



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 09/13 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 7 de marzo de 2013, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

Resolución por la que se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución de fecha 20 de diciembre de 2012 sobre la determinación de los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del Servicio Universal por el ejercicio 2009 (AJ 2013/109).

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución de fecha 20 de diciembre de 2012 recaída en el procedimiento MTZ 2012/416.

En el marco del procedimiento iniciado con fecha 8 de marzo de de 2012 sobre la determinación de los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del Servicio Universal por el ejercicio 2009, esta Comisión aprobó con fecha 20 de diciembre de 2012 la resolución del procedimiento y acordó que los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del Servicio Universal (en adelante, FNSU) por el ejercicio 2009 son los siguientes:

OPERADOR (cifras expresadas en unidades de euro)	Base de reparto 2009	Contribución al FNSU 2009
TESAU	9.255.916.040	17.750.118
TME	7.360.047.353	14.114.401
VODAFONE	5.276.866.459	10.119.474
ORANGE	2.502.838.041	4.799.705
TOTAL	--	46.783.698



Segundo.- Recursos potestativos de reposición presentados contra la Resolución de fecha 20 de diciembre de 2012 y acumulación de los mismos en un único procedimiento.

Han presentado recurso contra la citada Resolución las entidades Telefónica de España, S.A.U. y Telefónica Móviles España, S.A.U.

Teniendo en cuenta la identidad sustancial del objeto de ambos recursos de reposición presentados, se acordó la acumulación de los mismos en el presente procedimiento AJ 2013/109.

Tercero.- Alegaciones contenidas de los recursos de reposición presentados.

Los escritos de recurso presentados por ambas entidades son idénticos en su contenido, y solicitan la anulación de la resolución recurrida al considerar que la misma resulta arbitraria, discriminatoria, desproporcionada y carente de motivación.

Las entidades recurrentes manifiestan que no queda justificado el motivo por el que esta Comisión determina que únicamente deben contribuir los cuatro primeros operadores por ingresos y no el resto de operadores. Según ambas entidades, *“al elegir qué operadores deberán contribuir a financiar el coste neto del servicio universal, no se atiende a la literalidad de lo dispuesto en la normativa, que reconoce la posibilidad de la CMT de exonerar a operadores por debajo del umbral preestablecido por ella”*. Para ambas entidades, esta situación se vuelve especialmente perjudicial en la medida en que la situación económica de operadores exonerados se incrementa año tras año.

Para justificar las alegaciones anteriores, las entidades recurrentes, además de presentar una extensa explicación sobre el alcance de la potestad discrecional en las actuaciones de las administraciones públicas y, en particular, de esta Comisión, alude a la existencia del anteproyecto de Ley General de Telecomunicaciones que se encuentra actualmente en fase de tramitación, el cual en su versión actual establece que el servicio universal será financiado por aquellos operadores que obtengan por la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas unos ingresos brutos de explotación anuales superiores a 100 millones de euros.

Por todo lo anterior, se solicita a esta Comisión que anule la resolución de fecha 20 de diciembre de 2012, y dicte otra resolución en la que se amplíen la relación de operadores obligados a contribuir al mismo, estableciendo como umbral objetivo y proporcionado el de ingresos brutos de explotación en el año 2009 superiores a 100 millones de euros.

Cuarto.- Inicio del procedimiento.

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 30 de enero de 2013, se notificó a los interesados el inicio del procedimiento concediéndoles un plazo de 10 días para presentar alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio que estimasen pertinentes.

Con fecha 1 de marzo de 2013, ha tenido entrada un escrito de alegaciones de Vodafone en el que solicita la anulación de la resolución y que se dicte una nueva ampliando la relación de operadores obligados a contribuir al FNSU.

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



II FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

Primero.- Calificación.

El artículo 107.1 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 y los actos de trámite cualificados 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.

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.

Las entidades recurrentes califican expresamente sus escritos como recursos potestativos 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 los escritos presentados como recursos de reposición, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC.

Segundo.- Legitimación de las entidades recurrentes.

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado para la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. A su vez, el artículo 31 de la misma Ley prevé que se consideran interesados en el procedimiento administrativo quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos y los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

De acuerdo a lo señalado, las entidades recurrentes ostentan la condición de interesados en el presente procedimiento por cuanto las medidas que establece la Resolución impugnada trascienden al interés público y tienen incidencia en sus derechos e intereses legítimos.

Tercero.- Admisión a trámite.

Los recursos de reposición fueron interpuestos dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la LRJPAC y además, cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la misma Ley, por lo que debe entenderse interpuestos en tiempo y forma, procediendo su admisión a trámite.

Cuarto.- Competencia y plazo para resolver.

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



Asimismo, el artículo 117.2 de la LRJPAC dispone que los recursos deben ser resueltos y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente al de su recepción. Sin embargo, tal y como prevé el artículo 43.2 de la misma Ley, en defecto de notificación en plazo de la resolución expresa, el silencio administrativo tendrá efecto desestimatorio, sin perjuicio del deber de la Administración de resolver con posterioridad confirmando o no el sentido del silencio.

II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

Único.- Sobre los motivos de impugnación alegados en los escritos de recurso.

Las entidades recurrentes manifiestan que no queda justificado el motivo por el que esta Comisión determina que únicamente deben contribuir los cuatro primeros operadores por ingresos y no el resto de operadores. Según ambas entidades, *“al elegir qué operadores deberán contribuir a financiar el coste neto del servicio universal, no se atiende a la literalidad de lo dispuesto en la normativa, que reconoce la posibilidad de la CMT de exonerar a operadores por debajo del umbral preestablecido por ella”*. Para ambas entidades, esta situación se vuelve especialmente perjudicial en la medida en que la situación económica de operadores exonerados se incrementa año tras año.

Para justificar las alegaciones anteriores, las entidades recurrentes, además de presentar una extensa explicación sobre el alcance de la potestad discrecional de las administraciones públicas y, en particular, de esta Comisión, aluden a la existencia del anteproyecto de Ley General de Telecomunicaciones que se encuentra actualmente en fase de tramitación, el cual en su versión actual establece que el servicio universal será financiado por aquellos operadores que obtengan por la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas unos ingresos brutos de explotación anuales superiores a 100 millones de euros.

Por todo lo anterior, se solicita a esta Comisión que anule la resolución de fecha 20 de diciembre de 2012, y dicte otra resolución en la que se amplíen la relación de operadores obligados a contribuir al mismo, estableciendo como umbral objetivo y proporcionado el de ingresos brutos de explotación en el año 2009 superiores a 100 millones de euros.

Las entidades recurrentes basan gran parte de sus escritos de recurso en señalar que esta Comisión, en la determinación de los operadores obligados a contribuir al FNSU por el ejercicio 2009, si bien tiene un grado de discrecionalidad otorgado por la propia normativa y jurisprudencia, la falta de justificación de la determinación del umbral mínimo a partir del cual se determina qué operador debe contribuir convierte la citada discrecionalidad en arbitrariedad.

Cabe señalar al respecto, que idéntica alegación ya ha obtenido respuesta por esta Comisión en anteriores procedimientos sobre la determinación de los operadores a contribuir al FNSU en ejercicios anteriores, así como en la propia Resolución que ahora se recurre, y además ha sido tratada en diversas sentencias de la Audiencia Nacional¹.

En atención a ello, parece razonable y conveniente que para dar respuesta a las alegaciones presentadas en el presente procedimiento, esta Comisión traiga a colación los criterios judiciales existentes en relación con el asunto, cuyo grado de consolidación resulta evidente si tenemos en cuenta el criterio uniforme de ambas sentencias en relación con el procedimiento de determinación de los operadores obligados a contribuir al FNSU.

¹ SAN de fecha 22 de noviembre de 2010 (JUR 2010\413793) y SAN de 11 de febrero de 2013 (Recurso 909/2010).



La reciente Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de febrero de 2013, que resuelve un recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de esta Comisión de fecha 8 de julio de 2010, sobre los operadores obligados a contribuir al FNSU por el ejercicio 2007, parte de una apreciación acertada al señalar que los criterios aplicados por esta Comisión para determinar los operadores obligados, en ese caso, por el ejercicio 2007, si bien también aplicables a los ejercicios 2003, 2004 y 2005, han sido debidamente justificados en el procedimiento.

Según señala la Audiencia Nacional, los criterios que utiliza esta Comisión para determinar cuáles son los operadores obligados y el porcentaje de aportación que corresponde a cada uno² son ampliamente explicados a lo largo del expediente y en la resolución del procedimiento³. Así, con la resolución por la que se inicia el procedimiento se publica un Anexo I que recoge el listado provisional de los potenciales operadores obligados a contribuir, con base exclusivamente en su declaración anual por el pago de la Tasa General de Operadores en el ejercicio correspondiente, superior a una determinada cifra de ingresos. Partiendo de ese dato económico, se realiza un requerimiento de información a aquellos operadores que superan la citada cifra sobre los ingresos brutos obtenidos y los pagos por interconexión efectuados en el ejercicio, para determinar las aportaciones correspondientes a cada operador. Posteriormente, en el informe que esta Comisión pone a disposición de los interesados en el trámite de audiencia se expone el criterio aplicado para la determinación de los operadores obligados y exonerados y finalmente en la Resolución que pone fin al procedimiento se motiva nuevamente la decisión y además se da cumplida respuesta a las alegaciones que los operadores hayan presentado en el trámite de audiencia citado.

No existe, por tanto, según la Audiencia Nacional, cuyo juicio compartimos y los trasladamos al presente recurso, ausencia de justificación en las decisiones adoptadas por esta Comisión en las Resoluciones de determinación de los operadores que deben contribuir al FNSU por los ejercicios 2003, 2004, 2005 y 2007. Por tanto, siendo idéntico el procedimiento y el grado de motivación aplicado en el procedimiento MTZ 2012/416 cuya resolución se recurre, y estando plenamente de acuerdo esta Comisión con los criterios de la Audiencia Nacional, no cabe otra respuesta que desestimar la alegación de las entidades recurrentes sobre la ausencia de justificación en la decisión adoptada.

Resuelta la alegación relativa a la ausencia de justificación, cabe ahora pronunciarse sobre el alcance de la potestad discrecional de esa Comisión para exonerar a determinados operadores de la obligación de contribuir al FNSU, cuya cobertura normativa viene prevista en el artículo 47.3 de 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, que señala que *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá exonerar a determinados operadores de la obligación de contribuir a la financiación del servicio universal cuando su volumen de negocios a escala nacional se sitúe por debajo de un umbral preestablecido por ella”*.

Parece evidente, que al no especificarse los criterios a partir de los cuales debe fijarse ese umbral, el legislador ha dejado un amplio margen de discrecionalidad técnica a esta Comisión para determinar a partir de qué ingresos deben quedar exonerados los operadores, sin que ello implique que no deba darse debida justificación a la medida, cuestión ésta que ya ha sido resuelta en el presente recurso.

² En el caso del ejercicio 2007, estos criterios son el nivel de ingresos y la utilización de la ratio “EBITDA”, que mide la rentabilidad operativa. En el caso del ejercicio 2009, únicamente se tienen en cuenta el nivel de ingresos si bien ello queda debidamente justificado.

³ Véase el Fundamento Jurídico Cuarto de la Resolución de 20 de diciembre de 2012.



La Audiencia Nacional, en la ya citada Sentencia, siguiendo idéntico criterio que la anterior de la misma Sala y sobre idénticos asuntos, ha confirmado que esta Comisión a la hora de fijar el umbral de contribución lo hace en virtud de una potestad discrecional técnica, cuyo ejercicio no equivale en forma alguna a un procedimiento arbitrario. En los casos enjuiciados, cuya identidad con el presente es indudable, la Audiencia viene señalando que *“el acuerdo impugnado de la CMT viene respaldado por el ejercicio de una competencia legalmente atribuida a la Comisión, por la tramitación de un procedimiento en el que se han observado las garantías procedimentales de los operadores afectados, a los que se ha oído en trámite de alegaciones, se ha dado respuesta a dichas alegaciones, haciendo una exposición de la normativa que se aplican y de los datos objetivamente contrastados y criterios tomados en cuenta, a la luz de los criterios que informan la materia. Por tanto, no cabe apreciar arbitrariedad alguna por la parte de la CMT en el acuerdo impugnado”*.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe advertir que, a juicio de esta Comisión, ninguna de las entidades recurrentes ofrece argumentos sólidos que demuestren que la decisión de esta Comisión resulta arbitraria y que el umbral establecido para determinar los operadores obligados carece de justificación y es desproporcionada. En este sentido, no puede ser argumento suficiente para revocar la Resolución la mera exposición, si bien de gran calidad, de los criterios generales que deben servir para que las decisiones de este Organismo sean objetivas y suficientemente razonadas, sino que se deben aportar soluciones objetivas y concretas que justifiquen su aplicación sobre las medidas adoptadas por este Organismo, cuyo propósito es el de actuar con independencia, objetividad e imparcialidad.

En este sentido, invocar la existencia del anteproyecto de Ley para defender la aplicación del umbral allí fijado, no puede ser un motivo que pueda ser acogido por esta Comisión, por cuanto, como es bien sabido, el anteproyecto de Ley no tiene ninguna fuerza jurídica vinculante por cuanto no tiene la condición de instrumento legal aplicable, y además, en su condición de texto provisional, su contenido puede verse modificado en versiones posteriores del mismo.

Por todo cuanto antecede, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones,

RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar íntegramente los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución de esta Comisión de fecha 20 de diciembre de 2012, sobre la determinación de los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del Servicio Universal por el ejercicio 2009 (MTZ 2012/416).

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 22.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de su Consejo de 30 de marzo de 2012 (BOE núm. 149, de 22 de junio de 2012), 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 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



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

noviembre, General de Telecomunicaciones, en el artículo 22 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, en la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y en 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 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