



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

### CERTIFICA:

Que en la Sesión nº 04/09 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 29 de enero de 2009, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el que se aprueba la:

#### **RESOLUCIÓN RELATIVA AL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. CONTRA LA RESOLUCION DE FECHA 25 DE SEPTIEMBRE DE 2008 SOBRE LA DETERMINACION DE LOS OPERADORES OBLIGADOS A CONTRIBUIR AL FONDO NACIONAL DEL SERVICIO UNIVERSAL POR LOS EJERCICIOS 2003, 2004 Y 2005 (AJ 2008/1893)**

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por France Telecom España, S.A. contra la Resolución de fecha 25 de septiembre de 2008 sobre la determinación de los operadores obligados a contribuir al fondo nacional del servicio universal (MTZ 2007/1459), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 04/09 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

### HECHOS

**PRIMERO.-** Con fecha 25 de septiembre de 2008 el Consejo de esta Comisión dictó una Resolución sobre la determinación de los operadores obligados a contribuir al fondo nacional del servicio universal por los ejercicios 2003, 2004 y 2005. En la citada Resolución se determina que, entre otras, la entidad France Telecom España, S.A. (en adelante, Orange), deberá contribuir al Fondo Nacional del servicio universal en los años citados anteriormente y en las cantidades establecidas en la misma<sup>1</sup>.

**SEGUNDO.-** Con fecha 3 de noviembre de 2008 Orange interpuso recurso potestativo de reposición contra la Resolución a la que se refiere el

---

<sup>1</sup> Concretamente debería contribuir para el año 2003 con la cantidad de 1.850.432,69 €, para el año 2004 con la cantidad de 8.932.556,43 € y para el año 2005 con la cantidad de 8.197.159,75 €.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

antecedente anterior, recurso que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el día 6 del mismo mes y año.

Como alegación principal invoca la nulidad de pleno Derecho de la Resolución recurrida por haber vulnerado la libre competencia protegida, tanto por el artículo 38 de la Constitución Española como por la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, al haberle perjudicado sin razones objetivas *“en la forma en que ha estructurado los porcentajes con los que deben contribuir los operadores obligados”* obviando los dos Reales Decretos que regulaban la materia, a saber, el Real Decreto 1736/1998<sup>2</sup> (en adelante, RD 1736/1998) y el que le vino a sustituir, el Real Decreto 424/2005<sup>3</sup> (en adelante, RD 424/2005), vulneración que se manifiesta en lo siguiente:

- 1) Ausencia de proporcionalidad de las contribuciones, financiación encubierta al grupo Telefónica y vulneración de la libre competencia como consecuencia del tratamiento de la compensación del coste neto de la prestación del servicio TRAC<sup>4</sup>.

Considera que la manifestación de esta Comisión relativa a la improcedencia de revisar las partidas que forman parte del coste neto del servicio universal en el marco del procedimiento que ha dado lugar a la Resolución recurrida, carece de una adecuada motivación y vulnera los preceptos básicos de proporcionalidad y libre competencia, favoreciendo además al Grupo Telefónica al sobrestimar el coste que ha soportado el Grupo en la prestación del servicio universal mediante medios especiales de acceso como es el TRAC.

Señala que la causa de lo anterior proviene de haber tenido en cuenta el precio medio de interconexión de Telefónica Móviles España, S.A. (en adelante, TME) como generador de coste en lugar del coste medio de la interconexión, lo que genera un beneficio para esta última y por ende, para el Grupo Telefónica.

Continúa que, dado que la aplicación de lo señalado en el párrafo anterior ha supuesto un beneficio para TME y un coste para TESAU, procede determinar las contribuciones correspondientes de forma que no se distorsione la competencia ya que en caso contrario *“lo que esa Comisión consigue es transformar una obligación para compensar un coste, en una subvención para Telefónica Móviles y el Grupo Telefónica en su conjunto, contraria a la libre competencia”*.

---

<sup>2</sup> Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el Título III de la Ley General de Telecomunicaciones en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones.

<sup>3</sup> Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios.

<sup>4</sup> Telefonía Rural de Acceso Celular.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por lo anterior concluye que un trato proporcionado y ajustado a la legalidad del efecto TRAC supone incrementar la contribución de TME en 23 puntos porcentuales, y reducir las contribuciones de TESAU, Vodafone y Orange en 14, 5 y 3 puntos porcentuales respectivamente.

- 2) Sobre la ausencia de motivación y contravención de la libre competencia que se desprende de la forma de designar los operadores obligados al pago.

Recuerda que en el marco del expediente que finalizó en la Resolución recurrida señaló que la contabilización debería realizarse *“por un lado, [...]por separado de los ingresos según servicios, a saber, de comunicaciones fijas o de comunicaciones móviles; y por otro lado, la contabilización de manera acumulada de los ingresos referidos a un mismo servicio de un grupo empresarial”* solicitudes sobre las que esta Comisión bien no ha dado una respuesta lo suficientemente motivada bien *“no ha motivado en absoluto”*.

Como fundamento de las solicitudes expuestas manifiesta que los dos Reglamentos reguladores del servicio universal referenciados anteriormente introducen la posibilidad de diferenciar según servicios y que sin embargo, esta Comisión ha realizado una *“lectura demasiado sencilla de las implicaciones de la definición de operador que contiene la Ley”* sin entrar a valorar si ésta es acorde con los principios de no discriminación y neutralidad competitiva y que la consecuencia de dicha interpretación es que un operador tendrá una contribución mayor por la decisión de convertirse en un operador integrado en vez de optar por otras formas organizativas como es la del grupo empresarial.

Por lo anterior considera que esta Comisión, con la interpretación realizada de la definición de operador sienta un precedente que, en años venideros *“supondrá un perjuicio para mi representada únicamente por elegir una estructura societaria determinada...”*.

- 3) Sobre el quebrantamiento de la libre competencia que conlleva el tratamiento de los servicios de comunicaciones móviles DCS en la determinación del criterio de reparto.

Respecto al rechazo de esta Comisión de considerar a la telefonía móvil DCS como servicio diferenciado a efectos de aplicar una medida correctora al aplicar el criterio de reparto por considerar que éste no es un servicio distinto del prestado mediante GSM señala que, una vez más, esta Comisión ha omitido valorar si tal interpretación es acorde con los principios de no discriminación y neutralidad competitiva establecidos en el RD 424/2005.

Señala que una contribución proporcionada ha de ser reflejo de las rentabilidades de los operadores involucrados y no de los ingresos ya que estos últimos sobrestiman el peso de las contribuciones cuando los costes



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

subyacentes son superiores y añade que sólo la diferencia de márgenes en los tráficos de interconexión intercambiados a favor de TME y por extensión, al Grupo Telefónica, *“ha supuesto una inyección de dinero más que suficiente para la financiación del servicio universal en el caso de mi representada”*.

Por lo anterior señala que esta Comisión, para el período comprendido entre el 5 de noviembre de 2003 y 29 de abril de 2005, en aplicación de la previsión contenida en el RD 1736/1998<sup>5</sup> relativa a la aplicación de un coeficiente corrector a los ingresos obtenidos por los operadores del servicio de telefonía móvil, debería haber analizado de manera activa y positiva las implicaciones derivadas de las diferencias entre las tarifas de interconexión de los operadores móviles. Añade que su rama de actividad ha estado percibiendo durante los años en que se solicita su participación en la financiación del coste neto del servicio universal, unas tarifas de interconexión más altas que el resto de operadores móviles debido a los mayores costes que afrontaba y que todavía afronta al prestar el servicio de telefonía móvil, habiéndose tenido en cuenta, en consecuencia, unos ingresos *“inflados”* de su representada en relación con los ingresos de los otros dos operadores móviles sin representar el beneficio real obtenido por la misma.

**TERCERO.-** Con fecha 4 de diciembre de 2008 el Consejo de esta Comisión aprobó una Resolución desestimando la suspensión de la ejecutividad de la Resolución recurrida solicitada por Orange.

**CUARTO.-** Con fecha 15 de diciembre de 2008 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión, escrito de alegaciones presentado en nombre y representación de TESAU y TME al recurso de reposición al que se refiere el antecedente de hecho Segundo de la presente Resolución.

En el citado escrito manifiestan básicamente lo siguiente:

- 1) Sobre la supuesta: ausencia de proporcionalidad de las contribuciones, financiación encubierta al grupo Telefónica y vulneración de la libre competencia como consecuencia del tratamiento de la compensación del coste neto de prestación del servicio TRAC.

En relación con las alegaciones de la recurrente referenciadas en el epígrafe, pone de manifiesto que el coste neto del servicio universal correspondiente a los años 2003, 2004 y 2005 fue establecido en otro acto administrativo aprobado por el Consejo de esta Comisión, distinto al impugnado en el recurso de reposición que ha dado lugar a la presente Resolución.

---

<sup>5</sup> El penúltimo párrafo del artículo 32.1 del RD 1736/1998 en relación con los parámetros de reparto del coste neto entre los operadores obligados establece que *“En el caso de los operadores del servicio de telefonía móvil, dichos ingresos se ponderarán mediante los coeficientes que apruebe la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, teniendo en cuenta el grado en el que sea sustituible la telefonía móvil por la fija y los niveles de tarifas para interconexión y para usuarios finales”*.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Señala que dicha Resolución constituye un acto administrativo ejecutivo y firme, que produce sus efectos desde la fecha de su adopción, siendo los tribunales de justicia los únicos que pueden revisarlo y declarar su conformidad o no a Derecho, por lo que será plenamente vigente hasta que el pertinente órgano judicial se pronuncie al respecto.

- 2) Sobre la supuesta ausencia de motivación y contravención de la libre competencia que se desprende de la forma de designar a los operadores obligados al pago.

Alegan que la alegación de la recurrente carece de soporte alguno por cuanto que el artículo 47 del RD 424/2005 establece que la financiación del coste neto resultante de la obligación de prestación del servicio universal será compartida por todos los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y *“en ningún caso, considera la figura de grupo empresarial”*.

- 3) Sobre el supuesto quebrantamiento de la libre competencia que conlleva el tratamiento de los servicios de comunicaciones móviles DCS en la determinación del criterio de reparto.

Sobre los supuestos costes superiores en que ha incurrido la recurrente reitera lo manifestado en su alegación primera en el sentido de que la presente alegación *“no es válida en el contexto de la resolución recurrida”*.

Concluye que en virtud de lo expuesto la Resolución de 25 de septiembre de 2008 es conforme a Derecho y adolece del vicio de nulidad de pleno Derecho alegado por la recurrente.

A los anteriores hechos les son de aplicación los siguientes

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### I.- Fundamentos jurídicos procedimentales.

##### Primero.- Calificación del acto.

El artículo 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, 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 cualesquiera 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 con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión de 6 de noviembre de 2008, 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 potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado, calificar al escrito presentado como un recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución de esta Comisión de fecha 25 de septiembre de 2008.

### **Segundo.- Admisión a trámite.**

El recurso de reposición 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 su admisión a trámite.

### **Tercero.- Competencia y plazo para resolver.**

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. El presente recurso deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, esto es, el 6 de noviembre de 2008, 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.

### **Cuarto.- Legitimación de la entidad recurrente.**

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. La entidad recurrente ostenta la condición de interesada por cuanto que ya lo era en el procedimiento que dio como resultado la resolución objeto de impugnación. En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a la recurrente para la interposición del presente recurso potestativo de reposición.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### II. Fundamentos jurídicos materiales.

**Primero.- Sobre la ausencia de proporcionalidad de las contribuciones, la financiación encubierta al grupo Telefónica y la vulneración de la libre competencia como consecuencia del tratamiento de la compensación del coste neto de prestación del servicio TRAC.**

La recurrente considera que la desestimación de su solicitud de revisión de las partidas que forman parte del coste neto del servicio universal carece de una adecuada motivación. En este sentido manifiesta que la metodología aplicada para el cálculo de aquel sobrestima el coste que ha soportado el Grupo Telefónica en la prestación del servicio universal mediante medios especiales de acceso como es el TRAC ya que, al haberse tenido en cuenta el precio medio de interconexión de TME como generador de coste y no el coste medio de la interconexión, se produce un beneficio para esta última y en consecuencia para el Grupo.

Por lo anterior señala que, dado que en aplicación del método referenciado, el coste que le ha supuesto a TESAU la prestación del servicio universal a través de la tecnología TRAC ha generado, a su vez, un beneficio para TME, la realización de un trato proporcionado implicaría, por una parte, incrementar la contribución de TME a la financiación de aquel y reducir, por otra, su propia contribución junto con la de Vodafone y TESAU.

En atención a la alegación de la recurrente y reiterando lo que ya se estableció en la Resolución recurrida procede señalar que *“Lo que pretende la operadora es en sí mismo, una nueva modificación en la estimación del coste neto del servicio universal, más allá de la que ya supuso la estimación parcial del Recurso y ello no es objeto de este procedimiento”*. Y es que, efectivamente, la utilización de uno u otro parámetro para contabilizar el coste que le supone a TESAU la prestación de un medio especial de acceso como es el TRAC, no constituía el objeto de la Resolución recurrida. En ella en ningún momento debían tenerse en cuenta los costes que TESAU debía afrontar por la prestación de un determinado servicio, sino los ingresos obtenidos por los operadores obrantes en el Registro de Operadores a efectos de determinar si debían contribuir a la financiación del servicio universal prestado por TESAU.

De manera que, debido a la aplicación del método utilizado por esta Comisión para la determinación del coste neto de la prestación del servicio universal, en modo alguno cabe afirmar que esta Comisión haya podido vulnerar el principio de proporcionalidad al que debe someterse el mecanismo de distribución de las contribuciones para la financiación de la prestación del citado servicio.

Se ha de rechazar, por tanto, su alegación relativa a que la desestimación de su solicitud de revisión de las partidas que forman parte del coste neto del servicio universal carecía de una adecuada motivación por cuanto que, tal y



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

como se estableció en la Resolución recurrida, ésta no formaba parte del objeto del procedimiento en cuestión, procediendo poner de manifiesto que la recurrente confunde su disconformidad con la Resolución recurrida con una ausencia de motivación de la misma, que se cumple cuando se dan a conocer las razones que fundamentan la decisión adoptada, permitiendo tanto el ejercicio del derecho de defensa como el eventual control en vía administrativa y jurisdiccional, requisito que, tal y como ha podido acreditarse, concurre plenamente en la Resolución impugnada.

### **Segundo.- Sobre la contravención de la libre competencia como consecuencia de la forma de designar a los operadores obligados a contribuir al servicio universal**

Orange señala que la desestimación de su solicitud relativa a que se contabilizara de manera acumulada los ingresos referidos a un mismo servicio de un grupo empresarial carece de una adecuada motivación, motivación que por otra parte llega a ser incluso inexistente en la desestimación de su solicitud de contabilizar por separado los ingresos según servicios de comunicaciones fijas o móviles.

Asimismo señala que la forma en la que esta Comisión ha determinado este año las cuotas que corresponden a los sujetos obligados a la contribución del servicio universal sienta un precedente que en años venideros le supondrá un perjuicio.

Respecto a su primera alegación procede reiterar lo señalado en el fundamento anterior, a saber, que la recurrente confunde su disconformidad con la Resolución impugnada con una ausencia de motivación de la misma ya que, tal y como se indicaba en aquella, de acuerdo con el principio "*in claris non fit interpretatio*" la alegación de la recurrente debía ser desestimada en estricta aplicación de lo establecido en los preceptos reguladores de la materia.

Esto es, el artículo 24 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) establece que "*El coste neto de la obligación de prestación del servicio universal será financiado por un mecanismo de compensación... por todas o determinadas categorías de operadores*". En desarrollo de aquel, el artículo 47.2 del RD 424/2005 establece que "*La financiación del coste neto resultante de la obligación del servicio universal será compartida por todos los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas*". En este mismo sentido, el apartado 2º del artículo 22 del RD 1736/1998 establecía que "*La financiación del coste neto resultante de la obligación de prestación del servicio universal será compartida por todos los operadores<sup>6</sup> que exploten redes públicas de telecomunicaciones y por los prestadores de servicios telefónicos disponibles al público*".

---

<sup>6</sup> Los subrayados son nuestros.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A partir de lo anterior procede recordar que la definición de operador contenida en el Anexo II de la LGTel dispone que ostentará dicha condición *“toda persona física o jurídica que explota redes públicas de comunicaciones electrónicas o presta servicios de comunicaciones electrónicas...”*.

Pues bien, sin ser ni esta Comisión ni la presente Resolución, respectivamente, ni el órgano ni el acto pertinente para establecer las diversas particularidades de las que se ve afecto el régimen jurídico de los grupos empresariales, lo que en modo alguno cabe desconocer es que, sin perjuicio de las distintas personalidades jurídicas que ostentan las sociedades que forman un grupo empresarial, éste como tal, carece de dicha personalidad, ostentando sin embargo la misma, de forma autónoma e independiente, cada una de las sociedades que forman parte del grupo.

De manera que, un grupo empresarial como tal no podrá ostentar la condición de operador explotador de una red o prestador de un servicio de comunicaciones electrónicas y por ende, no podrá imponérsele en tal condición la obligación de contribuir a la financiación de la prestación del servicio universal.

Sin perjuicio de lo expuesto procede recordar, tal y como se hizo en la Resolución recurrida, que el Tribunal Supremo en una Sentencia relativamente reciente ha establecido un criterio susceptible de aplicación analógica al objeto de la presente Resolución. Así, con fecha 29 de enero de 2008<sup>7</sup>, en relación con la configuración de los grupos de empresas como operadores principales en los mercados nacionales de servicios de telefonía fija y móvil, estableció que *“si la voluntad del legislador hubiera sido otra habría expresamente mencionado a los Grupos de empresas como susceptibles de ser incluidos en la categoría de operador principal, al igual que lo ha establecido en tantos otros campos del ordenamiento jurídico, pues no puede pensarse que en el momento presente y en los ámbitos de que se trata, se hubiera omitido inadvertidamente una realidad que está patente en ellos (...)”*.

En definitiva, si bien en el ámbito del servicio universal existen ciertos aspectos que deberán ser concretados mediante el establecimiento por parte de esta Comisión de los criterios que estime pertinentes, tal y como se realizó en la Resolución por la que se estimó el coste neto de la prestación del servicio universal en relación con el concepto jurídico indeterminado de “carga injustificada”, llenándolos de contenido mediante la aplicación a las circunstancias específicas, en lo que respecta a la condición que habrán de ostentar las entidades que deberán contribuir a la financiación del servicio universal, la Ley no ha dejado margen de interpretación alguno, debiendo en consecuencia esta Comisión limitarse a aplicar estrictamente lo establecido en los preceptos que le resultan de aplicación.

---

<sup>7</sup> Recurso 5965/2004.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En segundo lugar, la recurrente manifiesta que esta Comisión omitió realizar referencia alguna a su solicitud relativa a que se contabilizaran por separado los servicios de comunicaciones fijas y móviles. La recurrente vincula su alegación al hecho de no haber utilizado los factores correctores a los que hacen referencia tanto el RD 1736/1998 como el RD 424/2005, vinculación que será analizada en el siguiente fundamento de Derecho.

Por último, Orange alega que la forma conforme a la que esta Comisión ha determinado las cuotas que corresponden a cada uno de los sujetos obligados a contribuir a la financiación del servicio universal sienta un precedente que en un futuro, podría suponerle un perjuicio.

En atención a lo manifestado por la recurrente procede recordar que es reiterada la doctrina jurisprudencial<sup>8</sup> según la cual el precedente administrativo no vincula ni a la Administración ni a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y que además, la LRJPAC permite implícitamente la separación de dicho precedente al establecer en su artículo 54 que habrán de motivarse aquéllos actos administrativos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes.

En atención a lo anterior cabe señalar que a partir del momento en que esta Comisión estimara, en su caso, que el mecanismo de designación objeto de impugnación ya no sirve los intereses y objetivos que ha de perseguir la regulación de las telecomunicaciones y concretamente, la financiación de la prestación del servicio universal, en cumplimiento siempre de la normativa que le resulte de aplicación, podrá iniciar la modificación del mismo, sin quedar vinculado por el precedente.

### **Tercero.- Sobre el quebrantamiento de la libre competencia que conlleva el tratamiento de los servicios de comunicaciones móviles DCS**

Orange manifiesta que una contribución proporcionada debería ser reflejo, no de los ingresos sino de las rentabilidades de los operadores involucrados ya que los primeros sobrestiman el peso de las contribuciones. Añade que, en virtud de los factores correctores a los que aludía el RD 1736/1998 y a los que alude el RD 424/2005, esta Comisión no debería haber rechazado su solicitud de considerar la telefonía móvil DCS como servicio diferenciado, omitiendo valorar si su interpretación es acorde con los principios de no discriminación y de neutralidad competitiva.

En primer lugar, en lo que respecta a su solicitud de que las contribuciones se basen en las rentabilidades procede volver a señalar, tal y como sucedía en el

---

<sup>8</sup> Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2003 -RJ 8033-, 4 de diciembre de 2002 -RJ 10832-, 17 de mayo de 1996 -AJ 4159- y 13 de julio de 1991 -RJ 6775.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

fundamento anterior, que no corresponde a esta Comisión determinar en función de qué criterio se fijan aquellas ya que dicha cuestión ha sido plenamente establecida en los dos Reglamentos reguladores de la materia, a saber, los citados RD 1736/1998 y RD 424/2005, previéndose en ambos el mismo criterio, esto es, que éste se basaría en la cantidad resultante de detracer de los ingresos brutos de explotación los pagos por interconexión, siendo además proporcionales al volumen total de negocio en el mercado.

Procede señalar que si bien ambas normas preveían y prevén la posibilidad de que, en su momento, el Ministerio de Fomento y en la actualidad, el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, pudieran establecer otros parámetros de distribución, en función de la evolución tecnológica y de las condiciones del mercado, que representasen mejor la actividad de los operadores, dado que dicha facultad hasta la fecha no ha sido ejercida, el único criterio determinante de las aportaciones que han debido realizar los operadores involucrados ha sido el expuesto anteriormente.

Por lo anterior y una vez más, de estimarse la alegación de la recurrente esta Comisión estaría incurriendo en una infracción del ordenamiento jurídico por cuanto que la legislación vigente en modo alguno alude a que la determinación de los ingresos brutos deba realizarse en función de las rentabilidades obtenidas por los operadores.

En segundo lugar la recurrente manifiesta que esta Comisión en aplicación de los factores correctores a los que alude, tanto el RD 1736/1998 como el RD 424/2005, debería haber tenido en cuenta el mayor coste que le suponía la prestación de telefonía móvil DCS.

En atención a la alegación de la recurrente procede analizar por una parte el factor corrector al que alude el RD 1736/1998 y por otra, el contenido en el RD 424/2005.

En lo que respecta al RD 1736/1998 procede recordar exactamente lo que, en relación con el factor corrector, establecía su artículo 32:

*“En el caso de los operadores del servicio de telefonía móvil, dichos ingresos se ponderarán mediante los coeficientes que apruebe la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, teniendo en cuenta el grado en el que sea sustituible la telefonía móvil por la fija y los niveles de tarifas para interconexión y para usuarios finales”.*

La recurrente interpreta el párrafo expuesto en el sentido de que el factor corrector allí establecido debería haber tenido en cuenta el hecho de que haya tenido un nivel de ingresos inflado por haber tenido mayores tarifas de interconexión sin que ello le haya supuesto mayores beneficios ya que los costes que afrontaba eran mucho mayores que los afrontados por sus competidoras.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Pues bien, procede señalar que la interpretación que la recurrente realiza del párrafo expuesto en ningún caso coincide con el espíritu del mismo.

Tal y como puede observarse, de lo establecido en el mismo se deduce que el establecimiento de dichos factores debía tener en cuenta dos premisas:

- El grado en que fuera sustituible la telefonía móvil por la fija.
- Los niveles de tarifas para interconexión y para usuarios finales.

Esto es, lo que pretendía el citado apartado era ponderar los importantes efectos que en el ámbito de la telefonía fija estaba teniendo la cada vez mayor utilización de la telefonía móvil, hecho que también fue resaltado por los Tribunales<sup>9</sup> al establecer que, a efectos de estimar la existencia o no de una desventaja competitiva se debía valorar no sólo el mercado de referencia de telefonía fija, sino el de la telefonía móvil y las redes públicas.

Esto es, de la lectura del párrafo expuesto no puede sino concluirse que lo que el legislador pretendía era introducir coeficientes de manera que se ponderara la absorción que se estaba produciendo de la telefonía fija por la móvil y en relación a los niveles de tarifas para interconexión, establecer una diferencia entre los operadores móviles y fijos a la hora de contribuir, por cuanto las tarifas de interconexión y las tarifas a usuarios finales de unos y otros diferían enormemente, debiéndose valorar especialmente la posición competitiva de los móviles de cara a determinar la desventaja competitiva que en el citado Real Decreto era condición necesaria para la apertura del Fondo Nacional de Financiación del Servicio Universal, cuando hasta la fecha sólo se había considerado la posición de TESAU y el resto de operadores fijos.

Por lo anterior y contrariamente a lo pretendido por la recurrente, la aplicación del factor solicitado por la misma supone una mayor aportación por parte de los operadores móviles a la financiación de la prestación del servicio universal. Así, en la Resolución recurrida en relación a la solicitud de TESAU de que se aplicara el factor de continua referencia alegando que se debería realizar un análisis del grado de sustituibilidad efectiva entre la telefonía fija y móvil al objeto de establecer los parámetros de reparto del coste neto del servicio universal, esta Comisión manifestó que:

*“Puesto que la aportación de los operadores se realiza a partir de los ingresos brutos de explotación reducidos los pagos de interconexión, los propios ingresos crecientes de los operadores móviles frente a los servicios vocales de telefonía fija, incorporan ya el efecto sustitución fijo por el móvil.*

*Ello se puede constatar al observar la tendencia de la contribución al Fondo que según el Informe a Audiencia debería hacer cada operador, así como de los gráficos del Fundamento de Derecho Quinto de esta Resolución, donde se*

<sup>9</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de noviembre de 2006.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*percibe que el volumen de ingreso de los operadores móviles reduce progresivamente la diferencia que tiene con los ingresos de TESAU”*

Por otra parte, en lo que respecta al análisis del RD 424/2005 procede una vez más remitirnos a lo establecido en la Resolución recurrida en relación a que, contrariamente a lo manifestado por la recurrente *“la posible corrección vendría dada, en su caso, por la introducción de un factor corrector en función del servicio prestado y no de una determinada tecnología, como es en este caso la DCS 1800 MHz. Tal es así, que los servicios que presta Orange como operador de telefonía móvil son los mismos que prestan sus directos competidores y si bien dispone de una tecnología distinta, no implica que los servicios que preste por medio de ella, sean distintos de los servicios de telefonía móvil que prestan sus competidores. Por tanto, se debe aclarar a Orange que en ningún caso el factor corrector coste está contemplado en el Reglamento”*.

Por lo anterior, en modo alguno cabe considerar que se pueda estar discriminando a la recurrente ya que el apartado a) del artículo 48.3 del RD 424/2005 no alude a la aplicación de un factor corrector en función de una u otra tecnología sino en función de los distintos servicios que se puedan prestar.

Por último, en lo que respecta a la supuesta infracción del principio de neutralidad competitiva procede recordar que el principio invocado por la recurrente en el marco de la alegación esgrimida se encuentra vinculado al mecanismo de aportación y concesión de ayudas en el ámbito de la financiación del servicio universal<sup>10</sup>, mecanismo que hasta la fecha no ha sido implantado, sin haber resultado posible, en consecuencia, vulnerar el principio alegado por la recurrente.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

### RESUELVE

Desestimar el recurso de reposición interpuesto por France Telecom España, S.A. contra la Resolución de esta Comisión de fecha 25 de septiembre de 2008 sobre la determinación de los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del Servicio Universal por los ejercicios 2003, 2004 y 2005, Resolución que se confirma en sus propios términos.

---

<sup>10</sup> El apartado 3.c) del artículo 48 del RD 424/2005 establece que *“El mecanismo de concesión de ayudas mantendrá la neutralidad competitiva, entendiendo por tal la que no suponga ventajas ni desventajas de un operador frente a otro, ni favorezca una tecnología frente a otra”*.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, 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 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

Ignacio Redondo Andreu

Reinaldo Rodríguez Illera