



JORGE SÁNCHEZ VICENTE, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

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

ACUERDO

Por el que se aprueba la

Resolución del recurso de reposición interpuesto por el Consell de Col·legis Farmacèutics de Catalunya contra la Resolución de 31 de agosto de 2011, relativa a su inscripción en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas como persona autorizada para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas (AJ 2011/2133).

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 26 de agosto de 2011, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito del Consejo de Colegios Farmacéuticos de Cataluña (en adelante, CCFC) por el que notificó su intención de iniciar la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas al amparo de la autorización general establecida en el artículo 6.1 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel).

SEGUNDO.- Por Resolución de esta Comisión de fecha 31 de agosto de 2011 (RO 2011/1950), se procedió a inscribir al CCFC en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas como Administración Pública autorizada para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, y por tanto, sujeta a las condiciones establecidas en el artículo 8.4 de la LGTel y en la Circular 1/2010, de 15 de junio de 2010, publicada en el B.O.E. no. 192 de 9 de agosto de 2010, por la que se regulan las condiciones de explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas (en adelante, Circular 1/2010).

TERCERO.- Mediante escrito de fecha 28 de septiembre de 2011, el CCFC interpuso recurso de reposición contra la Resolución de 31 de agosto de 2011 y solicita la nulidad parcial de la Resolución recurrida en lo concerniente a su consideración como Administración Pública y a la sujeción a la Circular 1/2010. El CCFC alega que su naturaleza jurídica es la de una Corporación de derecho público que actúa primordialmente en el ámbito privado (defensa de los intereses profesionales de sus miembros) y que ejerce, sólo de forma limitada, ciertas funciones públicas delegadas por la Administración.



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

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Calificación del escrito.

El artículo 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP y PAC) establece que contra las resoluciones y los actos de trámite, si éstos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley, y cumpliendo las formalidades establecidas en su artículo 110.1.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJAP y PAC 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.

La recurrente califica expresamente su escrito como recurso de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.12 de la LGTel, las resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede calificar el escrito presentado por el CCFC como un recurso de reposición contra la Resolución de esta Comisión de fecha 31 de agosto de 2011 relativa a su inscripción en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas como persona autorizada para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

SEGUNDO.- Legitimación de la recurrente.

El artículo 107 de la LRJAP y PAC requiere la condición de interesado para estar legitimado para la interposición de los recursos de alzada y de reposición. La entidad recurrente ostenta la condición de interesada por cuanto que ya lo era en el procedimiento RO 2011/1950 en el que se dictó la Resolución objeto de impugnación. En consecuencia, se reconoce legitimación activa a la recurrente para la interposición del presente recurso.

TERCERO.- Admisión a trámite.

El recurso ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJAP y PAC. Asimismo, se ha presentado dentro del plazo de un mes desde su notificación previsto en el artículo 117 de la misma Ley, por lo que se admitió a trámite por resolución del Secretario de esta Comisión de fecha 5 de octubre de 2011.



CUARTO.- Competencia y plazo para resolver.

En el ámbito de las competencias atribuidas por la legislación vigente a esta Comisión, los artículos 48.4 de la LGTel y 4.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado mediante la Resolución de 20 de diciembre de 2007, atribuyen expresamente al Consejo todas aquellas funciones atribuidas al Organismo en la legislación vigente.

En el mismo sentido, el artículo 11 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, dispone que *“los Organismos Reguladores ejercerán sus funciones a través de un Consejo”*.

El acto impugnado fue dictado por el Secretario de esta Comisión en virtud de la delegación de competencias acordada por el Consejo mediante Resolución de fecha 8 de mayo de 2008 (BOE Nº 142 12/06/2008). No obstante, el artículo 13.4 de la LRJAP y PAC dispone que las resoluciones administrativas que se adopten por delegación indicarán expresamente esta circunstancia y se considerarán dictadas por el órgano delegante. Por su parte, el artículo 113.2.c) de dicha norma establece que la resolución de recursos en los órganos administrativos que hayan dictado los actos objeto del recurso no podrán ser objeto de delegación. Por lo tanto, la facultad de resolver el presente recurso será del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

El plazo para la notificación de la resolución de los recursos de reposición es de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, según lo establecido en el artículo 117.2 de la LRJAP y PAC, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo y sin perjuicio del carácter desestimatorio del silencio al que se refiere el artículo 43.2 de la LRJAP y PAC.

II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES

PRIMERO.- Sobre el objeto del recurso.

El presente recurso de reposición tiene por objeto la impugnación parcial de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 31 de agosto de 2011, por la que se inscribe en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas al CCFC como persona autorizada para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

En particular, el recurso se interpone frente a lo dispuesto en los fundamentos de derecho séptimo y octavo, así como en los apartados tercero a quinto de la parte dispositiva de la citada Resolución, que determinan la consideración de la entidad recurrente como Administración Pública y consecuente sujeción a determinadas obligaciones, con el fin de garantizar que la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por parte de cualquier Administración Pública no distorsione la libre competencia en el sector de las comunicaciones electrónicas. A estos efectos, las citadas condiciones vienen constituidas por las siguientes:

- 1ª. Separación de cuentas.
- 2ª. Respeto a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación.
- 3ª. Cumplimiento de las condiciones establecidas en la Circular 1/2010, de 15 de junio.



- 4ª. Prohibición de prevalerse de su condición de Administración Pública para imponer u obtener condiciones comerciales discriminatorias, en particular, en los acuerdos de compartición de infraestructuras y desarrollo de redes.
- 5ª. Mantenimiento de una separación estructural entre su actividad como operador de comunicaciones electrónicas y los órganos encargados de la regulación y gestión de los derechos de ocupación del dominio público.

De manera que la razón del recurso interpuesto por el CCFC se sustenta fundamentalmente en la consideración de que la recurrente no debe ser calificada como Administración Pública a los efectos de la LGTel y, consecuentemente, la cuestión se ciñe estrictamente a decidir si los servicios prestados por el propio CCFC en favor de sus miembros -colegiados farmacéuticos- objeto de inscripción en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, son actividades íntegramente sometidas al derecho privado o son potestades públicas sometidas al derecho administrativo, lo que desde la perspectiva de la naturaleza jurídica de los Colegios Profesionales tiene trascendencia a efectos de determinar su consideración o no como Administración Pública y por ende si están sujetas a las condiciones especiales que la normativa reguladora de la Autorización General para explotar redes o prestar servicios de comunicaciones electrónicas prevé en los casos en los que la actividad la preste una Administración Pública.

SEGUNDO.- Sobre la naturaleza jurídica de los Colegios Profesionales

El CCFC alega en su recurso de reposición que no tiene naturaleza jurídica de Administración Pública sino que es una Corporación de Derecho Público, formada por la asociación de Colegios profesionales que son a sus vez Corporaciones de derecho público integradas de forma permanente y obligatoria por los farmacéuticos, todo ello en virtud de lo establecido en sus Estatutos y en la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales (en adelante, Ley 2/1974).

En primer lugar, el artículo 36 de la Constitución Española exige reserva de Ley para regular las peculiaridades del régimen jurídico de los Colegios Profesionales *“la Ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos”*. Por lo tanto, la norma constitucional no predetermina la naturaleza jurídica, ni se pronuncia al respecto, aunque con la referencia a las peculiaridades y a la reserva de Ley viene a consagrar su compleja especialidad. Por tanto, es el legislador, dentro de los límites constitucionales y atendiendo a la naturaleza y fines de los colegios, quien puede optar por una configuración determinada (Sentencias del Tribunal Constitucional 89/1989 [RTC 1989, 89]) y 42/1986 [RTC 1986, 42]).

En respuesta a la remisión legal hecha por el citado artículo 36 CE, la Ley 2/1974 establece en su artículo 1.1 que los Colegios Profesionales son *Corporaciones de derecho público* con personalidad jurídica propia. Ahora bien, esta definición a priori no delimita la frontera entre la naturaleza pública o privada del CCFC, en especial considerando que los Colegios Profesionales presentan una base asociativa privada conformada por un grupo de personas asociadas en atención a una finalidad común y cuyo núcleo fundamental radica en la defensa, promoción, ayuda y asistencia de los intereses de sus asociados, y sobre dicha base privada la Ley o la Administración Pública asigna potestades administrativas, en atención a las funciones que afectan al servicio de los ciudadanos y en relación con el ejercicio de la profesión de los colegiados.



En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en diversas ocasiones. Así, la STC de 18 de febrero de 1988 [RTC 1988, 20] declaró: *“Como ha declarado este Tribunal en anteriores ocasiones (STC 76/1983, de 5 de agosto [RTC 1983, 76]) , 23/1984, de 20 de febrero [RTC 1984, 20], y 123/1987, de 15 de julio [RTC 1987, 20]), los Colegios profesionales son Corporaciones sectoriales que se constituyen para defender primordialmente los intereses privados de sus miembros, pero también atienden finalidades de interés público, en razón de las cuales se configuran legalmente como personas jurídico-públicas o Corporaciones de Derecho público, cuyo origen, organización y funciones no dependen sólo de la voluntad de los asociados, sino también, y en primer término, de las denominaciones obligatorias del propio legislador, el cual, por lo general, les atribuye asimismo el ejercicio de funciones propias de las Administraciones territoriales o permite a estas últimas recabar colaboración de aquéllas mediante delegaciones de competencias administrativas, lo que sitúa a tales Corporaciones bajo la dependencia o tutela de las citadas Administraciones territoriales titulares de las funciones o competencias ejercidas por aquéllas”*.

De manera que, sin desconocer la naturaleza de corporaciones públicas o entes públicos de carácter corporativo, ambas expresiones empleadas por la doctrina del Tribunal Constitucional, hay que destacar la dimensión mixta de los Colegios Profesionales. Por un lado, constituidos para la ordenación del ejercicio de las profesiones, y por otro para la representación y defensa de los intereses profesionales de los colegiados, así como por la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados.

Por lo tanto, el dualismo de fines públicos y privados que presentan dichas corporaciones y que ha ido perfilándose de forma progresiva, determina la aplicación de un régimen jurídico mixto. Esta diversidad de naturalezas determina una dualidad de funciones que viene constituida por la consideración de los Colegios Profesionales en unos casos como Administración Pública y en otros como asociaciones privadas con asignación de potestades públicas. Así, la STS de 1 de febrero de 2011 [RJ 2011/512] señala que *“[forman parte de la denominada Administración Corporativa, caracterizados por ser entes dotados de personalidad jurídica a los que la Ley les atribuye la gestión de fines públicos, lo que les convierte en Administraciones Públicas, pero que a la vez que satisfacen los intereses privados de sus miembros, siendo pues de naturaleza mixta pública-privada”*].

Por su parte, la STS de 28 de febrero de 2011 [RJ 2011/1848] reconoce que *“[e]sta organización corporativa de las profesiones permite a la Ley atribuir a los organismos colegiales potestades públicas y una amplia autonomía normativa sin suprimir la base privada de sus componentes y de sus actividades en defensa de los intereses profesionales. Son por tanto entes cuya naturaleza es mixta con componentes de claro perfil público pero con una base de intereses privados. De ahí que la Administración Corporativa a la que pertenecen los Colegios Profesionales pueda calificarse de fronteriza entre los entes públicos y los entes privados”*.

Por ende, la concepción mixta o bifronte, partiendo de una base asociativa, configura a los Colegios Profesionales como instituciones que ejercen tanto funciones públicas como privadas (de ahí la clasificación del CCFC como Administración Pública en la resolución recurrida), lo que se traduce en la aplicación de un régimen jurídico mixto, con normas reguladoras de Derecho Público y Derecho Privado, y cuyo principal criterio diferenciador entre ambas dimensiones viene constituido, en última instancia, por los intereses perseguidos.



Por consiguiente, para determinar la naturaleza jurídica del CCFC se hace necesario valorar si la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas puede considerarse como una actuación realizada en su condición de Administración Pública, o por el contrario, en su calidad de de entidad asociativa privada.

Así, las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de julio de 1996 [RJCA/1996/5720] y de 1 de marzo de 2011 [RJCA/2011/1882] clarifican la dicotomía de funciones en entidades como el CCFC al indicar que las corporaciones de derecho público con base privada solo tienen la consideración de Administración Pública cuando ejercen verdaderas funciones públicas, es decir, potestades administrativas.

Incluso, la misma STS de 1 de marzo de 2011 [RJCA/2011/1882] cita algunos ejemplos de lo que puede considerarse potestades administrativas que delimitan al ámbito público la naturaleza mixta de los Colegios Profesionales: *“[...]solo en la medida en que el ordenamiento jurídico encomienda a las corporaciones algo de lo que bien podría ocuparse una Administración territorial- por poner un ejemplo obvio, la verificación de los requisitos de acceso a las profesiones tituladas o el control disciplinario sobre el ejercicio de estas- ostentan aquellas la condición de Administración Pública]”*.

Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de febrero de 2008 [RJCA/2008/147] declaró que *“no basta que una actividad desarrollada por el Colegio esté comprendida entre sus fines para que dicha actividad tenga la consideración de función pública (...) Sólo desarrollará funciones públicas cuando el Colegio (...) ejerza competencias administrativas encaminadas a satisfacer el interés general, bien porque una norma jurídica así se lo atribuya expresamente, especialmente la Ley de creación, bien porque se lo haya delegado la Administración tutelante”*.

De manera que, la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas notificados a esta Comisión por el CCFC -venta del servicio telefónico fijo disponible al público en acceso directo, operador móvil virtual prestador de servicios, proveedor de acceso a Internet- constituye una actividad ajena por completo a las funciones públicas que el propio CCFC realiza, tratándose de un caso atinente a situaciones *ad intra* carentes de interés público y no susceptible de dimensionar la naturaleza del CCFC a la categoría de Administración Pública.

En atención a las anteriores consideraciones, el CCFC y por ende los Colegios Profesionales que lo integran, cuando prestan los servicios de comunicaciones electrónicas, objeto de inscripción en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas de esta Comisión, no pueden considerarse como en ejercicio de potestades administrativas y necesariamente ha de concluirse que en estos casos actúan como una entidad privada y no como una Administración Pública a los efectos de la normativa en materia de Telecomunicaciones. Por lo que, finalmente, procede dejar sin efecto los fundamentos de derecho séptimo a noveno, así como los apartados tercero a quinto de la parte dispositiva de la Resolución de fecha 31 de agosto de 2011 (procedimiento RO 2011/1950), que determinan la consideración de la entidad recurrente como Administración Pública y su sujeción a determinadas obligaciones regulatorias.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión



RESUELVE:

PRIMERO.- Estimar el recurso de reposición interpuesto por el Consell de Col·legis Farmacèutics de Catalunya contra la Resolución de esta Comisión de fecha 31 de agosto de 2011 recaída en el procedimiento RO 2011/1950, sobre su inscripción en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas como persona autorizada para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, que resulta modificada en los términos expresados en el Fundamento Segundo (in fine) de la presente resolución.

Este certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el artículo 23.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de su Consejo de fecha 20 de diciembre de 2007 (BOE núm. 27, de 31 de enero de 2008), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, 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, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro recurso que estimen procedente en defensa de sus derechos en virtud de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros.