



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON ALFONSO RAMOS DE MOLINS SAINZ DE BARANDA, 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 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 25 de noviembre de 2004, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCION POR LA QUE SE RESUELVE EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA ENTIDAD TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. CONTRA LA RESOLUCIÓN SOBRE LA VERIFICACIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA CONTABILIDAD DE COSTES PRESENTADOS POR TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. DEL EJERCICIO 2002.

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sobre la verificación de los resultados de la contabilidad de costes presentados por TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. referidos al ejercicio 2002, el Consejo de esta Comisión ha adoptado en su sesión núm. 42/04, la siguiente Resolución:

Resolución de 25 de noviembre de 2004, recaída en el expediente AJ 2004/1402

HECHOS

PRIMERO. En fecha 22 de julio de 2004, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución sobre la verificación de los resultados de la contabilidad de costes presentados por TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. (en adelante TME) referidos al ejercicio 2002. La citada Resolución, acordaba declarar que la aplicación para dicho ejercicio del sistema de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

contabilidad de costes utilizado por TME resultaba conforme a los Principios, Criterios y Condiciones establecidos por la Resolución de esta Comisión de fecha 15 de julio de 1999 excepto en lo que se refiere a los puntos reseñados en los apartados IV y V de la misma, requiriendo a TME a introducir dichas modificaciones en aplicaciones sucesivas.

SEGUNDO. Mediante escrito de fecha de 30 de agosto de 2004, con entrada en el Registro de esta Comisión ese mismo día, TME interpuso recurso potestativo de reposición contra la Resolución antes referida, solicitando que se revisara el contenido de la misma sobre la base de las siguientes alegaciones:

1. **La irretroactividad de los actos administrativos desfavorables recogida en el artículo 57.3 de la ley 30/92, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC).**

Señala el recurrente que según el artículo 57 LRJPAC, la retroactividad solo cabe en sustitución de actos anulados y cuando se produzcan efectos favorables al interesado, pero no si la Resolución perjudica al administrado para beneficiar el interés público. Argumenta además que la seguridad jurídica, según la doctrina constitucional, también abarca la irretroactividad de lo no favorable.

Expone que en la Resolución de esta Comisión de 26 de junio de 2003, este ente señalaba que no consideraba apropiado cambiar el criterio de reparto de los costes de desarrollo de mercado a los servicios de terminación para el ejercicio 2002 y que sin embargo la Resolución ahora recurrida obliga a la modificación de dicho criterio, con resultados desfavorables para TME.

Argumenta la gravosidad de la situación resultante de la Resolución recurrida en la medida en que imputa a los servicios de interconexión una partida sensiblemente inferior de los costes de desarrollo del mercado, disminuyendo, entiende que de forma no causal, el coste del servicio de interconexión e incrementándose el coste del resto de los servicios provistos por TME, siendo aquella referencia susceptible de ser utilizada por parte de esta Comisión para la determinación de los precios de terminación de TME.

2. **La vulneración del principio de buena fe y confianza legítima**

El recurrente expone que la Resolución recurrida entra en frontal contradicción con la previa Resolución de esta Comisión de 26 de junio de 2003 vulnerándose los



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

principios de buena fe y confianza legítima y la obligación de la Administración de someterse al ordenamiento jurídico, debido a la interpretación de la Resolución de 26 de junio de 2003 que supone.

3. La vulneración del artículo 89.2 LRJPAC

Alega TME que la propuesta de ponderador para el ejercicio 2003, presentada por dicha compañía con fecha 21 de julio de 2004, debió suponer la apertura de un nuevo procedimiento administrativo, iniciado a instancia del interesado, ya que entiende que la aprobación del citado ponderador se halla fuera del ámbito de la verificación de los estados de costes de TME del ejercicio 2002, al tratarse de una solicitud referida al ejercicio 2003.

4. Posicionamiento de la CMT sobre el ponderador conforme a derecho.

TME en virtud de las consideraciones realizadas en las anteriores alegaciones sostiene que:

- No se debería haber modificado el ponderador propuesto por TME para el año 2002.
- Se debería haber abierto un procedimiento administrativo específico para la aprobación del ponderador aplicable a los costes de desarrollo de mercado para el año 2003 y sucesivos.

5. El incumplimiento de los requisitos exigibles al ponderador fijado para el ejercicio 2002.

En relación con la manifestación recogida en la Resolución recurrida en el sentido de que se establece como válido el ponderador propuesto por E&Y (auditora externa en el procedimiento de verificación de costes) si bien se reconoce que el ponderador se adapta solo parcialmente a los requisitos establecidos en la Resolución de 26 de junio de 2003, TME considera que supone una vulneración del principio de seguridad jurídica, que introduce un vicio de nulidad en la Resolución recurrida.

6. La vulneración de los criterios y principios aprobados por la CMT y aplicados al ponderador en el ejercicio 2003

TME alega que el ponderador de los costes de desarrollo de mercado vulnera los criterios y principios aprobados por la CMT y en concreto sostiene que:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Respecto a la vulneración del Principio de Causalidad: Respetar el principio de causalidad resulta una premisa irrenunciable para la CMT a la hora de introducir modificaciones en el modelo de costes de los operadores obligados. Asimismo, señala que la alineación con el principio de causalidad excluye cualquier posibilidad de dejar de imputar un coste efectivamente incurrido en la prestación de un determinado servicio.

De esta forma, TME sostiene que la causa de incurrir en costes comerciales es la necesidad de introducir productos en el mercado y el efecto es que dichos productos finalmente formen parte del mercado.

Por ello, todos aquellos costes en los que se incurra para desarrollar el mercado deben ser imputados a todos los servicios, incluidos los de terminación de tráfico debido, precisamente a la naturaleza de cada uno de ellos, bien se trate de servicios que aparezcan explícitamente en el catálogo del operador o pertenezcan a esa oferta implícita como la conexión entre redes.

- Respecto a la naturaleza de los costes de desarrollo de mercado: TME sostiene que las partidas que componen el centro de actividad desarrollo de mercado recogen todas aquellas que son causa de las diferentes dimensiones de crecimiento de mercado y relacionadas tanto con el número de clientes (captación, fidelización y estímulo de la demanda) como con el desarrollo de nuevos productos, a cada uno de los cuales está implícitamente incorporado el de terminación de otras redes.

Manifiesta TME que el incremento de tráfico no se debe exclusivamente al incremento de líneas por lo que entiende que el incremento de líneas en un período determinado no puede ser un método de asignación de costes de desarrollo de mercado a servicios, pero tampoco un criterio de ponderación para discriminar entre servicios de terminación y de cliente final, ya que no es capaz de recoger toda la relación causa-efecto que se establece en el proceso y, en consecuencia, incumple el principio de causalidad.

Según TME, la competencia entre los operadores se dirige en la actualidad, sobre todo, a fidelización y mantenimiento de la cartera de clientes y ya no a la competencia en precios dirigida a la captación de clientes de los primeros años de la telefonía móvil. No obstante, argumenta que ni la fidelización ni el estímulo de la demanda son fines en si mismos, sino que pretenden incrementar las unidades de producción consumidas por los clientes



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

(llamadas de voz, mensajería y datos) tanto de forma directa a través de los servicios comercializados a cliente final como los de forma inducida a través de los servicios mayoristas prestados a terceros operadores.

De esta forma, concluye que los costes de desarrollo de mercado ven cuantificada su relación de causalidad a través de los incrementos de tráfico en los diferentes servicios, tanto los de cliente final como los ofrecidos a terceros operadores.

- Respecto al ponderador propuesto por la CMT: TME sostiene que no tiene sentido utilizar en un año determinado el incremento de la base de clientes ya que estaría incumpliendo el principio de causalidad en una gran parte de los costes, en concreto los relacionados con fidelización de clientes y estímulo de la demanda.

TME no entiende cómo en la Resolución de 22 de julio de 2004, se aprueba el ponderador presentado por Ernst and Young, que era igual al presentado por Analysys y, posteriormente desestimado en la Resolución de 26 de junio de 2003, toda vez que esta Comisión reconoce que sólo se ajusta parcialmente a los Principios señalados por la CMT ya que la variable que utiliza son las líneas y no el tráfico. De igual forma critica la aplicación y consiguiente recálculo de los márgenes de los servicios y por ello, entiende que no deberían ser publicados para no ocasionar perjuicio a la operadora.

En cuanto a la definición del ponderador que establece la CMT para ejercicios posteriores, TME considera que la exposición es confusa y, dado que las resoluciones son de obligado cumplimiento y su literalidad tiene implicaciones sobre las obligaciones del operador, expone por medio de un ejemplo, las dificultades para su correcta aplicación.

En este sentido, TME está en disposición de presentar una propuesta de ponderador, a ser posible en el marco del expediente administrativo específico para la aprobación del ponderador aplicable para el ejercicio 2003, que consistiría en, una vez asignados los costes en base a los ingresos proporcionales de cada servicio, aplicar un ponderador que recoja el incremento de tráfico de interconexión respecto al incremento de tráfico del resto de servicios. La aplicación combinada del repartidor y el ponderador propuesto por TME a los datos correspondientes al ejercicio 2003, supondría una imputación inferior al 15% de los costes de desarrollo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de mercado a los servicios de terminación, porcentaje muy inferior a la proporción de ingresos o de tráfico de dichos servicios sobre el total.

7. La necesidad de aclarar algunos puntos de la Resolución recurrida

En esta alegación, TME, pone de manifiesto ciertas dudas sobre la interpretación de algunas de las modificaciones requeridas por la CMT en el apartado IV.2.2. de la Resolución objeto del recurso, en concreto manifiesta que:

- En el punto 2, la CMT solicita que se subsane un posible error en la asignación de costes al CAADS-TREI, sin embargo, TME entiende que no se trata de un error sino del reflejo de un criterio de contabilización comúnmente aceptado.
- Entre los puntos 11 y 13, existe según TME una contradicción sobre la que solicita aclaración para la introducción de la modificación correspondiente.
- La CMT, en el punto 26 establece que se asignen los Gastos Financieros a servicios, en el ejercicio 2003, en función del criterio establecido por Ernst and Young, sin embargo TME argumenta que debido a que no ha soportado gastos financieros significativos derivados de la financiación de la explotación en el 2003, considera que dicho cambio no tendría sentido ni añadiría información relevante a los datos correspondientes a dicho ejercicio.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

Primero.- Calificación.

El artículo 107 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La recurrente califica expresamente su escrito como recurso de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, que prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos en reposición ante el mismo órgano que lo hubiera dictado, calificar el escrito presentado como recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución de esta Comisión de fecha 11 de marzo de 2004.

Segundo.- Competencia y plazo para resolver.

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

El presente recurso deberá ser resuelto y su Resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, 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.

Tercero.- Admisión a trámite.

El recurso de reposición de la entidad TME ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC. Asimismo se ha interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la misma Ley, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior, procede admitirlo a trámite.

B. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

1. Sobre la alegación de vulneración de irretroactividad de los actos administrativos desfavorables y los principios de buena fe y confianza legítima.

La principal alegación del recurrente consiste en señalar que la Resolución recurrida supone la aplicación retroactiva de un acto desfavorable para TME, en la medida en que la previa Resolución de esta Comisión de 26 de junio de 2003, relativa a la verificación de los resultados de la contabilidad de costes de TME de los ejercicios 2000 y 2001 contemplaba unos costes repercutibles a la interconexión superiores a los recogidos en la Resolución ahora recurrida y



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

señalaba que el criterio de reparto no se cambiaría en el ejercicio 2002, vulnerándose de este modo la buena fe y confianza legítima de este operador de estar cumpliendo con la legalidad.

Así, por una parte, en el resuelve segundo de la Resolución de 26 de junio de 2003 sobre verificación de los resultados de contabilidad de costes presentados por TME referidos a los ejercicios 2000 y 2001 se señala: *“Requerir a Telefónica Móviles España, S.A. que introduzca en su Sistema de Contabilidad de Costes, para aplicaciones sucesivas, las modificaciones a que se refieren los apartados IV y V de la presente Resolución”*.

En este sentido, en el cuerpo del apartado IV.4.4 de la citada Resolución: *“Reparto de Costes Comerciales y de Desarrollo de mercado”* se indica *“la CMT no considera apropiado cambiar el criterio de reparto de los Costes de desarrollo de mercado a los servicios de terminación para el ejercicio 2002. Para ejercicios posteriores, TME habrá de someter los criterios de asignación que estime razonables y que sean respetuosos con los Principios establecidos por esta Comisión.”*

A continuación se encuentra el resuelve de ese apartado y se señala textualmente: *“No se introducen modificaciones para este ejercicio y TME habrá de someter a esta Comisión otros criterios de asignación que sean respetuosos con los Principios establecidos para el próximo ejercicio.”*

Si se realiza una interpretación literal de lo expresado en ese apartado, existe una contradicción toda vez que en el resuelve, cuando se indica que no se introducen modificaciones para “este ejercicio” no se puede entender algo distinto del ejercicio que es objeto de la verificación, esto es, el año 2001. No obstante, si se procede a realizar una interpretación sistemática, evitando así esa contradicción, sólo se puede concluir que no se establecían modificaciones para el ejercicio 2001, si bien TME debía proponer otros criterios de asignación para el ejercicio 2002. Especialmente si se tiene en cuenta que la referencia al ejercicio 2002 se encuentra en el ámbito del “obiter dicta” de la Resolución y la parte dispositiva es clara en sus términos.

Teniendo en cuenta la finalidad y alcance de la Resolución de 26 de junio de 2003, que se analizará con mayor profundidad más adelante, queda claro que su ámbito propio son los ejercicios 2000 y 2001, señalando para cada apartado de la contabilidad, su aprobación o no para los ejercicios estudiados e indicando las obligaciones del operador para el ejercicio siguiente (2002), tal y como se



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

especifica en el resuelve de la Resolución de 26 de junio de 2003, cuyo incumplimiento ahora alega el recurrente.

Doctrina y jurisprudencia coinciden en señalar que en el ámbito administrativo, en ausencia de reglas específicas jurídico-administrativas al respecto, deben considerarse de aplicación por vía supletoria -conforme a lo dispuesto en el artículo 4.3 del Código Civil (en adelante CC)- las disposiciones contenidas en los artículos 1.281 y siguientes de ese mismo Código a propósito de la interpretación de los contratos. De este modo, se concede un valor primordial a la intención sobre su expresión literal, planteamiento que ya quedó recogido en las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1970 y 17 de Octubre de 1972.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1987 señala que “Se plantea así el problema de la interpretación que deba darse al acuerdo de dicho Ayuntamiento de 18 de diciembre de 1974. Será pues de aplicar la doctrina de la interpretación del acto administrativo, manifestación de la teoría general elaborada para los negocios jurídicos en general precisamente sobre la base, por una parte, del art. 675 del Código civil y, por otra, de los arts. 1281 y siguientes del mismo Cuerpo legal y que en definitiva implica la búsqueda de la voluntad real de la Administración.”

Así, de una interpretación lógica (prevista por el artículo 1281 CC “si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá éste sobre aquéllas”), se desprende que no tendría sentido que esta Comisión manifestara el incumplimiento por parte de TME de los Principios por ella indicados para la contabilidad de costes, difiriendo la obligación de acomodarse a los mismos sin motivo alguno, para después requerir la presentación de unos nuevos criterios “para el próximo ejercicio” cuya finalidad no sería su aplicación en dicho ejercicio.

Del mismo modo, el artículo 3 del Código Civil, dedicado a la interpretación de las normas, señala que “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas” , por tanto y a efectos de valorar como antecedente la Resolución de 26 de junio de 2003, no puede dejar de tenerse en cuenta su finalidad como acto de verificación de la contabilidad de costes de un ejercicio concreto, ni su espíritu, como acto que se extingue en sus propios fines.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Es más, en la Resolución de 26 de junio de 2003 sobre la verificación de los resultados de contabilidad de costes de Vodafone y en concreto, en su apartado IV.2 referido a la asignación de los costes directos de materiales, equivalente a los costes de desarrollo de mercado en TME, se resuelve: *“No se introducen modificaciones para este ejercicio y Vodafone habrá de someter a esta Comisión otros criterios de asignación que sean respetuosos con los Principios establecidos para futuros ejercicios.”*, como no podría ser de otra forma, toda vez que esta Comisión no puede aplicar un trato discriminatorio a operadores dominantes con similares características sobre la aplicación del criterio de imputación de una misma categoría de costes.

Tampoco cabría considerar que esta Comisión vulnere con su Resolución de 22 de julio de 2004 los principios de buena fe y confianza legítima, pues esta Comisión ha actuado conforme al ordenamiento jurídico y al Derecho a la luz de la correcta interpretación de la Resolución de 26 de junio de 2003 y de las obligaciones que debe cumplir esta Comisión.

La finalidad de las indicaciones relativas al próximo ejercicio, es facilitar al operador el cumplimiento de la obligación de presentar una contabilidad de costes conforme con los Principios en dicho ejercicio, para favorecer su aprobación. En este sentido, por tanto, no se puede alegar una “confianza legítima” en el mantenimiento de la vulneración de los Principios aplicables al sistema de contabilidad de costes, por parte de esta Comisión.

Por otra parte, no podría ser de otro modo, dado que la habilitación en virtud de la cual la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones comprueba que el sistema de contabilidad de costes presentado por cada operador se adapta a los criterios por ella establecidos se recoge en el artículo 14.5 del Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio, que aprueba el Reglamento que desarrolla el Título II de la Ley 11/98, de 24-4-98, General de Telecomunicaciones, en lo relativo a la interconexión y al acceso a las redes públicas y a la numeración (en adelante Reglamento de Interconexión)¹, en relación con el artículo 13.2 del mismo texto reglamentario que obliga al operador dominante a presentar anualmente una contabilidad de costes, de acuerdo con los principios y normas contenidas en el Reglamento de Interconexión y las instrucciones que dicte esta Comisión. De este modo, tanto la Resolución recurrida como la Resolución de 26 de junio de 2003 a la que alude el recurrente, se encuadran dentro de la competencia de esta Comisión

¹ En vigor en virtud de la Disposición Transitoria Primera de la nueva Ley 32/2003, de 3 de Noviembre, General de Telecomunicaciones.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de efectuar una declaración anual sobre el cumplimiento de los criterios de costes por parte de los operadores obligados, a la luz de la contabilidad presentada en ese concreto ejercicio.

Es claro que esta Comisión no puede renunciar a dicha potestad de revisión para un futuro, mediante un acto de aplicación de la misma en un ejercicio concreto, tal como pretende el recurrente. Con ello no sólo vulneraría el rango normativo del Reglamento, sino que sería la manifestación de una autonomía de la voluntad de la que la Comisión, en tanto que garante del interés general, carece.

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de septiembre de 2003 establece en su Fundamento Jurídico cuarto que "(...) la determinación del "Sistema de Contabilidad de Costes" para un operador determinado, ni es una norma reglamentaria que vincule a la Administración en sus actuaciones concretas ni genera, una vez determinado, para el operador una individualizada situación jurídica, que imponga a la Administración el deber de respetarla indefinidamente (...) la modificación del "Sistema de Contabilidad de Costes" (...) no supone una vulneración de derechos subjetivos frente a la Administración que obligase a ésta a revisar sus propios actos declarativos de derechos por razones de legalidad, sino un cambio de criterio técnico en el ejercicio de la función de verificación de la contabilidad de costes, que debe ser consecuentemente razonado y motivado por la Administración pero que no obliga a ésta a revisar tales actuaciones como actos declarativos de derechos. (...)". Dicha sentencia señala igualmente que "la función controladora que realiza [la Administración] sobre las actuaciones de los operadores (...) debe adaptarse a la realidad sobre la que se proyecta y que por ello está sujeta a un posible cambio o modificación".

Por tanto, en aras de la habilitación que legalmente tiene atribuida la CMT, mediante el procedimiento del que trajo causa la Resolución de 22 de julio de 2004, ahora impugnada, esta Comisión comprobó si los resultados de la contabilidad de costes presentada por TME el 31 de julio de 2003, para el ejercicio 2002, cumplía con la aplicación correcta de los principios y criterios establecidos por esta Comisión (en particular, Resoluciones de 20 de diciembre de 2001, de 18 de julio de 2002 de aprobación de la tasa anual de retorno y de 26 de junio de 2002) y por la normativa vigente (en especial, sobre el reparto causal de los costes, tal y como se recoge en el artículo 14.3 del Reglamento de Interconexión).

En este sentido, no cabría entender que se ha vulnerado el principio de irretroactividad de los actos administrativos desfavorables, ya que no se puede alegar la retroactividad al 2002 de un acto cuyo fin es la verificación del resultado



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de la contabilidad de costes del ejercicio 2002, basándose en una interpretación parcial de una Resolución previa, relativa a los ejercicios 2000 y 2001, cuyo fin era indicar al operador que habría de modificar sus criterios.

Así, la correcta interpretación de la Resolución de 26 de junio establece que el operador debe someter nuevos criterios causales para la asignación de los costes de desarrollo de mercado que fueran acordes a los principios establecidos por esta Comisión. TME no ha realizado dicha propuesta, presentando el mismo criterio de asignación, que claramente quedaba invalidado en la Resolución de 26 de junio. Por tanto, esta Comisión ha aceptado el único criterio disponible, el de Ernst and Young para la aprobación de la contabilidad de costes, y, además, establece en la propia Resolución un criterio de asignación de costes para el siguiente ejercicio pues TME no ha presentado ningún criterio que cumpla con el principio de causalidad tal y como se solicita en la Resolución de 26 de junio:

“El criterio de reparto de los Costes de desarrollo de mercado debe tratar de recoger, por una parte, la relación directa existente entre la subvención de terminales, la fidelización del cliente y el incremento de tráfico minorista y por otra, la relación indirecta entre dicha subvención, la fidelización de clientes y el incremento de tráfico de interconexión favorecido por el incremento de usuarios móviles.”

En consecuencia, no se puede aceptar la alegación relativa a la irretroactividad de los actos administrativos desfavorables, basada en una interpretación errónea y parcial de una Resolución previa de esta Comisión, en el ámbito de la verificación de los costes de unos ejercicios concretos y cuyo fin era poner de manifiesto que se estaban vulnerando los Principios establecidos por la Comisión en este ámbito. La seguridad jurídica y la confianza legítima no podrían del mismo modo verse afectados, puesto que un acto administrativo se extingue en sus propios fines (en este caso la aprobación de la contabilidad de costes de los ejercicios 2000 y 2001), no pudiendo generar expectativas razonables de no ejercicio por parte de esta Comisión en el futuro de su potestad de revisión, bajo ninguna interpretación válida en Derecho.

2. Sobre la alegación de vulneración del artículo 89.2 LRJPAC

El recurrente manifiesta que se ha vulnerado el artículo de la Ley de procedimiento administrativo que señala que un procedimiento tramitado a solicitud del interesado ha de ser congruente con las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la Administración de incoar de oficio un nuevo procedimiento, si procede.

TME argumenta que la presentación del escrito mediante el que solicitaba la aprobación de un ponderador el día 21 de julio de 2004 iniciaba un nuevo procedimiento a su instancia, por lo que al proceder la Comisión a su acumulación con la verificación de los costes del ejercicio 2002, incumplió el mencionado artículo 89.2 LRJPAC.

Siguiendo una correcta interpretación de la Resolución de 26 de junio de 2003, en ningún caso se puede considerar que la aprobación de dicho ponderador es causa de un expediente administrativo independiente del de verificación de los estados contables del ejercicio 2002, puesto que se trata de la propuesta de un criterio que afecta a la distribución de costes de dicho ejercicio. Por este motivo, se incorporó al procedimiento de verificación de la contabilidad de costes de 2002 aún habiéndose entregado la propuesta el 21 de julio de 2004, una vez que el plazo para presentar alegaciones ya había concluido.

En este sentido, es preciso tener en cuenta que la presentación de la propuesta de ponderador, en nada ha agravado la situación del recurrente, puesto que no se ha adoptado ninguna Resolución distinta de la que se hubiera tomado sin su presentación. Es más, dada la extemporaneidad de su presentación, el que haya sido considerada en la Resolución recurrida, debería ser considerado como una manifestación de la congruencia invocada.

Por su parte, el artículo 73 de la LRJPAC, señala que la Administración podrá disponer la acumulación de procedimientos, si existe identidad sustancial o íntima conexión entre ellos. En este supuesto queda clara la íntima conexión, ya que es en el ámbito de la contabilidad de costes del ejercicio 2002, en el que TME debería haber cumplido la obligación de presentar unos criterios de asignación respetuosos con los Principios establecidos por esta Comisión, tal y como exigía la Resolución de 26 de junio de 2003.

En cualquier caso no fueron tenidas en cuenta otras alegaciones o pruebas distintas a las aducidas por ella misma por lo que, según el artículo 84.4 LRJPAC, no sería necesario establecer un trámite de audiencia en el ámbito del procedimiento, con independencia de que éste se hubiera o no acumulado.

Por lo tanto, no se puede admitir la alegación consistente en que la acumulación del procedimiento de aprobación del ponderador con la verificación de costes del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ejercicio 2002, haya vulnerado la Ley, ya que se trata de una decisión de naturaleza procedimental, que no afecta al sentido de la Resolución recurrida y que no ha perjudicado en modo alguno al recurrente.

3. Sobre el posicionamiento de la CMT sobre el moderador conforme a Derecho.

El recurrente señala que, en virtud de las alegaciones anteriormente vertidas, esta Comisión no debería haber modificado el ponderador propuesto por TME para el ejercicio 2002 y debería haber abierto un procedimiento administrativo independiente para la aprobación del ponderador, aplicable a los ejercicios 2003 y siguientes.

Por los motivos expuestos en los fundamentos de Derecho precedentes, TME debería haber propuesto, en el ejercicio 2002, un criterio distinto al que aplicó en el ejercicio precedente para la distribución de los costes de desarrollo de mercado y al no hacerlo, ha sido objeto de modificación por parte de esta Comisión. Por otra parte, dado que la propuesta que presentó el 21 de julio de 2004 debía corresponder al ejercicio 2002 y no al 2003, ésta se debía discutir en el marco del procedimiento abierto de verificación de los resultados contables de 2002.

4. El incumplimiento de los requisitos exigibles al ponderador fijado para el ejercicio 2002.

TME manifiesta que la aceptación por parte de esta Comisión del ponderador propuesto por Ernst and Young para el ejercicio 2002, pese a haber indicado que se adapta solo parcialmente a los requisitos establecidos en la Resolución de 26 de junio de 2003, vulnera los principios de transparencia y seguridad jurídica, al relajar la aplicación de los criterios bajo los cuales han de verificarse los datos de la contabilidad analítica.

Es preciso tener en cuenta que no existe falta de transparencia en el modo de proceder de esta Comisión, puesto que la decisión de aplicación del criterio propuesto por la auditora está justificada en la Resolución recurrida mediante una amplia motivación.

Sobre este aspecto, se debe mencionar, que esta Comisión reconoce en la Resolución de 22 de julio de 2004, que el criterio de Ernst and Young solo se ajusta parcialmente a los principios señalados por la CMT, al no ponderar los resultados obtenidos atendiendo al incremento en el tráfico derivado de nuevas altas. Sin



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

embargo, el criterio establecido por esta Comisión, cumple de forma directa con el principal objetivo considerado por esta Comisión en la imputación de dichos costes, como es el principio de causalidad, al considerar que el criterio de asignación debe ser el tráfico y no el número de líneas, ya que este se encuentra vinculado de forma directa con el objetivo prioritario perseguido a través de los esfuerzos de desarrollo de mercado. El criterio utilizado por TME para la imputación de estos costes en la contabilidad de costes de 2002, no cumple con el objetivo principal de causalidad de costes de desarrollo de mercado tal y como ya se había descrito en la Resolución de 26 de junio de 2003:

“Al igual que TME, también esta Comisión entiende que el desarrollo del mercado, y por tanto los costes incurridos, obedecen a un doble objetivo: desarrollar el parque de usuarios de la telefonía móvil y desarrollar la demanda de los servicios de telefonía móvil. Sin embargo coincidiendo con Analysys, a juicio de esta Comisión el criterio de asignación utilizado por TME no es causal y penaliza a los servicios mayoristas.”

No es razonable plantear una simplificación en cuanto al cumplimiento de los Principios, tal como pretende la recurrente, en el sentido de afirmar que sólo es posible un cumplimiento o incumplimiento total de los mismos, sino que existen zonas intermedias. En el presente caso se presentan ante la Comisión dos propuestas, la de la recurrente y la de la auditora externa y ante esta situación, la Comisión decide la aplicación del criterio planteado por la auditora, en la medida en que se acerca más a los Principios por ella propugnados, sin que ello implique su adhesión total al mismo, ni que pueda relajar la obligación de ponerlo de manifiesto a los efectos de facilitar al operador la aplicación de un criterio adecuado para el próximo ejercicio.

De todo lo anterior se concluye que no ha existido vulneración de la seguridad jurídica, ya que la Resolución impugnada no varía los Principios aplicables, ni puede generar incertidumbre al recurrente sobre su contenido, al detallar los motivos por los cuales la propuesta de Ernst and Young se acerca más a los Principios que la de la recurrente.

5. Sobre la vulneración de los criterios y principios aprobados por la CMT y aplicados al ponderador en el ejercicio 2003.

Esta Comisión sigue reiterándose en la falta de causalidad del ponderador aplicado por TME en la contabilidad de costes del ejercicio 2002 así como en el ponderador que propuso en fecha 21 de julio de 2004, porque imputa los costes de desarrollo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de mercado a los servicios de interconexión y a los de cliente final, primero en función de los ingresos obtenidos por cada uno de los servicios a los que son asignables y segundo, ponderados por el porcentaje de líneas que reciben tráfico procedente de otras redes. Estos distribuidores son cuestionables porque:

- Resulta más lógico hacer una distribución en función de los costes directamente asignables en vez de los ingresos.
- El porcentaje de líneas que reciben tráfico de otras redes no refleja sólo los costes para desarrollar el mercado de ese ejercicio, sino que incluye las líneas que han sido activadas en otros ejercicios y por ello, que responderían a los esfuerzos incurridos en desarrollar el mercado en esos ejercicios.

En la actualidad, los costes de desarrollo de mercado en que están incurriendo los operadores móviles se corresponden en su mayor parte con la transformación de los terminales móviles para adaptarlos a la recepción de los datos, por ejemplo servicios como el MMS, de ahí que no se pueda observar causalidad entre estos costes y el servicio de terminación de voz.

Por ello, el ponderador a aplicar en el ejercicio 2003 es el que se ha indicado en la Resolución de 22 de julio de 2004 y que corresponde a la tercera interpretación expuesta por TME, es decir, realizar un primer reparto en función del tráfico de interconexión sobre el tráfico total y al que se aplica el ponderador consistente en el incremento neto de las líneas en servicio. En su escrito lo indica como: Min. Intx./Min. Total, ponderado por GN/Parq. t-1.

6. Sobre la necesidad de aclarar algunos puntos en la resolución.

En cuanto a la interpretación de las modificaciones requeridas por la resolución recurrida y en concreto la relativa al punto 2, esta Comisión se reitera en considerar, como ya lo hizo la Resolución objeto del recurso, que en el CAADS-TREI sólo debería recogerse el importe de los gastos devengados y activados dentro del propio ejercicio, y por tanto la operadora debería recoger dicha consideración en el ejercicio 2003, con independencia de los criterios que siga la Sociedad para la presentación de sus Cuentas Anuales, ya que dicha actividad no es objeto de verificación por parte de esta Comisión, sino del órgano administrativo correspondiente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En lo relativo a la contradicción existente entre los puntos 11 y 13, esta Comisión reconoce que existe un error material y en consecuencia en el punto 13 no es necesario introducir la modificación de criterio descrita por Ernst and Young.

Por su parte, y sobre el punto 26 esta Comisión se reitera en lo manifestado en su Resolución de 22 de julio de 2004, sobre la asignación de los gastos financieros a los servicios en función del criterio establecido por Ernst and Young en el ejercicio 2003, ya que, con independencia de que en dicho ejercicio, debido a pequeña magnitud de dichos gastos, este criterio según TME no añadiría información relevante, esta Comisión considera que dichos gastos deberán asignarse a todas las líneas de servicio para lo que sería necesario realizar las modificaciones en el Sistema de Contabilidad de Costes que señala Ernst and Young en la Resolución objeto del recurso, lo que introducirá en los ejercicios en que se generen este tipo de gastos financieros (asociados a la explotación de la actividad de la operadora), una mayor razonabilidad al modelo de costes.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Desestimar el recurso de reposición interpuesto por la entidad TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. contra la Resolución de esta Comisión de fecha 22 de julio de 2004, sobre la verificación de los resultados de la contabilidad de costes presentados por TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. del ejercicio 2002

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, 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 resuelve un recurso potestativo de reposición, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

Vº Bº

EL SECRETARIO

EL PRESIDENTE

Alfonso Ramos de Molins Sainz de Baranda

Carlos Bustelo García del Real