



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 07/13 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 21 de febrero de 2013, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución relativa al recurso de reposición interpuesto por France Telecom España SAU contra la Resolución de 13 de diciembre de 2012 sobre la aprobación del coste neto de prestación del servicio universal presentado por Telefónica de España, S.A.U. para el ejercicio 2010 (AJ 2013/73).

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Presentación de resultados del coste neto del servicio universal correspondiente al ejercicio 2010.

Con fecha 3 de agosto de 2011 tuvo entrada en esta Comisión un escrito de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) por el que dicho operador presentaba los resultados del Sistema de Contabilidad de Costes y los resultados del coste neto del servicio universal (en adelante, CNSU) correspondiente al ejercicio 2010.

SEGUNDO.- Verificación externa de la contabilidad de costes de TESAU con relación a la determinación del coste neto del servicio universal para el ejercicio 2010.

Con fecha 11 de octubre de 2011, se adjudicó a SVP Advisors, S.L. (en adelante, SVP) el contrato para realizar la auditoría externa de aspectos específicos de la contabilidad de costes de TESAU correspondiente al ejercicio acabado el 31 de diciembre de 2010, junto con la revisión de una serie de aspectos específicos de la propuesta de cálculo del CNSU presentada por TESAU.

TERCERO.- Aprobación de la verificación de datos relativos a la declaración anual del coste neto del servicio universal para el ejercicio 2010.

Mediante Resolución del Consejo de la CMT de 28 de junio de 2012, se aprobó la verificación de los datos relativos a la declaración anual de CNSU por el ejercicio 2010 de TESAU. En dicha Resolución se requirió a TESAU para que en el plazo de quince días



desde la notificación del acuerdo, presentara una nueva declaración del CNSU para el ejercicio 2010, incorporando los ajustes aprobados en la misma.

CUARTO.- Presentación de propuesta corregida de coste neto del servicio universal para 2010.

Con fecha 10 de julio de 2012 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión, la propuesta corregida de CNSU de 2010, conforme a los cambios requeridos en la citada Resolución de 28 de junio de 2012.

QUINTO.- Inicio y tramitación del procedimiento AEM 2012/1946.

Conforme a lo establecido en el artículo 69 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), el 17 de septiembre de 2012 se inició de oficio el correspondiente procedimiento AEM 2012/1946 con el fin de aprobar la cuantificación del CNSU declarado por TESAU.

Tras solicitarse a TESAU la aportación de determinada información adicional, en fechas 8 y 23 de octubre de 2012 tuvieron entrada en esta Comisión sendos escritos del citado operador que daban respuesta a tal requerimiento de información en el marco del procedimiento AEM 2012/1946. Posteriormente, con fecha 30 de octubre de 2012 y en el seno del mismo procedimiento, se publicó el Informe de los Servicios de esta Comisión referido a la aprobación del CNSU presentado por TESAU para el año 2010¹, otorgándose un plazo de 20 días a los interesados para efectuar alegaciones al mismo.

Con fecha 23 de noviembre de 2012 efectuaron alegaciones en el procedimiento Vodafone España, S.A.U. (en adelante, VODAFONE) y France Telecom España, S.A. (en adelante, ORANGE).

SEXTO.- Resolución AEM 2012/1946, de 13 de diciembre de 2012, sobre la aprobación del coste neto de prestación del servicio universal presentado por Telefónica de España, S.A.U. para el ejercicio 2010.

Mediante Resolución de 13 de diciembre de 2012, recaída en el procedimiento AEM 2012/1946, esta Comisión acordó:

“Primero.- Appreciar el coste neto del servicio universal incurrido por Telefónica de España, S.A.U. en el ejercicio 2010, descrito en la tabla siguiente (cifras en euros):

cifras en euros	
	Año 2010
Coste Neto en Zonas no rentables	32.013.051
Coste Neto por prestaciones a usuarios con discapacidad	5.296
Coste Neto derivado de usuarios con tarifas especiales	18.555.590
TOTAL COSTE NETO APRECIADO EN EL AÑO	50.573.937
<i>Menos: BENEFICIOS NO MONETARIOS</i>	<i>6.996.983</i>
COSTE NETO DEL SERVICIO UNIVERSAL	43.576.954

Segundo.- Reconocer la existencia de una carga injustificada para Telefónica de España, S.A.U. como consecuencia de la obligación de prestación del servicio universal en el ejercicio 2010.

¹ BOE núm.261, de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tercero.- Instar a Telefónica de España, S.A.U. a que en próximos ejercicios junto con su declaración del coste neto del servicio universal asumido y auditado aporte los correspondientes estudios de estimación de beneficios intangibles.

Cuarto.- Instar a Telefónica de España, S.A.U. a que en próximos ejercicios aporte como documentación soporte a su propuesta de coste neto del servicio universal, el detalle de las subvenciones recibidas por la operadora, de acuerdo al criterio de caja, y los servicios a que han sido aplicadas contablemente y en particular las aplicadas a los servicios incluidos en el ámbito del servicio universal, con desglose de los importes por momento de concesión y cobro. La presentación deberá ser previa comprobación por su auditor externo.

Quinto.- 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.”

SÉPTIMO.- Recurso de reposición interpuesto por ORANGE.

Con fecha 18 de enero de 2013 se recibió en el Registro Electrónico de esta Comisión un escrito presentado por D. Julio Gómez Cobos, en nombre y representación de ORANGE por el que dicha entidad interpone recurso potestativo de reposición contra la anteriormente citada Resolución AEM 2012/1946 de 13 de diciembre de 2012.

Los motivos de impugnación aducidos por ORANGE pueden resumirse, fundamentalmente, en los siguientes:

1º.- La vulneración de las disposiciones derogatoria única y final cuarta del Real Decreto 726/2011, de 20 de mayo, por la no aplicación de las disposiciones contenidas en dicho real decreto. Al ser la fecha de inicio del procedimiento AEM 2012/1946 posterior a la entrada en vigor del Real Decreto 726/2011, deberían haberse aplicado sus disposiciones. Por este motivo, debería haberse postergado el cálculo del CNSU del ejercicio 2011 a la aprobación de la nueva metodología de cálculo del CNSU, según el artículo 40.2 del RD 726/2011. Esta infracción determinaría la nulidad de pleno derecho de la resolución recurrida, en aplicación del artículo 62.2 LRJPAC.

2º.- La infracción del artículo 41 del Real Decreto 726/2011, por falta de inclusión de los beneficios de banda ancha en el cálculo del coste de las zonas no rentables. Dicha inclusión resulta necesaria porque los servicios de banda ancha se prestan a través de la infraestructura utilizada para prestaciones propias del servicio universal.

3º.- La contravención del artículo 41 del Real Decreto 726/2011 por la cuantificación realizada en el caso de las tarifas especiales. La forma de cálculo propuesta por esta Comisión resulta válida para clientes de zonas no rentables pero no para los de zonas rentables, puesto que para estos últimos no se consideran los beneficios aportados al operador obligado. Para un cálculo correcto de servicios no rentables deberían aislarse y eliminarse de las zonas, tanto los ingresos como los costes de conexión y del servicio de telefonía disponible al público asociados a estos usuarios, y no solamente los descuentos.

4º.- La vulneración del artículo 41 del Real Decreto 726/2011, en el tratamiento de las subvenciones recibidas por TESAU para la mejora de su red de acceso. No considerar estas subvenciones supone una duplicidad en el beneficio de este operador: de un lado, la parte



del ingreso recibido correspondiente a la prestación del servicio telefónico, y, de otro, la subvención recibida.

5º.- La infracción de los artículos 42 del Real Decreto 726/2011 y 89.1 LRJPAC, en relación con la cuantificación del coste neto de acuerdo a una prestación eficiente del servicio telefónico disponible al público y los pagos realizados por TESAU a Telefónica Móviles de España SA (en adelante TME). La entidad recurrente plantea la necesidad de que los pagos realizados por TESAU a TME en el marco del uso de la red GSM no superen el coste unitario medio resultante de la contabilidad regulatoria, pues lo contrario supondría traspasar las posibles ineficiencias internas de TESAU al coste neto del servicio universal y vulnerar el artículo 42 del Real Decreto 726/2011.

De otro lado, la falta de análisis de esta cuestión en la resolución impugnada implica una infracción del artículo 89.1 LRJPAC, precepto que indica la necesidad de que las resoluciones administrativas decidan sobre todas las cuestiones planteadas por los interesados.

SÉPTIMO.- Notificación del acuerdo de inicio.

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión, fechado el día 28 de enero de 2013, se notificó a la entidad recurrente y al resto de interesados el acuerdo de inicio del correspondiente procedimiento de tramitación del recurso de reposición, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 LRJPAC.

OCTAVO.- Escrito de alegaciones de TESAU.

En fecha 8 de febrero de 2013 se recibió en el Registro Electrónico de esta Comisión escrito de alegaciones de TESAU oponiéndose al recurso de ORANGE.

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

Primero.- Calificación del escrito.

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, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de esta Ley”*.

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.

La entidad recurrente califica expresamente su escrito como recurso potestativo de reposición, aludiendo a la existencia de infracción del ordenamiento jurídico y, concretamente a la infracción de las disposiciones derogatoria única y final cuarta –con



relación al artículo 62.2 LRJPAC-, así como de los artículos 41 y 42 del Real Decreto 726/2011 -este último con relación al artículo 89.1 LRJPAC-.

Teniendo en cuenta lo anterior, y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), las disposiciones y resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede calificar el escrito presentado por ORANGE como recurso potestativo de reposición.

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 en el presente recurso por cuanto que ya lo era en el procedimiento AEM 2012/1946, en cuyo marco fue dictada la resolución objeto de impugnación.

En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a ORANGE para la interposición del recurso potestativo de reposición objeto de la presente resolución.

Tercero.- Admisión a trámite.

Además de los requisitos establecidos en el artículo 107.1 de la LRJPAC ya señalados en el Fundamento procedimental primero, los recursos administrativos que interpongan los interesados deberán contener los elementos formales que requiere el artículo 110 e interponerse en el plazo de un mes desde su notificación al interesado, tal y como dispone el artículo 117.1 de la LRJPAC.

En el presente caso, el recurso de reposición interpuesto por ORANGE cumple con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y se ha presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, por lo que procede su admisión a trámite.

Cuarto.- Competencia y plazo para resolver.

De conformidad con el artículo 116.1 LRJPAC, corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la competencia para resolver el recurso de reposición, por ser el acto impugnado una resolución dictada por dicho órgano.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 117.2 de la LRJPAC, el recurso debe ser resuelto y su resolución notificada en el plazo máximo de un mes contado desde el día siguiente al de su interposición, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo. Tal 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.



III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO.- Sobre la posible concurrencia de causa de nulidad de pleno derecho en la resolución recurrida por presunta vulneración de las disposiciones derogatoria única y final cuarta del Real Decreto 726/2011, de 20 de mayo, así como por infracción del artículo 41 del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril.

En la primera alegación de su recurso, ORANGE² efectúa expresa referencia al artículo 62.2 LRJPAC, esto es a la nulidad de pleno derecho de las “disposiciones administrativas” que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

Según el operador recurrente, la resolución impugnada adolecería de nulidad radical o absoluta, por la no aplicación del Real Decreto 726/2011, de 20 de mayo, al análisis del CNSU del ejercicio económico 2010, vulnerando las disposiciones derogatoria única y final cuarta del Real Decreto 726/2011, de 20 de mayo³.

También se estaría vulnerando a juicio de la entidad impugnante, lo dispuesto en el artículo 41 del citado Real Decreto 726/2011⁴. Con relación a esta última alegación, debemos reiterar, sin embargo, lo señalado en nuestra anterior Resolución de 19 de abril de 2012⁵, que resolvió los recursos de reposición interpuestos contra la aprobación del coste neto del ejercicio 2009⁶: el Real Decreto 726/2011 citado tiene como único objeto la modificación de ciertos artículos del 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 (en adelante, RSU)⁷. Por este motivo, únicamente podría hablarse de presunta vulneración del artículo 41 RSU pero en ningún caso de infracción del artículo 41 del Real Decreto 726/2011.

Sin perjuicio de lo anterior y como cuestión preliminar, debemos decir que el apartado 2 del artículo 62 LRJPAC se aplica a las “disposiciones administrativas”, esto es a las de carácter general, reglamentario o normativo, pero no a las resoluciones administrativas individuales como la impugnada. Así, por ejemplo, en la STS de 15 de octubre de 1997⁸ se señala que un acto administrativo individual, aunque se dirija a una pluralidad indeterminada de personas y sea publicado en el BOE, no tiene la consideración de “disposición administrativa”:

“En la polémica doctrinal entre el Reglamento y el acto administrativo, la moderna doctrina de Derecho Administrativo pone de manifiesto que el Reglamento es un acto ordinamental que crea derecho y el acto se limita a aplicarlos (...) En el caso examinado, no estamos ante el desarrollo de una potestad reglamentaria, sino ante la elaboración y aprobación de una Resolución administrativa (...) que tiene un mero carácter interpretativo y cuya eficacia viene motivada por su publicación en el Boletín Oficial del Estado, constituyendo un acto plúrimo dirigido a la pluralidad indeterminada de sujetos en el ordenamiento jurídico (...) En suma, la

² Véase página 4 del recurso de ORANGE de 18 de enero de 2013.

³ Véanse 2 a 5 del recurso de Orange de 18 de enero de 2013.

⁴ Véanse páginas 5 a 8 del recurso de Orange de 18 de enero de 2013.

⁵ AJ 2012/101 y acumulado, véase pág.8.

⁶ AEM 2011/1982.

⁷ Y, entre ellos, el mencionado artículo 41.

⁸ RJ 1997\7457.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Resolución impugnada tiene naturaleza de acto administrativo plural, por lo que nos hallamos ante una actuación administrativa de carácter interpretativo cuyo contenido normativo no supone el ejercicio de una potestad reglamentaria, pues aun constituyendo un acto plúrimo (dirigido a una pluralidad indeterminada de personas), tiene una finalidad inicialmente particularizada, como consecuencia de una actividad administrativa concreta, aunque requiera su publicación legal en el BOE para producir efectos.”

Y en el caso de la resolución recurrida estamos ante un acto administrativo singular dictado en virtud de las competencias en materia de financiación del servicio universal atribuidas a esta Comisión por el artículo 48.4.c) LGTel⁹ y no ante una disposición de carácter general, como puede ser el caso de una Circular dictada con base a las funciones de fomento de la competencia sectorial previstas en el artículo 48.4.e).1 LGTel¹⁰, de acuerdo con lo indicado en las SSTs de 20 de diciembre de 2004¹¹ y 1 de febrero y 8 de marzo de 2006¹².

Por tanto, resulta improcedente invocar el artículo 62.2 LRJPAC¹³, respecto a una resolución administrativa singular como es la Resolución AEM 2012/1946, de 13 de diciembre de 2012. Ello ya se puso de relieve también en nuestra anterior Resolución de 19 de abril de 2012¹⁴:

“El acto contra el que se dirigen los recursos en este caso es una Resolución dictada por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que no tiene el carácter de reglamento sino de mero acto administrativo decisorio o resolutorio de un procedimiento. En consecuencia, la invocación efectuada por las recurrentes respecto del artículo 62.2 no es correcta, ya que tratándose en el caso que nos ocupa de un acto administrativo y no de una disposición administrativa, la nulidad por presunta vulneración del ordenamiento jurídico ha de basarse en el artículo 63.1 de la LRJPAC (“Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico”), siendo entonces un motivo de anulabilidad y no de nulidad.”

Por otro lado, tampoco cabría alegar en este caso infracción alguna del ordenamiento jurídico con base al artículo 63 LRJPAC, ya que no resultan aplicables al ejercicio 2010 las modificaciones introducidas en el RSU por el Decreto 726/2011, de 20 de mayo. Dichas modificaciones únicamente se aplican a partir del ejercicio económico 2012, según se desprende del contenido de la Orden Ministerial ITC/2464/2011, de 15 de septiembre¹⁵, con relación a la posterior Orden Ministerial ITC/3231/2011, de 17 de noviembre¹⁶.

Efectivamente, las novedades del Real Decreto 726/2011 se refieren fundamentalmente a la inclusión, en el ámbito del servicio universal, del elemento de la conexión a la red que permita comunicaciones de datos en sentido descendente a 1 Mbit por segundo y no a la propia prestación del servicio de acceso de banda ancha, que sigue sin formar parte del servicio universal. La incorporación del citado nuevo elemento ha sido realizada mediante la Cláusula 3.1.b) del pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones

⁹ “Ejercer las funciones que en relación con el servicio universal y su financiación le encomiende el Título III de esta Ley.”

¹⁰ “Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios. A estos efectos, sin perjuicio de las funciones encomendadas en el Capítulo III del Título II de esta Ley y en su normativa de desarrollo, la Comisión ejercerá las siguientes funciones: (...) 1. Podrá dictar, sobre las materias indicadas, instrucciones dirigidas a los operadores que actúen en el sector de comunicaciones electrónicas. Estas instrucciones serán vinculantes una vez notificadas o, en su caso, publicadas en el Boletín Oficial del Estado.”

¹¹ RJ 2005\538.

¹² RJ 2006\466 y RJ 2006\1670.

¹³ En la STS de 20 de diciembre de 2004 se aplicó el artículo 62.2 LRJPAC estimándose infringido el principio de jerarquía normativa para el caso de determinados preceptos de la Circular 1/1999, de 4 de noviembre.

¹⁴ AJ 2012/101 y acumulado, pág.8.

¹⁵ BOE núm.224, de 17 de septiembre de 2011.

¹⁶ BOE núm.285, de 26 de noviembre de 2011. “La designación se realiza por un período de cinco años, comenzando a las 24 horas del 31 de diciembre de 2011 y finalizando a las cero horas del 1 de enero de 2017”.



técnicas para la designación de operador u operadores encargados de la prestación de los elementos de servicio universal relativos al suministro de la conexión a la red pública de comunicaciones electrónicas y a la prestación del servicio telefónico disponible al público aprobado por la Orden Ministerial ITC/2464/2011¹⁷.

En dicha cláusula se prevé que:

“La conexión a la red pública desde una ubicación fija deberá ofrecer al usuario la posibilidad de: (...) b) Establecer comunicaciones de datos en banda ancha a una velocidad en sentido descendente no inferior a 1Mbit por segundo.”

La vigencia temporal del nuevo elemento se colige tanto de la Cláusula 19 de la Orden ITC/2464/2011 como del Resuelve Tercero de la Orden ITC/3231/2011, de 17 de noviembre. En ambos casos se fija como fecha de inicio de la prestación del nuevo adjudicatario del servicio universal las 24 horas del 31 de diciembre de 2011, siendo por tanto aplicable el nuevo régimen desde el siguiente ejercicio (2012) y no antes, como pretende la entidad recurrente. Precisamente, para asegurar una óptima aplicación del nuevo régimen a partir del citado ejercicio 2012, esta Comisión ha revisado recientemente su metodología¹⁸ al objeto de adaptar la misma al nuevo ámbito del servicio universal previsto en el artículo 52 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible y en las condiciones reglamentarias para su prestación previstas en el RSU tras la modificación de 2011.

Debe recordarse que en la anterior Orden ITC/3808/2008, de 23 de diciembre¹⁹, por la que se designó a Telefónica de España, S.A.U., como operador obligado a la prestación del servicio universal de telecomunicaciones para los ejercicios 2009, 2010 y 2011²⁰, las obligaciones impuestas al citado operador en materia de conexión a red pública desde ubicación fija se referían a las previstas en su momento por el RSU en su versión anterior a la reforma de 2011²¹.

Por todo lo anterior, resulta improcedente denunciar, como hace la recurrente en las páginas 5 a 8 de su recurso, la presunta infracción del artículo 41 RSU en la versión dada por el Real Decreto 726/2011, cuando dicha versión no resulta aplicable al ejercicio 2010 en cuestión.

Esto es, no procede hablar de *“falta de inclusión de beneficios de banda ancha”*²² o de *“incorrecta cuantificación de subvenciones para prestar servicios paquetizados de banda ancha”*²³ cuando, como se ha dicho antes, hasta el ejercicio 2012 no se ha incluido en el servicio universal, como elemento o condición exigible al operador prestatario de dicho servicio, la conexión a la red que permita comunicaciones de datos en sentido descendente a 1 Mbit por segundo. En la misma línea se pronunció esta Comisión en la página 12 de la anterior Resolución de 19 de abril de 2012²⁴:

¹⁷ BOE núm.224, de 17 de septiembre de 2011.

¹⁸ Resolución sobre la Nueva Metodología para el cálculo del coste neto del servicio universal, de 22 de noviembre de 2012 (MTZ 2012/1273).

¹⁹ BOE núm.315, de 31 de diciembre de 2008.

²⁰ En principio la designación estaba prevista únicamente para los ejercicios 2009 y 2010. La ampliación al ejercicio 2011 tuvo lugar mediante posterior Orden ITC/3379/2010, de 28 de diciembre (BOE núm.317, de 30 de diciembre de 2010).

²¹ *“Los elementos y servicios integrantes del servicio universal de telecomunicaciones incluidos en la presente designación se prestarán de acuerdo con las condiciones establecidas en el Reglamento aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, y en su normativa de desarrollo. Entre estas condiciones están, en particular, las relativas a facilitar la accesibilidad al servicio por las personas con discapacidad, las de calidad y las del carácter asequible del precio del servicio universal a las que se refieren, respectivamente, los artículos 33, 34 y 35 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, y su normativa de desarrollo”.*

²² Véanse páginas 5 a 7 del recurso de Orange de 18 de enero de 2013.

²³ Véase página 8 del recurso de Orange de 18 de enero de 2013.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“...siendo que las modificaciones derivadas de dicha ampliación de contenido han sido introducidas mediante RD 726/2011, de 20 de mayo, y se refieren fundamentalmente a la inclusión del elemento de la conexión a la red que permita comunicaciones de datos en sentido descendente a 1 Mbit por segundo. La aplicación de la nueva metodología de cálculo del coste neto del servicio universal se aplicará por tanto al coste neto del servicio universal correspondiente al ejercicio 2012, por ser este ejercicio el primero al que afectará dicho cambio en la ampliación de los elementos contenidos en la obligación del servicio universal.”

Y en la propia resolución recurrida²⁵ se dice que:

“Esta Comisión considera que, no estando incluida la banda ancha en el servicio universal, no se deben deducir las subvenciones recibidas por los Planes de Extensión de la Banda Ancha y planes Avanza Infraestructuras.”

(...)

“Tal y como se ha contestado a Orange en procedimientos anteriores así como en este mismo procedimiento, siempre que refiere la inclusión de la banda ancha en el cálculo, tales servicios de banda ancha no forman parte del ámbito del servicio universal en 2010, por lo que no han sido considerados para el cálculo del coste neto del servicio universal, y en consecuencia tampoco en la estimación de los beneficios intangibles relacionados con la prestación de los servicios incluidos en el ámbito del servicio universal.”

Tampoco cabe hablar, con respecto a la cuantificación realizada en el caso de tarifas especiales, de la *“modificación aplicable al servicio universal mediante Real Decreto 726/2011”*²⁶ ya que, de un lado y como se ha dicho antes, esta modificación solamente resulta de aplicación a partir del ejercicio 2012. Y de otro lado, la alegación de ORANGE sobre este extremo ya fue desestimada motivadamente en la resolución recurrida. Concretamente, en las páginas 12 a 13 de dicha resolución se dice que:

“Por su parte Orange, de igual forma que en ocasiones anteriores, propone un cálculo alternativo al de la metodología que emplea la CMT, que aplica a las líneas de abono social el margen medio que Orange calcula que tiene una línea en una zona rentable y realiza una corrección según el porcentaje de líneas que reciben abono social que Orange estima que están en zonas rentables (...). Respecto a la alegación de Orange, esta Comisión se debe reafirmar en lo señalado en el Recurso de Reposición de la Resolución sobre la aprobación del CNSU del ejercicio 2006, ya que el planteamiento de Orange confunde la metodología empleada para el cálculo del coste neto en zonas no rentables con la usada en el caso de los usuarios con necesidades sociales especiales. El concepto de “zona” tiene sentido en la primera, porque el coste neto por zonas no rentables es la suma de todas las zonas que tienen un margen negativo. Por su parte, la componente de usuarios con tarifas especiales tiene como diferencia que estos usuarios aportan un menor ingreso por el alta y por la cuota mensual y el coste que supone para TESAU es ese menor ingreso, con independencia de los ingresos por tráfico que generan. Por ello, con la metodología empleada por la CMT en el cálculo de esta partida de coste neto, se evita una doble contabilización de los ingresos de tráfico porque han sido tenidos en cuenta en el componente de coste de la zona, considerándose en ese momento tanto el tráfico de los abonados que disfrutaban tarifas especiales en zonas rentables (para calificar la zona como tal), como en zonas no rentables (al minorar el coste) y se recoge estrictamente el coste neto que supone la bonificación en las cuotas que disfrutaban esos abonados.”

Por todo lo anterior, no puede acogerse el primer motivo del recurso.

²⁴ AJ 2012/101 y acumulado.

²⁵ Véanse páginas 9 y 15 de la Resolución AEM 2012/1946, de 13 de diciembre de 2012.

²⁶ Véase página 7 del recurso de Orange de 18 de enero de 2013.



SEGUNDO.- Sobre la posible vulneración del artículo 42 del Real Decreto 424/2005 y del artículo 89.1 LRJPAC.

La entidad recurrente señala en las páginas 8 a 9 de su recurso, la necesidad de que

“los pagos realizados por TESAU a TME en el marco del uso de la red GSM no superasen el coste medio resultante de la contabilidad regulatoria”

Esta Comisión entiende que la entidad recurrente se está refiriendo específicamente al servicio telefónico disponible al público prestado mediante medios especiales de acceso. En ese sentido, es claro que TESAU ha de prestar el servicio, si bien pudiendo elegir entre tecnologías de prestación distintas, atendiendo a criterios técnicos y económicos óptimos, y que el coste resultante (del que ORANGE deduce la tarifa entre TESAU y TME) es consecuencia de dicho “mix” de tecnologías.

Un auditor independiente ha verificado los costes incurridos por TESAU por la contratación de servicios a otros operadores cuando éstos prestan el servicio telefónico disponible al público en su nombre con medios especiales de acceso, entendiendo que dichos costes son correctos. En la citada auditoría se comprobó que la imputación de costes era correcta, dándose además transparencia a los cálculos efectuados en el marco del procedimiento de verificación de los datos relativos a la declaración sobre el coste neto presentado por TESAU por el ejercicio 2010²⁷.

De otro lado, sobre la posible vulneración del artículo 89.1 LRJPAC, debe recordarse, como ha señalado el Tribunal Supremo en distintas sentencias, y, entre otras, en las SSTs de 3 de diciembre de 1996²⁸ y de 3 de mayo de 1995²⁹ y de 29 de marzo de 1993³⁰, que la motivación de las resoluciones administrativas no exige una contestación exhaustiva y pormenorizada de la totalidad de las alegaciones efectuadas por los interesados a lo largo del procedimiento. En la última de las sentencias citadas se dice que el principio de congruencia

“no obliga a la Administración a responder, al acordar la aprobación definitiva, a todas y cada una de las alegaciones formuladas durante el trámite de audiencia por los interesados a tal fin convocados, sino a resolver el expediente administrativo dentro de sus propios límites.

Por otro lado, el propio Tribunal Supremo admite que la Administración dé una respuesta conjunta a las distintas alegaciones efectuadas por los interesados en el expediente, como se reconoce, por ejemplo, en la STS de 12 de marzo de 2004³¹.

Ello se debe, como recuerda el mismo Tribunal Supremo en STS de 26 de noviembre de 1997³² a que:

²⁷ AEM 2012/978.

²⁸ RJ 1996/8930.

²⁹ RJ 1995/4050.

³⁰ RJ 1993/1924.

³¹ RJ 2005/2946. En su Fundamento 3º se dice que: “Aduce que la sentencia de instancia hubiera debido declarar nulo de pleno derecho la resolución de que trae causa este proceso, según lo dispuesto en el artículo 62.1. a) LRJ-PAC, puesto que en ella no se da respuesta a las alegaciones que la parte recurrente formuló en el trámite de información pública. Se trataría, en consecuencia, de un defecto de forma determinante de la anulabilidad del acto, no de la nulidad de pleno derecho, si hubiere causado indefensión o si se hubiere prescindido de las alegaciones formuladas hasta tal punto que el trámite hubiera devenido inútil, impidiendo el acto alcanzar su fin, como establece el artículo 63.2 LRJPAC. Nada de esto sucede en el presente caso. De un lado, porque la Administración ha agrupado las múltiples alegaciones formuladas en el trámite de información pública para dar respuesta común a todas las que planteasen cuestiones sustancialmente iguales, como autoriza el artículo 86.3, párrafo segundo LRJPAC.”

³² RJ 1997/8644.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“ el principio procesal de congruencia en las resoluciones administrativas (..) es distinto al que rige en el proceso judicial ordinario, ya que el órgano decisor administrativo no está tan rígidamente ligado a las pretensiones de las partes ni constreñido a actuar estricta y exclusivamente ateniéndose sólo a la cuestión o cuestiones planteadas por los interesados.”

Por ello, tampoco procede acoger el segundo motivo del recurso.

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

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar íntegramente el recurso potestativo de reposición interpuesto por France Telecom España SAU contra la Resolución AEM 2012/1946, de 13 de diciembre de 2012, sobre la aprobación del coste neto de prestación del servicio universal presentado por Telefónica de España, S.A.U. para el ejercicio 2010.

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 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.