



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 32/11 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 6 de octubre de 2011, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el que se aprueba la:

**Resolución por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la entidad Vodafone España, S.A.U. contra la resolución de fecha 28 de abril de 2011, sobre la verificación de los resultados de la contabilidad de costes de los ejercicios 2009 y 2010 (AJ 2011/1362).**

#### I ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Resolución de fecha 28 de abril de 2011 recaída en el expediente AEM 2011/30.

Con fecha 28 de abril de 2011 el Consejo de esta Comisión dictó resolución que puso fin al procedimiento AEM 2011/30 acordando lo siguiente:

*“**Primero.-** Declarar que la aplicación para los ejercicios 2009 y 2010 del sistema de contabilidad de costes utilizado por Vodafone España, S.A. en general es conforme a los principios, criterios y condiciones establecidos por la Resolución de esta Comisión de fecha 10 de junio de 2010, excepto en lo que se refiere a los puntos reseñados en los apartados IV y V de la presente resolución.*

***Segundo.-** Requerir a Vodafone España, S.A. que introduzca en su sistema de contabilidad de costes las modificaciones a que se refieren los apartados IV y V de la presente Resolución que deberá presentarse junto con la contabilidad del próximo ejercicio.*

***Tercero.-** Requerir a Vodafone España, S.A. que presente los resultados de los ejercicios 2009 y 2010, ajustados con las modificaciones expresamente exigidas en la presente resolución para la validación de las cuentas de 2009 y 2010 antes del 31 de julio de 2011, junto con los siguientes estados contables cerrados, para la verificación definitiva por parte de esta Comisión de los resultados de esos periodos”.*



**SEGUNDO.- Recurso de reposición interpuesto contra la Resolución AEM 2011/30.**

Con fecha 3 de junio de 2011 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de Vodafone en virtud del cual presentó recurso de reposición contra la resolución de referencia.

A los efectos del presente recurso, el aspecto más controvertido para Vodafone España, S.A. (en adelante, Vodafone) de la resolución de 28 de abril de 2011 es el relativo a la naturaleza contable de la contribución a la financiación del coste neto del servicio universal. Según la Resolución recurrida, Vodafone debe imputar el coste de la contribución al fondo del servicio universal ("621402 Canon sobre ingresos-Otros") a costes no asignables a actividad principal en costes históricos y corrientes en el sistema de contabilidad de costes, así como modificar el manual interno de contabilidad de costes y los motivos de cargo y abono en los ejercicios 2009, 2010 y siguientes.

La entidad recurrente solicita la nulidad y subsidiariamente la anulación de la Resolución de fecha 28 de abril de 2011, sobre la base de las siguientes alegaciones:

- a) Sobre la consideración contable de la contribución a la financiación del coste neto del servicio universal

Vodafone solicita la nulidad o, en su caso, la anulación de la Resolución por considerar que esta Comisión ha infringido el ordenamiento jurídico vigente y ha incurrido en arbitrariedad a la hora de determinar la naturaleza del coste que supone la contribución a la financiación de la prestación del servicio universal.

Según dicha entidad, a la luz de la normativa vigente nacional y comunitaria, la obligación de Vodafone de contribuir a la financiación del coste neto del servicio universal (en adelante, CNSU) está vinculada a su condición de operador de telecomunicaciones y, por tanto, ligada a su actividad principal, lo que justifica que registre en una cuenta de gastos por naturaleza el coste derivado de su contribución al fondo, para, en una fase posterior del modelo, asignarlo a la cuenta de costes en base a actividad "(9100101620)- Obligaciones Administrativas".

En definitiva, según Vodafone *"la causa de que incurra en dicho coste es la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas, siendo consecuentemente lógico y razonable que dichos servicios sean los que soporten dicho coste"*.

También alega la concurrencia de arbitrariedad en la resolución recurrida, ya que considera que se excluye de la asignación a servicios, de manera "artificial y arbitraria", el gasto por contribuir a la financiación del CNSU.

- b) Sobre el tratamiento del CNSU respecto de otras obligaciones de financiación previstas en el LGTel

Vodafone solicita la nulidad parcial de la Resolución recurrida al entender que quiebra el principio de no discriminación previsto en el artículo 14 de la Constitución Española.

Según la entidad, el coste de contribuir a la financiación del CNSU debe tener la misma consideración contable que la Tasa general de operadores y la Tasa por reserva del dominio público radioeléctrico.



c) Sobre la obligación de presentación de los estados de costes del ejercicio 2009

Según Vodafone la obligación de presentación de los estados de costes prevista en el Resuelve Tercero de la Resolución recurrida es desproporcionada y atenta contra el principio de eficiencia previsto en el artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

Según Vodafone el ejercicio 2009 tan solo abarca los tres meses desde el 1 de enero al 31 de marzo de 2009, por lo que la entrega de estos tres meses ajustados con los cambios propuestos supone un trabajo añadido para Vodafone, sin que dicho periodo sea representativo del cumplimiento de las resoluciones de costes.

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

## **II FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES**

#### **PRIMERO.- Calificación.**

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones y los actos de trámite cualificados podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualesquiera 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 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), las resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede calificar el escrito presentado como recurso de reposición, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC.

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

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado para la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. A su vez, el artículo 31 de la misma Ley prevé que se consideran interesados en el procedimiento administrativo quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos y los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

La entidad recurrente ostenta la condición de interesado en el presente recurso por cuanto la Resolución impugnada tiene incidencia en sus derechos e intereses legítimos.

#### **TERCERO.- Admisión a trámite.**

El recurso de reposición fue interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la LRJPAC y además, cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1



de la misma Ley, por lo que debe entenderse interpuesto en tiempo y forma, procediendo su admisión a trámite.

#### **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 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.

Asimismo, el artículo 117.2 de la LRJPAC dispone que los recursos deben ser resueltos y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente al de su recepción. Sin embargo, tal y como prevé el artículo 43.2 de la misma Ley, en defecto de notificación en plazo de la resolución expresa, el silencio administrativo tendrá efecto desestimatorio, sin perjuicio del deber de la Administración de resolver con posterioridad confirmando o no el sentido del silencio.

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

### **PRIMERO.- Sobre el tratamiento contable del coste derivado de la contribución al fondo de financiación del servicio universal.**

Gran parte de la fundamentación contenida en el recurso de Vodafone se basa en intentar demostrar que su obligación de contribuir a la financiación del CNSU deriva de su condición de operador de telecomunicaciones, y por tanto, está ligada a su actividad principal, lo que justifica, según la propia Vodafone, que registre en una cuenta de gastos por naturaleza el coste derivado de su contribución al FNSU, para en una fase posterior del modelo, asignarlo a la cuenta de costes en base a actividad “(9100101620)-Obligaciones administrativas”.

Tras referenciar varios preceptos de la normativa estatal y comunitaria, solicita a esta Comisión la nulidad y subsidiariamente la anulación de la resolución recurrida, al entender que se infringen, principalmente, los artículos 9.3 de la CE por considerar que la resolución es arbitraria y vulnera la jurisprudencia sobre la discrecionalidad técnica, y los artículos 13.e) y 24 de la LGTel en su interpretación literal, y además, en relación con la normativa comunitaria.

Según Vodafone, la Comisión debía haber interpretado el artículo 24 de la LGTel de conformidad con el principio de “unidad del derecho europeo”. En concreto, señala que el citado artículo debe interpretarse a la luz del artículo 13 de la Directiva del Servicio Universal<sup>1</sup> y del artículo 8.2 y 13 de la Directiva de Acceso<sup>2</sup>.

Asimismo, alega inobservancia de la Recomendación de la Comisión de 19 de septiembre de 2005, relativa a la separación contable y los sistemas de contabilidad de costes dentro del marco regulador de las comunicaciones electrónicas, al considerar que esta Comisión ha incumplido el principio contable de causalidad de costes.

No entrará esta Comisión a enjuiciar la resolución recurrida en atención a una posible causa de nulidad de pleno derecho, ya que los motivos invocados por Vodafone no se encuentran en ninguno de los supuestos de nulidad previstos en la Ley procedimental.

---

<sup>1</sup> Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal), modificada por la Directiva 2009/136/CE de 25 de noviembre de 2009.

<sup>2</sup> Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva acceso), modificada por la Directiva 2009/140/CE de 25 de noviembre de 2009.



La pretensión revocatoria bajo el sustento de una posible infracción de los artículos de la LGTel citados no cabe en ninguno de los supuestos de nulidad de pleno derecho previstos en el artículo 62 de la LRJPAC. En contra, sí podría tratarse, de existir, de un vicio subsumible en los motivos del artículo 63 de la citada Ley, que proclama la anulabilidad de aquellos actos que infringen el ordenamiento jurídico.

En cuanto a la vulneración del artículo 9.3 de la Constitución Española, por considerar Vodafone que existe arbitrariedad en la Resolución recurrida, su existencia tampoco sería motivo de nulidad, ya que, si bien, la proscripción de la arbitrariedad por los poderes públicos prevista en el artículo 9 tiene el carácter de constitucional, no se encuentra en aquellas previsiones constitucionales que gozan de especial protección a los efectos del artículo 62.1.a), que al referirse a derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, únicamente protege los derechos y libertades fundamentales previstos en los preceptos de nuestra Carta Magna.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 17 de julio de 1999 (RJCA 1999/2163), reconoce expresamente que el amparo constitucional al que se refiere el artículo 62.1.a) de la Ley Procedimental, únicamente puede observarse con respecto a los derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección Primera del Capítulo segundo, esto es, a los derechos fundamentales y libertades públicas que se regulan en los artículos 15 al 29 de la Constitución Española.

Tratamos, por tanto, los motivos de impugnación de Vodafone como pretensiones de anulabilidad de la Resolución de 28 de abril de 2011, al amparo de lo previsto en el artículo 63 de la LRJPAC, que proclama la anulabilidad de los actos de las Administraciones Públicas que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico.

Vodafone alega la infracción de los artículos 13.3 y 24 de la LGTel y los artículos 47 y 48 del Reglamento del Servicio Universal<sup>3</sup>, por considerar que la resolución no tiene en cuenta que el CNSU ha de ser financiado únicamente por operadores de comunicaciones electrónicas, tal como señalan los citados artículos, por lo que ese coste de contribución se encuentra indisolublemente vinculado a la actividad principal de la empresa, siendo asignable a una cuenta de costes imputable a sus servicios.

Añade además, infracción de los citados artículos al interpretarlos de manera errónea en relación con el artículo 13 de la Directiva del Servicio Universal que regula el régimen general de financiación del servicio universal, y el artículo 8 en relación con el 13 de la Directiva de Acceso, que regulan las obligaciones a imponer a los operadores con poder significativo de mercado, y en concreto las obligaciones relativas al control de precios y contabilidad de costes.

La base argumental del recurso supone una reproducción de los argumentos ya expuestos en el procedimiento principal, sin aportar nuevos datos que pudieran hacer replantearse a esta Comisión una resolución en un sentido distinto.

No debemos olvidar que no basta en el ámbito procedimental que nos ocupa con la simple disconformidad con la resolución que se recurre, pues para reponer una resolución, ya sea de oficio a instancia de parte, es necesario que se acredite la existencia de los vicios previstos en la misma. La presunción de legalidad del acto administrativo, aceptada por nuestra jurisprudencia, que habilita la ejecutividad y ejecutoriedad del mismo, solamente puede ser distorsionada ante la existencia probada de alguno de los vicios susceptibles de revocar el acto de que se trate, pues

---

<sup>3</sup> Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios



de lo contrario nos encontraríamos, en sede de recurso, ante la repetición innecesaria del procedimiento principal, resolviendo de nuevo cuestiones ya resueltas conforme a derecho.

Es ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de junio de 1997 (RJ 1997/5433), que confirma lo apuntado anteriormente al señalar que *“aun aceptándolo, la estimación del recurso de reposición sólo puede fundarse en la existencia de una infracción del ordenamiento jurídico en el acto recurrido, dado lo dispuesto en el artículo 115.1 de la LPA (vigente a la sazón), sin que sea jurídicamente admisible que responda a un simple cambio de criterio del Ayuntamiento, aun referido la rectificación de un hipotético error en la interpretación de la legalidad”*.

El criterio jurisprudencial es tajante al prohibir al órgano decisor, en este caso, la Comisión, el cambio de criterio en sus resoluciones sobre recursos que no vengan motivados por la existencia de infracciones invalidantes.

VODAFONE no prueba en sus alegaciones el vicio procedimental o material que invoca, ya que se limita a reiterar con idénticos argumentos que los empleados en el procedimiento cuya resolución se recurre su disconformidad con la decisión, cuestión ésta que nos obliga a remitirnos, a los efectos de dar plena respuesta a sus alegaciones, a lo ya fundamentado en la resolución de fecha 28 de abril de 2011, que contiene, según criterios jurisprudenciales<sup>4</sup>, una suficiente motivación sobre la aplicación contable del coste derivado de las aportaciones al fondo nacional del servicio universal.

Esta Comisión ya puso de manifiesto en la Resolución recurrida que la prestación del servicio universal, y por ende, el coste que supone el mismo es ajeno a la producción de los servicios de comunicaciones móviles, como se deduce de su composición y de los requisitos de pago, la naturaleza y origen del mismo, ya que se basa en el coste neto de prestación de servicios de telefonía fija y asimilados en zonas no rentables. Ello nos lleva a considerar que el coste de financiar la prestación del Servicio Universal no puede ser imputable a la actividad principal de Vodafone, que es la de prestar servicios de telefonía móvil.

La dificultad que entraña en ocasiones disgregar las diferentes actividades de una empresa ha llevado al Tribunal Supremo a declarar que es la actividad principal o real preponderante de la empresa, la que delimita su ámbito funcional<sup>5</sup>. Determina, por tanto, el Alto Tribunal la posibilidad de que existan varias actividades que pueden comprender el objeto social de una empresa, y, entre ellas, una que puede preponderar sobre las demás, que será la actividad principal.

Si atendemos a los datos económicos publicados en el último informe anual elaborado por esta Comisión, no cabe duda que la actividad principal de Vodafone la configura la prestación de los servicios de telefonía móvil.

En cualquier caso, sí cabe significar que la Resolución recurrida no introduce una nueva consideración contable del coste controvertido, sino que se limita a aplicar los principios, criterios y condiciones aplicables a los sistemas de contabilidad de costes previstos en la Resolución de 10 de junio de 2010 (AEM 2010/270), en la que esta Comisión decidió, en aplicación del nuevo Plan General de Contabilidad de 2007, eliminar los costes no relacionados de forma directa con la actividad principal de comunicaciones electrónicas del operador.

Este criterio, además, no resulta de apreciación exclusiva por esta Comisión. En el procedimiento sobre la verificación de los resultados de la contabilidad de costes del ejercicio 2008 (AEM

---

<sup>4</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1990 (RJ 1990/9918)

<sup>5</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2003 (RJ 2004/589)



2010/183), Deloitte, como entidad cualificada e independiente tanto de Vodafone como de la Comisión, en su informe de auditoría señaló, en lo que se refiere a la consideración contable de los costes derivados de los gastos de financiación del fondo nacional del servicio universal, lo siguiente:

*“6) Respecto a la cuenta “9100101620 – Obligaciones Administrativas”, que recoge el coste neto del servicio universal de los ejercicios 2003, 2004, 2005, 2006, 2007 y 2008, la Sociedad ha repartido esta cuenta a los centros de actividad de red “9210110000 – BSC”, “9210120000 – BTS”, “9210103000 – NODO B” y “9210104000 – RNC”. Sin embargo, la aportación del Fondo Nacional del servicio universal no se corresponde con una tasa necesaria para la prestación de servicios de comunicaciones móviles, por lo que se incumple el principio de causalidad en la imputación de la cuenta”.*

Por su parte, la auditora contratada por la Comisión para realizar la revisión externa de aspectos específicos de la Contabilidad de Costes de Vodafone del ejercicio 2008, en el mismo sentido manifestó que *“el coste atribuible a los ejercicios 2003 - 2007 debería asignarse en el Sistema de Contabilidad de Costes correspondiente al ejercicio 2008 a la cuenta “No Asignables a la Actividad Principal”, dado que es un coste generado en ejercicios anteriores, y por tanto no debe considerarse como mayor coste de los servicios de un ejercicio posterior”.*

Debemos desestimar, por tanto, las pretensiones de anulación de la resolución por cuanto antecede, y porque Vodafone alega la infracción de una normativa que en realidad no regula el tratamiento contable que debe darse a la financiación del coste neto del servicio universal, que es el motivo principal de su recurso de reposición.

En efecto, los artículos 13.3 de la Directiva del Servicio Universal y 24 de la LGTel, con su desarrollo en los artículos 47 y 48 del Reglamento del Servicio Universal, introducen el régimen general, y en el caso del Reglamento más desarrollado, de financiación del coste que, en su caso, supone la prestación del servicio universal, estableciendo los criterios para su efectividad. No son, por tanto, normas contables, ni regulan los principios y criterios contables aplicables a las aportaciones al fondo por parte de los operadores, ni por supuesto la consideración de dicho coste a tales efectos.

Por su parte, los artículos 8 y 13 de la Directiva de Acceso, que regulan las obligaciones a imponer a los operadores con poder significativo de mercado, entre ellas, la imposición de la obligación de la llevanza de un sistema de contabilidad de costes, encuentra su desarrollo lógico en los criterios fijados por esta Comisión amparados en la normativa contable aplicable, y siempre bajo un espacio de discrecionalidad técnica de la que goza el Organismo Regulador.

La existencia de modelos de contabilidad de costes regulatoria en el sector de las comunicaciones electrónicas está ligada a la imposición de obligaciones a los operadores declarados con poder significativo de mercado, tales como la obligación de control de precios y contabilidad de costes o la separación de cuentas. Dichas obligaciones tienen su origen en la regulación comunitaria que, posteriormente, se transpone a la normativa española.

Los principios, criterios y condiciones del sistema de contabilidad de costes aprobados por esta Comisión constituyen el marco teórico y metodológico para la elaboración del sistema de contabilidad de costes y separación de cuentas por parte de los operadores así como la guía para su posterior revisión y aprobación por parte de esta Comisión. La correcta aplicación de los mismos es verificada por la Comisión, directamente o a través de auditores o consultores externos, y anualmente realiza una declaración sobre su grado de cumplimiento.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

La finalidad de los principios, criterios y condiciones es asegurar, a través de su posterior concreción en los sistemas de contabilidad de costes, que esta Comisión pueda aplicar y verificar las obligaciones impuestas a los operadores con poder significativo de mercado en materia, principalmente, de control de precios, contabilidad de costes y separación contable.

Además, el establecimiento de los mencionados principios y criterios garantiza que la información obtenida a partir de los modelos contables aprobados sea útil para la posible detección y análisis en su caso de determinadas prácticas anticompetitivas, en particular aquellas relativas a la compresión de márgenes y a la discriminación.

Para la Resolución de fecha 28 de abril de 2011, así como sucede con todas las que le anteceden en años precedentes sobre la verificación de los resultados de la contabilidad de costes de los operadores, y en este caso de Vodafone, esta Comisión aplica exclusivamente criterios contables.

Vodafone señala la existencia de arbitrariedad en la resolución por haber traspasado esta Comisión los límites de la discrecionalidad técnica aplicable a este tipo de procedimientos sobre la verificación de los resultados de la contabilidad de costes.

La Sentencia de Audiencia Nacional de 14 de octubre de 2003, confirmada posteriormente por el Tribunal Supremo, manifiesta que la determinación del sistema de contabilidad de costes no genera la declaración de derecho subjetivo alguno, sino una decisión basada en criterio técnico fijado por la Administración en la función controladora que realiza sobre las actuaciones de los operadores, que debe adaptarse a la realidad sobre la que se proyecta, y que por ello está sujeta a un posible cambio o modificación.

Señala la misma Sentencia, que lo anterior *“desemboca en la apreciación de un claro supuesto de discrecionalidad técnica, que obviamente no puede confundirse con un proceder arbitrario, que es controlable por esta jurisdicción (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1999), y que, siempre y cuando pueda colegirse una conculcación del ordenamiento o una decisión ayuna de toda lógica, pudiera dar lugar a una estimación de la impugnación, circunstancias que en el supuesto objeto de ponderación no concurren cuando, a la vista de lo antes expresado, el acto administrativo se funda en justificaciones objetivas y razonables, con miras a conseguir unos "costes reales máximo-eficientes y, aún cuando las propuestas técnicas de la actora pudieran reputarse racionales desde un prisma económico, ello no empece a que las resoluciones administrativas también se ajusten a un criterio técnicamente correcto en el que no es posible atisbar se incurra en arbitrariedad alguna, sin que la promovente haya probado tal circunstancia ni que los criterios en los que pretende basar su tesis sean más correctos que los de la decisión administrativa”*.

En resumen, tal como señalan la Audiencia Nacional y el propio Tribunal Supremo, existe un amplio margen de discrecionalidad técnica de esta Comisión para la verificación de los sistemas contables de los operadores obligados, sin que ello suponga necesariamente la existencia de arbitrariedad en las resoluciones dictadas al efecto.

En cualquier caso, entiende esta Comisión que cualquier operador pueda mostrarse disconforme con sus decisiones, incluso que puedan apreciar la existencia de arbitrariedad, por ello es garantía de objetividad la correcta motivación de las mismas.

La correcta motivación no debe confundirse, como advierte la jurisprudencia, con una extensa argumentación de los motivos por los que se adopta la decisión administrativa. No conviene asociar, en las resoluciones administrativas, extensión con calidad, o al revés. En palabras del Tribunal Supremo, *“la brevedad de los términos y la concisión expresiva de un acto administrativo*



*no puede confundirse con su falta de motivación*<sup>6</sup>, sino que *“la suficiencia de la motivación viene determinada por un punto de referencia obligado, cual es la mayor o menor necesidad de un razonamiento más extenso o conciso, según las circunstancias que hayan de explicarse y las fundamentaciones que se precisen para que, en su virtud, las partes, puedan adecuadamente defenderse e invoquen cuantas alegaciones de hecho y de derecho tengan por conveniente, lo que constituye la genuina finalidad de la motivación legalmente exigida”*<sup>7</sup>.

La Resolución recurrida por Vodafone, como ya hemos señalado anteriormente, contiene una motivación suficiente para que la entidad conozca los motivos por los que el coste del servicio universal se considera un coste no imputable a la actividad principal de Vodafone. Además, en cualquier caso, ni siquiera en este apartado de la Resolución esta Comisión actúa con discrecionalidad técnica, ya que limita a aplicar los principios, criterios y condiciones aprobados en la Resolución de fecha 10 de junio de 2010.

Se desestima por tanto la pretensión revocatoria de Vodafone relativa a la naturaleza contable del coste de financiación del CNSU por cuanto se considera un coste no imputable a la actividad principal, y no debe asignarse a los servicios, ya que es un coste no relacionado con la producción de los mismos.

#### **SEGUNDO.- Sobre el tratamiento del CNSU respecto de otras obligaciones de financiación previstas en el LGTel.**

Vodafone solicita la nulidad parcial de la Resolución recurrida al entender que quiebra el principio de no discriminación previsto en el artículo 14 de la Constitución Española.

Según la entidad, el coste de contribuir a la financiación del CNSU debe tener la misma consideración contable, *“debido a la similitud económica”*, que la Tasa general de operadores y la Tasa por reserva del dominio público radioeléctrico.

Según una profusa jurisprudencia, la quiebra del principio de igualdad se produce cuando dándose la igualdad de situaciones se incurre en un tratamiento diferencial de las mismas, en razón de una conducta arbitraria o no justificada por los poderes públicos, siendo requisito básico la igualdad de situaciones, teniendo en cuenta *“que la igualdad ha de entenderse entre iguales, es decir, entre aquellos que tengan circunstancias de todo tipo iguales, no debiéndose confundir identidad o igualdad con equivalencia o analogía”*<sup>8</sup>.

Se desestima la pretensión revocatoria de Vodafone, ya que de sus alegaciones se desprende sin mayor dificultad comprensiva la inexistencia de una igualdad de situaciones comparadas. En efecto, Vodafone sitúa a las tasas citadas y a la aportación para financiar el CNSU en el mismo plano jurídico para alegar que al tener un distinto tratamiento contable se produce discriminación.

Tal como ya se puso de manifiesto en la Resolución recurrida, existen diferencias entre los tributos y la contribución al coste del servicio universal, siendo su naturaleza claramente distinta<sup>9</sup>. A grandes rasgos, estas son las diferencias entre ambas figuras:

- Diferencias en la finalidad: Los tributos tienen como fin primordial *“obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos”*, mientras que la contribución al coste del servicio universal tiene por finalidad *“garantizar la financiación del servicio*

---

<sup>6</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1990 (RJ 1990/9918)

<sup>7</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 1998 (RJ 1998/819)

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1990 (RJ 1990/4987).

<sup>9</sup> Páginas 16 y siguientes de la Resolución de 28 de abril de 2011.



*universal*” cuando éste suponga una *“carga injustificada para los operadores obligados a su prestación”*.

- Diferencias en el perceptor: Los tributos se pagan a la Administración pública, sin embargo, la contribución al coste del servicio universal se reparte entre el o los operadores que prestan dicho servicio.
- Diferencias en el mecanismo de pago y gestión: Los tributos son gestionados por la Administración pública mientras que el coste del servicio universal se abona al Fondo nacional del servicio universal gestionado por la CMT o bien se sufraga mediante aportaciones directas entre operadores, aunque actualmente se ha implantado la primera opción.

No es extraño, por tanto, que del propio escrito de Vodafone se desprenda un reconocimiento por parte de la operadora de la inexistencia de identidad absoluta entre ambas figuras al señalar que entre ellas existe simplemente *“similitud”* pero no que son iguales.

En cualquier caso, conviene señalar que el tratamiento contable que debe darse a las aportaciones para la financiación del CNSU deviene de la Resolución fecha 10 de junio de 2010, sobre la actualización de los principios, criterios y condiciones para el desarrollo del sistema de contabilidad de costes (AEM 2010/270) que es de obligado cumplimiento también para el resto de operadores obligados a llevar la contabilidad de costes en su condición de operadores con poder significativo de mercado en terminación de llamadas en redes móviles individuales. En consecuencia, todos los operadores obligados por la Resolución, y que además deben aportar al fondo de financiación del CNSU deben observar idéntico tratamiento contable, y ello elimina cualquier atisbo de discriminación, ya que aquí sí existe plena igualdad de situaciones de hecho y de sujetos.

En atención a la anterior, debemos desestimar la alegación de Vodafone, al no existir en la resolución recurrida quiebra de los principios de igualdad y no discriminación previstos en el artículo 14 de la CE.

### **TERCERO.- Sobre la obligación de presentación de los estados de costes del ejercicio 2009.**

El Resuelve Tercero de la Resolución de 28 de abril de 2011, señala lo siguiente:

*“Requerir a Vodafone España, S.A. que presente los resultados de los ejercicios 2009 y 2010, ajustados con las modificaciones expresamente exigidas en la presente Resolución para la validación de las cuentas de 2009 y 2010 antes del 31 de julio de 2011, junto con los siguientes estados contables cerrados, para la verificación definitiva por parte de esta Comisión de los resultados de esos periodos”*.

Según Vodafone la obligación de presentación de los estados de costes prevista en el Resuelve Tercero de la Resolución recurrida es desproporcionada y atenta contra el principio de eficiencia previsto en el artículo 3 de la LRJPAC.

La citada entidad alega que la entrega de los resultados del ejercicio 2009, cuya duración es de tres meses (1 de enero de 2009 a 31 de marzo de 2009), en la fecha que establece el Resuelve Tercero (31 de julio de 2011) supone un trabajo adicional para un ejercicio que no puede ser representativo dada su escasa duración. Además, indica que carece de utilidad para la Comisión y no es proporcional, ya que el balance entre los beneficios de la entrega de los resultados de un ejercicio de 3 meses con respecto al consumo de recursos que supone es desfavorable, además de no reportar información relevante para el Organismo Regulador.



Se desestima la pretensión de Vodafone por los motivos que se detallan a continuación.

En primer lugar hay que señalar, que la duración del ejercicio contable a los efectos de la presentación de contabilidad costes de Vodafone, deriva de la voluntad de la propia entidad.

En efecto, a través del procedimiento AEM 2009/730 que finalizó con la resolución de fecha 25 de junio de 2009, se procedió, a petición de Vodafone, a modificar la fecha de cierre de los ejercicios contables de la entidad. Se sustituyó la fecha de cierre del ejercicio que hasta ese momento era el 31 de diciembre de cada año por la fecha de 31 de marzo. En concreto, el resuelve Segundo de la resolución señalaba lo siguiente:

*“Segundo.- Vodafone España, S.A.U. deberá presentar los resultados del periodo 1 de enero 2009 a 31 de marzo de 2010 antes del 31 de julio del 2010 mostrando los ingresos, costes y resultados agrupados en dos intervalos: periodo de 1 de enero 2009 a 31 de diciembre de 2009 y periodo de 1 de abril de 2009 a 31 de marzo de 2010”.*

Como consecuencia de este cambio introducido, durante el período 1 de enero 2009 a 31 de marzo de 2010 Vodafone pasó a tener dos ejercicios contables:

- Un ejercicio contable del 1 de enero de 2009 al 31 de marzo de 2009 (3 meses).
- Un ejercicio contable del 1 de abril de 2009 al 31 de marzo de 2010 (12 meses).

Tras presentar Vodafone recurso de reposición, esta Comisión decidió, mediante resolución de 22 de octubre de 2009, estimar parcialmente las peticiones de Vodafone, y resolvió que la entidad ya no debía entregar dos ejercicios contables de doce meses cada uno solapados durante 9 meses, sino que debe entregar los resultados de dos ejercicios correlativos de 3 y 12 meses cada uno.

En concreto, el Resuelve primero de la Resolución de 22 de octubre de 2009, que resuelve el recurso potestativo de reposición interpuesto por Vodafone contra la Resolución del Consejo de la Comisión, de fecha 25 de junio de 2009, relativa a la tasa de coste de capital a aplicar en la contabilidad de costes de la recurrente, señala lo siguiente:

*“PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso de reposición interpuesto por parte de Vodafone España, S.A.U. contra la Resolución de esta Comisión, de fecha 25 de junio de 2009, quedando modificado el segundo resuelve de aquella en el siguiente sentido:*

*“Segundo.- Vodafone España, S.A.U. deberá presentar los resultados de la contabilidad de costes del período 1 de enero 2009 a 31 de marzo de 2010 agrupado en dos ejercicios contables convenientemente auditados: periodo 1 de enero de 2009 a 31 de marzo de 2009 y periodo 1 de abril 2009 a 31 de marzo de 2010, incluyendo todas las operaciones correspondientes al ciclo contable de un ejercicio completo (amortizaciones, inventarios, matrices de enrutamiento, coste capital, etc.).”*

Si estimásemos la alegación de Vodafone se produciría un vacío en la obligación de presentar la contabilidad de costes del operador ya que no se presentarían los resultados revisados del ejercicio 2009, que debería ser en julio de 2011, y en consecuencia esta Comisión no contaría con información del mismo. Ello supondría infringir, además de la Resolución de 22 de octubre de 2009, el principio de consistencia, que exige que los principios y criterios contables aplicados se mantengan entre ejercicios, y obliga a que se presenten los resultados, en este caso del ejercicio 2009, ya que en caso contrario, no existiría dicha consistencia al no existir los resultados del citado ejercicio corregidos.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

En segundo lugar, esta Comisión no contaría con información comparable del ejercicio 2009 entre los tres operadores obligados, para lo cual se necesita información del año natural de enero a diciembre y, por tanto, los resultados contables del ejercicio 2009 de Vodafone.

Adicionalmente, debe recalcar que un operador del tamaño y los recursos de Vodafone cuenta con sistemas de información totalmente automatizados que facilitan la obtención de los resultados de la contabilidad de costes, por lo que en el ratio coste beneficio, el coste adicional de entregar el ejercicio 2009 será reducido. Es decir, no se produciría una merma del principio de eficiencia ya que los sistemas de información y los sistemas contables de Vodafone permiten entregar los resultados contables de un ejercicio adicional sin que se produzca un incremento desproporcionado en el consumo de recursos.

En conclusión, esta Comisión no considera desproporcionada la entrega de los resultados del ejercicio 2009 corregidos tal como pretende Vodafone, ya que la Operadora cuenta con los recursos informáticos suficientes para que el coste no sea desproporcionado. Además, la entrega se considera necesaria para cumplir la obligación de contabilidad de coste a la que está sujeta Vodafone y los principios y criterios del sistema de contabilidad de costes, concretamente el principio de consistencia.

Por todo cuanto antecede, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones,

### RESUELVE

Desestimar el recurso de reposición interpuesto por la entidad Vodafone España, S.A.U. contra la resolución de fecha 28 de abril de 2011, sobre la verificación de los resultados de la contabilidad de costes de los ejercicios 2009 y 2010 (AEM 2011/30), y confirmar la resolución impugnada en sus propios términos.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el artículo 23.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado 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, que pone fin a la vía administrativa, 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, Bernardo Lorenzo Almendros***