



IGNACIO REDONDO ANDREU, 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 35/09 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 22 de octubre de 2009, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución 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 (AJ 2009/1307).

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 6 de mayo de 2009 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, Comisión) un escrito presentado por Vodafone España, S.A.U. (en adelante, VODAFONE) por medio del cual presentó la propuesta de tasa anual a aplicar para el cómputo de los costes de capital en su contabilidad de costes, del período 1 de enero 2009 a 31 de marzo 2009 y 1 de abril de 2009 a 31 de marzo de 2010 (en adelante, propuesta WACC), de acuerdo al cambio de fecha de cierre de su ejercicio contable conforme lo comunicó a esta Comisión en misma fecha que la propuesta WACC.

SEGUNDO.- Con fecha 25 de junio de 2009, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, Comisión) tras valorar y corregir la propuesta WACC dictó Resolución, por la que se puso fin al expediente número AEM 2009/730 relativo a la tasa de coste de capital a aplicar en la contabilidad de costes de VODAFONE.

En el Resuelve de la citada Resolución, esta Comisión decidió lo siguiente:

“Primero.- 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 los períodos enero 2009 a marzo 2009 y abril 2009 a marzo 2010, del 11,79%, 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.- *Vodafone España, S.A.U. deberá presentar los resultados del período 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: período 1 de enero 2009 a 31 de diciembre de 2009 y período 1 de abril de 2009 a 31 de marzo de 2010.*”

SEGUNDO.- Con fecha 5 de agosto de 2009, tuvo entrada en el Registro de la Comisión un escrito, remitido con fecha 31 de julio de 2009, presentado en nombre y representación de VODAFONE por el que interpone un recurso potestativo de reposición contra la mencionada Resolución de 25 de junio de 2009 por considerar que la misma se ha dictado sin tener en consideración un documento de valor esencial remitido en el mismo escrito aquí referido y por considerar que resulta anulable, al amparo del artículo 63.1 de la LRJPAC, al haber infringido el ordenamiento jurídico, en concreto, el principio de proporcionalidad.

VODFAONE funda su recurso en los siguientes motivos:

- Que en su propuesta relativa al WACC a aplicar en su contabilidad de costes existe un error de hecho por cuanto que en aquella propuesta no se consideraba un hecho que el mismo operador califica como excepcional consistente en que, por razón de su adquisición de la operadora Tele2, a su vez adquirió las bases impositivas negativas generadas por esa empresa en el Impuesto de Sociedades, bases que deberían alterar el tipo impositivo efectivo de la recurrente. Según la recurrente, dicho error se ha trasladado a la Resolución ahora recurrida en reposición por lo que la misma resulta viciada por el mismo.

Ahora, en sede de recurso, la recurrente aporta un documento explicando el hecho antes mencionado. En su virtud, solicita que se tenga en cuenta dicho documento por el que, en caso de así considerarlo, se modifique el tipo impositivo efectivo para el año 2008 y, consiguientemente, el tipo impositivo efectivo a considerar para el cálculo del WACC del año 2009 que sería del 29,57% y que, a su vez, se traduciría en un aumento del WACC que pasaría a ser del 12,12%.

- Que la obligación establecida en el resuelve Segundo de la Resolución recurrida relativa a que VODAFONE tendrá que entregar, antes del 31 de julio de 2010, los resultados contables agrupados en dos intervalos (enero 2009 - diciembre 2009 y abril 2009 – marzo 2010) excede de la obligación prevista en el artículo 11.5 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 de Mercados). Además, añade que cumplir con la obligación según se ha establecido en el citado resuelve, le supondría una cantidad ingente de trabajo puesto que tendría que encargar dos trabajos de auditoría (tendría que presentar dos ejercicios distintos –año natural y ejercicio fiscal-).

Por los anteriores motivos alega que la presentación de los datos, de acuerdo con lo dispuesto en el mencionado resuelve, resulta desproporcionado si lo que se pretende



con esta medida es la comparabilidad de los resultados contables de todos los operadores.

Sobre la base de lo anterior, solicita que se considere suficiente que la recurrente presente, a fecha 31 de julio de 2010, la información correspondiente a sus dos ejercicios fiscales (enero 2009 - marzo 2009 y abril 2009 – abril 2010), información que producirá resultados más fiables para hacer estudios comparativos entre todos los operadores en relación con esta información.

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 de la misma Ley se especifica que el plazo para interponer el recurso de reposición será de un mes desde la notificación de la resolución recurrida.

La entidad recurrente califica expresamente su escrito como recurso potestativo 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 (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 31 de julio de 2009 y recibido el día 5 de agosto de 2009, como recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 25 de junio de 2009 sobre la tasa de coste de capital a aplicar en la contabilidad de costes de VODAFONE (AEM 2009/730).

SEGUNDO.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. La entidad recurrente ostenta la condición de interesado por cuanto que ya lo era en el procedimiento AEM 2009/730 en el que se dictó la Resolución objeto de impugnación. En atención a lo anterior, se reconoce legitimación activa de VODAFONE para la interposición del presente recurso.



TERCERO.- Competencia para resolver.

La competencia para resolver el presente procedimiento corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 y 118 de la LRJPAC, al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

CUARTO.- 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.

Habida cuenta de que el recurso de reposición interpuesto por VODAFONE cumple con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC, que se ha presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley; que aunque no está fundamentado expresamente en un motivo de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la misma Ley, según se desprende del tenor literal del recurso, cabría apreciar que el mismo se funda en el artículo 63.1 de la LRJPAC por lo que, en atención al principio antiformalista que rige la actividad de la Administración Pública, procede su admisión a trámite.

III FUNDAMENTOS JURÍDICO MATERIALES

PRIMERO.- Sobre el error en el WACC fijado por no haberse tenido en consideración la repercusión de las bases imponibles negativas en el Impuesto de Sociedades por la adquisición de Tele 2 por parte de la recurrente.

VODAFONE señala en su recurso que *“ha advertido que en la propuesta citada, no se había tenido en cuenta un hecho que, por su importe y excepcionalidad, debería alterar el tipo efectivo de gravamen propuesto, y a través de este escrito desea poner en conocimiento de la Comisión para su consideración y recálculo del ROA para el período enero 2009 a marzo 2010”*.

El citado hecho que califica como excepcional proviene de la adquisición durante el ejercicio 2007, por parte de la propia recurrente, de la entidad Tele2 por la que, a su vez, adquirió las bases imponibles negativas generadas por esa empresa que serían aplicadas en la liquidación del impuesto de sociedades de VODAFONE.

Alega la recurrente que en el tipo impositivo considerado para el cálculo del coste del capital no debió de haberse tenido en cuenta la compensación de bases imponibles negativas generadas en el ejercicio 2009 y que hacen disminuir el tipo impositivo efectivo por motivos ajenos al negocio de telefonía móvil. De acuerdo con el documento que la recurrente adjunta a su escrito de recurso, la eliminación del efecto de la compensación de las bases imponibles negativas de Tele2 supondría que el impuesto de sociedades pasara de 401.655 miles de euros a 502.646 miles de euros.



En consecuencia, Vodafone solicita que se tenga por corregido el valor propuesto cuyo impacto se traduciría en que el tipo impositivo efectivo pasaría a ser del 29,57% y el coste del capital de un 12,12%.

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.

SEGUNDO.- Sobre la solicitud de que se modifique la agrupación de los resultados contables de 1 de enero de 2009 a 31 de marzo de 2010.

VODAFONE considera que el cumplimiento del resuelve Segundo de la Resolución impugnada le supone una duplicación del trabajo derivado del hecho de haber solicitado¹ el cambio de fecha de cierre de ejercicio social y contable puesto que le ha sido impuesta la obligación de entregar, antes de 31 de julio de 2010, dos períodos de 12 meses auditados, en lugar de un único período anual, tal y como venía haciéndolo. A juicio de la recurrente, la mencionada obligación excedería de la obligación prevista en el artículo 11.5² del Reglamento de Mercados.

Sobre la base de lo anterior, manifiesta que la obligación objeto de este fundamento resulta desproporcionada y, más aún, cuando lo que se pretende es la comparabilidad de los resultados contables entre todos los operadores. La recurrente llega a esta conclusión sobre la base de que si se utiliza el año natural 2009 como base para las comparaciones, aquéllas podrían resultar erróneas y conllevar a conclusiones equivocadas debido a que el período oficioso (año natural) se alimenta con datos contables no auditados. También alega la dificultad de extraer información que no se corresponde con el período oficial auditado ya que exige procesos manuales y que el cálculo de los datos de inversión y amortización del modelo para un período se dificulta al no coincidir las vidas útiles con las vidas financieras.

¹ Con fecha 6 de mayo de 2009, tuvo entrada en el Registro de la Comisión escrito de VODAFONE en el que comunicó el cambio de fecha de cierre del ejercicio contable, indicando que el cierre en vez de tener lugar el día 31 de diciembre de cada año, tendrá lugar el 31 de marzo de cada año. Como consecuencia de este cambio, se indica, el ejercicio que se inició el 1 de enero de 2009 tiene una duración atípica de 3 meses (1 de enero de 2009 a 31 de marzo de 2009), siendo el ejercicio que se inició el 1 de abril de 2009 (1 de abril 2009 a 31 de marzo de 2010) el que tenga una duración normal de 12 meses.

² Art. 11 Reglamento de Mercados: *Obligaciones sobre control de precios y contabilidad de costes*. Apartado 5º: *Cuando la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones determine la aplicación de un determinado sistema de contabilidad de costes, el operador deberá encargar a una entidad cualificada e independiente, con periodicidad anual, una auditoría que compruebe la aplicación de dicho sistema y presentarla a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones antes del 31 de julio de cada año, salvo que dicho organismo decida llevarla a cabo por sí misma.*



Finalmente manifiesta que la entrega oficiosa no sería auditada ni por auditores propios ni por los servicios de esta Comisión.

Esta Comisión tiene la obligación de velar por el cumplimiento de las obligaciones impuestas tras la definición y análisis de los mercados de comunicaciones electrónicas. En este sentido y para el caso que nos ocupa, la Comisión ha de velar por el correcto cumplimiento de la obligación de llevar una contabilidad de costes, sin que quepa limitar o excluir la revisión de la contabilidad de costes de un periodo o la comparabilidad de la información remitida en base a un cambio de fecha de cierre en el ejercicio contable.

La disposición transitoria séptima de la Ley 32/2003 señala:

“Los operadores de telefonía móvil automática que tengan la condición de operadores con poder significativo en el mercado nacional de acceso e interconexión presentarán a los Ministerios de Economía y de Ciencia y Tecnología y a la Comisión del Mercado de las telecomunicaciones, antes del 31 de julio de cada año, los estados de costes que justifiquen los precios de acceso e interconexión de acuerdo con los principios, criterios y condiciones para el desarrollo del sistema de contabilidad de costes aprobados por dicha Comisión. Estos estados de costes serán los correspondientes al último ejercicio cerrado y al inmediatamente anterior y deberán presentarse auditados externamente.”

El Reglamento del Registro Mercantil aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 julio señala, respecto a la fecha de cierre del ejercicio social, en su Artículo 125 que ésta será alguna de las siguientes opciones:

*“1. Los estatutos fijarán la fecha de cierre del ejercicio social, cuya duración no podrá ser en ningún caso superior al año.
2. A falta de disposición estatutaria, se entenderá que el ejercicio social termina el 31 de diciembre de cada año.”*

Este mismo criterio es recogido por el Plan General de Contabilidad (Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre) en el apartado 1º del artículo 2º de la Tercera Parte, en el que se establece que:

“1. Las cuentas anuales se elaborarán con una periodicidad de doce meses, salvo en los casos de constitución, modificación de la fecha de cierre del ejercicio social o disolución.”

Esto implica que en ningún caso, el ejercicio contable puede superar los doce meses y que en casos excepcionales, como en situación de cambio de cierre, podrá dar lugar a un ejercicio contable con una duración inferior a doce meses.

De acuerdo con la normativa mercantil y al cambio de fecha de cierre del ejercicio contable comunicado por la recurrente, durante el período 1 de enero 2009 a 31 de marzo de 2010 VODAFONE tendrá dos ejercicios contables:

- Un ejercicio contable que irá del 1 de enero de 2009 al 31 de marzo de 2009 (3 meses).



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

Cada cierre contable tiene sus consiguientes implicaciones contables (amortizaciones, inventario, coste capital, etc.) y cada ejercicio contable ha de ser auditado.

Según el tenor literal del resuelve Segundo de la Resolución impugnada, se requirió la presentación de las cifras de ingresos, costes y resultados referidas a los 15 meses agrupadas en dos intervalos homogéneos de 12 meses con la finalidad de hacerlos comparables, considerando que requerir la agrupación del primer ejercicio con los otros 9 meses, comprendidos dentro del mismo año natural, no implicaba un aumento significativo en términos de operativa contable y auditoría ya que, de ordinario, los 15 meses deberían revisarse por el auditor.

Sin embargo, VODAFONE alega todo lo contrario al indicar que la agrupación fijada por esta Comisión le supone un coste desproporcionado en términos de trabajo y en términos de auditoría.

Debe tenerse en cuenta, en cualquier caso, que la obligación de VODAFONE es la de presentar dos ejercicios contables, esto es, dos cierres contables, lo que en la práctica implicará realizar las mismas operaciones que la recurrente pretende evitar con la interposición de su recurso.

Esta Comisión reconoce que presentar las cuentas del período 1 de enero de 2009 a 31 de marzo de 2010 agrupadas en dos intervalos (1 de enero a 31 de diciembre 2009 y 1 de abril de 2009 a 31 de marzo 2010) puede resultar una medida desproporcionada puesto que exigiría un trabajo adicional con respecto a las cuentas que se corresponderían con los cierres de la contabilidad financiera. No obstante, esta Comisión desea expresar su rechazo a la afirmación de VODAFONE relativa a que la operativa necesaria para cumplir con el mencionado resuelve, le supone una cantidad ingente de trabajo pues lo normal es que la operativa contable de un operador de la dimensión de VODAFONE no se desarrolle de forma manual.

Pues bien, considerando las cuestiones de oportunidad que concurren, y sobre la base de que no resultaría perjudicada la auditabilidad del sistema por el hecho de que se presente un ejercicio de 3 meses, se ha de estimar este motivo de impugnación modificando el resuelve Segundo de la Resolución impugnada con objeto de ajustar la obligación ahí fijada en virtud del principio de proporcionalidad.

Así pues, el mencionado resuelve deberá fijar la obligación de que VODAFONE presente los resultados de contabilidad de costes del periodo 1 de enero 2009 – 31 de marzo de 2010 agrupado en dos ejercicios contables (1 de enero 2009 – 31 de marzo 2009 y 1 de abril 2009 – 31 de marzo 2010) que deberán contener todas las operaciones correspondientes al ciclo contable de un ejercicio completo (amortizaciones, inventarios, matrices de enrutamiento, coste de capital, etc.) y presentarse convenientemente auditadas. También, ha de resaltarse que, en cumplimiento de esta obligación, VODAFONE deberá realizar su mayor esfuerzo para efectuar un preciso corte de operaciones entre ambos ejercicios y respetar, de manera escrupulosa, el principio de uniformidad.



Por todo lo anterior, el Consejo de esta Comisión

RESUELVE

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 aquélla 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.).”

SEGUNDO.- Desestimar el primer motivo de impugnación del recurso de reposición interpuesto por Vodafone España, S.A.U. contra la Resolución de esta Comisión por la que se puso fin al expediente AEM 2009/730.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por la Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Ignacio Redondo Andreu, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.