



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

JAIME ALMENAR BELENGUER, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA

Que en la sesión nº 28/06 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 27 de julio de 2006, el Consejo ha adoptado el siguiente

ACUERDO

por el que se aprueba la

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE INICIA EL PROCEDIMIENTO DE REVOCACIÓN DE LA RESOLUCIÓN DE 21 DE JULIO DE 2005 SOBRE LA VERIFICACIÓN DEL SISTEMA DE CONTABILIDAD DE COSTES DE ABERTIS TELECOM, S.A.U.

(Expdte. RO 2006/906)

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de noviembre de 2003, y conforme a lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 17 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, se decide subordinar a la observancia de condiciones la operación de concentración económica consistente en la adquisición por parte de la empresa ABERTIS Telecomunicaciones, S.A.U. (en adelante, ABERTIS), perteneciente al grupo ABERTIS Infraestructuras, del 100 por cien de las acciones de la empresa Retevisión I, S.A.U.

Concretamente, las Condiciones Segunda, letra e), y Tercera, apartado Primero, letra b), del Acuerdo de Consejo de Ministros establecen la obligación de ABERTIS de orientar a costes las tarifas aplicables al acceso o uso de las infraestructuras de difusión terrestre de Retevisión y Tradia en Cataluña, debiendo proporcionar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

información detallada sobre las tarifas de referencia para el acceso o uso de dichas infraestructuras y las condiciones detalladas en que se producirá. Asimismo, y en términos generales, el acceso o uso de dichas infraestructuras deberá prestarse en condiciones transparentes y no discriminatorias (letra d), apartado segundo Condición Segunda del Acuerdo).

Segundo.- Mediante Resolución de 21 de julio de 2005, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó con determinadas modificaciones y correcciones el sistema de contabilidad de costes propuesto por ABERTIS, para garantizar que el acceso o uso por terceros de las infraestructuras de difusión de televisión terrestre propiedad de (o arrendadas por) Retevisión y Tradia en la Comunidad Autónoma de Cataluña se produce en condiciones transparentes y no discriminatorias y con tarifas orientadas a costes.

Asimismo, dicha Resolución impuso a ABERTIS una serie de obligaciones. En particular, el Resuelve Cuarto de dicha Resolución prevé lo siguiente:

“ABERTIS TELECOM, S.A.U. deberá presentar antes del 31 de julio de 2006 los resultados de la Contabilidad de Costes correspondiente al ejercicio 2005 incorporando en el sistema las modificaciones especificadas en los apartados V1.1, V1.4, V2.1 y V2.2 (apartados i, ii, iii, vi) de la presente Resolución. En todo caso, para los resultados correspondientes al ejercicio 2005, ABERTIS TELECOM, S.A.U. habrá de presentar su Contabilidad de Costes tanto bajo el estándar de costes históricos como bajo el estándar de costes corrientes, con el fin de dar cumplimiento, entre otros, al principio de auditabilidad”.

Tercero.- Mediante Resolución del Consejo de esta Comisión de 2 de febrero de 2006 (publicada en el BOE número 40 de 16 de febrero de 2006) se aprobó la definición y análisis del mercado de transmisión de señales de televisión (mercado 18 de la Recomendación), la designación de los operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas. Asimismo, en dicha Resolución se acordó notificar la citada medida a la Comisión Europea. En dicha Resolución se designó a ABERTIS operador con poder significativo en el mercado y se le impusieron determinadas obligaciones.

Cuarto.- Con fecha 19 de abril de 2006, ABERTIS presentó ante el Servicio de Defensa de la Competencia escrito solicitando la modificación del Acuerdo del Consejo de Ministros en el sentido de que queden sin efecto las condiciones impuestas a ABERTIS en el mismo en relación con el acceso o uso de de las infraestructuras de difusión de televisión terrestre analógica o digital en la



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Comunidad Autónoma de Cataluña cuya propiedad o derecho de arrendamiento ostentan Retevisión y Tradia.

Quinto.- Con fecha 14 de junio de 2006, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de ABERTIS solicitando la suspensión del acuerdo adoptado por la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 21 de julio de 2005 por el que se impone a ABERTIS la obligación de presentar los resultados de la contabilidad de costes correspondiente al ejercicio 2005 antes del 31 de julio de 2006, hasta que no recaiga resolución en el procedimiento iniciado ante el Servicio de Defensa de la Competencia con fecha 19 de abril de 2006.

Sexto.- Con fecha 20 de julio de 2006, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó el informe al Servicio de Defensa de la Competencia sobre la solicitud por parte de ABERTIS de levantamiento de las condiciones impuestas en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de noviembre de 2003.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- HABILITACIÓN COMPETENCIAL DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El artículo 48.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (LGTel, en adelante) establece que *“en las materias de telecomunicaciones reguladas en esta ley la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ejercerá las siguientes funciones:”*

“ f) Informar preceptivamente en los procedimientos iniciados para la autorización de las operaciones de concentración de operadores o de toma de control de uno o varios operadores del sector de las comunicaciones electrónicas, cuando dichas operaciones hayan de ser sometidas al Gobierno para su decisión, de acuerdo con la legislación vigente en materia de defensa de la competencia.

....

h) Asesorar al Gobierno y al Ministro de Ciencia y Tecnología, a solicitud de éstos o por propia iniciativa, en los asuntos concernientes al mercado y a la regulación de las comunicaciones, particularmente en



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

aquellas materias que puedan afectar al desarrollo libre y competitivo del mercado.

m) Cualesquiera otras que legal o reglamentariamente se le atribuyan o que le encomienden el Gobierno o el Ministerio de Ciencia y Tecnología.”

Asimismo, la habilitación competencial de esta Comisión deriva de lo dispuesto en los apartados segundo y tercero de la Condición Tercera del Acuerdo de Consejo de Ministros, según los cuales:

“Segunda: La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá introducir en las condiciones para el acceso o uso de las infraestructuras que le sean comunicadas por ABERTIS las modificaciones que considere precisas para garantizar el cumplimiento de la condición segunda.

Tercera: Una vez aprobadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones las condiciones para el acceso o uso de las infraestructuras señaladas en la condición segunda...”

Por otra parte, el apartado 2.5 del Plan de Actuaciones por ABERTIS aprobado mediante Resolución del Servicio de Defensa de la Competencia de 19 de noviembre de 2004 establece asimismo la obligación de ABERTIS de presentar en el plazo de tres meses a esta Comisión, para su aprobación, una propuesta de sistema de contabilidad de costes, asumiendo los principios y criterios de contabilidad de costes establecidos en el propio Plan de Actuaciones, así como la contabilidad financiera auditada correspondiente al año 2003. En el mismo apartado del Plan de Actuaciones se reconoce asimismo la facultad por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para modificar dichos criterios y/o principios en cualquier momento con la finalidad de garantizar el cumplimiento de lo establecido en la Condición Segunda del Acuerdo del Consejo de Ministros.

Finalmente, el artículo 105.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) establece que *“las Administraciones públicas podrán revocar en cualquier momento sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico”.

SEGUNDO.- SOBRE EL INICIO DEL PROCEDIMIENTO PARA REVOCAR LA RESOLUCIÓN DE 21 DE JULIO DE 2005

Tal y como se ha puesto de manifiesto en los Antecedentes de Hecho, con posterioridad a la Resolución de 21 de julio de 2005 se han producido nuevos hechos que pueden incidir en las obligaciones impuestas a ABERTIS por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de noviembre de 2003.

En primer lugar, mediante Resolución de 2 de febrero de 2006, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó el mercado nacional de transmisión de señales de televisión (mercado 18 de la Recomendación). En la Resolución citada, tras definir y analizar dicho mercado, se concluyó que el mismo no era realmente competitivo y se identificó a ABERTIS como operador con poder significativo en el mismo.

Como consecuencia de esta circunstancia, se impusieron a ABERTIS las siguientes obligaciones:

- Atender las solicitudes razonables de acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización.
- Obligación de no discriminación en las condiciones de acceso.
- Obligación de transparencia.
- Ofrecer los servicios de acceso a la red nacional de ABERTIS a precios orientados en función de los costes de producción.
- Separar sus cuentas en relación con las actividades de acceso.

En segundo lugar, y a raíz de la Resolución del mercado 18, ABERTIS presentó escrito ante el Servicio de Defensa de la Competencia para que tramitara la solicitud de levantamiento de las condiciones impuestas en el Acuerdo del Consejo de Ministros por entenderlas superadas por las nuevas obligaciones exigibles a ABERTIS como operador con poder significativo en el mercado nacional de transmisión de señales de televisión.

En tercer lugar, ABERTIS ha solicitado la suspensión de la obligación de presentar los resultados de la contabilidad de costes correspondientes al ejercicio 2005 antes del 31 de julio de 2006 (Resuelve Cuarto de la Resolución de 21 de julio de 2005) hasta que recaiga resolución en el procedimiento ante



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el Servicio de Defensa de la Competencia acerca del levantamiento de las condiciones del Acuerdo del Consejo de Ministros. Según ABERTIS, dado que el Servicio de Defensa de la Competencia está valorando en la actualidad la procedencia de modificar la obligación principal de ABERTIS – las propias condiciones del Acuerdo del Consejo de Ministros-, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no debería exigir el cumplimiento de la obligación de presentación de los resultados de la contabilidad de costes correspondiente al ejercicio 2005, por ser ésta una obligación accesorio, hasta que no se resuelva sobre la obligación principal.

A la luz de los hechos expuestos, es preciso valorar si ha de mantenerse la obligación de ABERTIS de presentar los resultados de la contabilidad de costes correspondientes al ejercicio 2005 antes del 31 de julio de 2006, tal y como establecía el Resuelve Cuarto de la Resolución de 21 de julio de 2005.

La obligación de ABERTIS de presentar su contabilidad de costes deriva de lo dispuesto en las Condiciones Segunda, letra e), y Tercera, apartado Primero, letra b), del Acuerdo de Consejo de Ministros que establecen la obligación de ABERTIS de orientar a costes las tarifas aplicables al acceso o uso de las infraestructuras de difusión terrestre de Retevisión y Tradia en Cataluña, debiendo proporcionar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones información detallada sobre las tarifas de referencia para el acceso o uso de dichas infraestructuras y las condiciones detalladas en que se producirá. Asimismo, y en términos generales, el acceso o uso de dichas infraestructuras deberá prestarse en condiciones transparentes y no discriminatorias (letra d), apartado segundo Condición Segunda del Acuerdo).

A este respecto, el apartado 2.2.1 (Condición general de acceso nº 7) del Plan de Actuaciones establece que *“ABERTIS se atenderá en la fijación de sus tarifas a los principios de orientación a costes, transparencia y no discriminación en los términos señalados en este Plan y al sistema de contabilidad de costes establecidos en el mismo”*.

El Acuerdo del Consejo de Ministros atribuyó la instrumentación de dicha obligación a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones quién en el ámbito de sus competencias fijó el plazo de presentación de los resultados de la contabilidad de costes de ABERTIS.

Como se ha señalado anteriormente, mediante Resolución de 20 de julio de 2006, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones informó



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

favorablemente acerca del levantamiento de las condiciones impuestas a ABERTIS por el Acuerdo de Ministros de 14 de noviembre de 2003 al considerar que las mismas son homogéneas en cuanto a su contenido y forma con las obligaciones impuestas a ABERTIS en la Resolución de esta Comisión de 2 de febrero de 2006.

Por ello, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones concluyó en su informe que la supresión de las obligaciones del Acuerdo del Consejo de Ministros no producirá efectos sobre la competencia en el mercado al quedar salvaguardado por la Resolución de esta Comisión de 2 de febrero de 2006 el acceso por terceros operadores a la red de ABERTIS en condiciones transparentes y no discriminatorias y a precios orientados en función de los costes de producción, por lo que dejar sin efecto las condiciones del Acuerdo del Consejo de Ministros no afectaría a la competencia excepto en relación con la situación descrita respecto del acceso a Torre Collserola.

Pues bien, en el caso de que el Consejo de Ministros opte por levantar las condiciones impuestas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cataluña, la obligación que recae sobre ABERTIS de presentar los resultados de la contabilidad de costes –en tanto que derivada de la obligación de orientación a costes-, desaparecería, y con ello, la base jurídica de la Resolución de 21 de julio de 2005.

De conformidad con lo establecido en el artículo 105.1 de la LRJPAC *“Las Administraciones Públicas podrán revocar en cualquier momento sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico”*.

Por su parte, el artículo 106 de la LRJPAC establece que *“las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”*.

Teniendo en cuenta las circunstancias expuestas, esta Comisión considera oportuno iniciar un procedimiento de revocación de la Resolución de 21 de julio de 2005, a la vista del posible levantamiento de las condiciones del Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de noviembre de 2003.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TERCERO.- SOBRE LA SUSPENSIÓN DEL RESUELVE CUARTO DE LA RESOLUCIÓN DE 21 DE JULIO DE 2005.

El artículo 104 de la LRJPAC regula la suspensión de la ejecución de los actos en los procedimientos de revisión de oficio. Así, según el citado artículo, *“iniciado el procedimiento de revisión de oficio, el órgano competente para resolver podrá suspender la ejecución del acto, cuando ésta pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación”*.

El Tribunal Constitucional ha interpretado el régimen de adopción de medidas cautelares considerando que no se produce vulneración de derechos constitucionales, siempre que (i) exista una norma jurídica que permita su adopción, (ii) se adopten medidas cautelares por resolución en derecho y (iii) se basen en un juicio de razonabilidad en cuanto a la finalidad perseguida y circunstancias concurrentes.

En el presente caso, el artículo 104 de la LRJPAC habilita a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para suspender la ejecución de la obligación impuesta en el Resuelve Cuarto de la Resolución de 21 de julio de 2005 en tanto que órgano competente para resolver. Teniendo en cuenta que el artículo 104 se refiere genéricamente al “procedimiento de revisión de oficio” ha de entenderse aplicable a cualquiera de los procedimientos de revisión contemplados en el Capítulo I del Título VII de la LRJPAC entre los que se encuentra el procedimiento de revocación del artículo 105.1 de la LRJPAC.

El juicio de razonabilidad en cuanto a la finalidad perseguida y circunstancias concurrentes, así como la apariencia de buen derecho que exige la jurisprudencia para adoptar la suspensión han quedado expuestos en el Fundamento de Derecho Segundo de la presente Resolución.

Por otra parte, si finalmente se levantan las condiciones del Acuerdo del Consejo de Ministros impuestas a ABERTIS, desaparecerá la obligación que recae sobre este operador de presentar ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones los resultados de su contabilidad de costes en el marco de dicho Acuerdo.

En efecto, como se ha señalado anteriormente, como consecuencia de la definición del mercado nacional de transmisión de señales de televisión, se ha impuesto a ABERTIS, entre otras, la obligación de orientación a costes. Precisamente, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha iniciado



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el procedimiento para instrumentar la obligación de orientación a costes a nivel nacional derivada del mercado 18 mediante Resolución de 1 de junio de 2006 sobre el formato y método contable a utilizar por ABERTIS en el sistema de contabilidad de costes.

Teniendo en cuenta dicha circunstancia, el hecho de mantener la obligación de presentar los resultados de la contabilidad de costes en el marco del Acuerdo del Consejo de Ministros para la Comunidad Autónoma de Cataluña requiere una duplicidad de esfuerzos por parte de ABERTIS que no se encuentra justificada ni desde el punto de vista jurídico ni económico, produciendo un grave perjuicio a este operador.

A la vista de lo anterior, esta Comisión considera conveniente suspender la ejecución de la obligación impuesta a ABERTIS en el Resuelve Cuarto de la Resolución de 21 de julio de 2005.

En atención a los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho expuestos, esta Comisión

RESUELVE

PRIMERO.- Iniciar un procedimiento de revocación de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 21 de julio de 2005 sobre verificación de la contabilidad de costes de ABERTIS. (MTZ 2005/389)

SEGUNDO.- Suspender la ejecución del Resuelve Cuarto de la Resolución de 21 de julio de 2005, sobre la verificación de la contabilidad de costes de ABERTIS hasta que no recaiga resolución en el procedimiento relativo al levantamiento de las condiciones del Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de noviembre de 2003.

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, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, 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,

Reinaldo Rodríguez Illera

Jaime Almenar Belenguer