

RESOLUCIÓN RELATIVA AL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 18 DE JULIO DE 2013 SOBRE LA VERIFICACIÓN DE LOS RESULTADOS DE SU CONTABILIDAD DE COSTES EN EL ESTÁNDAR DE COSTES INCREMENTALES REFERIDOS AL EJERCICIO 2011 (EXP. Nº AJ 2013/1598).

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DEL CONSEJO

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D^o Eduardo García Matilla.

D^o Josep María Guinart Solá.

D^a Clotilde de la Higuera González.

D^o Diego Rodríguez Rodríguez.

Secretario

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 26 de noviembre de 2013

Visto el expediente relativo al recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución de 18 de julio de 2013 sobre la verificación de los resultados de su contabilidad de costes en el estándar de costes incrementales referidos al ejercicio 2011, la SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA, en su sesión núm. 8/2013 acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Procedimiento de verificación de los resultados de la contabilidad de costes de Telefónica de España, S.A.U. en el estándar de costes incrementales referidos al ejercicio 2011.

Mediante Resoluciones de fechas 22 de julio de 2010¹ y 22 de julio de 2011², el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) analizó, primero, y

¹ Resolución del Consejo de la CMT de 22 de julio de 2010 sobre la propuesta de sistema de contabilidad de costes incrementales a largo plazo de Telefónica de España, S.A.U. (MTZ 2010/1157).

aprobó, después, la propuesta presentada por Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) para el sistema de contabilidad de costes en el estándar de costes Incrementales.

El Resuelve de la Resolución de 22 de julio de 2011 acuerda lo siguiente:

“Primero.- Aprobar el sistema de contabilidad de costes en el estándar de costes incrementales propuesto por Telefónica de España, S.A.U. (.....).

Segundo.- Requerir a Telefónica de España, S.A.U. que presente los resultados del sistema de contabilidad de costes en el estándar de incrementales para el ejercicio 2010 antes del 1 de noviembre del 2011, y de los ejercicios posteriores, antes del 15 de octubre del ejercicio siguiente.”

TESAU remitió a la CMT, de un lado, los resultados del sistema de contabilidad de costes en su estándar de incrementales correspondiente al ejercicio 2011 y el informe de auditoría externa contratada por la operadora para la revisión de estos resultados, y, de otro lado, el informe de auditoría de ciertos aspectos específicos de la contabilidad de costes del ejercicio 2011 (entre otros, los costes incrementales a largo plazo), contratada su elaboración por la CMT a la firma SVP Advisors, S.L. (en adelante, SVP).

Tras recibir dichos datos, con fecha 17 de junio de 2013 la CMT inició de oficio el procedimiento para la verificación de estos resultados, que se tramitó con la referencia AEM 2013/1081.

Analizada toda la documentación recibida, en el marco del citado procedimiento AEM 2013/1081, el día 18 de julio de 2013 el Consejo de la CMT dictó Resolución sobre la verificación de los resultados de la contabilidad de costes de Telefónica de España, S.A.U. en el estándar de costes incrementales referidos al ejercicio 2011, mediante la que la CMT establece las distintas modificaciones que TESAU debe incorporar a los resultados de la contabilidad para entender que éstos se adecúan a las reglas del sistema de contabilidad de costes aprobadas³ por el regulador.

En su parte dispositiva la Resolución de 18 de julio de 2013 acuerda lo siguiente:

“Primero.- Declarar que la aplicación para el ejercicio 2011 del sistema de contabilidad de costes en el estándar de costes incrementales a largo plazo utilizado por Telefónica de España, S.A.U., en general es conforme a los criterios establecidos por esta Comisión en las Resoluciones de 25 de mayo de 2006 y de 10 de junio de 2010, haciendo públicos los márgenes por actividades que figuran en la columna márgenes de los cuadros incorporados en el apartado VI.

Segundo.- Requerir a Telefónica de España, S.A.U. que introduzca en su sistema de contabilidad de costes, para aplicaciones sucesivas, las modificaciones a que se refiere en el apartado V.

² Resolución del Consejo de la CMT de 22 de julio de 2011 sobre la aprobación del sistema de contabilidad de costes incrementales a largo plazo de Telefónica de España, S.A.U. (MTZ 2011/1476).

³ Resolución de 22 de julio de 2011 (MTZ 2011/1476).

Tercero.- *Requerir a Telefónica de España, S.A.U. que presente, con carácter excepcional, los resultados de contabilidad de costes en el estándar de costes incrementales a largo plazo del ejercicio 2012 antes del 1 de diciembre de 2013, implementando los cambios requeridos en esta Resolución.*

SEGUNDO.- Recurso de reposición de Telefónica de España, S.A.U. (TESAU).

Con fecha 16 de agosto de 2013 se recibió en el Registro Electrónico de la CMT un escrito de TESAU mediante el cual interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución del Consejo de la CMT de 18 de julio de 2013 a la que se refiere el Antecedente anterior.

La recurrente alega, fundamentalmente, que algunas de las medidas impuestas a TESAU en relación con los resultados de su contabilidad incurren en vicio de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1 a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC) por lesionar sus derechos, con el siguiente contenido y alcance:

- a) En relación con la valoración de los equipos de conmutación (apartado V.2.5 de la Resolución impugnada), y, en particular, con la exigencia de corrección de los márgenes relativos al coste de las tarjetas de línea de acuerdo al impacto analizado en la Resolución, TESAU entiende que la CMT ha actuado arbitrariamente, vulnerando el principio recogido en el artículo 9.3 de la Constitución Española de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Según se indica en el recurso, la CMT ha optado por una medida “*imprecisa e incierta con origen en información no contrastada*”, ya que ha tomado como referencia datos no reales sino meramente ilustrativos y presunciones realizadas por un tercero (en este caso el auditor SVP).

- b) En cuanto a la revaluación de los activos no de acceso en el estándar de costes incrementales (en el apartado V.5.25, de nuevos requerimientos efectuados por la CMT adicionales a los señalados por SVP) y la exigencia de realizar una revisión exhaustiva y sustituirlos por su activo moderno equivalente, según TESAU el estándar de costes incrementales arroja costes superiores a los del estándar de costes corrientes y no refleja los costes reales que un nuevo operador debe asumir, infravalorándolos. La medida impuesta, sustituir la planta totalmente amortizada por activos modernos equivalentes, está basada en una presunción y no cumplirá su objetivo porque la contabilidad no reflejará los costes reales. Esta actuación vulneraría el principio de discrecionalidad administrativa, lesionando derechos reconocidos en el artículo 9.3 de la Constitución.
- c) En lo que se refiere a las medidas impuestas en los apartados V.3.16 y V.6, relativas a la aplicación de un ajuste por sobrecapacidad en los concentradores DSLAM-ATM, y al hecho de que la CMT no hubiera tomado en consideración en la verificación de las cuentas parte de la información facilitada por la operadora, la recurrente entiende que se han lesionado sus derechos porque se actuó prescindiendo de parte del marco normativo, regulatorio y procedimental, sectorial vigente, y sin motivar o justificar

debidamente la razón por la que supuestamente se actuó al margen del marco jurídico.

Sobre la base de las alegaciones antes expuestas, TESAU solicita que se estime su recurso y se proceda a la anulación del Resuelve de la Resolución recurrida en lo que concierne a los aspectos señalados relativos a los apartados V.2.5, V.3.16, V.5.25 y V.6 de los Fundamentos de la citada Resolución (todo ellos integrados en el apartado V. Valoración de los resultados presentados por TESAU), y que, a fin de facilitar la comprensión de las alegaciones, se detallan a continuación⁴:

- **V.2. Revisión del grado de implementación de recomendaciones pendientes:**
5. Valoración de los equipos de conmutación.
- **V.3. Otras modificaciones propuestas por el auditor para su introducción en el sistema:**
16. Sobrecapacidad en los concentradores DSLAM-ATM.
- **V.5. Nuevos requerimientos solicitados por la CMT:**
25. Obtención de los costes calculados en el estándar d costes incrementales.
- **V.6. Otras alegaciones de la operadora.**

TERCERO.- Subsanación de error material detectado en el escrito de recurso.

La entidad recurrente presentó con fecha 20 de agosto de 2013 un segundo escrito por el que subsana un error material detectado en la referencia al número de expediente recurrido en su escrito de recurso.

CUARTO.- Notificación del inicio de la tramitación del recurso de reposición.

Mediante un escrito del Secretario de la CMT, fechado el día 29 de agosto de 2013, se informó a la entidad recurrente, único interesado en el procedimiento, del inicio del procedimiento AJ 2013/1598 de tramitación del recurso de reposición antes citado, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la de la LRJPAC.

QUINTO.- Declaración de confidencialidad de parte del escrito de recurso interpuesto por TESAU.

En el Otrosí Solicito de su recurso, TESAU solicitaba la declaración de confidencialidad de determinados datos contenidos en el Motivo Tercero, por tratarse de información “sensible” que puede afectar a su secreto comercial e industrial y que otros agentes competidores no tienen derecho a conocer.

Mediante acto del Secretario de la CMT de fecha 29 de agosto de 2013 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

⁴ Se han detectado erratas en el recurso en la identificación de algunos de los apartados recurridos.

adelante, LGTel), se había resuelto declarar la confidencialidad frente a terceros de los datos contenidos en el penúltimo párrafo de la página 6 del escrito de interposición del recurso de reposición de TESAU, que se refieren a cifras de costes corrientes de su contabilidad (porcentaje de planta totalmente amortizada y porcentaje de amortización de la planta).

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación del escrito de interposición del recurso.

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones y los actos de trámite cualificados podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC 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.

El acto impugnado en este caso es firme en vía administrativa, dado que las Resoluciones de la CMT ponen fin a la vía administrativa (artículos 107.1 y 116.1 de la LRJPAC). Por otro lado, la entidad recurrente califica expresamente su escrito como recurso de reposición, e invoca como causa de nulidad de pleno derecho la prevista en el artículo 62.1 a) de la LRJPAC.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar el escrito de TESAU presentado el día 16 de agosto de 2013 como recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución del Consejo de la CMT de 18 de julio de 2013, sobre la verificación de los resultados de la contabilidad de costes de Telefónica de España, S.A.U. en el estándar de costes incrementales referidos al ejercicio 2011.

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 era en el procedimiento número AEM 2013/1081 en el marco del cual se dictó la Resolución objeto de impugnación, y además se ve directamente afectada por las disposiciones regulatorias adoptadas en la Resolución recurrida, ya que está obligado a aplicar en su contabilidad de costes del ejercicio 2011 las disposiciones previstas en la misma.

En atención a lo anterior, se reconoce legitimación activa a TESAU para la interposición del recurso potestativo de reposición objeto de la presente Resolución.

TERCERO.- Admisión a trámite.

El recurso de reposición interpuesto por TESAU 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 fundamentado en uno de los motivos de nulidad de pleno derecho previstos en el artículo 62.1 de la misma Ley. Por todo lo anterior, procede su admisión a trámite.

CUARTO.- Competencia y plazo para resolver.

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, la competencia para resolver los recursos de reposición le corresponde al órgano administrativo que hubiera dictado el acto impugnado.

El presente procedimiento fue iniciado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en virtud de la habilitación competencial antes citada. Sin embargo, la Disposición Adicional Segunda, apartado 1, de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, señala que la constitución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia implicará la extinción, entre otros organismos, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

En virtud de lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Quinta, apartado 1, de la Ley 3/2013⁵, una vez constituida la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y atendiendo a lo previsto en el artículo 20.1 de la citada Ley, el órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Sala de Regulación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

El citado recurso de reposición 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 causas alegadas por Telefónica de España, S.A.U. para fundamentar la nulidad de ciertos aspectos de la Resolución impugnada.**

TESAU fundamenta su pretensión de nulidad de pleno derecho de la Resolución de 18 de julio de 2013 en el motivo previsto en el artículo 62.1, letra a), de la LRJPAC., que establece que:

“1. Los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

⁵ La citada Disposición señala que los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2013, de 4 de junio, continuarán tramitándose por los órganos de la autoridad a los que la citada Ley atribuye las funciones anteriormente desempeñadas por los organismos extinguidos.

a) *Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.*

b) *(.....)."*

Según la recurrente, las decisiones adoptadas en determinados apartados de la Resolución de 18 de julio de 2013 incurrirían en causa de nulidad de pleno derecho por vulnerar derechos susceptibles de amparo constitucional de la recurrente, que TESAU identifica en algunos de los recogidos en el artículo 9.3 de la Constitución Española. Según el artículo 9.3 de la CE:

"3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos".

En concreto TESAU alega que la Resolución impugnada es contraria a derecho por los siguientes motivos:

- a) Vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, contenido en el artículo 9.3 de la Constitución, en lo que se refiere a la sustitución de las tarjetas de línea efectuada con ocasión de la valoración de los equipos de conmutación del apartado V.2.5. de la Resolución impugnada.
- b) Vulneración del principio de discrecionalidad de la Administración, por el que se confiere a los poderes públicos un margen de apreciación en la toma de decisiones, en el Apartado V.5.25. de la Resolución, en lo que se refiere a la valoración de los costes calculados en el estándar de costes incrementales y más concretamente a la revaluación de de los activos no de acceso.

La recurrente refiere el artículo 9.3 de la Constitución para identificar el derecho supuestamente lesionado, pudiendo entender que se estaría refiriendo a la vulneración de los principios de responsabilidad o de seguridad jurídica.

- c) Actuación contraria a derecho por omisión del marco normativo de aplicación en los Apartados V.3.16, sobre sobrecapacidad en los concentradores DSLAM-ATM⁶, y V.6, con el Título "Otras alegaciones de la operadora"⁷. Alega asimismo falta de motivación o justificación en cuanto a adoptar decisiones prescindiendo del marco normativo.

Como primera cuestión de relevancia a señalar, se ha de poner de manifiesto que la causa o motivo legal sobre el que se articula la pretensión de nulidad de pleno derecho, el artículo 62.1 a) de la LRJPAC, no resulta de aplicación en este caso, como se justificará a continuación.

⁶ El apartado impugnado está mal identificado en el recurso pero por el texto reproducido puede deducirse claramente cuál es el afectado por la impugnación.

⁷ Al igual que en el caso anterior, el apartado impugnado está mal identificado en el recurso.

El artículo 62.1 letra a) de la LRJPAC, al regular la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, prevé que son nulos de pleno derecho los actos que “*lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional*”. Sin embargo, esta enunciación general ha sido perfilada por la Jurisprudencia en el sentido de entender que, para que opere esta causa de nulidad, es preciso que el acto administrativo recurrido transgreda, por impedimento o limitación injustificados, el contenido de derechos fundamentales en sentido estricto, es decir, los reconocidos como tales en la Constitución.

Así, el amparo constitucional al que se refiere el artículo 62.1.a) de la LRJPAC únicamente puede observarse con respecto a los derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección Primera del Capítulo segundo del Título I, esto es, a los derechos fundamentales y libertades públicas que se regulan en los artículos 15 al 29 de la Constitución Española⁸. La vulneración de cualquier otro derecho contemplado en la CE podría generar en su caso anulabilidad pero no nulidad.

Ninguno de los derechos a los que se refiere la recurrente quedan comprendidos en la categoría de derechos fundamentales, por lo que no puede admitirse en este caso la pretensión de nulidad del acto impugnado sobre la base de la fundamentación jurídica contenida en el recurso.

Debiendo desestimar, por tanto, la solicitud de nulidad de pleno derecho planteada, habrá de analizarse, no obstante, si, al margen de su no encaje jurídico en la letra a) del artículo 62.1, las medidas denunciadas podrían suponer una lesión de estos derechos a los efectos de dilucidar si se habría incurrido en una causa de anulabilidad por infracción del ordenamiento jurídico.

SEGUNDO.- Contestación a las alegaciones contenidas en el recurso de TESAU referidas a algunas de las obligaciones impuestas por la Resolución impugnada.

2.1. Sobre la sustitución de las tarjetas de línea por tarjetas que provean únicamente servicios de telefonía básica a la que se refiere el apartado V.2.5 de la Resolución.

En su revisión del grado de implementación de las modificaciones requeridas a TESAU con anterioridad a la tramitación del procedimiento AEM 2013/1081, y, entre ellas, la que se refiere a la valoración de los equipos de conmutación, la CMT requiere la sustitución de las tarjetas VDSL por tarjetas que proveen únicamente servicios de telefonía básica por que las primeras son “*previsiblemente más costosas*”.

En el Motivo Primero de su recurso, TESAU denuncia que el regulador adoptara esta medida basándose en meras presunciones realizadas por un tercero, SVP. Señala que si bien la CMT ha contactado con distintos suministradores para obtener precios de los equipos, como se deduce de la resolución sobre la oferta del bucle de abonado, de 29 de abril de 2002, y la propia Resolución recurrida, y no ha podido obtener un precio real de

⁸ Sentencia 760/1999 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 17 de julio de 1999 (RJCA\1999\2163) y Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de fecha 3 abril de 2000 (RJ\2000\4048).

mercado para evaluar el cambio propuesto por SVP. Por tanto, se puede deducir que el activo moderno equivalente que se pretende utilizar es inadecuado dada su escasa implantación en el mercado de las telecomunicaciones.

Se evidencia así que *“la CMT ha adoptado medidas en base a unos datos con carácter “ilustrativo” – ni reales-, y a presunciones como que las tarjetas serán “previsiblemente” más costosa”*. Por ello, entiende la operadora que la actuación de la CMT en este punto se aparta de lo marcado por el Derecho, al tomarse una decisión arbitraria.

En contestación a lo alegado por la recurrente, en primer lugar, es preciso señalar que la alegación realizada por TESAU obvia en su argumentación un aspecto fundamental de la recomendación realizada durante la auditoría; este no es otro que el activo moderno equivalente empleado por TESAU, esto es, las tarjetas VDSL, no pueden ser admitidas en ningún caso como una opción válida para la valoración a corrientes de las tarjetas de línea del servicio telefónico. Aun a riesgo de redundar en los argumentos ya presentados en el propio informe de auditoría, es aconsejable recordar que las tarjetas VDSL no serían compatibles con la estructura de la red de acceso de cobre empleada para la prestación del servicio telefónico desde la central local y no prestan una funcionalidad que pueda considerarse como equivalente a la del servicio telefónico, salvo que adoptemos el uso de una tecnología de VoIP como equivalente al servicio de telefonía tradicional.

Por tanto, no es posible compartir la apreciación de TESAU de que la CMT elige entre dos opciones “igualmente válidas”. Muy al contrario, la opción presentada por TESAU no es aceptable en ningún caso desde el punto de vista técnico y lo que se debe dilucidar realmente no es si sustituirla por otra o no hacerlo, sino simplemente cuál es la mejor manera de hacerlo.

Así en su informe de auditoría, la consultora SVP ha procedido a recomendar el uso de un equipo de tarjeta de línea con funcionalidad de servicio de telefonía funcional, pues dicho equipo ofrece desde una perspectiva técnica una funcionalidad del todo equivalente a la del activo sustituido pero empleando equipos de tecnología actual. Esto es, la recomendación realizada por SVP Advisors responde al principio, generalmente empleado en esta clase de sustituciones tecnológicas, de escoger el activo que, empleando una tecnología moderna, más se asemeja desde el punto de vista de su funcionalidad técnica al activo sustituido.

Por su parte, TESAU propone el uso de un Activo Moderno Equivalente (AME) que es a todas luces técnicamente incorrecto (pero para el cual existe información de costes unitarios disponible) como una mejor alternativa al empleo de un activo moderno equivalente que sí es válido desde un punto de vista técnico pero para el cual existen dificultades a la hora de obtener un coste unitario. TESAU argumenta también que la dificultad en obtener un coste unitario es prueba, en sí misma, de que dicho activo no es una elección válida como activo moderno equivalente.

Esta Comisión no comparte estas argumentaciones. Estima que el requisito esencial para la elección de un activo moderno equivalente debe ser que este sea técnicamente equivalente, en el máximo grado posible, con la funcionalidad del activo sustituido, siendo el fácil acceso a la información acerca de sus costes una consideración importante pero que debe quedar supeditada al criterio de equivalencia técnica.

Dicho lo cual, esta Comisión comparte la apreciación de que idóneamente, el activo elegido debería ser uno para el cual fuese posible obtener de manera fidedigna y reproducible un coste de adquisición actual promedio.

Así, de cara a buscar un activo moderno equivalente que represente un mejor equilibrio entre los criterios de equivalencia técnica y disponibilidad de la información, existen dos alternativas al empleo de la tarjeta de línea de servicio telefónico básico (STB) o RDSI en el DSLAM:

- El uso de tarjetas DSLAM con doble funcionalidad STB/ADSL o RDSI/ADSL.
- El uso de tarjetas DSLAM con funcionalidad ADSL.

Respecto a la primera opción, las tarjetas con doble funcionalidad PSTN/ADSL incorporan la misma funcionalidad de los activos sustituidos, por lo que su equivalencia desde el punto de vista técnico no sería cuestionable.

Respecto a la segunda opción, es práctica habitual entre operadores de telecomunicaciones, muy particularmente operadores alternativos, emplear tarjetas ADSL para la provisión del acceso sobre par de cobre incorporándose servicios de telefonía de voz sobre la misma línea ADSL (VoIP). En este caso, la validez técnica no sería tan directa, si bien en cualquier caso sería mejor alternativa que en el caso de las tarjetas VDSL, ya que las tarjetas ADSL sí serían compatibles con la estructura general de la red de acceso de cobre desde la central local.

Sin embargo, es preciso tener en cuenta que en cualquiera de los casos anteriores, habría que tener en cuenta que la red actual de TESAU ya cuenta con tarjetas ADSL para la provisión de servicios de banda ancha. Es por esto que, en el caso de emplear tarjetas bien con doble funcionalidad, PSTN/ADSL o RDSI/ADSL, o bien con funcionalidad ADSL únicamente como activo moderno equivalente, habría que asegurar que no se contabilizaran dos tarjetas ADSL para aquellos usuarios que hacen uso tanto de servicios de voz como de banda ancha. Para ello se requerirían ciertos ajustes en el Sistema de Contabilidad de Costes (SCC). En particular:

- a) Los accesos telefónicos asociados a usuarios sin servicio de banda ancha se valorarían a corrientes empleando como AME tarjetas de línea ADSL.
- b) En el caso de los accesos telefónicos asociados a usuarios con banda ancha, la tarjeta de línea ADSL ya existente sería suficiente para la provisión de telefonía mediante VoIP. Por lo tanto, estos accesos se valorarían a corrientes con un precio 0.
- c) Se deberían ajustar los criterios de reparto de los costes asociados a los DSLAM con el objetivo de reconocer el uso que se hace de éstos para la provisión de servicios de voz.

No obstante, para evitar la complejidad que conllevaría esta metodología y por cuestiones de practicidad, la consultora SVP propuso valorar los accesos telefónicos tradicionales

mediante tarjetas de línea exclusivamente para prestar el servicio telefónico (PSTN), por considerarse que esta solución es consistente con la estructura de red actual de TESAU y evita la doble contabilización de los costes asociados a los accesos.

Esta Comisión comparte lo propuesto por el auditor y de esta forma requiere que en el caso de que la alternativa originalmente propuesta en el informe de auditoría se revelare como impracticable por la imposibilidad de obtener un precio unitario representativo del activo, TESAU haga uso como segunda mejor alternativa del activo de tarjeta de línea de doble funcionalidad STB/ADSL o RDSI/ADSL, y en caso de que esta alternativa se revelare también como imposible, hacer uso de la tarjeta de línea ADSL, siempre introduciéndose los ajustes pertinentes en el SCC tal y como se han descrito.

Frente al argumento de la recurrente, que alega que la CMT actuó arbitrariamente en relación con la cuestión a analizada en este punto, habrá de recordarse que el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que recoge el artículo 9.3 de la Constitución supone que los poderes públicos no pueden tomar decisiones que supongan una infracción del principio de igualdad de trato de los administrados ante la aplicación de la ley y las normas objetivamente determinadas. Este principio prohíbe que los poderes públicos actúen conforme a la mera voluntad de sus titulares, sin ajustarse a las normas.

Así, no puede tener favorable acogida el argumento de que la CMT haya actuado de forma contraria al principio de igualdad o sin atender a las normas, ya que para la adopción de la medida en cuestión el regulador se ciñó exclusivamente a las normas de contabilidad de costes vigentes y al margen de discrecionalidad técnica que para su aplicación al caso concreto tiene reconocida la Administración, y que ha quedado plasmado en los párrafos precedentes.

2.2. Sobre la revaluación de los activos no de acceso en el estándar de costes incrementales a la que se refiere el apartado V.5.25 de la Resolución.

La Resolución impugnada establece en el apartado V.5.25 una serie de requerimientos a TESAU adicionales a los indicados por el auditor en su informe de revisión de la contabilidad. Uno de ellos se refiere a la exigencia de revaluación de los activos no de acceso y su sustitución por su activo moderno equivalente.

La recurrente alega que no tiene sentido que en el estándar de costes incrementales se apliquen vidas útiles diferentes a las que se aprueban en el estándar de costes corrientes. A su juicio, está claramente admitido el considerar los costes provenientes de planta totalmente amortizada y ello es totalmente coherente con el objetivo de los costes incrementales de reflejar los costes de un nuevo operador entrante. TESAU considera que la planta totalmente amortizada en gran parte está ya sustituida por activos modernos equivalentes tanto en el estándar de costes corrientes como en el estándar de costes incrementales.

La Resolución impugnada parte de que *“se ha podido constatar que no sólo la red de acceso está muy amortizada, sino que en general toda la planta de TESAU lo está, por lo que activos que en el estándar de corrientes no suponen ningún coste (este es el caso de los activos totalmente depreciados), en el de incrementales sí se les reconoce un coste.”*

Ello supone que *“la mayor parte de los segmentos de servicios terminan teniendo más coste en el estándar de costes incrementales que en el estándar de costes corrientes.”*

Se admite que *“las diferencias observadas son intrínsecas a la metodología aplicada”*, pero se señala también que *“la materialidad de estas variaciones es de tal relevancia que se hace necesario realizar un ejercicio para asegurar si la base de costes representa de manera razonable a un operador entrante y eficiente en el largo plazo.”*

A la vista de lo anterior, la Resolución se limita a señalar que *“TESAU deberá realizar en el ejercicio 2012 una revisión exhaustiva de la revaluación de los activos en el estándar de costes incrementales y reflejar la vida útil efectiva de los mismos, para los activos de no acceso. Además deberá incluir los ajustes de sobrecapacidad y eficiencia consecuencia de los procesos anteriores.”* Para garantizar la exhaustividad de la revisión se dispone que *“Telefónica deberá excluir los activos totalmente depreciados para los que no se complete dicho proceso de revisión, ya que se presumirá que no reflejan los costes de un nuevo operador entrante.”*

Es decir, la CMT se limitó a instar a TESAÚ a profundizar en el ejercicio de revaluación de los activos por haber detectado que el llevado a cabo hasta el momento es insuficiente. Difícilmente puede ser ello contrario a derecho, cuando, conforme al artículo 11.3 del Reglamento de Mercados, *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones determinará el sistema de contabilidad de costes que deberá aplicarse, y podrá precisar el formato y el método contable que se habrá de utilizar.”*

En todo caso, no se debe olvidar que el objetivo es el de reflejar los costes de un nuevo operador entrante, siendo estos en los que debería incurrir un operador eficiente a largo plazo, utilizando la tecnología más avanzada y una arquitectura de recursos y procesos acorde con la misma.

Bajo esta perspectiva, resulta crucial el proceso de reevaluación de activos, puesto que los resultados del estándar se ven distorsionados por las categorías de activos que por cualquier razón no sean revisadas debidamente por Telefónica. Por ello es totalmente coherente con los objetivos de la normativa exigir a la operadora rigor y exhaustividad en dicho ejercicio.

Por otro lado, TESAÚ valora negativamente la utilización de vidas útiles diferentes en el estándar de costes de incrementales y el de corrientes, máxime cuando la vida útil tiene que ver con el activo y su duración técnica o económica no tiene relación con el estándar de costes considerado. Sin embargo la resolución se limita a instar a Telefónica a incluir dentro del mencionado proceso de reevaluación de los activos una revisión de la vida útil.

En términos generales, puede afirmarse que la vida útil de un activo es el periodo durante el cual se espera que dicho activo esté en condiciones para la generación de unos rendimientos. Así, la vida útil de un elemento depende de condicionantes como la vida física, la obsolescencia (ya sea por no existir demanda del servicio o aparecer tecnologías sustitutivas más eficientes) o los propios límites legales o de otra índole que afecten a su utilización. Por tanto y en base a esta definición se establece como vida útil a aquél periodo

durante el cual se permite la recuperación de los costes al operador para permitir la restitución del activo.

En el estándar de costes corrientes los activos se amortizan durante el periodo establecido como vida útil, que incidiendo una vez más, su objetivo no ha de ser otro que reflejar la vida real de un activo. Sin embargo una vez superado este periodo, el activo deja de asignar costes ya que se ha recuperado toda la inversión acometida y, en principio, el operador debería proceder con la sustitución del activo ya que éste queda inoperativo. Es decir, cabría esperar la reposición de los activos. En caso contrario, el operador debería proponer a esta Comisión la revisión de las vidas útiles al alza puesto que difieren de la realidad de su red.

No obstante el principal efecto de tener vidas útiles desalineadas se hace palpable en el estándar de costes incrementales puesto que los activos no tienen en consideración la amortización acumulada. Por ello, una vez superada la vida útil, estos activos siguen asignando costes en el modelo de incrementales, sobreestimando artificialmente el coste de los servicios finales convirtiendo a la red del operador en ineficiente. De este modo se ha instado a TESAU a profundizar en el ejercicio de revaluación de los activos y se menciona expresamente que ese análisis debe incluir la revisión de la validez de las vidas útiles consideradas. Ciertamente la recurrente puede plantear que las modificaciones de vidas útiles que se desprendan de dicho proceso se apliquen igualmente en el futuro al estándar de corrientes.

Así pues, ha de confirmarse la necesidad de que TESAU realice la revisión exhaustiva a la que se refiere el punto 25 de la Resolución de 18 de julio de 2013, que utilice la vida útil efectiva de cada activo en base a su realidad, y que garantice la recuperación de los costes en los plazos adecuados, debiendo, en caso contrario, eliminar aquellos activos totalmente depreciados, tal y como se establece en la citada Resolución.

En relación con la medida analizada en este punto, TESAU entiende que la CMT actuó contrariamente al principio de discrecionalidad. La discrecionalidad como prerrogativa o potestad de la Administración consiste en reconocerle un margen de apreciación en el proceso de interpretación y aplicación del derecho que, como ha señalado el Tribunal Supremo, entraña una cierta amplitud de criterio en la decisión administrativa. Supone reconocer una libertad de elección a la Administración entre alternativas igualmente justas, fundamentada en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.) no incluidos en la Ley sino remitidos a su juicio subjetivo.

Puesto que discrecionalidad y arbitrariedad son conceptos antagónicos⁹, habría de interpretarse esta alegación como la percepción de se actuó fuera del margen de libertad que supone la discrecionalidad, llegando por tanto a la arbitrariedad, lo que equivaldría a una decisión adoptada al margen y con independencia de toda razón o justificación.

Pues bien, basta remitirse a las explicaciones contenidas en este apartado para observar que la decisión adoptada por la CMT vino precedida de un riguroso análisis previo y que la decisión final obedece a motivos concretas que se han fundamentado sobradamente, por lo

⁹ STS de 21 de noviembre de 1985.

que no puede aceptarse la tesis de que la decisión adoptada sea contraria al principio de discrecionalidad o quede al margen de la razón.

2.3. Sobre la sobrecapacidad de los concentradores DSLAM-ATM a la que se refiere el apartado V.3.16 de la Resolución.

La Resolución recurrida aborda asimismo el análisis de otras modificaciones propuestas por el auditor a incorporar en la contabilidad de TESAU que no habían sido advertidas previamente por la CMT (apartado V.3). Una de estas modificaciones se refiere a la sobrecapacidad en los concentradores DSLAM-ATM. La CMT estimó conveniente exigir a TESAU la aplicación de un ajuste por sobrecapacidad en su sistema de contabilidad de costes incrementales de los ejercicios 2011, 2012 y siguientes, que se concretó en la aplicación del porcentaje propuesto por SVP en el marco de la auditoría realizada.

La CMT justificó este ajuste, en el marco del procedimiento cuya Resolución ahora se recurre, en que a largo plazo *“una reducción de la demanda resultaría en una disminución del coste total que respondería a la curva coste-volumen obtenida para este CCH”*.

En el Motivo Segundo de su recurso, TESAU argumenta que esta medida se ha adoptado sin tener cuenta el marco jurídico de aplicación, ya que al estándar de costes incrementales le resultan de aplicación las Resoluciones de la CMT sobre los principios, criterios y condiciones para el desarrollo del estándar de costes incrementales del sistema de contabilidad de costes de Telefónica de España, S.A.U. (Resoluciones de fechas 10 de julio de 2010 y 25 de mayo de 2006), que no han sido tenidas en cuenta. En particular entiende que se ha obviado la siguiente consideración:

“En lo que respecta al dimensionamiento óptimo, las sustituciones tecnológicas deberán tener en cuenta tanto los niveles de calidad que presta la Operadora, como las obligaciones regulatorias (en especial, las derivadas del servicio universal y de los servicios mayoristas regulados), por lo que se deberán considerar las inversiones adicionales consecuencia de dichos condicionantes”¹⁰.

Según la operadora los DSLAM-ATM están sujetos a obligación regulatoria desde el principio de su instalación por ser necesarios para la construcción del servicio GigADSL, de forma que esta inversión queda comprendida entre las obligaciones derivadas de los servicios mayoristas regulados. Ello implicaría, según TESAU, que la conclusión de la CMT relativa a los efectos de la reducción de la demanda, y la imposición del citado ajuste, recogidas en el apartado V.3 de la Resolución impugnada, son contrarias a derecho, al no haberse tenido en cuenta lo dispuesto en el párrafo reproducido de la Resolución de 25 de mayo de 2006.

Frente a estas alegaciones esta Comisión ha de señalar que las sustituciones tecnológicas deben tener en cuenta las obligaciones regulatorias existentes. Es por esto que, si bien los DSLAMs ATM podrían ser valorados por un activo de reposición (por ejemplo el DSLAM IP), estos se valoran con base en tecnología ATM de manera consistente con la regulación referente al servicio GigADSL.

¹⁰ Resolución de 25 de mayo de 2006.

Por otro lado, efectivamente se ha demostrado la existencia de una sobrecapacidad en los DSLAMs ATM de la red de TESAU. Esta Comisión considera que la eliminación de dicha sobrecapacidad no está desalineada con la regulación existente, siendo consistente con la provisión de los servicios GigADSL (basados en ATM), habiéndose tenido en cuenta los márgenes de seguridad empleados por la operadora en otros equipos equivalentes.

Por último, y en términos generales, ha de señalarse que las Resoluciones supuestamente no aplicadas son disposiciones básicas que establecen un marco de actuación general (principios, criterios y condiciones) para el desarrollo del sistema de contabilidad regulatoria impuesto a TESAU, pero que requieren de un desarrollo y concreción posterior para su aplicación práctica. El nivel de detalle requerido para la materialización de los principios y criterios tiene lugar mediante las Resoluciones relativas a la aprobación del sistema de contabilidad de costes (primero analizando la propuesta de TESAU y después aprobando la versión definitiva del sistema¹¹) y las de verificación de los resultados presentados, que tienen carácter anual.

Está plenamente justificado que mediante los citados procedimientos de aplicación de los principios y criterios, el Regulador, prevaliéndose de su margen de discrecionalidad técnica, adapte o ajuste estándares generales a la situación concreta del estado y valoración de las infraestructuras, y, por tanto, está plenamente justificado el ajuste de eficiencia o de redimensionamiento acordado en la Resolución impugnada. Teniendo en cuenta que la gran mayoría de los servicios prestados por TESAU son servicios mayoristas regulados, la aplicación de este margen de flexibilización en la aplicación de los estándares generales supondría no poder realizar ajustes en prácticamente ningún servicio de este operador.

Por todo lo anterior, no se aprecia que la CMT, al exigir un ajuste por sobrecapacidad de los concentradores DSLAM-ATM, haya actuado de forma contraria a derecho por omisión de las disposiciones de aplicación.

2.4. Sobre la omisión de información facilitada por TESAU en la adopción de la decisión administrativa.

En el Motivo Cuarto del recurso, TESAU expresa su desacuerdo con las apreciaciones hechas por la CMT en la Resolución impugnada (página 65, “Respuesta de esta Comisión”¹²) en relación con los nuevos resultados reprocesados de la contabilidad presentados por el operador, que no fueron tenidos en cuenta en su totalidad en la valoración realizada por el regulador.

¹¹ Resoluciones de 22 de julio de 2010 y de 2011.

¹² “Como ya se ha indicado en el apartado III.1 TESAU decidió a iniciativa propia efectuar un reprocesado del sistema de costes incrementales y presentar unos nuevos resultados a la CMT tras incluir las 3 modificaciones que se han indicando en el párrafo anterior.

Si bien las dos primeras se corresponden con incidencias reportadas en el Informe de Auditoría (secciones 9.1 y 9.4 respectivamente del Informe) y recogidas en este acuerdo en los puntos 4 y 15 respectivamente, el tercer aspecto representa una modificación metodológica implementada a iniciativa propia de TESAU en el transcurso de la auditoría “deshaciendo” una aproximación de cálculo ya aprobada por esta Comisión en ejercicios previos. Por ello, el tercer punto señalado por Telefónica y cualquier modificación al respecto no ha sido considerada en las cuentas de márgenes bajo el estándar de costes incrementales presentadas en el Informe de Auditoría.”

Según la recurrente, los resultados del estándar de costes incrementales recalculados fueron presentados con fecha 26 de marzo de 2013, esto es, antes de la fecha de inicio del procedimiento AEM 2013/1081 (el día 17 de junio de 2013), por lo que no está justificado que no se tuvieran en cuenta a efectos de la valoración final. Entiende que ello supone una actuación prescindiendo del marco regulatorio de aplicación, ya que la presentación de los resultados de la contabilidad de costes es una obligación impuesta sobre la base de la regulación sectorial.

Asimismo considera que no es cierto que se tratara de una modificación metodológica implementada a iniciativa propia sino que los nuevos resultados fueron fruto de una serie de mejoras detectadas durante la auditoría, y, finalmente, añade que la CMT no ha aprobado un tratamiento diferenciado del cálculo de los costes del inmovilizado de los activos no de red y por tanto no se justifica que no se tuvieran en cuenta sus resultados recalculados.

La Resolución de 22 de julio de 2011, sobre la aprobación del sistema de contabilidad de costes incrementales a largo plazo de Telefónica de España, S.A.U. (MTZ 2011/1476), impone a este operador la obligación de presentar “los resultados del sistema de contabilidad de costes en el estándar de incrementales para el ejercicio 2010 antes del 1 de noviembre del 2011, y de los ejercicios posteriores, antes del 15 de octubre del ejercicio siguiente”¹³ (Resuelve Segundo).

El procedimiento al que pone fin la Resolución impugnada se refiere a la verificación de los resultados de la contabilidad del ejercicio 2011, por lo que, según las condiciones de la obligación a la que se encuentra sujeta la recurrente, fijadas mediante la citada Resolución, la fecha límite para la presentación de los resultados en cuestión era el 15 de octubre de 2012¹⁴.

De las distintas entregas de resultados de costes que realizó la operadora a lo largo del procedimiento, la CMT tomó como versión de referencia la de fecha 19 de diciembre de 2012. La entrega de resultados reprocesados que TESAU realizó en marzo de 2013 se produjo en la fase final del procedimiento, a iniciativa propia y sin que mediase petición por parte del auditor, y no se tomó como referencia porque se facilitó al regulador en una fase muy avanzada de los trabajos de revisión. Para poder garantizar una adecuada toma de decisiones por parte del regulador, hubiese sido preciso realizar una nueva auditoría para evaluar los cambios introducidos, lo que hubiera alargado el procedimiento.

Teniendo cuenta que nos encontramos ante un procedimiento de carácter anual, que los resultados reprocesados a los que se refiere TESAU se recibieron prácticamente finalizado el trabajo de auditoría externa, y claramente fuera del plazo establecido en el marco jurídico

¹³ Énfasis añadido.

¹⁴ Debiendo precisar, no obstante, que excepcionalmente esta fecha se retrasó al 30 de noviembre de 2012 mediante Resolución de 4 de octubre de 2012 (Exp. nº AEM2012/1599), tal y como recoge el Resuelve Tercero (“Requerir a Telefónica de España, S.A.U. que presente, con carácter excepcional, los resultados de contabilidad de costes en el estándar de costes incrementales a largo plazo del ejercicio 2011 antes del 30 de noviembre de 2012, implementando los cambios requeridos en esta Resolución”).

de aplicación, la CMT entendió que no era procedente sustituir la versión de los resultados de la contabilidad tomada como referencia para el análisis y verificación del ejercicio 2011.

Se desestima, por tanto, la alegación de la recurrente relativa a una presunta vulneración de sus derechos por omisión de la normativa de aplicación. En cuanto a la supuesta falta de motivación en relación con la omisión de las normas aplicables, no procede su contestación puesto que no se aprecia tal omisión.

Por todo lo anterior, la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en su sesión de 26 de noviembre de 2013,

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar íntegramente el recurso de reposición interpuesto por la entidad Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 18 de julio de 2013 sobre la verificación de los resultados de su contabilidad de costes en el estándar de costes incrementales referidos al ejercicio 2011.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.