



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 39/11 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 24 de noviembre de 2011, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución relativa al recurso de reposición interpuesto por Vodafone España, S.A.U. contra la Resolución de 14 de julio de 2011 sobre la tasa de capital a aplicar en la contabilidad de costes de Vodafone en el período 1 de abril de 2011 a 31 de marzo de 2012 (AJ 2011/1961).

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Resolución de 14 de julio de 2011.

Con fecha 14 de julio de 2011 el Consejo de esta Comisión dictó Resolución, en el procedimiento número AEM 2011/1109, sobre la tasa anual de coste medio de capital a aplicar en la contabilidad de costes de Vodafone España, S.A.U. en el período 1 de abril de 2011 a 31 de marzo de 2012.

La mencionada Resolución acuerda lo siguiente:

<< UNICO.- Declarar aprobada una tasa anual de coste medio ponderado del capital antes de impuestos para Vodafone España, S.A.U., en el cálculo de los costes de los servicios durante el periodo 1 de abril 2011 a 31 de marzo 2012, del 11,29%, conforme a la propuesta de la operadora, valorada y corregida según la metodología de determinación del coste medio ponderado del capital establecida en la Resolución de 21 de diciembre de 2006>>

SEGUNDO.- Recurso de reposición de Vodafone España, S.A.U.

Con fecha 24 de agosto de 2011 tuvo entrada en el Registro Electrónico de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de la entidad Vodafone España, S.A.U. (en adelante, VODAFONE), presentado mediante correo administrativo el día 19 de agosto de 2011, mediante el cual interpone recurso potestativo de reposición contra la mencionada Resolución de 14 de julio de 2011 a la que se refiere el antecedente de hecho anterior.



La entidad recurrente muestra su disconformidad con la citada Resolución por considerar que no se ajusta a Derecho; en concreto considera que es nula de pleno derecho o anulable, sobre la base de, fundamentalmente, las siguientes alegaciones:

1. En primer lugar alega varios defectos procedimentales: La Resolución impugnada se habría dictado prescindiendo del procedimiento legalmente establecido al no haberse evacuado el trámite de audiencia, lo que habría producido la indefensión de la recurrente; y además habría existido un cambio de criterio procedimental respecto de la tramitación de procedimientos anteriores, al suprimir los requerimientos de información y el trámite de audiencia previos a la Resolución del procedimiento que posibilitaban el “diálogo” previo entre esta Comisión y la recurrente, todo ello de manera injustificada e inmotivada.
2. En segundo lugar, la recurrente realiza una serie de alegaciones que tratan de demostrar que la metodología de cálculo del tipo efectivo de gravamen en el Impuesto de Sociedades propuesto por VODAFONE debería ser de aplicación en lugar del aprobado por esta Comisión en su Resolución de 14 de julio de 2011, a tal efecto la recurrente alega lo siguiente:
 - Esta Comisión utiliza para el cálculo las estimaciones de los mismos de los últimos tres ejercicios incluyendo el efecto fiscal de eventos de carácter extraordinario y no repetibles en el futuro (cita como ejemplo la adquisición del operador TELE2¹ en 2008 y el crédito fiscal asociado por compensación de bases negativas, que disminuyó el tipo efectivo del Impuesto de Sociedades en ese ejercicio), cuando en su opinión debería utilizar los tipos efectivos pero sin tener en cuenta el efecto fiscal de ese tipo de eventos extraordinarios.
 - La recurrente también alega que debería incluirse el coste de la aportación al Fondo Nacional del Servicio Universal (en adelante, FNSU) como una carga administrativa impuesta por Ley a VODAFONE asociada a su actividad principal como operador de telecomunicaciones, y en consecuencia debería adicionarse al gravamen real que supone el Impuesto de Sociedades.

En ambos casos, según la recurrente, esta Comisión habría ignorado la normativa sectorial aplicable en materia de contabilidad de costes y de financiación del Servicio Universal, y asimismo habría incurrido de manera inmotivada y arbitraria en un error material, no amparable en la discrecionalidad técnica del Regulador.

Por todo lo anterior VODAFONE solicita que se estime su recurso y que se declare la nulidad de pleno derecho de la Resolución de 14 de julio de 2011 por haberle causado indefensión, o su anulabilidad por infracción del ordenamiento jurídico, y que en consecuencia se anule parcialmente la misma y se dicte una nueva Resolución para corregir al alza el valor del tipo efectivo de gravamen del Impuesto de Sociedades (hasta el 30,62 por 100) y la tasa anual de coste medio de capital (hasta 11,567 por 100).

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

Mediante el correspondiente escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, fechado el día 1 de septiembre de 2011, se informó a la recurrente,

¹ La denominación social completa del operador de telecomunicaciones TELE2 adquirido por VODAFONE en 2008 era “Tele2 Telecommunications Services, S.L.”.



único interesado en el procedimiento, del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación de su recurso de reposición, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

CUARTO.- Resolución de 1 de septiembre de 2011 declarando la confidencialidad de parte del escrito de interposición del recurso de VODAFONE.

VODAFONE solicitaba la declaración de confidencialidad de todo del contenido del escrito de interposición de su recurso de reposición, por contener información “cuya difusión a terceros podría perjudicar los derechos” de la recurrente.

Mediante acto del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 1 de septiembre de 2011 se informó al interesado de que, de conformidad con lo establecido en el artículo 37.5.d) de la LRJPAC y en el artículo 9.1 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), se había resuelto declarar la confidencialidad frente a terceros de parte de la información y datos incluidos contenidos en las páginas 8, 12, 13 y 18 del escrito de interposición del recurso de reposición de VODAFONE, en los que se detallan datos e informaciones contables y financieras que reflejan algunos aspectos de la estrategia contable y financiera de la recurrente, y cuyo conocimiento por terceros puede afectar a su secreto comercial e industrial

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación del escrito de interposición del recurso.

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.

El acto impugnado es firme en vía administrativa. La entidad recurrente califica expresamente su escrito como recurso de reposición e invoca genéricamente varias causas de nulidad de pleno derecho y de anulabilidad previstas en los artículos 62 y 63 de la LRJPAC. Y el recurso 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 VODAFONE presentado el día 24 de agosto de 2011 como recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 14 de julio de 2011 sobre la tasa anual de coste medio de capital (WACC) a aplicar en la contabilidad de costes de Vodafone España, S.A.U. en el período 1 de abril de 2011 a 31 de marzo de 2012.

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 único interesado, por cuanto que ya lo era en el procedimiento número AEM 2011/1109 y además se ve directamente afectado por las decisiones regulatorias adoptadas en la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 14 de julio de 2011 que le puso fin, pues es el operador afectado por la decisión regulatoria contenida en la misma en materia contable y financiera.

En atención a lo anterior, se reconoce legitimación activa a VODAFONE 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 VODAFONE 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 viene fundamentados en varios motivos de nulidad de pleno derecho y de anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la misma Ley:

En efecto, la recurrente alude expresamente a la existencia de una omisión del trámite de audiencia en el procedimiento y de una motivación defectuosa del acto impugnado, lo que habría causado:

- La indefensión de la recurrente por omisión del trámite de audiencia (nulidad de pleno derecho, artículo 62.1.a) de la LRJPAC).
- La omisión del procedimiento administrativo legalmente establecido (nulidad de pleno derecho, artículo 62.1.e) de la LRJPAC).
- La infracción del ordenamiento jurídico procedimental y sectorial de telecomunicaciones en el cálculo de la tasa anual de coste medio de capital a aplicar en su contabilidad de costes, concretamente de los artículos 54 y 84 de la LRJPAC, del artículo 13.1.e) de la LGTel, y del artículo 11.4 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración (en adelante, Reglamento MAN).



- La vulneración de los artículos 9.3, 24 y 105 de la Constitución (nulidad de pleno derecho, artículo 62.2 de la LRJPAC, y anulabilidad, artículo 63.1 de la misma LRJPAC).

Por todo lo anterior procede la admisión a trámite del recurso de VODAFONE.

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 VODAFONE 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 las alegaciones de carácter procedimental.

VODAFONE realiza en su recurso una serie de alegaciones de carácter procedimental que a su juicio invalidarían la Resolución de 14 de julio de 2011 objeto de impugnación.

1.1.- Sobre la omisión del trámite de audiencia.

Primeramente alega que la Resolución impugnada se habría dictado prescindiendo del procedimiento legalmente establecido, al no haberse evacuado el trámite de audiencia, lo que habría producido la indefensión de la recurrente.

A esta alegación hay que responder que en el procedimiento número AEM 2011/1109 se prescindió del trámite de audiencia al amparo de lo establecido en el artículo 84.4 de la LRJPAC, que establece que *“Se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado”*. En efecto, no se tuvieron en cuenta otros hechos o datos relativos a VODAFONE diferentes de los aportados por el citado operador junto con su escrito de 3 de mayo de 2011, así como algunos datos e informaciones contables y financieras igualmente aportadas por la recurrente, y también algunos datos y estadísticas públicos (por ejemplo, datos de rentabilidades medias del IBEX 35 o de la Deuda Pública del Reino de España) que derivan directamente de la aplicación de la metodología y que resultaban, por tanto, conocidos igualmente por la recurrente.

Cabe señalar que en los procedimientos de establecimiento y revisión anual de la tasa anual de coste del capital de los operadores con poder significativo en el mercado, y singularmente de VODAFONE, tramitados y resueltos en ejercicios anteriores por esta Comisión también se ha prescindido del trámite de audiencia, sin que se haya producido hasta ahora alegación alguna en contrario por parte de la recurrente.



En general hay que reiterar, una vez más, los fundamentos jurídicos y jurisprudenciales² expuestos en numerosas Resoluciones de esta Comisión en el sentido de negar radicalmente la existencia de indefensión alguna en este tipo de supuestos, ya que de conformidad con la doctrina jurisprudencial y constitucional vigente en esta materia, no cabe invocar el principio constitucional del derecho fundamental a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, contenido en el artículo 24.1 de la Constitución Española, en el marco de un procedimiento administrativo de carácter no sancionador ya que la resolución del mismo siempre es impugnabile en vía judicial y serán los jueces y Tribunales los que enjuicien eventuales vulneraciones del ordenamiento jurídico por parte de las Administraciones Públicas. La indefensión se produciría, en su caso, si se impidiese el acceso a la vía judicial.

En este sentido cabe indicar que VODAFONE ha tenido la posibilidad de impugnar potestativamente en vía administrativa, y en todo caso en vía contencioso-administrativa (hay que recordar que recurrir en reposición es potestativo, como establece el artículo 116.1 de la LRJPAC) la Resolución recurrida desde que fue notificada la misma, y asimismo la recurrente podrá hacerlo en vía contencioso-administrativa desde que sea notificada de la Resolución del presente recurso potestativo de reposición.

1.2.- Sobre el supuesto cambio de criterio y su motivación.

VODAFONE también alega que habría existido un cambio de criterio procedimental respecto de la tramitación de procedimientos anteriores, al suprimir los requerimientos de información y el trámite de audiencia previos a la Resolución del procedimiento que posibilitaban el “diálogo” previo entre esta Comisión y la recurrente, todo ello de manera injustificada e inmotivada, entendiendo la operadora que se habrían perjudicado sus intereses y que esta Comisión debería haber realizado un requerimiento de información adicional para la instrucción del expediente.

A esta alegación, formulada de manera genérica, poco concreta y sin aportar ningún argumento jurídico que la sustente, hay que responder negando radicalmente que exista una motivación insuficiente de la Resolución recurrida derivada de la no formulación de un requerimiento de información en el curso de la tramitación del procedimiento, ya que en los Fundamentos de Derecho de la misma se exponen y argumentan suficientemente las razones objetivas para determinar la decisión adoptada.

El motivo de no requerir información adicional a VODAFONE (y como ya se ha mencionado anteriormente, de omitir el trámite de audiencia) es que en esta ocasión no fue necesario para la instrucción del procedimiento, ya que esta Comisión dispuso de la información suficiente con los datos proporcionados por la operadora en su propuesta de 3 de mayo de 2011, y con cierta información adicional que como ya se ha mencionado es de carácter público.

Asimismo hay que señalar que la recurrente fue debidamente notificada del inicio de la tramitación del procedimiento de revisión anual de su tasa anual de coste del capital mediante un escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 9 de mayo de 2011, y que la Resolución recurrida se adoptó el día 14 de julio de 2011, por lo que VODAFONE dispuso

² Ver entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de fecha 15 de junio de 2004 (RJ 2004/7632) y de 26 de mayo de 2000 (RJ 2000/4801), y las Sentencias del Tribunal Constitucional número 65/1994, de 28 de febrero (RTC 1994-65), y número 178/1998, de 14 de septiembre (RTC 1998-178).



de plazo suficiente (más de 2 meses) para poder haber efectuado alegaciones adicionales y haber aportado datos adicionales a los de su propuesta inicial si lo hubiera estimado oportuno.

Por lo tanto, al no existir motivo ni necesidad para requerir información adicional al operador, la decisión correcta fue no efectuar tal requerimiento, sin que esta decisión suponga apartarse de actuaciones precedentes donde sí fue necesaria requerir y obtener información adicional, y se estimó que la mejor forma de obtenerla era solicitar tal información a la propia Vodafone.

Sentado lo anterior las discrepancias en los resultados provienen por tanto de las interpretaciones diferentes y de las formas distintas en las que esta Comisión y la recurrente aplican la Metodología para determinar su tasa anual de coste del capital. En este sentido, VODAFONE alude a una motivación insuficiente e incorrecta de la Resolución recurrida como causa de la presunta determinación incorrecta de su tasa anual de coste del capital.

El hecho de que en el procedimiento AEM 2011/1109 no se haya formulado un requerimiento de información, o que la Resolución de 14 de julio de 2011 sobre la tasa anual de coste del capital aplicable a VODAFONE en el periodo de 1 de abril de 2011 a 31 de marzo de 2012 difiera en algunos de sus datos, cálculos y resultantes de las de años anteriores o de la propuesta formulada por el operador, 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 competenciales 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, estén vinculados por las decisiones que hayan 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 adopción³.

³ 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



La Resolución de 14 de julio de 2011 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 VODAFONE en su propuesta de 3 de mayo de 2011. Y en concreto en lo referente a los cambios introducidos por esta Comisión en los cálculos y resultantes de algunos parámetros respecto de ejercicios anteriores, dichos cambios han sido resultado de las circunstancias concretas aplicables al ejercicio correspondiente al periodo de 1 de abril de 2011 a 31 de marzo de 2012 y se han motivado suficientemente en los Fundamentos de Derecho de la Resolución 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 o incorrección en la motivación de los cambios introducidos respecto de su propuesta.

Finalmente, ha de recordarse que la supuesta falta o incorrección de la motivación alegada tampoco puede provocar en ningún caso inseguridad jurídica o indefensión como pretende afirmar VODAFONE en su recurso, ni constituiría una causa de nulidad, puesto que como ya se ha señalado en párrafos anteriores la recurrente ha tenido siempre la oportunidad de alegar cuanto estime conveniente en el transcurso de la tramitación del procedimiento, e incluso de mostrar su oposición a través de los recursos procedentes.

En definitiva, no resulta procedente atender los motivos de impugnación procedimentales ya que del contenido de la Resolución impugnada se desprende claramente que se ha respetado en todo momento la legalidad vigente y la interpretación jurisprudencial de la misma, tanto a nivel procedimental general como en la aplicación del Derecho sectorial.

SEGUNDO.- Sobre la estimación de la prima de riesgo del mercado español.

VODAFONE afirma en la primera alegación del escrito de interposición de su recurso, centrada en varias alegaciones procedimentales, que la Resolución de 14 de julio de 2011 estableció que se estime una prima de riesgo del mercado español del 6,18 por 100 para el periodo del 1 de abril de 2011 al 31 de marzo de 2012, un porcentaje sustancialmente inferior al propuesto por la recurrente, e incluso al aprobado por esta Comisión para el periodo anterior, lo que a su juicio se habría realizado de manera inmotivada e ignorando la situación actual de los mercados financieros.

A esta alegación hay que responder negando radicalmente la ausencia de motivación, ya que para el cálculo de la prima de riesgo del mercado (*Pm*) esta Comisión ha seguido la metodología aprobada en la Resolución de su Consejo de 21 de diciembre de 2006⁴ (en adelante, la Metodología), que indica en su Fundamento V, Apartados V.2.3, V.3.3 y V.3.3, que un indicador razonable es el IBEX 35, ya que entiende que recoge adecuadamente el

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.

⁴ Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 21 de septiembre de 2006 sobre la revisión de la metodología para el cálculo del coste del capital medio ponderado de los operadores declarados dominantes por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (AEM 2006/736).



conjunto de oportunidades de inversión en renta variable que existen en el mercado español, y que usa como muestra la rentabilidad mensual del índice durante los últimos 15 años, y calcula la diferencia de tales rentabilidades con las de los Bonos del Estado a 10 años, que son contemplados por la Metodología como referencia de activo libre de riesgo (Rf), estimando la prima de riesgo como una media de tales diferencias. El principal de los fines pretendidos de la Metodología aplicada para estimar el valor de Pm es dar estabilidad a la estimación y minorar la influencia de la coyuntura económica en el momento de resolver sobre el procedimiento, por eso se considera una serie de muestras mensuales a lo largo de quince años.

En consecuencia, y comparando los resultados de Pm estimados para los dos últimos procedimientos de cálculo de la tasa anual de coste del capital aplicable en el periodo de 1 de abril de 2011 a 31 de marzo de 2012 que cita VODAFONE en su recurso, puede verse que el valor estimado en la tasa anual de coste del capital aplicable a VODAFONE en el periodo de 1 de abril de 2011 a 31 de marzo de 2012 es inferior al del ejercicio anterior aún en la coyuntura económica actual. Este resultado se explica porque a la serie de datos de la rentabilidad mensual del índice durante los últimos 15 años citada se añaden para la estimación los correspondientes al ejercicio 2010, y se eliminan de la serie los relativos al ejercicio 1995; en particular, la serie de datos mensuales del ejercicio 2010 arroja un diferencial con Rf negativo, mientras que la serie eliminada del ejercicio 1995 contiene un diferencial con Rf positivo. Por lo tanto, al eliminar los datos del ejercicio 1995 (con un Rf positivo) y añadir los del ejercicio 2010 (con un Rf negativo), la consecuencia lógica es que se reduce la Pm (obtenida de la media mensual de los 15 años anteriores).

Asimismo, y con el fin de dar mayor consistencia al cálculo de la tasa anual de coste del capital de los operadores obligados en cada caso, en varias Resoluciones del Consejo de esta Comisión sobre la tasa anual de coste del capital de los operadores con poder significativo en el mercado, esta Comisión estableció que, para un mismo período regulatorio, el parámetro Pm debía ser común a todos los operadores declarados con poder significativo de mercado y sometidos a la obligación de contabilidad de costes. Y en ese sentido, la estimación de Pm aprobada en la Resolución del Consejo de esta Comisión de 26 de mayo de 2011 por la que se aprueba la tasa anual de coste del capital del ejercicio de 2011 para el operador Telefónica de España, S.A.U. (que es la primera aprobada en el presente ejercicio), la ha fijado en el 6,18 por 100, es decir, la misma que se aprueba en la Resolución impugnada por VODAFONE.

En definitiva, cabe concluir que la estimación de la prima de riesgo del mercado aprobada mediante la Resolución de 14 de julio de 2011 objeto de impugnación es acorde con la Metodología de aplicación antes señalada, y que el cálculo realizado y aprobado para obtener la citada estimación es consistente con las Resoluciones anteriores de procedimientos de aprobación de la tasa anual de coste del capital de operadores con poder significativo en el mercado.

TERCERO.- Sobre la estimación del tipo efectivo del Impuesto de Sociedades.

VODAFONE alega que, para estimar el cálculo del tipo efectivo de gravamen en el Impuesto de Sociedades:

- Esta Comisión utiliza para el cálculo las estimaciones de los mismos de los últimos tres ejercicios incluyendo el efecto fiscal de eventos de carácter extraordinario y no repetibles



en el futuro (cita como ejemplo la adquisición del operador TELE2 en 2008 y el crédito fiscal asociado por compensación de bases negativas, que disminuyó el tipo efectivo del Impuesto de Sociedades en ese ejercicio), cuando en su opinión debería utilizar los tipos efectivos pero sin tener en cuenta el efecto fiscal de ese tipo de eventos extraordinarios.

- Asimismo alega que debería incluirse el coste de la aportación al FNSU como una carga administrativa impuesta por Ley a VODAFONE asociada a su actividad principal como operador de telecomunicaciones, y en consecuencia debería adicionarse al gravamen real que supone el Impuesto de Sociedades.

En ambos casos la recurrente afirma que la Resolución impugnada estaría motivada de manera incorrecta al haberse ignorado la normativa sectorial aplicable en materia de contabilidad de costes y de financiación del Servicio Universal, y asimismo habría incurrido de manera inmotivada y arbitraria en un error material, no amparable en la discrecionalidad técnica del Regulador.

Frente a esta nueva alegación de una supuesta motivación errónea o incorrecta, hay que contestar en los mismos términos que en la respuesta a la alegaciones de carácter procedimental abordadas en el Fundamento de Derecho Primero de la presente Resolución, es decir, reiterando que la Resolución de 14 de julio de 2011 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 VODAFONE en su propuesta de 3 de mayo de 2011.

En cuanto al fondo de la alegación de VODAFONE hay que señalar lo siguiente:

- En lo referente a la utilización para el cálculo del tipo efectivo de gravamen en el Impuesto de Sociedades de las estimaciones de los últimos tres ejercicios incluyendo eventos de carácter extraordinario y no repetibles en el futuro, hay que responder que, de acuerdo con lo argumentado en los Fundamentos de Derecho de la Resolución recurrida, concretamente en el Fundamento de Derecho número IV.7, la estimación realizada del tipo efectivo a aplicar cumple con la Metodología que viene usando esta Comisión, al tener en cuenta los tipos efectivos de los tres últimos ejercicios y realizar un promedio de los mismos. La utilización de este sistema tiene como objetivo reflejar fielmente la carga fiscal real efectiva soportada en un periodo trianual y, en consecuencia, minimizar la influencia de las circunstancias coyunturales en la estimación media efectiva. Esta decisión se ha adoptado y aplicado consistentemente en las Resoluciones relativas a la revisión de la tasa anual de coste del capital de este ejercicio de los otros dos operadores móviles regulados, FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. (en adelante, FRANCE TELECOM)⁵ y TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TME)⁶.

Por otra parte, la solicitud de corrección de las bases imponibles negativas compensadas en el ejercicio 2008 y asociadas a la adquisición del operador TELE2 por parte de VODAFONE ya fue desestimada en la Resolución de 22 de octubre de 2009 por la que se resuelve el recurso potestativo de reposición de la recurrente contra la

⁵ Resolución del Consejo de esta Comisión de 14 de julio de 2011, procedimiento número AEM 2011/1032.

⁶ Resolución del Consejo de esta Comisión de 14 de julio de 2011, procedimiento número AEM 2011/544.



Resolución de 25 de junio de 2009 relativa a la tasa de coste de capital a aplicar en el ejercicio 2009 y del 1 de enero al 31 de marzo de 2010⁷, por lo que los motivos expuestos en el Fundamento de Derecho Material Primero de la citada Resolución (páginas 4 y 5) siguen siendo válidos:

<<Frente a esta alegación cabe significar que los hechos puestos de manifiesto en el documento ahora incorporado por la recurrente en su escrito de recurso no se tuvieron en cuenta en la Resolución recurrida precisamente porque VODAFONE no los incorporó en su propuesta aun cuando, en ese momento, ya tenía conocimiento de aquéllos. Por lo anterior, no puede considerarse que los hechos expuestos en el citado documento sean excepcionales y de nuevo conocimiento para la recurrente.

Por otra parte, del contenido del documento no se desprende que la Resolución impugnada esté viciada de un error. A juicio de esta Comisión, no se desprende ningún dato relevante que de lugar al error apuntado por cuanto que la compensación de bases imponibles negativas, de acuerdo con la normativa contable (Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad y Resoluciones del ICAC), no tendría impacto en la cuenta de impuesto devengado (gasto) sino en la cuenta de impuesto a pagar (pasivo) y, por ende, la compensación de bases imponibles negativas no generan el impacto alegado en la medida en que no se alteraría el tipo impositivo efectivo de la recurrente.>>

- En cuanto a la solicitud de la recurrente de incluir el coste de la aportación al FNSU como una carga administrativa impuesta por Ley a VODAFONE y en consecuencia de sumarlo al coste del Impuesto de Sociedades, hay que responder que, de acuerdo con lo argumentado en los Fundamentos de Derecho de la Resolución recurrida, la Metodología aplicable y la normativa sectorial vigente no prevén en ningún caso dicha agregación, al tratarse de conceptos y obligaciones jurídicas diferentes (los pagos al FNSU, derivados de sus obligaciones regulatorias y legales de carácter sectorial, y la carga tributaria derivada del Impuesto de Sociedades, derivada de la normativa tributaria aplicable a las entidades mercantiles), por lo que no se estima adecuado efectuar correcciones en la base imponible asociadas a la contribución de la recurrente al FNSU. Al igual que se ha señalado para la alegación anterior, esta decisión se ha adoptado y aplicado consistentemente en las Resoluciones relativas a la revisión de la tasa anual de coste del capital de este ejercicio de los otros dos operadores móviles regulados, FRANCE TELECOM y TME.

En definitiva, el cálculo del tipo efectivo de gravamen en el Impuesto de Sociedades en el período 1 de abril de 2011 a 31 de marzo de 2012, fijado en el del 28,97 por 100, está suficientemente motivado y cumple la Metodología aplicable y la normativa sectorial vigente, por lo que no procede admitir la propuesta de la recurrente de modificar el cálculo del mismo y en consecuencia debe rechazarse la alegación de la recurrente en este punto.

⁷ Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 22 de octubre de 2009 por la que se resuelve el recurso potestativo de reposición interpuesto por Vodafone de España, S.A. 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 en el período del 1 de enero 2009 al 31 de marzo 2009 y del 1 de abril de 2009 al 31 de marzo de 2010 (procedimiento número AJ 2009/1307).



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 Vodafone España, S.A.U. contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 14 de julio de 2011, dictada en el expediente número AEM 2011/1109, sobre la tasa anual de coste medio de capital a aplicar en la contabilidad de costes de Vodafone España, S.A.U. en el período 1 de abril de 2011 a 31 de marzo de 2012, 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, 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 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, el artículo 22 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, 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.