivación requerirá una “*sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho*”. El carácter “*sucinto*” de la motivación administrativa ha sido ratificado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en reiteradas sentencias. En casos de motivación sucinta pero existente por parte de esta Comisión, los tribunales han declarado la plena validez del acto o resolución. Entre otras pueden citarse las SSTS de 15 de diciembre de 2009<sup>5</sup>, de 26 de mayo de 2009<sup>6</sup> y de 7 de marzo de 2006<sup>7</sup>.

Por otro lado, y como ha señalado el Tribunal Supremo en distintas sentencias, y, entre otras, en las SSTS de 3 de diciembre de 1996<sup>8</sup> y de 3 de mayo de 1995<sup>9</sup>, la motivación de las resoluciones administrativas no exige una contestación exhaustiva y pormenorizada de la totalidad de las alegaciones efectuadas por los interesados a lo largo del procedimiento.

No obstante, y en el supuesto concreto de la Resolución recurrida, no nos encontramos precisamente ante un caso de motivación breve o sucinta puesto que a lo largo de las 62 páginas que constituyen sus fundamentos jurídicos y técnicos (véanse páginas 4 a 66 de la Resolución) se indican de forma pormenorizada las razones que han llevado a esta Comisión a adoptar la decisión acordada.

Por tanto, del contenido de la Resolución impugnada puede colegirse claramente, las razones que determinaron la decisión final de esta Comisión, en consonancia con la doctrina del Tribunal Supremo contenida, entre otras, en las SSTS de 15 de enero de 2009<sup>10</sup>, 20 de mayo de 2008<sup>11</sup> y 8 de marzo de 2006<sup>12</sup>. En la última Sentencia citada se dice que:

<sup>3</sup> AJ 2010/106.

<sup>4</sup> AJ 2009\2131.

<sup>5</sup> RC 2694/2007.

<sup>6</sup> RJ 2009\4401.

<sup>7</sup> RJ 2006\1668.

<sup>8</sup> RJ 1996\8930.

<sup>9</sup> RJ 1995\4050.



---

COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

*“el controvertido acto administrativo estuvo suficientemente motivado: porque expresó la fundamentación fáctica y la justificación normativa de su decisión”.*

Y en el Fundamento tercero de la SAN de 26 de febrero de 2007<sup>13</sup> relativa a una Resolución de esta Comisión y confirmada posteriormente por la STS de 15 de diciembre de 2009<sup>14</sup>, se declara que:

*“(…) es necesario tener en cuenta la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional y constante jurisprudencia del Tribunal Supremo que considera idóneo, para el cumplimiento de los fines de la motivación del acto administrativo, dar a conocer al destinatario las auténticas razones de la decisión que se adopta y permitir frente a ella la adecuada defensa. Y, en el presente caso, no es posible ignorar que la resolución de la CMT de 16 de mayo 2005, además de aludir a la necesidad de información para satisfacción de necesidades estadísticas o de análisis de la situación de los distintos mercados que confluyen en la prestación de servicio y explotación de redes del sector de las comunicaciones electrónicas y audiovisuales, justifica la petición de información a Sogecable por su relevancia en el mercado de la televisión de pago, ante la necesidad que tiene la CMT, como regulador, de conocer las principales variables que, en cada modelo de negocio, resultan imprescindibles para la supervisión de un correcto desarrollo de la competencia en el mercado en cuestión.”*

Cuestión distinta es que el recurrente no comparta los criterios utilizados por esta Comisión en la motivación de la Resolución recurrida, como recuerda la mencionada SAN de 26 de febrero de 2007 al final de su Fundamento tercero:

*“En suma, podrá compartirse o no la motivación del acto administrativo impugnado, pero no resulta posible negar la evidencia de su existencia”.*

Por otro lado, cabe decir que una 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 2008<sup>15</sup>, de 13 de julio de 2004<sup>16</sup> y de 16 de julio de 2001<sup>17</sup>. En este caso no concurre indefensión alguna puesto que, como se ha dicho anteriormente, en la propia resolución recurrida se hacen constar detalladamente los motivos jurídicos y técnicos que han conducido a la decisión del organismo regulador.

---

<sup>10</sup> RJ 2009\467.

<sup>11</sup> RJ 2008\5296.

<sup>12</sup> RJ 2006\5702.

<sup>13</sup> JUR 2007\52343.

<sup>14</sup> RJ 2010\2269.

<sup>15</sup> RJ 2008\2642.

<sup>16</sup> RJ 2004\4203.

<sup>17</sup> RJ 2001\6684.



### **TERCERO.- Sobre la imposibilidad de cumplimiento de la obligación relativa a la apertura de los servicios contenidos en la Oferta Marco.**

En las páginas 6 a 8 de su escrito TESAU aborda el cumplimiento de la obligación referente a la apertura de los servicios contenidos en la Oferta Marco. En la página 7 del recurso la operadora señala,

*“la dificultad que supone la apertura de servicios aprobada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que implica incorporar once servicios adicionales, de lo que en gran parte representan un volumen de ingresos y costes reducido o incluso nulo en algún caso.”*

El artículo 62.1 c) de la LRJPAC prevé la nulidad de pleno derecho de aquellos actos y resoluciones administrativos que tengan un contenido imposible. Respecto a la *“imposibilidad”* como causa de nulidad prevista en el artículo 62.1 c) de la LRJPAC, el Tribunal Supremo, en las STS de 2 de noviembre de 2004<sup>18</sup>, 15 de abril de 2004<sup>19</sup> y 19 de mayo de 2000<sup>20</sup> ha venido señalando que dicha imposibilidad debe ser de carácter *“material o físico”*, *“originaria”* y, además, *“total”* o *“completa”*. 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.”*

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 1991<sup>21</sup> y la SAN de 21 de abril de 1999<sup>22</sup>.

No obstante, y con independencia de la definición e interpretación de la *“imposibilidad”*, no basta con su alegación por parte del interesado sino que es imprescindible que se acredite o pruebe su efectiva concurrencia en el supuesto concreto. Es decir, le correspondía a la operadora impugnante, en este caso, TESAU, acreditar que técnicamente no puede cumplir las obligaciones previstas en la Resolución impugnada en las condiciones y plazos en ella fijados.

Ello es así porque, como recuerda el Tribunal Supremo, entre otras, en la STS de 25 de marzo de 2003<sup>23</sup>, corresponde al interesado recurrente la carga de desvirtuar la presunción de validez de que gozan los actos y resoluciones administrativos. No obstante y como se indica al principio de este Fundamento, TESAU habla de mera *“dificultad”* y no de imposibilidad (véase página 7 ut supra). Y, cuando en las páginas 7 a 8 de su escrito manifiesta que *“no será factible su implementación de cara a la presentación de resultados del año 2010”*, no presenta informe o dictamen técnico que sustente dicha afirmación, ni siquiera de forma indiciaria. Sin dicho apoyo, tales alegaciones no pueden ser consideradas más que como *“consideraciones y opiniones de carácter subjetivo acerca del modelo y criterios que se estiman convenientes”* por parte del operador u operadores recurrentes<sup>24</sup>.

<sup>18</sup> RJ 2004\7427.

<sup>19</sup> RJ 2004\2631.

<sup>20</sup> RJ 2000\4363.

<sup>21</sup> RJ 1991\9455.

<sup>22</sup> RJCA 1999\2624.

<sup>23</sup> RJ 2003\7286.

<sup>24</sup> S AN 30 de julio de 2005 (RJCA 2006\26).



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Aunque el operador hubiese acreditado, -lo que no ocurre en este caso-, una imposibilidad de carácter parcial, la jurisprudencia anteriormente citada exige, como hemos señalado anteriormente, una "*imposibilidad total*" para poder apreciar el motivo de nulidad contenido en el apartado c) del artículo 62.1 LRJPAC.

Debe recordarse, además, que la Oferta MARCo fue aprobada por esta Comisión hace casi un año y, concretamente, mediante Resolución de 19 de noviembre de 2009 en el seno del expediente MTZ 2009/1223 por lo que TESAU debería haber habilitado ya los medios materiales necesarios para poder aportar la información de forma precisa y correcta. Si bien es cierto que esta información debe capturarse en los sistemas de gestión desde las primeras fases para la posterior asignación a los servicios, esto no es óbice para que TESAU no haya podido prever la preparación de sus sistemas para la captura de estos datos desde el principio, con el objeto de poder tener la información disponible en tiempo cuando realmente una oferta mayorista de referencia, como es en este caso la MARCo debe estar operativa, que es en el año 2010.

No obstante lo anterior, por lo que respecta al nivel de detalle concreto de los servicios exigido por esta Comisión en la resolución recurrida, resulta admisible el menor desglose en el caso de los servicios no recurrentes solicitado por TESAU en la página 7 de su recurso. En este sentido, y con relación a esta cuestión, debe estimarse, por tanto, la petición del operador recurrente. Por el contrario, no puede aceptarse la agregación de los servicios recurrentes de coubicación óptica y tendido de fibra. Dichos servicios, previsiblemente, van a ir adquiriendo cada vez una mayor relevancia conforme avance el despliegue de las redes NGA de los operadores, por lo que es importante disponer de la información de ambos servicios separadamente. Ello no difiere esencialmente de la estructura de servicios OBA que actualmente viene facilitando TESAU, en la cual los servicios de ubicación y TCI se presentan de forma independiente en la contabilidad.

Por consiguiente, procede estimar parcialmente el recurso interpuesto contra la resolución impugnada en el sentido de que TESAU deberá proceder a la apertura de los siguientes servicios recurrentes para la contabilidad correspondiente al ejercicio 2010.

12 <i>Servicios recurrentes</i>
121 Ocupación compartida de conductos y subconductos
122 Ocupación compartida de cámaras de registro y arquetas
123 Ocupación compartida de postes
124 Recurrente tendido de cable FO desde sala OBA
125 Recurrente coubicación óptica

Asimismo, y con carácter adicional, TESAU aportará un informe extracontable de ingresos y unidades para los servicios no recurrentes.



#### **CUARTO.- Sobre la imposibilidad de apertura de los servicios de TESAU en relación con la adaptación al nuevo marco regulador.**

En las páginas 8 a 9 de su recurso, TESAU trata, bajo esta rúbrica, distintos supuestos de presunta imposibilidad o dificultad en la apertura de servicios. En unos casos se apuntan como razones o motivos de ello la “escasa materialidad” o “falta de demanda” y en otros de “imposibilidad de distinción” o de “inexistencia de información contable” para su apertura.

Los servicios a los que se refiere TESAU en esta alegación hacen referencia a servicios ya solicitados en resoluciones anteriores de esta Comisión, como es el caso de las resoluciones de adaptación del sistema de contabilidad de costes al nuevo marco regulatorio de 13 de diciembre de 2007 y 3 de julio de 2008. Por tanto, los servicios deben reflejar información en el sistema cuando estén operativos, tal es el caso, de los pendientes de AMLT que como indica TESAU formarán parte del sistema del ejercicio 2009 y del ADSL-IP regional, que no estará en el sistema hasta los resultados del ejercicio 2010 por ser este el primer año operativo.

Respecto a la alegación de TESAU relativa al servicio de "Constitución de Pdl translocal y transmetropolitano", es admisible la alegación de que no tenga materialidad suficiente como para abrir dicho servicio en la contabilidad. No obstante, TESAU deberá aportar un informe extracontable con la información de unidades asociadas a la constitución de Pdl translocales y transmetropolitanos, de forma que se pueda distinguir el número de unidades con respecto al "servicio de conexión a 2 Mbit/s". De hecho, aunque el "servicio de conexión a 2 Mbit/s" y el servicio de "constitución de Pdl translocal y transmetropolitano" no se solicitan desglosados en alta y abono, ya que TESAU alegó en la resolución AEM 2007/1036 que no era necesario debido a la inexistencia de nuevas altas de Pdl, en caso de que existan nuevas altas también TESAU deberá desglosar el número de altas de ambos servicios en el mismo informe extracontable, con el objeto de verificar la adecuación de mantener una única cuenta. Asimismo y con relación a los pPAIs, se está de acuerdo con que si tienen un carácter residual no se desglosen justificándolo con listado de ingresos y unidades.

Con referencia al acceso indirecto rural, sí es cierto para GigADSL y ADSL-IP que no deben distinguirse una modalidad rural. No obstante, ello no puede predicarse para de LMDS-IP y Sat-IP, por lo que la cuenta de acceso indirecto rural debe reflejar los ingresos y costes de dichos servicios LMDS-IP y Sat-IP, servicios que no deben agregarse en ningún caso a las cuentas de GigADSL y ADSL-IP.

Respecto a la alegación de TESAU relativa a que, aún estando en catálogo, el servicio de "Tránsito a redes internacionales" no presenta ingresos ni resultados por no haber sido demandados, de acuerdo con la descripción del MICC, este servicio recogería el servicio de la OIR por el cual TESAU recibe una llamada de un operador conectado con destino a operadores internacionales, es decir, correspondería al denominado "Servicio de Terminación Internacional". Se ha propuesto la eliminación de este servicio de la OIR en el proyecto de medida relativo al expediente MTZ 2008/210 de modificación de la OIR, por lo que tendría sentido eliminarlo de la contabilidad. Ahora bien, dado que en dicho procedimiento la propia TESAU alega que dispone de una oferta comercial no regulada de tránsito hacia redes internacionales, es necesario que, o bien incluya tal servicio comercial en esta cuenta o se especifique en qué cuenta se incluye el mismo.

Por todo ello, procede estimar en parte el recurso interpuesto en el sentido de que, con carácter general para los servicios citados en este Fundamento pendientes de apertura, sobre los que la operadora alega tener un carácter residual o que no se han prestado todavía, TESAU deberá justificar en su contabilidad, mediante un listado de los ingresos y número de elementos



---

## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

demandados, con el objeto de que esta Comisión pueda determinar, si aumenta la demanda de los mismos, la apertura de los mismos.

### RESUELVE

**ÚNICO.-** Estimar parcialmente el recurso interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de 23 de junio de 2010 recaída en el procedimiento AEM 2010/606 sobre verificación de los resultados de la contabilidad de costes presentados por la entidad recurrente y referidos al ejercicio 2008, que resulta modificada en los términos expresados en los Fundamentos Tercero y Cuarto de la presente resolución.

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 mediante Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007 (BOE núm. 27, de 31 de enero de 2008), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a 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, sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

***El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.***