



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 número 07/10 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 11 de marzo de 2010, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución relativa al recurso de reposición interpuesto por FRANCE TELECOM contra la Resolución de 10 de diciembre de 2009 sobre la determinación de los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del Servicio Universal en el ejercicio 2006 (AJ 2010/106).

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Resolución de 10 de diciembre de 2009.

Con fecha 10 de diciembre de 2009 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó Resolución, en el expediente número AEM 2009/1021, mediante la cual se determinaron los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del servicio universal en el ejercicio 2006.

La citada Resolución acordaba en su RESUELVE lo siguiente:

<< PRIMERO.- Los operadores obligados a contribuir al Fondo nacional del servicio universal para el año 2006 así como sus contribuciones (en euros) son:

Operador	% de reparto	Contribución
Telefónica de España, S.A.U.	38,89%	29.301.278,84
Telefónica Móviles España, S.A.U.	30,50%	22.975.044,93
Vodafone España, S.A.	19,95%	15.032.417,92
France Telecom España, S.A.	10,66%	8.031.258,31

SEGUNDO.- TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U., VODAFONE ESPAÑA, S.A. y FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. deberán ingresar las cantidades señaladas en el



punto anterior, en el plazo de un mes desde la notificación de la Resolución que ponga fin al presente procedimiento.

TERCERO.- Declarar exentos para las contribuciones al Fondo nacional del servicio universal del año 2006 a los operadores no incluidos en las tablas del punto Primero.

CUARTO.- Acordar la publicación de la presente Resolución en el Boletín Oficial del Estado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 59.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones y del Procedimiento Administrativo Común, y 47.1 del Reglamento sobre condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado mediante Real Decreto 424/2005, de 15 de abril.>>

La parte dispositiva y el pie de recurso de la Resolución de 10 de diciembre de 2009 fue publicada en el Boletín Oficial del Estado número 312 del día 28 de diciembre de 2009, concretamente en su Sección V.B "Otros anuncios oficiales", páginas 159.764 y 159.765.

SEGUNDO.- Recurso de reposición de FRANCE TELECOM.

Con fecha 21 de enero de 2010 tuvo entrada en el Registro Electrónico de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de la entidad FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. (en adelante, FRANCE TELECOM), en virtud del cual interpone recurso potestativo de reposición contra la mencionada Resolución de 10 de diciembre de 2009 a la que se refiere el antecedente de hecho anterior.

La entidad recurrente muestra su disconformidad con la citada Resolución por considerarla contraria a la legislación vigente y por ser lesiva a sus intereses, sobre la base de, fundamentalmente, las siguientes alegaciones:

2.1.- Incumplimiento de la normativa sectorial en la determinación de la contribución de FRANCE TELECOM al Fondo Nacional del servicio universal.

La recurrente discrepa de la decisión de esta Comisión de computar de forma agregada desde el día 1 de enero de 2006 los ingresos brutos por operaciones y los pagos por interconexión de las entidades RETEVISIÓN MÓVIL, S.A. (en adelante, RETEVISIÓN MÓVIL) y FRANCE TELECOM, y entiende que vulnera la normativa sectorial vigente por las siguientes razones:

- En su opinión se habría considerado erróneamente que la fecha del cese de operaciones de RETEVISIÓN MÓVIL como operador jurídicamente independiente sería la que consta inscrita en el Registro Mercantil como fecha de efectos económicos de la fusión entre ambas entidades, es decir, el citado día 1 de enero de 2006 (sobre la base de las cuentas anuales del año 2006 y del acuerdo mercantil de fusión societaria), en contradicción con los datos del Registro de Operadores, en los que consta que la cancelación de la inscripción de RETEVISIÓN MÓVIL como operador jurídicamente independiente se produjo el día 30 de octubre de 2006 y que según la recurrente debería ser la fecha a tener en cuenta para a partir de la cual obligarle a agregar las cifras de negocio de sus ramas fija y móvil, no antes.



- Según la recurrente no existiría contradicción entre lo inscrito en los citados Registros, ya que el Registro que otorga la condición de operador con efectos declarativos y que informa sobre qué entidades son operadores en cada momento, es el de Operadores, tal y como establecen el artículo 7 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) y el artículo 7 del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, que aprueba el Reglamento sobre condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios (en adelante, RSU), por lo que no cabría atender a unos datos contables concretos inscritos en el Registro Mercantil para desvirtuar la condición de operador que ostentó la entidad RETEVISIÓN MÓVIL hasta el 30 de octubre de 2006.
- FRANCE TELECOM afirma que dicha decisión de utilizar el dato de la fecha de efectividad económica de la fusión en vez del de cese legal de la condición de operador contradiría la definición de operador establecida en la normativa sectorial de telecomunicaciones, concretamente en el Anexo II de Definiciones de la LGTel, y en los artículos 5.2 y 6 del RSU, y asimismo se vulneraría lo dispuesto en el artículo 24 de la LGTel y en el artículo 47 del RSU, preceptos que obligarían a contribuir al Fondo únicamente a los operadores expresamente designados como obligados a financiar el coste neto del servicio universal, excluyéndose por tanto como obligados la totalidad de las entidades integrada en los Grupos empresariales en los que eventualmente estuviesen integrados.

2.2.- Vulneración de los principios de proporcionalidad, neutralidad y no discriminación establecidos en la Ley General de Telecomunicaciones y en el Reglamento del Servicio Universal.

FRANCE TELECOM alega falta de proporcionalidad y discriminación en la Resolución recurrida por las siguientes razones:

- La inclusión, a efectos de la determinación de los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del servicio universal, de los datos referidos a su negocio fijo en el año 2006, supondría a su juicio un quebrantamiento de lo dispuesto en el artículo 48 del RSU, ya que se han tenido en cuenta los ingresos brutos de explotación de la rama de actividad fija de la recurrente en 2006, quedando sin embargo exonerados los referentes al operador de telefonía fija CABLEEUROPA, S.A. (en adelante, CABLEEUROPA), con ingresos brutos de explotación en 2006 que casi duplican a los de la rama fija de la recurrente en el mismo ejercicio, lo que a su juicio sería desproporcionado y discriminatorio y solicita que se eliminen del cómputo.
- La recurrente sugiere que la decisión de utilizar el dato de la fecha de efectividad económica de la fusión en vez del de cese legal de la condición de operador, y de agregar en el cómputo de ingresos los de sus ramas fija y móvil sería igualmente discriminatorio respecto al tratamiento dado al Grupo Telefónica en la operación de fusión por absorción de las entidades TERRA NETWORKS ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TERRA) y TELEFÓNICA DATA ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TELEFÓNICA DATA) por parte de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TESAU) efectuada en el ejercicio 2006.



- Además entiende que su alegación no se desvirtúa por el hecho de que esta Comisión haya agregado a la cifra de negocio de los operadores de telefonía móvil TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A. (en adelante, TME) y VODAFONE ESPAÑA, S.A (en adelante, VODAFONE) los ingresos de sus unidades de negocio de telefonía fija, ya que entiende que esos operadores podrían igualmente exigir su exclusión en cumplimiento de los citados requisitos de proporcionalidad, no discriminación y neutralidad competitiva.

Por todo lo expuesto anteriormente, FRANCE TELECOM finaliza su escrito de interposición del recurso de reposición solicitando que se estime el mismo y, en consecuencia que se modifique la Resolución de 10 de diciembre de 2009 en el sentido expuesto en sus alegaciones, eliminando del cómputo de sus ingresos computables para declararle operador obligado a contribuir al Fondo Nacional del servicio universal en el ejercicio 2006 los ingresos de la rama de telefonía fija habidos en ese ejercicio hasta el día 31 de octubre de 2006.

TERCERO.- Notificación del inicio de la tramitación del recurso al interesado.

Mediante el correspondiente escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, fechado el día 27 de enero de 2010, se informó a la recurrente y a los demás interesados del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación de su recurso de reposición, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), dando traslado a los demás interesados de una copia del escrito de interposición de FRANCE TELECOM y otorgando un plazo de 10 días para efectuar alegaciones (artículo 112.2 de la LRJPAC).

CUARTO.- Alegaciones de TESAU y de VODAFONE.

Con fecha 9 de febrero de 2010 tuvo entrada en el Registro Electrónico de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de TESAU mediante el cual manifiesta su oposición al recurso de FRANCE TELECOM y su conformidad con la Resolución recurrida por estimarla ajustada a Derecho.

Por su parte, con fecha 12 de febrero de 2010 tuvo entrada en el Registro Electrónico de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de la entidad VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, VODAFONE) mediante el cual, al igual que TESAU, manifiesta su oposición al recurso de FRANCE TELECOM y su conformidad con la Resolución recurrida por estimarla ajustada a Derecho.

II FUNDAMENTOS JURÍDICO 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, y cumpliendo las formalidades establecidas en el artículo 110.1 de la misma LRJPAC.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC 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, y en el artículo 117 se especifica que el plazo para interponer el recurso de reposición será de un mes desde la notificación de la resolución recurrida.

La entidad recurrente califica su escrito como recurso de reposición, y ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la misma Ley; por tanto, y teniendo en cuenta que las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa (artículo 48.17 de la LGTel), procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar el escrito de FRANCE TELECOM presentado el día 21 de enero de 2010 como recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 10 de diciembre de 2009, publicada en el Boletín Oficial del Estado del día 28 de diciembre de 2009, mediante la cual se determinaron los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del servicio universal en el ejercicio 2006 (AEM 2009/1021).

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 número AEM 2009/1021 en el que se dictó la Resolución objeto de impugnación. En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a FRANCE TELECOM para la interposición del recurso potestativo de reposición objeto de la presente Resolución.

TERCERO.- Admisión a trámite.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJPAC los recursos administrativos que interpongan los interesados han de estar fundamentados en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 o 63 de la misma Ley.

Habida cuenta de que el recurso de reposición interpuesto por la entidad FRANCE TELECOM cumple con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC, que se ha presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, y viene fundamentado en los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la misma Ley; concretamente se invoca la incorrecta aplicación de la normativa vigente para determinar los operadores obligados a contribuir a la financiación del coste neto del servicio universal en el ejercicio 2006, y al cálculo de los ingresos y gastos imputables a la recurrente, y solicita que se modifique el sentido de la Resolución impugnada para incluir a RETEVISIÓN MÓVIL como operador obligado a contribuir en 2006. Por todo lo anterior procede 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 recurso de reposición de FRANCE TELECOM objeto de la presente Resolución corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

El citado recurso deberá ser resuelto, y su Resolución notificada, en el plazo máximo de un mes contado desde el día siguiente a la interposición del mismo, 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.

III FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES

PRIMERO.- Sobre la determinación de la aportación de FRANCE TELECOM.

La recurrente sostiene en su recurso que en la Resolución recurrida se ha modificado la posición mantenida en el Informe previos de los Servicios de esta Comisión de 21 de octubre de 2009, en el cual se consideraba el cómputo separado de los datos de ingresos y gastos de FRANCE TELECOM y RETEVISIÓN MÓVIL, mientras que la Resolución del Consejo de 10 de diciembre de 2009 decidió que se computaran de forma agregada los ingresos y pagos por interconexión de ambos operadores, considerándolos como un único operador en todo el ejercicio 2006 a los efectos de establecer las contribuciones a la financiación del coste neto, pues en las cuentas anuales de 2006 de la primera depositadas en el Registro Mercantil consta que la fusión producida en 2006 entre ambas entidades tuvo efectos económicos desde el 1 de enero de ese mismo año.

La recurrente discrepa de la decisión de esta Comisión de modificar el informe inicial de los Servicios para resolver computar de forma agregada los ingresos brutos por operaciones y los pagos por interconexión de las entidades RETEVISIÓN MÓVIL, S.A. (en adelante, RETEVISIÓN MÓVIL) y de FRANCE TELECOM ya que, sobre la base de las cuentas anuales del año 2006 depositadas en el Registro Mercantil, la fusión societaria producida en 2006 entre ambas entidades (acuerdo mercantil de fecha 31 de julio de 2006) tuvo efectos económicos desde el 1 de enero de 2006, en contradicción con los datos del Registro de Operadores, en los que consta la cancelación de la inscripción de RETEVISIÓN MÓVIL como operador jurídicamente independiente con fecha 30 de octubre de 2006.

Según la recurrente el cambio de criterio de esta Comisión para tener en cuenta la fecha de efectos económicos y contables de la fusión y no la de cancelación registral de la inscripción de RETEVISIÓN MÓVIL como operador iría contra la definición de operador que establece la normativa sectorial de telecomunicaciones (concretamente la definición de operador del Anexo II de Definiciones de la LGTel y el artículo 6 del RSU), y entiende que aunque la información recogida en el Registro Mercantil indica que la fusión tuvo efectos económicos desde el 1 de enero de 2006, debe predominar la información del Registro de Operadores que indica que la cancelación de la inscripción de RETEVISIÓN MÓVIL como operador y la transmisión de la autorización para explotar redes y prestar servicios de telefonía móvil a favor de FRANCE TELECOM no se produjo hasta el día 30 de octubre de 2006, fecha en que se aprueba por el Consejo de esta Comisión la Resolución del expediente RO



2006/1231 que amplía la autorización de la primera y cancela la inscripción registral de la segunda.

Es decir, la recurrente entiende que RETEVISIÓN MÓVIL habría mantenido hasta el 30 de octubre de 2006 la condición de operador móvil distinta de la de operador fijo de FRANCE TELECOM, por lo que hasta dicha fecha no deberían haberse considerado un único operador y, por consiguiente, no deberían haberse agregado los ingresos de ésta última a los efectos de la determinación de las contribuciones del servicio universal de 2006. Según FRANCE TELECOM la incorporación a la misma de los datos relativos a la rama de actividad fija, vulnera lo estipulado en el artículo 24 de la LGTel y el artículo 47 del RSU e infringiendo de este modo el artículo 62.1 de la LRJPAC, siendo por tanto la Resolución recurrida nula de pleno derecho.

En respuesta a las alegaciones de FRANCE TELECOM, que fundamentalmente impugna la decisión de integrar los ingresos de sus ramas de actividad fija y móvil en todo el ejercicio 2006 para calcular su contribución a la financiación del coste neto del servicio universal en ese mismo ejercicio, hay que poner de manifiesto en primer lugar que, respecto a la disconformidad alegada por la recurrente por el cambio en la decisión de esta Comisión respecto del informe de audiencia de los Servicios, la Audiencia Nacional ha confirmado el carácter no vinculante del informe elaborado por los servicios de un órgano administrativo evacuado en el marco del trámite de audiencia para su órgano decisorio, lo que determina que el cambio de criterio que se pueda producir en el acto final aprobado respecto del manifestado en el citado informe no requiere la motivación exigida en el apartado c) del artículo 54.1 de la LRJPAC relativo a la especial motivación que deben tener aquellos actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes¹.

Y aunque la recurrente no lo alega expresamente, ha de recordarse que la supuesta falta de motivación derivada de ese cambio de criterio no puede provocar inseguridad jurídica o indefensión, ni constituiría una causa de nulidad de pleno derecho de las previstas en el artículo 62 de la LRJPAC, puesto que los interesados siempre tienen la oportunidad de alegar cuanto estimen conveniente, e incluso mostrar su oposición, a través de los recursos administrativos y contencioso-administrativos procedentes². No obstante lo anterior, en este caso concreto, y tal y como se refleja en el Antecedente de Hecho Octavo de la Resolución recurrida (página 2), se abrió un trámite de subsanación para que aportase los datos agregados de constante referencia y en el cual pudo efectuar asimismo las alegaciones que estimase conveniente ante la decisión de tener en cuenta la fecha de efectos económicos de la fusión, alegaciones que formuló en su escrito fechado el día 24 de noviembre de 2009 y que se tuvieron en cuenta y se contestaron en los Fundamentos de Derecho II.4 (páginas 7 a 10) y II.6 (páginas 17 y 18) de la misma Resolución, por lo que no cabe estimar la

¹ Ver, por ejemplo, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 30 de julio de 2005 (RJCA 2006/26), que, en relación con un recurso contra una resolución de esta Comisión, estableció lo siguiente: *"...se denuncia por la actora la ausencia de justificación expresa del apartamiento de la CMT de los criterios y formula contenidos en el Informe elaborado por sus servicios, queja que no puede ser acogida. Como ya hemos indicado con anterioridad, la naturaleza no vinculante de este dictamen implica que su contenido no condiciona la posición de la CMT a la hora de adoptar la decisión y no conlleva, como se pretende por la actora, una exigencia a la CMT de exposición de las concretas razones que determinaron que no siguiera la propuesta del informe, ya que tal apartamiento no precisa, en principio, ser formal ni materialmente justificado, siendo suficiente y válida la motivación ofrecida en los acuerdos impugnados sobre las razones por las que se llega a la solución adoptada sin necesidad de posicionamiento o valoración expresa del dictamen."*

² Ver, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2000 (RJ 2000/4801).



existencia de indefensión alguna en este sentido que produzca la nulidad de pleno derecho del procedimiento ni del acto concreto.

Entrando en el fondo de las alegaciones de FRANCE TELECOM, hay que reiterar los criterios y razones expuestos en la Resolución de 10 de diciembre de 2009, y en concreto en sus Fundamentos de Derecho II.4 (páginas 8 y 9) y II.6 (página 18), donde se decía que existe una contradicción aparente en relación con el caso concreto objeto del presente procedimiento entre lo plasmado en el Registro Mercantil y en el Registro de Operadores:

- En las cuentas anuales del año 2006 depositadas en el Registro Mercantil consta que la fusión societaria por la que FRANCE TELECOM absorbió a RETEVISIÓN MÓVIL tuvo efectos económicos desde el día 1 de enero de 2006, en concordancia con lo señalado expresamente en la Estipulación Octava del “Acuerdo de Fusión por absorción de Retevisión Móvil, S.A. por parte de France Telecom España, S.A.”.
- Sin embargo, en el Registro de Operadores consta que hasta el día 30 de octubre de 2006, fecha en la que esta Comisión resolvió cancelar la inscripción registral de RETEVISIÓN MÓVIL y la ampliación de la autorización de FRANCE TELECOM para explotar redes y prestar servicios de telefonía móvil (expediente número RO 2006/1231), ambas entidades estaban inscritas en el Registro de Operadores como operadores diferentes, autorizadas para prestar servicios de telefonía móvil y fija, respectivamente.

En relación con lo anterior, esta Comisión tiene que reiterar la aplicabilidad directa del artículo 7.3 del RSU, que establece que la inscripción en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, cuya llevanza corresponde a esta Comisión, tiene carácter meramente declarativo, por lo que el hecho de aparecer una entidad inscrita en el mismo conlleva únicamente una presunción “*ius tantum*” de veracidad de los datos inscritos, que cede al producirse una colisión entre la situación real y la registral, por la prueba en contrario.

En este caso, la prueba en contrario emana directamente tanto de la manifestación de voluntad de las partes expresada en la mencionada Estipulación Octava del “Acuerdo de Fusión por absorción de Retevisión Móvil, S.A. por parte de France Telecom España, S.A.”, como de los datos inscritos en el Registro Mercantil en el mismo sentido, que constatan que la personalidad jurídica de RETEVISIÓN MÓVIL como persona jurídicamente independiente se extinguió el día 31 de diciembre de 2005, fecha en la que todos sus activos y pasivos fueron aportados a la entidad absorbente, y se declaró expresamente que desde el día 1 de enero de 2006 todas las operaciones de la sociedad absorbida habían de considerarse realizadas por la absorbente. Todo ello pone de manifiesto la fecha real de efectividad de la absorción y desaparición de la sociedad absorbida del tráfico mercantil.

Por lo tanto hay que señalar que, de conformidad con la normativa mercantil vigente, la inscripción de determinados actos sociales mercantiles inscribibles en el Registro Mercantil, tales como la constitución, fusión, escisión o liquidación de la sociedad mercantil, tienen carácter constitutivo. Concretamente en el caso de las fusiones societarias entre Sociedades Anónimas el carácter constitutivo de la inscripción se deriva de lo dispuesto en los entonces vigentes artículos 244 y 245 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (actualmente



regulado en los artículos 45 y 46 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles), y en los artículos 94.1.7, y 226 a 237 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

Asimismo, en el artículo 6.1.b) del mismo RSU establece que será causa de extinción de la habilitación para la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas *“La extinción de la personalidad del operador”*. A estos efectos la inscripción de la fusión en el Registro Mercantil acredita que la personalidad jurídica de RETEVISIÓN MÓVIL como operador independiente se extinguió el día 31 de diciembre de 2005 y que desde el día 1 de enero de 2006 todas las operaciones de la sociedad absorbida habían de considerarse realizadas por la absorbente (FRANCE TELECOM).

Por tanto, la Resolución del Consejo de esta Comisión de 30 de octubre de 2006 que canceló la inscripción registral de RETEVISIÓN MÓVIL y amplió la autorización de FRANCE TELECOM para explotar redes y prestar servicios de telefonía móvil (expediente número RO 2006/1231), se produjo con efectos declarativos al objeto de dejar constancia registral de la extinción de la condición de operador de RETEVISIÓN MÓVIL desde la fecha en la que, de acuerdo con lo inscrito (con carácter constitutivo) en el Registro Mercantil, se extinguió su personalidad jurídica (el 31 de diciembre de 2005).

A modo de recapitulación hay que señalar que la pretendida contradicción entre lo establecido en el Registro Mercantil y en el Registro de Operadores en relación con la operación de fusión de FRANCE TELECOM y RETEVISIÓN MÓVIL no es realmente tal, ya que el ordenamiento jurídico es un todo interrelacionado y el Registro de Operadores no es la única base legal posible que puede determinar los casos en que un operador ha dejado de actuar de forma independiente en el mercado al haber sido absorbido por otro, por lo que la cancelación registral de la inscripción de RETEVISIÓN MOVIL el 30 de octubre de 2006 es reflejo de una realidad fáctica producida con anterioridad y que el Registro Mercantil ya ha reflejado previamente y con efectos constitutivos desde el día 1 de enero de 2006.

SEGUNDO.- Sobre el cumplimiento de los principios de proporcionalidad, neutralidad y no discriminación establecidos en la normativa sectorial.

FRANCE TELECOM alega que la inclusión, a efectos de la determinación de los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del servicio universal, de los datos referidos a su negocio fijo en el año 2006, supondría a su juicio un quebrantamiento de los principios de proporcionalidad, neutralidad y no discriminación establecidos en el artículo 48 del RSU, ya que:

- Se habrían tenido en cuenta los ingresos brutos de explotación de la rama de actividad fija de la recurrente en 2006 (510.041.700 euros), quedando sin embargo exonerados los referentes al operador de telefonía fija CABLEEUROPA, con ingresos brutos de explotación en 2006 (1.011.248.440 euros) que casi duplican a los de la rama fija de la recurrente en el mismo ejercicio, por lo que solicita que se eliminen del cómputo.



- Por otra parte el tratamiento dado a otras operaciones societarias de fusión por absorción, y en concreto con la fusión por absorción de las entidades TERRA y TELEFÓNICA DATA por parte de TESAU (igualmente culminadas en mayo de 2006 pero con efectos económicos declarados e inscritos en el Registro Mercantil desde el 1 de enero de 2006), habría sido muy diferente, pues según la recurrente a dichas entidades del Grupo Telefónica se les habría exonerado de la obligación de contribuir a la financiación del coste neto del servicio universal de los años 2003, 2004 y 2005.
- Asimismo entiende que el hecho de que esta Comisión haya agregado a la cifra de negocio de los operadores de telefonía móvil TME y VODAFONE los ingresos de sus unidades de negocio de telefonía fija no valdría como justificación, ya que entiende que esos operadores podrían igualmente exigir su exclusión en cumplimiento de los citados requisitos de proporcionalidad, no discriminación y neutralidad competitiva.

En respuesta a dichas alegaciones, que en parte abundan en su alegación anterior sobre la agregación de ingresos computables y que además apuntan la existencia de discriminación en perjuicio de la recurrente, hay que contestar que los artículos 47 a 49 del RSU establecen que para establecer las contribuciones de los operadores de manera proporcional, equitativa y no discriminatoria, se tendrá en cuenta el “volumen de negocios a escala nacional” de los operadores obligados (artículo 47.3 del RSU), definido como los “ingresos brutos de explotación”, sin exclusión de ningún concepto de ingreso y detrayendo de dicha cifra únicamente los pagos por interconexión (artículo 48.3.a) y 49.1 del RSU).

Por lo tanto, una vez que se ha considerado que la actual (desde el 1 de enero de 2006) FRANCE TELECOM es el resultado de la agregación de las ramas de negocio fijo y móvil de dicha sociedad y de la entidad RETEVISIÓN MÓVIL absorbida por la anterior, no ha lugar a excluir los ingresos de telefonía fija del cómputo de los ingresos brutos de explotación de la recurrente, que fueron en 2006 de 3.604.997.124,64 euros, no de 510.041.700 euros como alega en su recurso (y por tanto muy superiores a los de CABLEEUROPA).

En la Resolución recurrida, concretamente en su Fundamento de Derecho II.5 (páginas 13 y 14), se explica de forma suficientemente pormenorizada las razones de incluir a FRANCE TELECOM junto con TME, VODAFONE y TESAU como los 4 únicos operadores obligados a contribuir a la financiación del coste neto del servicio universal en el ejercicio 2006 y de exonerar de contribuir al Fondo por el año 2006 al resto de operadores (también a CABLEEUROPA, expresamente aludido por la recurrente en su recurso), en aplicación de lo dispuesto en el artículo 47.3 del RSU, y que se recuerdan sucintamente:

- Entre los 4 operadores obtienen el 84,56%³ de los ingresos del sector, y su tendencia es creciente respecto a años anteriores (el 81,12%, el 80,02% y el 80,3% en los años 2003, 2004 y 2005, respectivamente⁴), por lo que sus ingresos son muy superiores a los del resto de los 52 operadores que facturaron más de 6.010.121,04 euros en 2006⁵, sin que

³ Datos del Informe Anual 2006 de la CMT y de la Resolución del Consejo de la CMT de 10 de diciembre de 2009, páginas 11 y 13 (expediente número AEM 2009/1021).

⁴ Datos del Informe Anual 2006 de la CMT y de la Resolución del Consejo de la CMT de 10 de diciembre de 2009, páginas 11 y 13 (expediente número AEM 2009/1021).

⁵ Datos del Informe Anual 2006 de la CMT y de la Resolución del Consejo de la CMT de 10 de diciembre de 2009, página 11 (expediente número AEM 2009/1021).



se observaran señales de que el resto de operadores les estuvieran arrebatando cuota de mercado en términos de ingresos a estos 4 operadores.

- Adicionalmente, el auge adquirido por la telefonía móvil y el menor grado de separación entre los distintos servicios y empresas prestadoras de servicios de telefonía de voz están suponiendo que los operadores de telefonía móvil se estén beneficiando en cierta forma de que TESAU siga prestando el servicio universal a determinadas zonas y colectivos.
- Los anteriores motivos, junto con la capacidad financiera de estos operadores para hacer frente a la financiación del servicio universal, llevan a esta Comisión a considerar que estos cuatro operadores (entre los que se encuentra FRANCE TELECOM), por su volumen de ingresos muy superior al resto, sean los únicos que deban sufragar este coste en el ejercicio 2006, excluyendo al resto (también a CABLEUROPA) en función de sus menores ingresos.

Como prueba evidente de que no ha existido discriminación alguna en contra de la recurrente respecto de otros casos similares hay que señalar que en otros casos similares, concretamente en el antes citado de TESAU y la absorción por ésta en 2006 de TERRA y TELEFÓNICA DATA, o en el de la absorción de AUNA TELECOMUNICACIONES, S.A. (en adelante, AUNA) por parte de CABLEUROPA en el mismo ejercicio 2006, se ha aplicado igualmente el mismo criterio de agregación de ingresos de las ramas de negocio absorbidas desde la fecha de efectividad mercantil de la fusión (ver Fundamento de Derecho II.6, página 17, de la Resolución de 10 de diciembre de 2009), por lo que no cabe apreciar discriminación alguna.

En este sentido hay que reiterar lo manifestado en el Fundamentos de Derecho II.4 (páginas 8 a 10) y II.6 (páginas 19 a 21) de la Resolución recurrida en las que se exponía que a las entidades TERRA y TELEFÓNICA DATA, que fueron absorbidas por parte de TESAU en 2006, se les habría exonerado de la obligación de contribuir a la financiación del coste neto del servicio universal de los años 2003, 2004 y 2005, pues la fusión por absorción de TERRA y TELEFÓNICA DATA por parte de TESAU no se completó hasta el año 2006 (el acuerdo de fusión se culminó en mayo de 2006 pero con efectos económicos declarados e inscritos en el Registro Mercantil desde el 1 de enero de 2006); por lo tanto en el año 2005 eran operadores jurídicamente independientes y, al no alcanzar el umbral mínimo fijado para ser obligados a contribuir (ser uno de los 4 operadores con mayores ingresos brutos declarados en los ejercicios 2003, 2004 y 2005, muy superiores al resto de los operadores), fueron exonerados al igual que el resto de operadores en la misma situación; por el contrario, en 2006 TESAU presentó sus datos integrando los de las absorbidas TERRA y TELEFÓNICA DATA.

Por otra parte, hay que poner de manifiesto que en ningún momento se ha modificado el criterio legal para obligar a Grupos de empresas a contribuir (ver el Fundamento de Derecho II.6 de la Resolución recurrida, páginas 18 y 19) ni se han utilizado “principios de Derecho de la Competencia” para evitar la aplicación de la normativa sectorial, como parece insinuar la recurrente, sino que de acuerdo con lo establecido taxativamente en el artículo 24 de la LGTel y en los artículos 17.a) y 47 del RSU la obligación de contribuir a la financiación del coste neto del servicio universal recae exclusivamente en los operadores de redes y



servicios de comunicaciones electrónicas, y FRANCE TELECOM es un operador con ramas de negocio fija y móvil desde el 1 de enero de 2006.

En este sentido la recurrente parece confundir los conceptos de “fusión por absorción” y “Grupo empresarial”, pero la realidad de la operación societaria realizada es de fusión por absorción, mediante la cual FRANCE TELECOM absorbió a RETEVISIÓN MÓVIL, es decir, no ha supuesto que ésta haya pasado a formar parte del Grupo empresarial de la absorbente manteniendo su condición de operador jurídicamente independiente, sino que se disolvió y aportó a la primera todos sus activos y pasivos, subrogándose en los mismos con efectos económicos desde el 1 de enero de 2006, como se dispone en la Disposición Octava del propio Acuerdo de Fusión.

De acuerdo con los datos inscritos en el Registro Mercantil y comunicados a esta Comisión, hasta el ejercicio 2005 ambas empresas estaban claramente diferenciadas e incluso pertenecían a grupos distintos. Sin embargo, en el año 2006, las dos empresas no es que formen parte de un mismo grupo empresarial sino que pasan a ser la misma empresa, reflejando una realidad económica que consta en las cuentas anuales de la recurrente de 2006 y que se encuentran inscritas en el citado Registro Mercantil. Por tanto, una vez que ya se trata de una única empresa, los ingresos y pagos de la sociedad resultante han de comprender la suma de todos los ingresos y pagos de ese ejercicio derivadas de sus ramas de actividad fija y móvil.

Por lo tanto, una vez que ha quedado acreditado que la absorción tiene efectos económicos desde el 1 de enero de 2006, no ha lugar a considerar que siguen existiendo a posteriori dos empresas durante un tiempo determinado, ni a excluir determinados ingresos o pagos de la rama fija de negocio por dicha razón.

En definitiva, el tratamiento dado a FRANCE TELECOM y a TESAU en el ejercicio 2006 ha sido idéntico al otorgado en otros supuestos similares, por lo que no cabe alegar la existencia de discriminación alguna (lo discriminatorio hubiera sido tratar a los operadores de forma distinta ante una misma situación) ni vulneración de la normativa vigente. En ambos casos se ha aplicado el criterio objetivo de considerar, en el año en que se haya producido una fusión de dos empresas y pasan a ser jurídicamente la misma empresa (en este caso, el año 2006), las dos de forma integrada en el ejercicio de referencia, agregando los ingresos y pagos de la sociedad resultante como la suma de todos los ingresos y pagos de ese ejercicio de las sociedades que existían hasta la fecha de la absorción (en el caso de FRANCE TELECOM, el 31 de julio de 2006 con efectos el 1 de enero de 2006) y aumentando en consecuencia la base de cálculo para la contribución al Fondo Nacional del servicio universal; por lo tanto, no ha lugar a considerar dos empresas durante un tiempo determinado ni a excluir ingresos o pagos por dicha razón.

En definitiva, una vez establecido que en el ejercicio 2006 estos 4 operadores son los obligados a contribuir al Fondo Nacional del servicio universal, el tratamiento con todos los operadores debe ser el establecido en la normativa vigente (artículo 24 de la LGTel y artículos 47 a 49 del RSU) sobre la base de los principios de proporcionalidad, neutralidad y no discriminación; es decir, que para establecer las contribuciones correspondientes a cada uno deberá tenerse en cuenta su volumen de negocios a escala nacional (artículo 47.3 del RSU), definido como los ingresos brutos de explotación, sin exclusión de ningún concepto



de ingreso y detrayendo de dicha cifra únicamente los pagos por interconexión (artículo 48.3.a) y 49.1 del RSU).

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

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar íntegramente el recurso de reposición interpuesto por la entidad FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 10 de diciembre de 2009, dictada en el expediente número AEM 2009/1021, mediante la cual se determinaron los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del servicio universal en el ejercicio 2006, por estar la misma plenamente ajustada a Derecho.

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 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 presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Ignacio Redondo Andreu, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.