



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 34/10 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 4 de noviembre de 2010, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución relativa al recurso de reposición interpuesto por France Telecom España, S.A. contra la Resolución de 29 de julio de 2010 sobre su propuesta de la tasa anual de coste de capital a aplicar en la contabilidad de costes del ejercicio 2010 (AJ 2010/1631).

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Resolución de 29 de julio de 2010.

Con fecha 29 de julio de 2010 el Consejo de esta Comisión dictó Resolución, en el expediente número AEM 2010/541, sobre la propuesta de FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. de la tasa anual de coste de capital a aplicar en la contabilidad de costes del ejercicio 2010.

Con posterioridad la Resolución del Secretario de esta Comisión de 21 de octubre de 2010 procedió a rectificar un error material advertido en el Resuelve de la citada Resolución de 29 de julio de 2010, de acuerdo con lo establecido en el artículo 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

La mencionada Resolución de 29 de julio de 2010, acuerda en su Resuelve lo siguiente:

<< PRIMERO.- Aprobar una tasa anual de coste medio ponderado del capital antes de impuestos para France Telecom España, S.A., en el cálculo de los costes de los servicios durante el ejercicio 2010, del 10,17%¹, conforme a la propuesta de la operadora, valorada y corregida según la metodología de determinación del coste del capital medio ponderado establecida en la Resolución de 21 de diciembre de 2006.>>

¹ Porcentaje definitivo tras la rectificación del error material antes citado, Resolución del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 21 de octubre de 2010 (expediente número AJ 2010/1877).



SEGUNDO.- Recurso de reposición de FRANCE TELECOM.

Con fecha 6 de septiembre de 2010 tuvo entrada en el Registro Electrónico de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de la entidad FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. (en adelante, FRANCE TELECOM) mediante el cual interpone recurso potestativo de reposición contra la mencionada Resolución de 29 de julio de 2010 a la que se refiere el antecedente de hecho anterior.

La entidad recurrente muestra su disconformidad con la citada Resolución por considerarla nula de pleno derecho sobre la base de, fundamentalmente, las siguientes alegaciones:

2.1.- Sobre la determinación de su estructura financiera.

La recurrente alude a la configuración societaria resultante de la fusión de los antiguos Grupos France Telecom y Auna en 2006 y a las relaciones financieras con la sociedad matriz francesa para manifestar que la Resolución impugnada no ha tenido en cuenta que, desde dicho ejercicio 2006, gran parte de la deuda total de FRANCE TELECOM computada es con su propio Grupo empresarial y no debería contabilizarse como tal sino que sería equivalente a capital, y que en consecuencia la deuda real que debería contabilizarse es únicamente la vigente con terceros.

2.2.- Sobre la determinación del tipo de gravamen en el Impuesto de Sociedades.

FRANCE TELECOM alega que en la resolución recurrida se refleja adecuadamente el cambio de tendencia que resulta de la reducción en 3 años del tipo impositivo marginal del Impuesto de Sociedades de un 35% a un 30%, pero esta Comisión, a diferencia de ejercicios anteriores, ha considerado no probados los ajustes correspondientes al negocio móvil de la recurrente deduciendo la amortización del fondo de comercio, sin argumentar las razones para ello, por lo que se deberían tener en cuenta los ajustes citados que demostrarían que el tipo medio efectivo impositivo del periodo 2007-2009 sería el 31,01%.

Asimismo la recurrente aporta en su escrito copia del Informe de Gestión y de las Cuentas Anuales de 2009, así como copia de la autoliquidación del Impuesto de Sociedades de 2009.

Por todo lo anterior FRANCE TELECOM solicita que se tengan en cuenta sus alegaciones y se modifiquen los cálculos así como la tasa anual resultante de coste de capital a aplicar en la contabilidad de costes del ejercicio 2010, aunque sin concretar la cifra concreta que solicita. Asimismo solicita que se declaren confidenciales determinados datos contenidos en su escrito de interposición del recurso, así como sus 2 Anexos.

TERCERO.- Notificación del inicio de la tramitación del recurso al interesado.

Mediante el correspondiente escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, fechado el día 17 de septiembre de 2010, se informó a la recurrente del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación de su recurso de reposición, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC.



CUARTO.- Declaración de confidencialidad de determinados datos contenidos en el escrito de interposición del recurso de FRANCE TELECOM y de sus Anexos.

Mediante Resolución del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, fechada el día 17 de septiembre de 2010, se declaró la confidencialidad frente a terceros de los siguientes datos y documentos incluidos en el escrito de interposición del recurso de reposición de FTES y en sus anexos:

1. En el escrito de interposición del recurso, en la página 5 el cuadro de datos de evolución interanual de la deuda total y los datos a contabilizar como deuda y como financiación de la matriz que propone la recurrente; y en la página 6 los datos de la ratio Deuda/EBITDA.
2. El Anexo I “Informe de Gestión y Cuentas Anuales auditadas correspondientes al ejercicio 2009”.
3. El Anexo II “Autoliquidación del Impuesto de Sociedades correspondiente al ejercicio fiscal 2009”.

Dicha declaración de confidencialidad se fundamenta, previa ponderación entre el interés de dicha entidad en que se declare su confidencialidad y el interés posible de terceros a conocer el contenido de dichos datos, en que los datos y documentos señalados como confidenciales por la recurrente tienen carácter sensible, al desvelar aspectos esenciales de la estructura contable y financiera de la empresa tales como la evolución de ingresos, de la deuda, de la tributación, y en definitiva de su actividad comercial y operativa interna, así como del cumplimiento de sus obligaciones fiscales, y cuyo conocimiento por terceros puede afectar a su secreto comercial e industrial.

II 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, y cumpliendo las formalidades establecidas en el artículo 110.1 de la misma LRJPAC.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC prevé 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, y en el artículo 117 se especifica que el plazo para interponer el recurso de reposición será de un mes desde la notificación de la resolución recurrida.

La entidad recurrente es interesada directa en el procedimiento administrativo número AEM 2010/541 en el marco del cual se dictó el acto impugnado, que es firme en vía administrativa; califica expresamente su escrito como recurso de reposición e invocando



genéricamente las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62 de la LRJPAC; y ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la misma Ley.

Por tanto, y teniendo en cuenta que las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa (artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones; en adelante, LGTel), procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar el escrito de FRANCE TELECOM presentado el día 6 de septiembre de 2010 como recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución del Consejo del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 29 de julio de 2010 sobre su propuesta de la tasa anual de coste de capital a aplicar en la contabilidad de costes del ejercicio 2010.

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 número AEM 2010/541 y es el operador destinatario de las obligaciones regulatorias adoptadas en el mismo. En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a FRANCE TELECOM para la interposición del recurso potestativo de reposición objeto de la presente Resolución.

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.

El recurso de reposición interpuesto por FRANCE TELECOM cumple con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC, que se ha presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, y viene fundamentado genéricamente en los motivos de nulidad previstos en el artículo 62 de la misma Ley:

- Concretamente invoca que en los cálculos de la tasa anual de coste de capital a aplicar en la contabilidad de costes del ejercicio 2010 no se habrían tenido en cuenta determinados datos contables, financieros y fiscales, lo que a su juicio habría causada la fijación de una tasa más baja, y tampoco se habría motivado suficientemente esa decisión.
- Estas alegaciones han de interpretarse en el sentido de que la recurrente invoca de manera genérica un incumplimiento de la normativa regulatoria vigente y una ausencia de motivación suficiente del acto recurrido, motivos ambos que pueden ser causa de nulidad y de anulabilidad al estar previstos en los artículos 62.1, letras a) y e), y 63.1 de la LRJPAC.

Por todo lo anterior procede la admisión a trámite del recurso de reposición de FRANCE TELECOM.



CUARTO.- Competencia y plazo para resolver.

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, la competencia para resolver el recurso de reposición de FRANCE TELECOM objeto de la presente Resolución corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

El citado recurso deberá ser resuelto, y su Resolución notificada, en el plazo máximo de un mes contado desde el día siguiente a la interposición del mismo, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley, y siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre la determinación de la estructura financiera de FRANCE TELECOM.

1.1.- Sobre la solicitud de considerar la deuda con la matriz del Grupo como equivalente a capital o a recursos propios.

FRANCE TELECOM solicita en su recurso la consideración de la deuda con la matriz del Grupo como equivalente a capital, argumentando para ello que la citada deuda se dedicó principalmente a la financiación de los activos intangibles y el fondo de comercio en el proceso de adquisición del operador Retevisión Móvil S.A. por parte del Grupo France Telecom, por lo que en consecuencia la deuda real que debería contabilizarse es únicamente la vigente con terceros.

Frente a esta alegación en primer lugar hay que poner de manifiesto lo siguiente:

- Que en la adquisición del operador Retevisión Móvil S.A., el grupo France Telecom pagó un precio superior al valor de adquisición registrado en los libros contables por los activos adquiridos y por los pasivos asumidos.
- Que la recurrente declara que, como consecuencia del proceso de adquisición mediante fusión antes mencionado, por parte de la empresa adquirida se produce un incremento de su endeudamiento (tanto con entidades de crédito como con compañías vinculadas) que sustancialmente se dedica principalmente a la financiación de los activos intangibles y el fondo de comercio adquiridos.
- Que esta operación financiera de transferencia contable de costes utilizada en las adquisiciones societarias, denominada comúnmente "*Debt push-down*", es un método contable mediante el cual los estados financieros de una subsidiaria reflejan los costes en que incurre la sociedad adquirente o controlante en la adquisición de esa subsidiaria, en vez de reflejar los costes históricos de la subsidiaria.

A la vista de lo anterior hay que señalar que desde el punto de vista de las prácticas corporativas de consolidación contable, el uso del instrumento contable "*Debt Push-Down*"



permite una optimización fiscal de la financiación ajena, ya que los estados financieros de una filial (empresa adquirida) reflejan los costes en que incurre la sociedad matriz (adquiriente) en la compra de la filial, en lugar de reflejar los costes contables históricos de la filial. Por lo tanto, los costes de adquisición de la sociedad matriz se reflejan y muestran en los estados financieros de la filial y no en los propios.

En consecuencia, con la estrategia de utilizar el citado instrumento contable "*Debt Push-Down*" las empresas "arrastran abajo" o transfieren el valor razonable de la empresa adquirida, y aunque esta práctica tiene efectos neutros en la consolidación contable del Grupo, los cambios afectan a los informes internos y al resultado de explotación de las empresas por separado, de tal manera que la optimización fiscal antes citada proviene del hecho de que la depreciación adicional o la amortización de los activos e intangibles se imputan a la filial, incrementando contablemente sus costes y/o deudas y afectando a sus resultados (los minoran), con lo que el beneficio contable disminuye (o desaparece), disminuyendo (o desapareciendo) en consecuencia la tributación por el mismo.

Aunque algunas autoridades internacionales en asuntos contables² ya han fijado su posición al respecto, sin embargo la normativa contable española y las normas de consolidación contable del Banco de España³ no concretan la consideración contable de la práctica del "*Debt Push-Down*", por lo que esta Comisión tiene que analizar cada una de las partidas que corresponden en el apartado del Pasivo "*Deudas con empresas del grupo y asociadas*" a largo y corto plazo para determinar la procedencia o no de considerarlas capital propio.

Del análisis de las Cuentas anuales y del Informe de Gestión de France Telecom España, S.A. del ejercicio 2009 se aprecia que el concepto contable "*Deudas con empresas del grupo y asociadas*" se desglosa en varias partidas que incluyen varios instrumentos financieros de Pasivo con vencimiento a corto plazo, así como un Crédito Subordinado con vencimiento a un año.

Los mencionados instrumentos financieros de Pasivo con empresas de su Grupo son instrumentos financieros a corto plazo, por lo que no pueden asimilarse a Fondos Propios, como solicita la recurrente.

Con respecto al Crédito Subordinado, este tipo de préstamos suelen estar subordinados a la deuda a largo plazo, y es el caso del de FRANCE TELECOM de acuerdo con los datos de su contabilidad.

Los Créditos Subordinados de las Sociedades participadas con sus matrices son un caso claro de Préstamo Participativo que permite a las empresas acceder a recursos financieros manteniendo un control total sobre su gestión. Algunas de las características principales de su régimen jurídico-mercantil son las siguientes:

² Por ejemplo, la norteamericana SEC (Securities and Exchange Commission) en su boletín contable número 703 de 30 de diciembre de 1987 ("*Push Down*" Basis of Accounting for Parent Company Debt Related to Subsidiary Acquisition).

³ Circular 4/2004 del Banco de España de 22 de diciembre, a Entidades de Crédito, sobre Normas de información financiera pública y reservada, y modelo de estados financieros. (BOE número 314 de 30 de diciembre de 2004), modificada por las Circulares 6/2008, 2/2010 y 3/2010.



- En una consideración jurídico-mercantil⁴ y a los efectos de reducción de capital y disolución de la Sociedad por pérdidas, el Préstamo Participativo presenta la ventaja de poderse sumar a los fondos propios para calcular el Patrimonio Neto, evitando situaciones de desequilibrio patrimonial en las sociedades mercantiles.
- No obstante, aunque estos préstamos pueden tener unas especiales características en cuanto a la remuneración de los intereses o a su devolución, cabe recordar que jurídicamente los Préstamos Participativos no tienen ninguna excepcionalidad en el vigente Plan General Contable en cuanto a su contabilización⁵. En este sentido hay que señalar que, por ejemplo, en los procesos concursales, un Préstamo Participativo no se considera activo patrimonial a la hora de determinar si hay o no solvencia, sino que constituye un crédito subordinado, situándose el prestamista justo por delante de los socios en la prelación de créditos; desde el punto de vista económico-financiero, la subordinación supone un aumento de la solvencia del prestatario en relación con los acreedores no subordinados, simplemente porque, en el caso de la prelación de créditos, éstos cobrarán antes que aquéllos; pero esta función económico-financiera no altera la naturaleza crediticia del préstamo, que con carácter general deberá ser satisfecho en todo caso a su vencimiento como cualquier otra deuda del prestatario.

En definitiva, desde una perspectiva patrimonial los Préstamos Participativos no son otra cosa que una deuda que forma parte del Pasivo de la empresa, y como tal debe considerarse a los efectos de determinar el Patrimonio Neto Contable del prestatario, en este caso la sociedad adquirida.

Aunque el vigente Plan General de Contabilidad no hace ninguna referencia específica a la cuenta en que se debe contabilizar un Préstamo Participativo, a juicio de esta Comisión debe utilizarse una cuenta del Grupo 16 "Deudas a largo plazo con Partes Vinculadas" y clasificarlo en el epígrafe de Pasivos No Corrientes en el Balance de Situación, sin perjuicio de lo establecido en párrafos anteriores referente a su consideración en la normativa mercantil aplicable como Patrimonio Neto a los solos efectos de los supuestos de reducción de capital y liquidación de la Sociedad.

A la vista de todo lo anterior, y en relación con las alegaciones concretas de la recurrente, hay que señalar que el Crédito Subordinado de FRANCE TELECOM con su matriz es un caso claro de Préstamo Participativo, por lo que no puede considerarse equivalente a capital ni a otro tipo de recursos propios, sino que ha de contabilizarse como deuda de la empresa.

⁴ La Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea establece en su Disposición adicional tercera la modificación de la letra d) del artículo 20 del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica y pasa a definirlo en los siguientes términos: "*d) Los préstamos participativos se considerarán patrimonio neto a los efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil.*".

⁵ El Plan General de Contabilidad, aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre (BOE número 278 de 20 de noviembre de 2007), regula las operaciones entre empresas del grupo en su Norma de Registro y Valoración número 21, indicando que, salvo que las operaciones sean aportaciones no dinerarias de un negocio u operaciones de fusión y escisión, se regularán con las normas generales.



1.2.- Sobre la comparabilidad de los Balances de Situación de la recurrente con los de Retevisión Móvil, S.A.

Con respecto a otros datos contables y financieros aportados por la recurrente en su escrito de 6 de septiembre de 2010, cabe señalar que el Balance de Situación de FRANCE TELECOM a fecha de 31 de diciembre de 2006, operador cuyas actividades en los segmentos de telecomunicaciones fijas como móviles son en ambos casos significativas, no es directamente comparable con el Balance de Situación de la empresa Retevisión Móvil, S.A. a fecha de 31 de diciembre de 2005, pues era un operador cuya actividad estaba concentrada en el segmento de las telecomunicaciones móviles.

1.3.- Sobre la estabilidad de la deuda como prueba de la naturaleza de capital propio de la deuda con la matriz de su Grupo empresarial.

FRANCE TELECOM también justifica la naturaleza de capital propio de la deuda con la matriz de su Grupo empresarial por la estabilidad y coincidencia de la evolución de la deuda total de la empresa a lo largo de los ejercicios 2005 a 2009 con respecto a los ingresos de la rama de telecomunicaciones móviles para ese mismo periodo.

Esta Comisión, sin embargo, considera que esos datos contables no son concluyentes *per se* para determinar la naturaleza de Fondos Propios de la deuda con la matriz del Grupo, porque un montante constante del total de la deuda no aporta transparencia de la evolución de cada una de las partidas en las que se podría desglosar la misma, ni altera la naturaleza jurídica de la deuda que forma parte del Pasivo de la empresa, como ya se ha expuesto anteriormente.

En este sentido hay que recordar que en la metodología de estimación del coste de capital medio ponderado aprobada por el Consejo de esta Comisión de 21 de diciembre de 2006 (expediente número AEM 2006/736), se establece en su apartado V.5 “*Estimación de la estructura financiera*” (páginas 32 y siguientes) que el valor de la deuda de la empresa se estima a partir de su valor contable e incluye todas las partidas de deuda financiera, y considera también que “*los préstamos participativos y otras formas de deuda subordinada constituyen una partida de la deuda de la empresa*” (página 35).

1.4.- Sobre la variación en el ratio de apalancamiento de los ejercicios 2009 y 2010.

En relación a la alegación sobre la variación significativa del ratio de apalancamiento de los ejercicios 2009 y 2010 plasmada en las Resoluciones de esta Comisión sobre la tasa de retorno a aplicar por la recurrente sin que, a su juicio, haya variado significativamente su “composición financiera”, hay que responder que esa alegación sobre una presunta motivación insuficiente de la Resolución recurrida para efectuar la variación mencionada, carece de rigor y fundamento ya que en los Fundamentos de Derecho de la misma se exponen y argumentan suficientemente las razones objetivas para determinar dicho parámetro, y además la mera alegación de que esta Comisión ha efectuado una modificación significativa del dato resultante de un año para otro no resulta en sí misma una alegación con fundamento jurídico suficiente.



El hecho de que la Resolución de 29 de julio de 2010 sobre la tasa de retorno aplicable en 2010 difiera en algunos de sus datos, cálculos y resultantes de las de años anteriores se debe a que las circunstancias de cada procedimiento son diferentes, y es el resultado del ejercicio de la potestad administrativa decisoria de esta Comisión y, en general, de sus competencias legalmente establecidas, de conformidad con las normas jurídicas vigentes, singularmente el artículo 48 de la LGTel y la LRJPAC.

En concreto la LRJPAC no establece en ninguno de sus preceptos que los órganos administrativos, al dictar un acto administrativo, esté vinculado por las decisiones que haya adoptado anteriormente, sino que dispone en su artículo 89 que *“La resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo”* (apartado 1) y que *“Las resoluciones contendrán la decisión, que será motivada en los casos a que se refiere el artículo 54. Expresarán, además, los recursos que contra la misma procedan, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno”* (apartado 3). El artículo 54.1.c) de la LRJPAC establece que *“Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: (...) c) Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos”*.

A tales efectos cabe destacar la reiterada interpretación jurisprudencial en relación a la motivación de los actos administrativos, con arreglo a la cual, la exigencia contenida en el artículo 54.1 de la LRJPAC se traduce en la obligación de exteriorizar las razones que sirven de fundamento a la decisión administrativa, realizando una sucinta referencia a los hechos y fundamentos de Derecho que dan lugar a la adopción de la decisión, en aras a permitir a los afectados ejercitar debidamente su derecho de defensa, pero sin que se requiera una profunda, extensa y detallada exposición de los razonamientos o argumentos determinantes de su adopción.⁶

La Resolución de 29 de julio de 2010 cumple escrupulosamente con lo dispuesto en los antes citados artículos 89 y 54 de la LRJPAC, ya que contiene de forma adecuada todos aquellos criterios utilizados y conclusiones obtenidas tras el oportuno análisis practicado de las circunstancias concurrentes y se ha dado contestación a todas y cada una de las alegaciones efectuadas por FRANCE TELECOM. Y en concreto en lo referente a los cambios introducidos por esta Comisión en los cálculos y resultantes en relación con el ratio de apalancamiento respecto de ejercicios anteriores, dichos cambios han sido resultado de las circunstancias concretas aplicables al ejercicio 2010 y se han motivado suficientemente en los Fundamentos de Derecho de la Resolución recurrida; muestra de ello es el hecho de que la propia recurrente ha rebatido algunos de los razonamientos y criterios establecidos por esta Comisión en la propia Resolución ahora recurrida. Cuestión diferente es que la recurrente comparta o no las decisiones adoptadas por esta Comisión en dicha Resolución, pero sin que ello nada tenga que ver con la supuesta insuficiencia en la motivación de los cambios introducidos respecto del informe de audiencia.

⁶ El Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), en Sentencias de fechas 29 de marzo de 2004 (RJ 2004/1849), 10 de diciembre de 2003 (RC 3905/2000 [RJ 2003\9526]), 19 de febrero de 2002 (RJ 2002/2957), 29 de febrero de 2000 (Ar. 2000/3166), 20 de enero de 1998 (RJ 1998\1418), 25 de mayo de 1998 (RJ 1998\4486); 9 de febrero de 1996 (RJ 1996/1105), y 12 de diciembre de 1990 (Ar. 1990/9918), entre otras.



SEGUNDO.- Sobre la determinación del tipo medio efectivo de gravamen en el Impuesto de Sociedades.

FRANCE TELECOM alega que en la resolución recurrida se refleja adecuadamente el cambio de tendencia que resulta de la reducción en 3 años del tipo impositivo marginal del Impuesto de Sociedades de un 35% a un 30%, pero que esta Comisión, a diferencia de ejercicios anteriores, habría considerado no probados los ajustes correspondientes al negocio móvil de la recurrente deduciendo la amortización del fondo de comercio, sin argumentar las razones para ello, por lo que se deberían tener en cuenta los ajustes citados que demostrarían que el tipo impositivo medio efectivo de los tres últimos años debería ser el 31,01%.

La recurrente alega que la metodología empleada en su propuesta de 18 de marzo de 2010 para la determinación del tipo impositivo efectivo en 2009 es la misma que ha sido utilizada en ejercicios anteriores y que en las Resoluciones sobre tasas anuales de retorno de los años 2007 y 2008 esta Comisión habría manifestado su acuerdo en la determinación de dicho tipo, con el mismo grado de información y documentación reportadas.

Frente a esta alegación de una supuesta falta de motivación hay que contestar en los mismos términos que en la respuesta a la alegación anterior, es decir, reiterando que la Resolución de 29 de julio de 2010 cumple escrupulosamente con lo dispuesto en los artículos 89 y 54 de la LRJPAC, ya que contiene de forma adecuada todos aquellos criterios utilizados y conclusiones obtenidas tras el oportuno análisis practicado de las circunstancias concurrentes en el procedimiento concreto, y se ha dado contestación a todas y cada una de las alegaciones efectuadas por FRANCE TELECOM.

En concreto en lo referente a los cambios introducidos por esta Comisión en los cálculos y resultantes en relación con el tipo impositivo efectivo del Impuesto de Sociedades aplicable al ejercicio 2009 respecto de ejercicios anteriores, dichos cambios han sido resultado de las circunstancias concretas aplicables al ejercicio 2010 y se han motivado suficientemente en los Fundamentos de Derecho de la Resolución recurrida, ya que, como se puede comprobar en el Fundamento de Derecho IV.2, penúltimo párrafo (página 14 de la versión no confidencial de la Resolución recurrida), FRANCE TELECOM no aportó pruebas suficientes de los pretendidos ajustes correspondientes a su segmento de negocio móvil, por lo que no se pudo admitir su propuesta y se estima como tipo impositivo efectivo para el ejercicio 2009 su valor nominal, y de la media simple de los tres tipos impositivos efectivos correspondientes al periodo 2007-2009 resulta un tipo medio efectivo de un 30,69%.

En relación con los nuevos documentos aportados por FRANCE TELECOM adjuntos a su escrito de interposición de su recurso (copia del Informe de Gestión y de las Cuentas Anuales de 2009, así como copia de la autoliquidación del Impuesto de Sociedades de 2009), del análisis de la información y de los datos contenidos en los mismos se desprende que no se cuestiona ninguno de los fundamentos ni el Resuelve de la Resolución de 29 de julio de 2010, ya que no es posible replicar el cálculo propuesto por la recurrente. A modo de ejemplo, para justificar importes de ajustes en su cálculo del tipo impositivo efectivo, la recurrente se refiere a la declaración del impuesto de sociedades (datos agregados de la rama fija y móvil) sin diferenciar la parte correspondiente a la actividad móvil. Esta Comisión reitera la necesidad de que la propuesta de este parámetro por parte del operador venga



acompañada de documentación y desglose suficientes que permitan la trazabilidad y justificación de los cálculos requeridos para su estimación, y en su defecto (como ha sucedido en este caso) se considera que la mejor aproximación al tipo impositivo efectivo es el tipo nominal del Impuesto de Sociedades del ejercicio fiscal de referencia.

Por todo lo anterior, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar íntegramente el recurso de reposición interpuesto por la entidad FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 29 de julio de 2010 sobre su propuesta de la tasa anual de coste de capital a aplicar en la contabilidad de costes del ejercicio 2010 (expediente número AEM 2010/541), por estar la misma plenamente ajustada a Derecho.

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