



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

JAIME ALMENAR BELENGUER, 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 28/06 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 27 de julio de 2006, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA ENTIDAD TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A. CONTRA LA RESOLUCIÓN DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DE FECHA 30 DE MARZO DE 2006, SOBRE LA VERIFICACIÓN DEL SISTEMA DE CONTABILIDAD DE COSTES DE AQUÉLLA CORRESPONDIENTES AL EJERCICIO 2004 (AEM 2006/87).

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad Telefónica Móviles España, S.A. (en adelante, TME) contra la Resolución de la Comisión, de fecha 30 de marzo de 2006, sobre la verificación del Sistema de Contabilidad de Costes de aquélla correspondientes al ejercicio 2004 (AEM 2006/87), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 28/06 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 27 de julio de 2006, recaída en el expediente AJ 2006/631.

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 30 de marzo de 2006, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución sobre la verificación del Sistema de Contabilidad de Costes de la entidad TME, correspondientes al ejercicio 2004 (AEM 2006/87).

Concretamente, a través del Resuelve de la citada Resolución se acordó lo siguiente:

***“Primero.-** Declarar que la aplicación para el ejercicio 2004 del Sistema de Contabilidad de Costes utilizado por Telefónica Móviles España, S.A.U. en general es 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 presente Resolución.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segundo.- *Requerir a Telefónica Móviles España, S.A.U. 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.*

Tercero.- *Declarar confidenciales el Cuadro “Cuenta de Márgenes presentados por TME. Costes Históricos” y las cifras numéricas y porcentuales recogidos en el Apartado III, las Valoraciones porcentuales y numéricas recogidas en los Apartados IV.2.2, IV.2.3 y VI.1 de la presente Resolución”.*

SEGUNDO.- Mediante escrito de fecha 4 de mayo de 2006, con entrada en el Registro de esta Comisión ese día 15 del mismo mes y año, el representante de TME, interponía recurso potestativo de reposición contra la Resolución de fecha 30 de marzo de 2006 mencionada anteriormente, principalmente con fundamento en las siguientes alegaciones:

1ª) Se alega vulneración por la Resolución impugnada de los principios de proporcionalidad y no discriminación al imponerse a TME la obligación de solicitar autorización previa a la Comisión para efectuar regularizaciones de línea, sin que, además, este Organismo resulte competente para imponer a un operador declarado dominante otras obligaciones distintas a las contempladas en el artículo 13 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel).

Solicita, en este sentido, TME que la obligación genérica de comunicación y aprobación previa de los procesos de regularización de líneas sea sustituida por la obligación de presentar un informe específico que recoja los criterios seguidos, junto con el resto de documentación correspondiente a los datos de la contabilidad analítica del ejercicio afectado por la regularización de parque, extendiendo esta obligación a todos los operadores móviles cuando realicen regularizaciones de líneas.

2ª) Se afirma por la recurrente que la imputación de los costes UMTS al servicio NAAP lleva a eliminar del sistema de costes todos aquellos costes asociados a una nueva tecnología, sin más justificación que la de que los servicios prestados bajo esta tecnología tienen un carácter emergente.

Según TME, la Resolución de 30 de marzo de 2006 impugnada se aparta de sus propios y precedentes actos, principalmente de la Resolución de 23 de febrero de 2006 por la que se aprueba la definición y análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales, lo que conlleva la vulneración de los artículos 9 y 103.1 de la Constitución Española, así como de los artículos 3.1 y 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

En virtud de ello, TME solicita la imputación de los costes de UMTS a todos los servicios, incluida la terminación de voz, con arreglo a la propuesta que TME incorporó en el modelo entregado el 31 de julio de 2005.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3ª) En relación con las estadísticas para el cálculo de los factores de enrutamiento, señala TME que en el estudio de 2001 al que alude la Resolución impugnada se utilizó una muestra de 31 días para el cálculo de los factores de uso, pero que no consideraba todas las centrales de la planta, sino sólo un subconjunto de centrales representativas.

Por ello, solicita que para el año 2005 y siguientes sea considerado suficiente duplicar el valor de la muestra de 2004, ya que en ésta, aunque el número de días resulta inferior, sí que contemplaría todas las centrales de la planta y simularía los encaminamientos reales que la red efectúa del tráfico de voz.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS 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.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC establece 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.

La recurrente califica expresamente su escrito como recurso potestativo de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.17 de la LGTel, las Resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar el escrito presentado por TME como recurso potestativo de reposición que se interpone contra la Resolución de esta Comisión de fecha 30 de marzo de 2006.

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 que dio como resultado la Resolución objeto de impugnación.

En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a TME para la presentación del recurso potestativo de reposición interpuesto.

TERCERO.- Competencia para resolver.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La competencia para resolver el presente recurso corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 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 de reposición que interpongan los interesados habrán de fundarse en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de esta Ley.

El escrito presentado por TME, además de cumplir los requisitos del artículo 107.1, cumple igualmente con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y ha sido presentado en el plazo previsto en el artículo 117.1 de la misma Ley, por lo que debe admitirse a trámite.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

Primero.- Sobre la obligación de comunicar y motivar con antelación suficiente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones cualquier propuesta de regularización de líneas, que deberá ser aprobada por el Organismo para su aplicación.

Manifiesta TME que la obligación de comunicar y motivar con antelación a la Comisión las propuestas de regularización de líneas afectan a la libertad de actuación de TME en el mercado minorista de comunicaciones móviles, mercado sobre el que no ostenta ninguna posición de dominio, por lo que no debería imponérsele ninguna obligación. Además, señala que la Comisión carece de competencias para imponer a un operador declarado dominante otras obligaciones distintas de las contempladas en el artículo 13 de la LGTel.

También sostiene la operadora que la regularización de líneas es una práctica habitual en el sector para ofrecer una imagen fiel de la compañía a los distintos interesados, si bien la cuantificación de líneas o el criterio de actividad de las mismas son conceptos que no permanecen inmutables y que evolucionan conforme a la práctica existente en el sector a nivel global. Por ello, entiende TME que este dinamismo necesario para satisfacer la transparencia de las operaciones se ve limitado de forma no justificada y desproporcionada a través de la obligación de notificación y aprobación previa por la Comisión.

Por otra parte, la recurrente afirma que no es imprescindible a efectos del cálculo de la ganancia neta tomar en consideración las regularizaciones del parque, de modo que la Comisión debería considerar el cálculo directamente como la diferencia entre las altas y las bajas declaradas en el requerimiento de informe anual del año correspondiente, resultando una información fidedigna del esfuerzo realizado por un operador en el desarrollo del mercado materializado en el incremento neto de líneas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

No obstante, TME es consciente de las implicaciones que los procesos de regularización de parque pudieran tener sobre la auditabilidad de la contabilidad analítica, de tal forma que TME propone que la obligación genérica de comunicación y aprobación previa de los procesos de regularización “sea sustituido por la presentación de un informe específico que recoja los criterios seguidos en la regularización y las variaciones que sobre la contabilización del parque tiene el citado proceso, junto con el resto de documentación correspondiente a los datos de la contabilidad analítica del ejercicio afectado por la regularización de parque.”

Por último, TME sostiene que se está vulnerando el principio de igualdad ya que sólo se impone esta obligación a TME, que no tiene consideración de dominante en el mercado minorista al igual que Vodafone y Amena. Por ello, TME pretende la flexibilización de la obligación impuesta según la propuesta realizada anteriormente y la extensión de la misma a todos los operadores móviles cuando realicen regularizaciones de líneas.

En relación con los planteamientos de TME anteriormente expuestos, debe señalarse que la Comisión es consciente de la necesidad de que las líneas de los operadores sean las que reflejen la imagen fiel de su negocio, tanto para terceros como para la propia compañía, de cara a llevar a cabo su negocio. Por esto, ocasionalmente, será necesario realizar ajustes en esas líneas por medio de la regularización de las mismas, con el objeto de eliminar del parque móvil aquellas líneas sin actividad.

Ahora bien, también resulta cierto que debe evitarse una regularización sesgada que cause distorsiones en la eficiencia y competitividad del mercado debido a la influencia que tienen los costes en los precios de terminación.

De ahí que se instara a TME a modificar su sistema de costes en la Resolución de 30 de marzo de 2006, en los siguientes términos:

“Res. 1: No se aplica el ajuste propuesto por E&Y si bien para ejercicios futuros TME deberá comunicar y motivar con antelación suficiente a la CMT cualquier propuesta de regularización de líneas, que deberá ser aprobada por esta Comisión para su aplicación.”

Procede señalar en este punto que la Comisión resulta plenamente competente para imponer esta obligación a TME, sin que se trate, como pretende, de la imposición de obligaciones en el mercado minorista de comunicaciones móviles en el que no tiene la consideración de dominante. No es en sí una nueva obligación impuesta en el mercado minorista, sino que es una comprobación del ponderador de costes de desarrollo de mercado de la contabilidad de costes que debe presentar el operador en su condición de operador con poder significativo en el mercado de terminación móvil.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Resulta cierto que la obligación de comunicar la regularización de líneas a la Comisión no se contempla expresamente en el artículo 13 de la LGTel, pero es evidente que aquélla viene a ser una concreción de la obligación de orientación de los precios a costes, que sí se contempla en dicho precepto.

Además, se contradice la recurrente cuando señala que no pueden imponerse obligaciones a un operador que no tiene consideración de dominante en un mercado minorista o que considerando el mercado mayorista, no pueden imponerse obligaciones distintas a las previstas en el artículo 13 de la LGTel y admite a la vez que *“las implicaciones que los procesos de regularización de parque pudieran tener sobre la auditabilidad de la contabilidad analítica”* pueden justificar la presentación por su parte a la Comisión de un informe específico que recoja los criterios seguidos en la regularización y las variaciones que sobre la contabilización del parque.

No obstante, y en función del principio de proporcionalidad que vincula la actividad de la Administración Pública (se reconoce implícitamente en el artículo 103 de la Constitución Española al señalar que la Administración sirve con objetividad los intereses generales¹), esta Comisión estima razonable la proposición de TME de sustituir la obligación de presentar la propuesta de regularización para su previa aprobación por la Comisión antes de su aplicación efectiva, por la presentación de un informe específico que recoja los criterios seguidos en la regularización indicando las variaciones que sobre la contabilización del parque tiene dicho proceso.

Este Informe se presentará como documentación adicional soporte del Sistema para el ejercicio en que se realice dicha regularización y permitirá constatar la bondad de los criterios empleados y realizar los ajustes oportunos dentro del proceso de auditoría y verificación de las cuentas si fuera necesario.

Por otro lado, y ante la afirmación de TME de estar recibiendo un trato desigual respecto a los otros operadores móviles, cabe señalar que esta situación se ha planteado únicamente respecto a TME por ser este operador quien durante el ejercicio 2004 realizó una regularización de su parque móvil. En caso de que otro operador móvil realice una regularización, la Comisión deberá tomar las medidas necesarias para garantizar un trato igualitario.

Debe recordarse la reiterada doctrina jurisprudencial que establece que no existe vulneración del derecho de igualdad cuando los supuestos de hecho en comparación no son los mismos, produciéndose únicamente discriminación cuando ante situaciones iguales se producen respuestas diferentes.

Así, en diversas Sentencias² el Tribunal Constitucional ha señalado que *“El principio de igualdad no impide, por tanto, que ante situaciones de hecho distintas se aplique un trato jurídico diferenciado, mas tal trato diferenciado ha de*

¹ Entre otras, STS 26 octubre 2004 [RJ 2004/7770]

² SSTC 10 julio 1981 [RTC 1981\23], 14 julio 1982 [RTC 1982\49], 3 agosto 1983 [RTC 1983\75], 17 enero 1994 [RTC 1994\3], entre otras.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

asentarse en una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia deba aplicarse: en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente por ello una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”.

En el presente caso, no puede ni siquiera partirse de la existencia de un trato diferenciado para los operadores móviles, a los efectos de determinar si dicho tratamiento es discriminatorio, puesto que, como se ha dicho, no consta que Vodafone o Amena hayan realizado regularizaciones de parque móvil.

Por ello, cuando se plantee el supuesto de regularización de parque móvil de otro operador deberá estudiarse si corresponde a éste extender dicha obligación a todos los operadores, siendo objeto del actual recurso la estimación o desestimación de las alegaciones vertidas por TME con respecto a la verificación de su contabilidad regulatoria para el ejercicio 2004.

En virtud de lo anterior, se admite la propuesta de TME acerca de la flexibilización de la medida consistente en que deberá presentar un informe específico como documentación soporte del sistema en el año en que realice dicha regularización, explicando los criterios seguidos para la regularización así como su impacto sobre la contabilización del parque, sin que proceda dar acogimiento a su alegación sobre la vulneración del principio de igualdad.

Segunda.- Sobre la imputación de los costes relacionados con los equipos UMTS.

TME plantea que no es posible que en un modelo de costes totalmente distribuidos se elimine la imputación de costes de nuevas tecnologías ya incorporadas al proceso productivo puesto que se empezó la comercialización de los servicios a través de la tecnología UMTS en febrero de 2004.

A este respecto, destaca la recurrente que si bien se deberían reflejar los costes incurridos por un operador para la prestación de los servicios, la Comisión resuelve que todos los costes de los servicios prestados sobre la tecnología UMTS se imputen al centro de actividad UMTS y posteriormente a NAAP, es decir, sin imputarse ninguno de los costes vinculados a la prestación de servicios sobre esta tecnología al resto de centros de actividad, basándose en (i) que UMTS es una línea de negocio, (ii) que cualquier servicio prestado sobre esta tecnología tiene naturaleza emergente y (iii) el principio de neutralidad tecnológica.

Añade la operadora que de la Resolución de fecha 23 de febrero de 2006, por la que se aprueba la definición y análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales se puede concluir que:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- La percepción del servicio de terminación no varía dependiendo de la tecnología utilizada, por lo que no se trata de un servicio emergente, sino del mismo servicio prestado sobre diferente tecnología.
- La neutralidad tecnológica es la que ha determinado que tanto la terminación en 2G como en 3G estén supeditadas a determinadas obligaciones. Así, ya que existe obligación de orientación a costes de los precios, deberían considerarse los costes de 2G y los de 3G.
- La terminación en 3G no es una nueva línea de negocio, sino que está incluida dentro del negocio mayorista de terminación de llamadas en la red de TME.

Por ello, considera que en la Resolución de 30 de marzo sobre la verificación de la contabilidad la Comisión se aparta de la citada Resolución de 23 de febrero de 2006.

Asimismo, TME abunda al sostener que UMTS no es en sí misma una línea de negocio, sino una tecnología que garantiza la continuidad tecnológica de la red y permite el aumento de la capacidad de red para la prestación tanto de los servicios existentes como de nuevos servicios de datos. Para ello, TME sostiene que no comercializa de forma diferenciada los servicios en función de la tecnología sobre la que se presta: no tarifica de forma diferente el servicio en función de la tecnología soporte de la misma.

Por otra parte, TME considera que la apelación al principio de neutralidad tecnológica constituye un intento por avalar una decisión que tiene por efecto conseguir lo contrario que lo perseguido por el principio de neutralidad tecnológica. Así, la operadora estima que la imputación de los costes de todos y cada uno de los servicios prestados sobre la tecnología UMTS a NAAP, prohibiendo la imputación de los costes a los servicios regulados cuando estos son prestados sobre una determinada tecnología, constituye un ejemplo de lo que la norma quería evitar: que la regulación favoreciera/perjudicara una tecnología concreta perjudicando/favoreciendo a otra, sobre todo cuando no existen dudas sobre la mayor eficiencia y capacidad del UMTS sobre GSM.

De otro lado, TME entiende que la Comisión ha equiparado erróneamente el carácter innovador de una determinada tecnología con el carácter emergente de todos y cada uno de los servicios prestados sobre dicha tecnología, pues si bien servicios como la videotelefonía o el streaming de video son emergentes, las llamadas de voz o los mensajes cortos no pueden catalogarse como tal. Así TME considera que el servicio de terminación de llamadas de voz, no puede tener consideración de emergente y en el modelo de coste deberá recibir los costes derivados del uso que realicen de los equipos tanto UMTS como GSM.

Según TME, la medida adoptada por la Comisión es desincentivadora de inversiones en tecnologías innovadoras con mayores posibilidades y menores costes, contradiciéndose con la lógica de un operador eficiente, que debería atender a realizar las nuevas inversiones con la mejor tecnología disponible, al tiempo que carece de sentido desde el ámbito regulatorio que se prime el uso de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

tecnologías ya maduras, superadas por otras, al no permitirse imputar los costes derivados de las inversiones en nuevas tecnologías.

Independientemente de su consideración o no como servicios emergentes, la operadora alega que las ANRs deben permitir a los operadores una rentabilidad razonable sobre las inversiones efectuadas, al objeto de fomentar la inversión y la innovación, tanto cuando se trate de servicios emergentes como cuando no sea así, tal y como se extrae de la normativa comunitaria.

Por último, TME alega que si se considera, como se ha hecho en el caso español, que el servicio de terminación de voz es el mismo independientemente de la tecnología (2G ó 3G), si la Comisión decide imponer medidas de control de precios a la terminación 2G y 3G se deberían considerar los costes de ambas tecnologías.

En respuesta a tales argumentos de TME, cabe realizar, sin embargo, distintas observaciones.

Es adecuado considerar que el servicio de voz existente en GSM es igualmente ofrecido en UMTS. Por tanto, es cierta la afirmación de que los servicios de terminación de llamadas vocales pueden prestarse a través de cada una de las redes móviles desplegadas por el operador (GSM y UMTS), constituyendo un mismo mercado de referencia, más aún teniendo en cuenta que desde el punto de vista del operador que origina la llamada el tipo de tecnología utilizada para terminar dicha llamada es irrelevante, puesto que el servicio percibido es el mismo con independencia de la red utilizada. De hecho, una gran parte de los elementos de conmutación de red, tales como las centrales de conmutación, HLR, PTS... son comunes entre ambas tecnologías, así como los Puntos de Interconexión.

Debe reiterarse en este sentido la afirmación contenida en la Resolución citada de 23 de febrero de 2006, según la cual *"...el servicio de terminación de llamadas vocales puede prestarse a través de cada una de las redes móviles desplegadas por el operador. Sin embargo, la percepción del servicio de terminación por parte del operador en cuya red se origina la llamada no varía en función de la tecnología utilizada, dado que dicho operador desconoce en que tipo de red se encuentra el destinatario de la llamada. Así, y de acuerdo con el principio de neutralidad tecnológica, los servicios de terminación prestados por cada operador móvil a través de redes de distintas tecnologías constituyen un mismo mercado de referencia"*.

No obstante lo anterior, la asignación de los costes de la red UMTS a los diferentes servicios no puede tener lugar actualmente, ya que habría que tener en cuenta los siguientes aspectos técnicos que se mencionan a continuación:

- Número de clientes con terminal 3G: aunque los abonados pueden utilizar la misma tarjeta SIM para ambas tecnologías, los servicios UMTS



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

únicamente pueden ofrecerse si el cliente dispone de un terminal compatible UMTS (también llamado 3G).

- Cobertura UMTS: para poder emitir y recibir llamadas sobre la red UMTS es necesario disponer de cobertura suficiente, es decir, se deben dar las condiciones de existencia de un despliegue de radio UMTS suficiente para ofrecer servicio por medio de dicha tecnología, ya que de lo contrario, si la calidad de la señal UMTS es demasiado débil, los terminales 3G cambian automáticamente de red y pasan a cobertura GSM, impidiéndose así la emisión o recepción de llamadas sobre red UMTS (dichas llamadas se realizarían sobre la red GSM).
- Selección de red: aunque el abonado disponga de un terminal 3G y de suficiente cobertura radio, los terminales permiten al usuario seleccionar la red que desea utilizar preferentemente.

Las consideraciones realizadas anteriormente implican que, con la información proporcionada por el operador, sobre el que recae la carga de la prueba a través de la tabla de factores de enrutamiento así como con los estudios técnicos aportados no sea posible, en el momento actual, identificar y asignar los costes de la red UMTS que se deben imputar al servicio de terminación de voz y en consecuencia, y teniendo en cuenta a su vez el número de clientes y el volumen de tráfico cursado a través de la mencionada tecnología, estimó conveniente imputar los costes de UMTS al centro de actividad UMTS y posteriormente a NAAP.

Por otra parte, y abundando en lo anterior, según los datos de uso de la numeración asignada a TME por la Comisión y facilitados por aquella, en el año 2004 el número de clientes UMTS era de **[CONFIDENCIAL]**.

Por el contrario, los mismos datos de numeración actualizados por TME para el año 2005, muestran un volumen total de **[CONFIDENCIAL]** clientes UMTS, lo que representa un **[CONFIDENCIAL]** sobre el total de clientes de la operadora. Este porcentaje de usuarios UMTS es aún muy bajo, muestra evidente de la situación actual en el mercado. Por el momento, todos los operadores móviles tienen un índice muy bajo de usuarios 3G, motivado en parte por la todavía reducida oferta de terminales UMTS.

Por otra parte, las más de **[CONFIDENCIAL]** estaciones base instaladas según datos aportados por la compañía en su Informe Anual de 2005 están todavía lejos del objetivo de cobertura total de la población. Además, en ciertos casos, los usuarios con terminales 3G pueden seleccionar manualmente la red GSM para evitar los problemas que se producen por falta de cobertura (típicamente, la disminución en la calidad radio 3G provoca que las llamadas necesiten de "handovers" entre ambas redes, pudiéndose en ocasiones producir cortes en la comunicación). La acumulación de estos factores implica que un porcentaje de las llamadas de voz efectuadas o recibidas por dichos clientes 3G estarían realmente siendo provistas mediante la red GSM.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La existencia de los factores anteriores pone de manifiesto el carácter no significativo del volumen de tráfico realmente cursado mediante la red UMTS de TME tanto para el ejercicio 2004 como para el 2005.

Por todo ello, y observándose que el número de clientes de TME y el porcentaje de llamadas realizadas bajo la citada tecnología, incluso en las condiciones de cobertura del 2005 son todavía muy bajos, la Comisión estimó conveniente en la Resolución objeto del presente recurso, imputar los costes de UMTS al Centro de Actividad UMTS y posteriormente a NAAP.

De cualquier modo, esta es una situación transitoria debido al momento inicial de despliegue de la red. Por ello, es necesario conocer la evolución de los minutos de tráfico durante 2005 para evitar cualquier tipo de distorsión en los costes que no permita dar una visión fiel del coste medio del servicio de terminación de llamadas de voz, motivo por el cual los costes por inversiones en UMTS deberán agruparse en el Centro de Actividad UMTS y trasladarlo posteriormente a NAAP.

Por último, y en relación con el argumento invocado por la recurrente sobre la vulneración de la doctrina de actos precedentes, es reiterada la doctrina jurisprudencial según la cual el precedente administrativo no vincula ni a la Administración ni a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fechas 20 de abril de 2004 -RJ 2524-, 17 de diciembre de 2003 -RJ 8669-, 6 de noviembre de 2003 -RJ 8033-, 4 de diciembre de 2002 -RJ 10832-, 21 de febrero de 2001 -RJ 1627-, 17 de mayo de 1996 -AJ 4159- y 13 de julio de 1991 -RJ 6775-). Además, la LRJPAC permite implícitamente la separación de dicho precedente al establecer en el artículo 54 que habrán de motivarse aquéllos actos administrativos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes, por lo que acreditada la motivación de la Resolución impugnada, se desvanece el argumento de la vulneración de la doctrina del precedente administrativo.

Tercera.- Estadísticas para el cálculo de los factores de enrutamiento.

La entidad recurrente insiste en la razonabilidad del estudio presentado para el modelo de 2004 en cuanto al cálculo de los factores de uso y en la propuesta para años sucesivos, indicando que si bien el número de días sería inferior al que se utilizaba en el estudio del ejercicio 2003, el estudio de 2004 sí contemplaría todas las centrales de la planta (y no sólo un subconjunto de las más representativas como sucedía en el estudio del 2001) y simularía los encaminamientos reales que la red efectúa del tráfico de voz, permitiendo obtener a su entender unos resultados más exactos.

TME esgrime que de sus aplicaciones informáticas se pueden obtener las relaciones de tráfico entre todas las centrales pero sólo se conservan de año en año un número reducido de días del año anterior entendidos como significativos tanto para los usos internos de la operadora como para el modelo de costes. Por ello, para el modelo de 2005 se podría duplicar la muestra considerada en el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

modelo de 2004 pero difícilmente se podrá considerar un mes entero dado que dicha información no se conserva.

En relación con ello, procede advertir que en la Resolución objeto de recurso la Comisión consideró que 2 días eran escasos y poco representativos para el cálculo de los factores de uso.

Toda vez que los sistemas informáticos de TME no guardan los valores de datos de un ejercicio a otro sino como ella indica en sus propios términos *“un número reducido de días del año anterior entendidos como significativos tanto para los usos internos de la operadora como para el modelo de costes”*, ante la imposibilidad de calcularlo a partir de un mes concreto para el ejercicio 2005 y puesto que no es posible verificar la suficiencia de datos ya que no se conocen los resultados de muestra mayores, se deberán realizar dichos cálculos tomando como base un mayor número de días para ese ejercicio concreto. Concretamente, deberán tomarse en cuenta una muestra de un día por cada mes (12 días) y, en caso de no ser posible, de un día por cada dos meses (6 días).

No obstante, si se demuestra la homogeneidad de los resultados, se podrá permitir en el futuro la utilización de una muestra de dos días.

En atención a todo lo anterior, y vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Primero.- Estimar parcialmente el recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución de la Comisión, de fecha 30 de marzo de 2006, sobre la verificación del Sistema de Contabilidad de Costes de la entidad Telefónica Móviles España, S.A. correspondientes al ejercicio 2004 (AEM 2006/87), en los siguientes términos, de acuerdo con lo dispuesto en el Fundamento de Derecho primero de la presente Resolución:

Se modifica en el apartado IV.2.2. de la Resolución de fecha 30 de marzo de 2006, denominado *“Modificaciones requeridas por la CMT que no se han implementado o cuya implementación está cuestionada por E&Y”*, el punto primero relativo al Reparto de Costes Comerciales y de Desarrollo de Mercado, en su párrafo tercero de la Respuesta de la Comisión (página 19), sustituyendo dicho párrafo por el siguiente:

“Sin embargo, la Operadora deberá presentar a la CMT un informe específico que recoja los criterios seguidos en la regularizaciones indicando las variaciones que sobre la contabilización del parque tiene dicho proceso.

Este Informe se presentará como documentación adicional soporte del Sistema para el ejercicio en que se realice dicha regularización y permitirá constatar la bondad de los criterios empleados y realizar los ajustes



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

oportunos dentro del proceso de auditoría y verificación de las cuentas si fuera necesario”.

Asimismo, procede sustituir el último párrafo de la Respuesta de la Comisión (Res.1) contenida en el punto primero aludido relativo al Reparto de Costes Comerciales y de Desarrollo de Mercado, por el siguiente:

“Res.1 No se aplica el ajuste propuesto por E&Y si bien para ejercicios futuros TME deberá presentar a la CMT un informe específico que recoja los criterios seguidos en la regularizaciones indicando las variaciones que sobre la contabilización del parque tienen dichos procesos como documentación soporte al sistema de costes”.

Segundo.- Desestimar en todo lo demás el recurso de reposición interpuesto por Telefónica Móviles España, S.A.

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 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 SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera