



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 12/13 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 27 de marzo de 2013, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto por France Telecom España, SAU, contra la Resolución del Consejo, de fecha 13 de diciembre de 2012, sobre el establecimiento de la nueva metodología de cálculo del coste del capital medio ponderado (WACC) de los operadores declarados con poder significativo de mercado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, así como la estimación del WACC regulado para el ejercicio 2012 de los operadores obligados (AJ 2013/139).

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Resolución de 13 de diciembre de 2012.

Con fecha 13 de diciembre de 2012 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, Comisión) dictó Resolución sobre el establecimiento de la nueva metodología de cálculo del coste del capital medio ponderado (WACC) de los operadores declarados con poder significativo de mercado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, así como la estimación del WACC regulado para el ejercicio 2012 de los operadores obligados. La citada Resolución, por la que se puso fin al expediente MTZ 2012/1616, resolvió lo siguiente:

***“PRIMERO** - Aprobar la revisión de la metodología para el cálculo del coste del capital medio ponderado (WACC) de los operadores declarados con poder significativo de mercado por la CMT, según las conclusiones reflejadas en el apartado III. Esta metodología se empleará para calcular el WACC a aplicar en la contabilidad de costes del ejercicio 2012 y siguientes.*

***SEGUNDO** – Establecer las WACC para 2012 de los operadores obligados según los valores reflejados en la siguiente tabla. Estos valores han sido estimados según la metodología aprobada y los cálculos detallados en el apartado IV de implementación de la misma.*



WACC aprobadas	2012
Telefónica de España, S.A.U.	10,48%
Telefónica Móviles, S.A.	10,48%
France Telecom, España, S.A.	9,51%
Vodafone España, S.A.	9,33%
Abertis Telecom, S.A.U	12,74%

TERCERO - Se elimina la obligación recogida en el anexo tercero de la Resolución de 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), por la cual los operadores obligados debían presentar al comienzo de cada ejercicio a la CMT la tasa anual de capital. Se establece que serán los Servicios de la CMT, los que de acuerdo a la metodología aprobada en el presente procedimiento, someterán de oficio cada año a consulta de los interesados, la estimación del coste medio ponderado del capital (WACC) de los operadores obligados. Dicha estimación se basará en la información financiera al cierre del ejercicio anterior al de aplicación del coste medio ponderado del capital (WACC).”

SEGUNDO.- Recurso de reposición interpuesto por France Telecom, SAU.

Con fecha 28 de enero de 2012 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito presentado en nombre y representación de la entidad France Telecom España, SAU, (en adelante, ORANGE) por el que interpuso recurso potestativo de reposición contra la Resolución a la que se refiere el antecedente de hecho primero.

ORANGE considera que la Resolución recurrida vulnera los principios de no discriminación y proporcionalidad que han de regir la regulación sectorial, de conformidad con lo previsto en los artículos 8.3 c) de la Directiva Marco y en los artículos 3.e) y 10.4 de la LGTel. Asimismo, considera que la Resolución recurrida carece de motivación y está incurso en un vicio de incongruencia omisiva.

Señala que la Resolución recurrida no se adapta a la realidad sectorial al no diferenciar el cálculo entre los servicios fijos y móviles ignorando los costes reales y actuales de los operadores obligados. En consecuencia, considera la recurrente que la nueva metodología impide alcanzar los objetivos previstos en el artículo 3 de la LGTel por cuanto que resulta un WACC más elevado para el incumbente, tanto en fijo como en móvil, pese a que las inversiones para servicios móviles son sistemáticamente superiores a las inversiones para servicios fijos. En respaldo de lo anterior, aporta las siguientes consideraciones:

- Respecto a la estructura de capital, entiende que el ratio de apalancamiento resultante se sitúa en la media del apalancamiento de los operadores con mayor presencia en el mercado fijo en Europa. No obstante, considera que dicho ratio resulta elevado en comparación con la media de apalancamiento de los operadores con mayor presencia en el mercado móvil en Europa.
- Que se ha determinado un coeficiente Beta común en lugar de determinar dos tipos de betas diferenciadas: una para los servicios fijos y otra para los servicios móviles.
- Que esta Comisión no ha tenido en cuenta las cuestiones planteadas por la recurrente sobre la estimación del coste de deuda de cada operador a través del coste de la deuda al grupo al que pertenece, vulnerando así el artículo 89.1 de la



LRJPAC; y por otra parte, tampoco ha tenido en cuenta las calificaciones crediticias del bono español.

TERCERO.- Notificación de inicio de procedimiento.

En fecha 8 de febrero de 2013, se notificó a los interesados el inicio del procedimiento de tramitación del recurso de reposición, con número de expediente AJ 2013/139, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC.

Ningún interesado presentó alegaciones.

II FUNDAMENTOS JURÍDICO 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.

ORANGE califica su escrito como recurso de reposición 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 esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar el escrito de recurso al que se refiere el Antecedente Segundo de la presente Resolución, como recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución del Consejo de la Comisión de 13 de diciembre de 2012, por la que se puso fin al procedimiento con número de expediente MTZ 2012/1616.

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 interesada por cuanto que ya lo es en el procedimiento con número de expediente MTZ 2012/1616 en el marco del cual se dictó la Resolución objeto de impugnación.

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 ORANGE cumple con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC, se ha presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley y, asimismo, alude genéricamente al artículo 62 de la misma Ley para solicitar la nulidad del acto impugnado. No obstante, en virtud del principio antiformalista que rige la actividad de la Administración Pública, de las alegaciones aportadas se deduce del escrito de recurso que ORANGE ampara su solicitud de declarar la Resolución recurrida nula de pleno derecho en virtud de las causas previstas en las letras a) y e) del artículo 62.1 de la LRJPAC, al considerar que dicha Resolución vulnera su derecho a una tutela efectiva de sus intereses al estar incurso en una incongruencia omisiva y ha sido dictada prescindiendo de las normas esenciales para la formación de la voluntad del Consejo de esta Comisión al carecer de motivación suficiente e infringir los principios de proporcionalidad y no discriminación.

En virtud de todo lo anterior, procede su admisión a trámite.

CUARTO.- Competencia para resolver.

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, la competencia para resolver los recursos de reposición le corresponde al órgano administrativo que dictó el acto impugnado. En consecuencia, corresponde al Consejo de la Comisión resolver el presente recurso de reposición.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre la determinación de la estructura de capital y el coeficiente Beta.

ORANGE señala que la metodología aprobada en la Resolución recurrida arroja un WACC más elevado para el incumbente que para los operadores entrantes móviles cuando debería de ser lo contrario.

Como causa de lo anterior, entre otras, ORANGE se refiere a la forma en que se determina la estructura de capital y el coeficiente Beta en la nueva metodología.

Respecto a la estructura de capital, entiende que el ratio de apalancamiento resultante se sitúa en la media del apalancamiento de los operadores con mayor presencia en el mercado fijo en Europa. No obstante, considera que dicho ratio resulta elevado en comparación con la media de apalancamiento de los operadores con mayor presencia en el mercado móvil en Europa.

En apoyo de estas alegaciones, razona Orange que la CMT alega "*ausencia de información debido a la cada vez mayor integración de las compañías*" ignorando, a juicio de la recurrente, "*las diferencias en los fundamentales de los negocios y en los objetivos de la regulación*".

En relación con la determinación del parámetro Beta, solicita que se continúe trabajando con dos tipos de betas diferenciadas: una para los servicios fijos y otra para los servicios móviles. Asimismo, propone un conjunto de comparables específico para cada grupo. Argumenta además que las Betas aprobadas anteriormente por esta Comisión muestran "*sistemáticamente diferencias entre la beta fija y la móvil*", y que "*el hecho de que la*



diferencia entre ambas no se reduzca es prueba inequívoca de que los fundamentales de los negocios son radicalmente distintos”.

Señala por último que ARCEP, en su aprobación de las WACC reguladas para los años 2013 a 2015, ha considerado estructuras de capital diferenciadas para cada sector (fijo y móvil) lo que se ha traducido en betas desapalancadas superiores en el móvil que en los servicios fijos.

En relación con las alegaciones relativas a la forma en que se determina la estructura de capital, en la Resolución recurrida ya se dio contestación a idénticas alegaciones aportadas en el trámite de información pública del procedimiento de referencia. Ahí se señaló la dificultad de tener que identificar las partidas de deuda que son directamente atribuibles a cada negocio específico, y en ocasiones, segregar instrumentos de deuda cuyo objeto no está claramente determinado. Por estos motivos se justificó el “enfoque mercado”, por cuanto que proporciona mayor transparencia, es fácil de calcular y está en línea con la práctica habitual de otros organismos reguladores extranjeros.

En el Informe de los Servicios se argumenta que la distinción entre los servicios de red fija y móvil es cada vez más difusa, dada la tendencia a la integración de ambos tipos de servicios en una misma compañía (con la consecuente dificultad práctica en la estimación de parámetro individual de cada negocio) y que las decisiones de financiación –que determinan la estructura de capital de los operadores en las sociedades a través de las que operan en los mercados en que están presentes– se toman habitualmente a nivel corporativo, siendo los operadores móviles que operan en España operadores integrados a nivel global. Tales motivos son los que han conducido a que el conjunto de comparables seleccionados en la nueva metodología para realizar las estimaciones respecto de la estructura financiera incluyan en el mismo conjunto de comparables a compañías de fijo, de móvil e integradas, dando como resultado la estimación de apalancamiento reflejada en la Resolución¹, de 0,90.

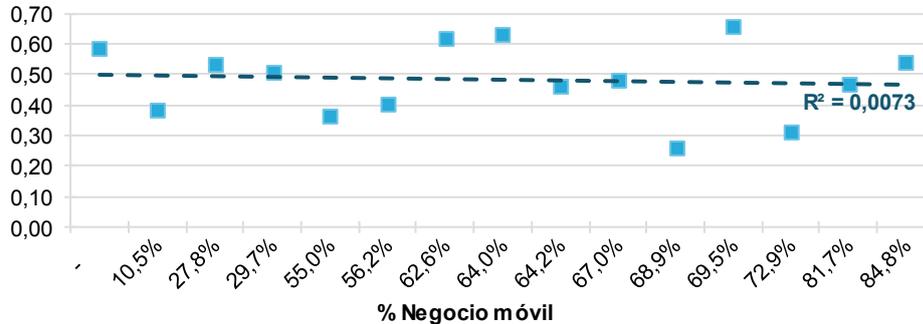
En relación a las alegaciones sobre la determinación del parámetro Beta, los argumentos expuestos en el recurso por la operadora son los mismos ya esgrimidos durante la tramitación del procedimiento. La Comisión decidió el uso de esta metodología de estimación del parámetro Beta después de valorar las alegaciones de ORANGE y del resto de operadores que realizaron alegaciones durante la tramitación del procedimiento. Ahora, en sede de recurso de reposición, se considera que los motivos para tal decisión continúan siendo válidos. No obstante, a continuación se valoran los nuevos datos aportados por ORANGE sobre los que soporta sus razonamientos.

En la metodología de estimación del WACC regulado se decidió estimar una sola Beta para los negocios fijo y móvil, usando un único conjunto de comparables y calculando un solo promedio que estima la Beta para todos los operadores regulados. Esta decisión se justificaba por que la distinción entre los servicios de red fija y móvil era cada vez más difusa debido a dos motivos: dada la tendencia sectorial a la integración de ambos tipos de servicios en una misma compañía y dado que no se observaba una correlación entre el mix de negocio y la beta de la compañía, en el sentido de que aquellas compañías que tuvieran una mayor proporción de sus ventas obtenidas de los servicios de telefonía móvil presentarían betas significativamente diferentes de aquéllas en las que la proporción de ventas relacionadas con la telefonía fija fuese mayor, de conformidad con los siguientes cuadros:

¹ El apalancamiento reflejado por Orange en su recurso de reposición – de 0,83 - corresponde al Informe de los Servicios y es anterior a recalcular el parámetro tras las aportaciones realizadas por los operadores durante el curso del procedimiento de referencia.

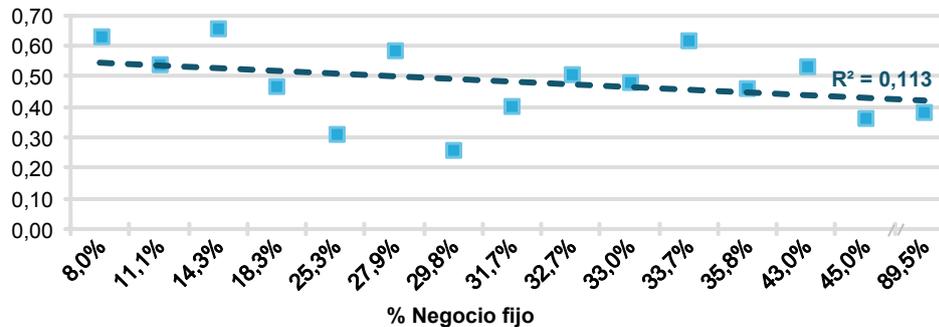


Betas vs. % Negocio móvil



Fuente: Bloomberg

Betas vs. % Negocio fijo



Fuente: Bloomberg

Adicionalmente, y en coherencia con lo anteriormente expuesto sobre la estructura financiera, se consideró que dada la actual dificultad práctica para identificar compañías comparables cuyos negocios estén claramente separados entre fijo y móvil, emplear como muestra un grupo de comparables de operadores integrados aportaba una mayor transparencia y fiabilidad al cálculo.

En relación con los datos aportados por ORANGE respecto de las estimaciones anteriores realizadas por esta Comisión y que presenta la operadora como “*prueba inequívoca*” de sus conclusiones, ha de señalarse que la metodología de estimación de la Beta que venía utilizando esta Comisión (conjunto de comparables, índice de referencia, período de frecuencia y observación, técnica de depuración de resultados, etc.), es diferente de la utilizada en la nueva metodología, por lo cual el resultado de las estimaciones no se considera directamente comparable.

Lo mismo cabe decir respecto de las conclusiones alcanzadas por ARCEP respecto a la estructura financiera y la Beta que determina el regulador francés. Ambas metodologías de estimación –la metodología que anteriormente usaba la CMT y la utilizada por ARCEP– no generan resultados directamente comparables con las estimaciones de la Beta realizadas con la nueva metodología.



Debe recordarse que el análisis debe efectuarse desde la coherencia entre la forma en que se estiman los diferentes parámetros intervinientes en la determinación del WACC, y no desde los resultados que producen. En este caso, se trata de estimar el parámetro Beta en coherencia con la forma en que se ha estimado la estructura financiera y el ratio de apalancamiento en la nueva metodología aprobada.

Sobre la base de todo lo anterior, se mantiene la estimación del ratio de apalancamiento y de la Beta para Orange en la WACC regulada de 2012 en los aprobados, manteniéndose en 0,90 y 0,80 respectivamente.

SEGUNDO.- Sobre la estimación del coste de deuda de cada operador a través del coste de deuda del grupo al que pertenece.

Como otras de las causas por las que la metodología aprobada en la Resolución recurrida arroja un WACC más elevado para el incumbente que para los operadores entrantes móviles cuando debería de ser lo contrario, ORANGE se refiere a la forma que se estima el coste de la deuda en la nueva metodología insistiendo en las siguientes cuestiones respecto de las cuales, añade, esta Comisión no ha dado respuesta:

- Sobre su propuesta de realizar la estimación del coste de la deuda de ORANGE aplicando un factor corrector de riesgo país y diferenciando entre fijo y móvil. Al respecto, concreta en su escrito de recurso la estimación del coste de su deuda en un 5,29%.
- Sobre su propuesta de considerar un diferencial de riesgo país entre Francia y Alemania (dado que la estimación aprobada para el coste de la deuda de ORANGE se realiza como promedio del coste de la deuda del grupo France Telecom y Deutsche Telecom). Al respecto, solicita que, *“sin perjuicio de la homogeneización del coste de la deuda por sectores, se eleve el coste de la deuda considerada eliminando la media con el coste de las emisiones de deuda de Deutche Telekom e introduciendo el diferencial por riesgo país”*.
- Sobre la consideración de referencias adicionales a la hora de estimar la deuda del grupo Telefónica. Al respecto, aporta información adicional para ser valorada por esta Comisión.

Adicionalmente, ORANGE alega en su recurso (esta alegación no había sido realizada con anterioridad durante el trámite del procedimiento) que el valor estimado para el coste de la deuda de Telefónica *“no puede ni debe ser superior en estos momentos al de las emisiones del bono español”*, aportando las calificaciones crediticias de Moody's que adjudican a “Telefónica” un rating un peldaño superior que el asignado a España.

Respecto de la distinción entre fijo y móvil para la estimación del coste de la deuda, nos remitimos a lo argumentado para la estimación de la Estructura Financiera en donde idénticas alegaciones ya han sido debidamente contestadas en el anterior Fundamento de Derecho y que reiteran lo señalado al respecto en la Resolución recurrida. Se considera que la justificación de tal decisión sigue siendo válida y que es motivo suficiente para desestimar la solicitud de ORANGE en este punto.

En relación con la propuesta de aplicar un factor corrector de riesgo país, ya se contestó en la Resolución recurrida en el sentido de que se entiende *“que la rentabilidad exigida a las emisiones de deuda efectuadas por los Grupos incluye de forma implícita el riesgo país”*



inherente a todas sus inversiones realizadas y, por tanto, no requiere de ningún ajuste adicional por riesgo país". Se considera que tal justificación sigue siendo válida y es motivo suficiente para desestimar la solicitud de ORANGE al respecto.

Respecto de la propuesta de considerar un diferencial de riesgo país entre Francia y Alemania, se reitera –ya se señaló expresamente en la Resolución recurrida– que en la fecha de referencia de las estimaciones (31/12/2012) ambos países tenían el mismo rating, por lo que no debe entrarse a valorar esta cuestión en relación con la representatividad de la deuda de Deutsche Telecom para estimar la deuda de France Telecom.

Algunas de las referencias adicionales presentadas por ORANGE para la estimación del coste de la deuda de Telefónica, se valoraron en la Resolución de 13 de diciembre y se desestimaron por haber sido emitidas con posterioridad a diciembre de 2012. Respecto de las nuevas referencias aportadas, se valoran en el siguiente sentido:

- Que la estrategia de financiación de Telefónica está encaminada a reducir considerablemente el coste de su deuda a largo plazo, parece bastante probable que sea una conclusión cierta a la luz de los datos aportados por ORANGE y los comunicados emitidos por Telefónica en ese sentido. En todo caso, tal conclusión no invalida la estimación realizada para 2012, cuyas referencias continúan considerándose válidas, si bien podría reflejarse en las estimaciones que se realicen en momentos posteriores al añadir referencias de emisiones más recientes.
- Se aclara que la metodología adoptada calcula el promedio de la rentabilidad hasta el vencimiento (*Yield To Maturity*) de las emisiones del grupo que cumplan con unos determinados requisitos. Algunos de los datos aportados por ORANGE se refieren al precio de emisión (que no es la referencia elegida); otras emisiones aportadas tienen plazos inferiores al considerado en la metodología (lo que las descalifica como referencia). De las emisiones reflejadas en la tabla de datos aportada en su recurso, las dos primeras se han identificado, si bien el dato YTM (media semestral) que consta a esta Comisión (fuente Bloomberg) es diferente (y superior) a la referencia de rentabilidad aportada por ORANGE; la tercera y última de las emisiones no se han podido identificar entre las referencias consideradas válidas de la fuente consultada por esta Comisión.
- Respecto a la comparación de la rentabilidad del bono español y la estimación del coste de la deuda de Telefónica, ha de señalarse que la lógica financiera y las estadísticas históricas apuntan en sentido contrario a lo manifestado por ORANGE en su recurso. Lo esperable es que la rentabilidad de invertir en la deuda de las empresas sea superior a la de invertir en deuda soberana de los principales mercados en que tales empresas desarrollan su actividad económica, en relación al riesgo relativo asumido por el inversor (que se entiende menor en el caso de la deuda soberana). No obstante, también es cierto que recientemente se han producido calificaciones de riesgo por compañías de reconocido prestigio, como la de Moody's que aporta ORANGE en su recurso, que contravienen esta lógica y las series históricas de datos comparativos, debido principalmente a la especulación a que de hecho está sometida la deuda soberana de algunos países europeos, entre ellos España. Es en este contexto en el que encuadramos que se emitan calificaciones de rating crediticio superiores para Telefónica que para España. No obstante, las referencias usadas por esta Comisión en sus estimaciones de la rentabilidad del bono español y de la deuda de Telefónica, conducen a que la última



sea superior a la primera; entendemos que la metodología es sólida y el resultado que produce es razonable y acorde a la lógica financiera.

Sobre la base de todo lo anterior, procede mantener la estimación del coste de la deuda para Orange en la WACC regulada de 2012 en un 3.92% y el coste de la deuda aprobado para TESAU en un 5,96%.

TERCERO.- Sobre la falta de motivación y vulneración de los principios de no discriminación y proporcionalidad.

ORANGE considera que la mayor integración o convergencia tecnológica de las compañías, no debe llevar a ignorar los fundamentales claramente diferenciados en los negocios de telefonía fija y móvil que determinan la supuesta necesidad de diferenciar los cálculos entre los servicios fijo y móvil para la determinación del WACC.

De conformidad con las alegaciones aportadas en su recurso a las que hemos dado contestación en los anteriores dos Fundamentos de Derecho, señala que esta Comisión ha hecho caso omiso de los mencionados fundamentales vulnerando los principios de no discriminación y proporcionalidad que han de regir la regulación sectorial, de conformidad con lo previsto en los artículos 8.3 c) de la Directiva Marco y en los artículos 3.e) y 10.4 de la LGTel. Asimismo, considera que la Resolución recurrida carece de motivación suficiente e incurre en incongruencia omisiva por infracción del artículo 89.1 de la LRJPAC.

En relación con la infracción del principio de no discriminación, debemos recordar que nuestros Tribunales han señalado² en diversas ocasiones, que para advertir dicha infracción no basta su mera alegación, sino que es preciso justificar cumplidamente las circunstancias que evidencian la pretendida desigualdad. Incluso en los casos en los que se produce una inversión de la carga probatoria, el Tribunal Constitucional, en sus Sentencias 207/2001, de 22 de octubre, y 41/2002, de 25 de febrero, declara que la parte recurrente afectada deberá aportar, al menos, "*indicios que generen una razonable sospecha*".

Y en relación con la infracción del principio de proporcionalidad, debemos recordar, asimismo, que nuestros Tribunales vienen exigiendo que los operadores impugnantes ofrezcan una alternativa técnica más "proporcionada" que la presentada por el organismo regulador, debiendo acreditarse dicha alternativa debidamente. Así, en el Fundamento sexto de la SAN de 25 de febrero de 2003³ ya se decía que:

"Finalmente, no cabe considerar que concurra la falta de proporcionalidad que asimismo se denuncia y para cuya apreciación habría sido necesario oponer a la resolución que se combate un canon o patrón de proporcionalidad, es decir, un término de comparación que fuera revelador de que habría sido posible alcanzar los mismos fines pretendidos por la C.M.T. empleando medios menos invasivos (...)".

En este caso, ORANGE alega genéricamente la infracción de los principios de no discriminación y proporcionalidad que han de guiar la labor regulatoria de esta Comisión. Sin embargo, no acredita debidamente la posible concurrencia de las causas que suponen tales infracciones.

² Entre ellas, en la STS (Sala 3ª, Sección 7ª) de 11 de octubre de 1997 (RJ 1997\7769, Fundamento primero) y en la STC 41/2002 (Sala 2ª) de 25 de febrero de 2002.

³ JUR 2006\218544.



El hecho de que esta Comisión no considere como una solución más adecuada para la consecución de los objetivos previstos en el artículo 3 de la LGTel realizar los cálculos para determinar la estructura de capital, el parámetro Beta y el coste de deuda, así como tomar en consideración un diferencial de riesgo país, distinguiendo entre servicios de telefonía fija y móvil, tal y como pretende ORANGE, no desvirtúa las conclusiones alcanzadas por esta Comisión en la Resolución impugnada.

Además, de conformidad con lo expuesto en el primer Fundamento de Derecho, los argumentos aportados por ORANGE por los que pretendía acreditar que determinar dos Betas diferenciadas, una correspondiente a los servicios fijos y otra correspondiente a los servicios móviles, arrojaría un WACC más proporcionado, han quedado totalmente contestados y desvirtuados por los motivos señalados en el Fundamento de Derecho Primero.

En definitiva, no cabe considerar que ORANGE haya evidenciado que la nueva metodología sea discriminatoria con los operadores integrados ni que arroje unos resultados desproporcionados.

En relación con la falta de motivación e incongruencia omisiva de la Resolución recurrida, hemos de recordar que el Tribunal Supremo en distintas sentencias, y, entre otras, en las SSTS de 3 de diciembre de 1996⁴ y de la del 3 de mayo de 1995⁵, la motivación de las resoluciones administrativas no exige una contestación exhaustiva y pormenorizada de la totalidad de las alegaciones efectuadas por los interesados a lo largo del procedimiento.

Más recientemente, nuestros Tribunales⁶ han señalado que *“ni la exigencia de congruencia ni la necesidad de motivación suponen la obligación de responder a todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes (...) ambas exigencias se cumplen también cuando se estudian y responden a los datos capitales de lo que constituye el objeto y las circunstancias del debate (...)”*.

El artículo 54.1 de la LRJPAC señala que la motivación requerirá una *“sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho”*. El carácter *“sucinto”* de la motivación administrativa ha sido ratificado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en reiteradas sentencias. En casos de motivación sucinta pero existente por parte de esta Comisión, los tribunales han declarado la plena validez del acto o resolución. Entre otras pueden citarse las SSTS de 15 de diciembre de 2009⁷, la del 26 de mayo de 2009⁸, así como la del 7 de marzo de 2006⁹.

No obstante, en el supuesto concreto de la Resolución recurrida, no nos encontramos precisamente ante un caso de motivación sucinta ni de incongruencia omisiva puesto que esta Comisión ha señalado suficientemente a lo largo de la Resolución las razones por las que no adoptaba los parámetros para la determinación del WACC según pretende ORANGE en su recurso, razones que esta Comisión considera que siguen estando vigentes y por tanto válidas en sede de recurso, tal y como las reproduce en los anteriores Fundamentos de Derecho.

⁴ RJ 1996\8930.

⁵ RJ 1995\4050.

⁶ SSTS de 31 de mayo de 2011 y de 15 de diciembre de 2011 (RJ 2011/4857 y RJ 2012/2819).

⁷ RC 2694/2007.

⁸ RJ 2009\4401.

⁹ RJ 2006\1668.



Otra cosa distinta es que ORANGE no comparta las razones utilizadas por esta Comisión en la motivación de la Resolución recurrida y ahora reproducidas, como recuerda la SAN de 26 de febrero de 2007 al final de su Fundamento tercero:

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

Finalmente, cabe decir que una falta de motivación e incongruencia omisiva nunca constituye causa de nulidad del acto o resolución impugnados sino, en todo caso, su anulabilidad y siempre que produzca indefensión material y efectiva, y no meramente formal, tal y como indica el Tribunal Supremo en su jurisprudencia (véanse, entre otras, sus S^{ts} de 8 de mayo de 2008¹⁰, de 13 de julio de 2004¹¹ y de 16 de julio de 2001¹²). No obstante, ello no sucede en el supuesto de la Resolución impugnada puesto que, de conformidad con lo razonado en los anteriores Fundamentos, tanto material como formalmente, el acto impugnado está suficientemente motivado dando contestación a todas las alegaciones aportadas por la recurrente.

En definitiva, resulta patente que la Resolución recurrida está suficientemente motivada y que ha tenido en consideración las alegaciones manifestadas por ORANGE al colegirse las razones técnicas y jurídicas, bajo la observancia de los objetivos previstos en el artículo 3 de la LGTel, que han llevado a esta Comisión a la nueva metodología para calcular el WACC de los operadores obligados.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar íntegramente el recurso interpuesto por France Telecom España, SAU, contra la Resolución del Consejo, de fecha 13 de diciembre de 2012, sobre el establecimiento de la nueva metodología de cálculo del coste del capital medio ponderado (WACC) de los operadores declarados con poder significativo de mercado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, así como la estimación del WACC regulado para el ejercicio 2012 de los operadores obligados.

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 22.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de su Consejo de 30 de marzo de 2012 (BOE núm. 149, de 22 de junio de 2012), 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

¹⁰ RJ 2008\2642.

¹¹ RJ 2004\4203.

¹² RJ 2001\6684.



desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.12 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, Bernardo Lorenzo Almendros.