



<http://civil-mercantil.com/>

TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3.ª)

Sentencia de 12 de febrero de 2014

Rec. n.º 1119/2011

SUMARIO:

Telecomunicaciones. Telefonía. Operadores obligados a contribuir al fondo nacional del servicio universal. Ausencia de arbitrariedad. *La selección por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) de los operadores obligados a contribuir al fondo del servicio universal se basó en su cifra de negocios, criterio válido tanto desde el punto de vista de las normas reglamentarias españolas como desde su ajuste a la Directiva 2002/22/CE, en cuya virtud precisamente el factor «volumen de negocios a escala nacional» puede utilizarse para fijar el umbral preestablecido por debajo del cual los operadores quedan exentos de contribuir a la financiación del servicio universal. El criterio era igualmente respetuoso con el principio, inserto en la Directiva 2002/22/CE, de que la financiación del coste del servicio universal por operadores distintos de aquel a quien se adjudica la prestación de dicho servicio no empeorara la situación competitiva del resto, lo que podría suceder en los primeros años del período de liberalización de las telecomunicaciones. El principio de que la cofinanciación ha de suponer la menor distorsión posible de la competencia permitía, en aquel momento, tomar en cuenta la situación global del mercado y en especial la de los nuevos entrantes, así como el impacto que sobre ellos pudiera suponer la carga impuesta a unos operadores que disfrutaban de menor cuota del mercado. Nada impedía que para llegar a esta conclusión -sólo los cuatro grandes operadores contribuirán al fondo- la CMT adoptara un doble filtro: marca un límite por debajo del cual ni siquiera tomará en cuenta la situación de los operadores que no lo alcancen e, inmediatamente después, respecto de quienes sí superan ese límite, realiza un análisis adicional verificando las cifras de negocio y otros parámetros económicos para precisar el umbral determinante del deber de contribución al fondo. Este procedimiento de selección bifásico es tan válido como lo sería haber fijado ab initio una cantidad muy superior para eliminar a los operadores excluidos.*

PRECEPTOS:

Directiva 2002/22/CE (Servicio universal y derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas), art. 13.1.

Constitución Española, arts. 9.3, 14, 24 y 103.

Código Civil, art. 3.1.

Ley 30/1992 (LRJPAC), art. 54.1.c).

Ley 29/1998 (LJCA), arts. 21.1, 31, 67.1 y 88.1.

RD Ley 6/2000 (Medidas urgentes de intensificación de la competencia en Mercados de Bienes y Servicios), art. 34.

Ley 32/2003 (Ley General de Telecomunicaciones), arts. 23 y 24.

RD 1736/1998 (Rgto. de desarrollo del Título III de la Ley General de Telecomunicaciones), art. 22.3.b).

RD 1232/2001 (Rgto. del procedimiento de autorización del art. 34 del RD-Ley 6/2000), art. 3

RD 424/2005 (Rgto. de comunicaciones electrónicas y protección de los usuarios), arts. 47.3 y 48.



<http://civil-mercantil.com/>

PONENTE:

Don Manuel Campos Sánchez-Bordona.

Magistrados:

Don EDUARDO ESPIN TEMPLADO

Don JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT

Don MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA

Doña MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH

Don PEDRO JOSE YAGÜE GIL

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Febrero de dos mil catorce.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 1119/2011 interpuesto por "VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.", representada por el Procurador D. Cesáreo Hidalgo Senen, y "FRANCE TÉLÉCOM ESPAÑA, S.A.", representada por el Procurador D. Roberto Alonso Verdú, contra la sentencia dictada con fecha 22 de noviembre de 2010 por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 863/2008, sobre determinación de operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del Servicio Universal; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado, "TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.", representada por la Procurador D^a. María del Carmen Ortiz Cornago, y "CABLEEUROPA, S.A.U.", representada por el Procurador D. Manuel Lancharés Perlado.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

"Vodafone España, S.A.U." interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 863/2008 contra la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 25 de septiembre de 2008, recaída en el expediente MTZ 2007/1459, sobre determinación de los operadores obligados a contribuir al fondo nacional del servicio universal por los ejercicios 2003, 2004 y 2005, que acordó:

"PRIMERO.- Los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del servicio universal para el año 2003 así como sus contribuciones son:

SEGUNDO. Los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del servicio universal para el año 2004 así como sus contribuciones son:

TERCERO. Los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del servicio universal para el año 2005 así como sus contribuciones son:

CUARTO. Telefónica Móviles España, S.A.U., Vodafone España, S.A. y France Télécom España, S.A. deberán ingresar las cantidades aprobadas en los puntos primero, segundo y tercero de la parte dispositiva de esta Resolución en el plazo de un mes desde la notificación de la misma, en la cuenta que a estos efectos se abrirá por esta Comisión.



<http://civil-mercantil.com/>

QUINTO. Declarar exentos para las contribuciones al Fondo nacional del servicio universal de los años 2003, 2004 y 2005 a los operadores no incluidos en las tablas de los puntos anteriores."

Segundo.

En su escrito de demanda, de 24 de marzo de 2009, la entidad recurrente alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó que se dictase sentencia "por la que, estimando el recurso contencioso- administrativo, se declare que la resolución, sobre la determinación de los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del Servicio Universal para los ejercicios 2003, 2004 y 2005, adoptada por el Consejo de la CMT el 25 de septiembre de 2008, es parcialmente nula de pleno derecho por infracción de la ley de acuerdo con los artículos 62.1.e) y 62.2 de la LRJPAC".

Tercero.

El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 24 de julio de 2009, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala que dictase sentencia "en cuya virtud desestime el recurso formulado de contrario, con expresa imposición de costas a la parte recurrente".

Cuarto.

"BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A., Sociedad Unipersonal" contestó a la demanda el 13 de octubre de 2009 y suplicó a la Sala sentencia "desestimando las alegaciones formuladas por la recurrente y con expresa imposición de costas a esta misma parte".

Quinto.

"Cableuropa, S.A.U." presentó escrito de contestación a la demanda el 14 de octubre de 2009" y suplicó "sentencia que inadmita y, subsidiariamente, desestime el presente recurso contencioso-administrativo".

Sexto.

"France Télécom España, S.A." contestó a la demanda con fecha 16 de octubre de 2009 y suplicó a la Sala "sentencia en cuya virtud anule la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 25 de septiembre de 2008, sobre la determinación de los operadores a contribuir al Fondo Nacional del Servicio Universal por los ejercicios 2003, 2004 y 2005, así como la resolución de 9 de enero de 2009, confirmatoria de aquélla, y, en consecuencia, ordene la devolución de las actuaciones para que el procedimiento de determinación de los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del Servicio Universal se resuelva conforme a los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos sustantivos en el presente escrito". Por otrosí interesó el recibimiento a prueba.

Séptimo.

Practicada la prueba que fue declarada pertinente por auto de 11 de noviembre de 2009 y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava, de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 22 de noviembre de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Primero.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo formulado por la entidad 'Vodafone España, S.A.' contra la resolución de fecha 25 de septiembre de 2008, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a que las presentes actuaciones se contraen. Segundo.- No formular expreso pronunciamiento sobre las costas producidas."

Octavo.



<http://civil-mercantil.com/>

Con fecha 14 de marzo de 2011 "Vodafone España, S.A.U." interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 1119/2011 contra la citada sentencia, al amparo del siguiente motivo fundado en el artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional :

Único: "por infracción de las siguientes normas (i) normas: artículo 22.3 del RSU 1998 , artículo 47.3 del RSU 2005 , artículo 9.3 y 14 de la CE , artículo 23.2 de la LGTel , artículo 54.1.c) de la LRJPAC y artículo 34 del RD-Ley 6/2000 y (ii) jurisprudencia aplicable: sobre la doctrina de la discrecionalidad técnica y sobre la doctrina de los actos propios y sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2008 ".

"2. Infracción de la ley, al amparar, arbitrariamente y sin motivación alguna, la Exclusión por la CMT de la utilización del concepto de 'unidad económica' o 'grupo empresarial', utilizado por ésta en ocasiones anteriores y, por tanto, de la jurisprudencia sobre actos propios."

Noveno.

"France Télécom España, S.A." interpuso igualmente recurso de casación contra dicha sentencia con fecha 15 de marzo de 2011 al amparo de los siguientes motivos:

Primero: al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional "por infracción del artículo 21.1.b) de la Ley Jurisdiccional ".

Segundo: al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del artículo 24.1 de la Constitución por violación del derecho a la tutela judicial efectiva, toda vez que la sentencia combatida adolece del vicio de incongruencia omisiva".

Tercero: al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del artículo 67.1 de la LJCA ".

Cuarto: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del artículo 13.3 de la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo , de 7 de marzo, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas".

Quinto: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del artículo 47.3 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por Real Decreto 424/2005 , de abril".

Sexto: al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del artículo 120.3 de la Constitución , determinante de la violación del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución ".

Séptimo: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción de los artículos 13.3 y 4 de la Directiva 2002/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo , de 7 de marzo, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, y de la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2008 ".

Décimo.

Por sendos escritos de 15 de noviembre de 2011 "Telefónica de España, S.A.U." se opuso a ambos recursos y respecto de cada uno suplicó sentencia "por la que se inadmita y, en su caso, se desestime el recurso de casación, con imposición de costas a la parte recurrente".

Undécimo.

<http://civil-mercantil.com/>

"Cableuropa, S.A.U." se opuso a ambos recursos por escritos de 16 de noviembre de 2011 en los que suplicó que se dictase sentencia:

A) Respecto del interpuesto por "France Télécom España, S.A.", "por la que:

a) inadmita el recurso de casación interpuesto [...] de conformidad con lo señalado en el motivo primero de este escrito, condenando en costas a la parte recurrente en casación.

B) Subsidiariamente, para el caso de que admita el recurso de casación [...], dicte sentencia desestimatoria de dicho recurso, condenando en costas a la parte recurrente en casación".

B) En cuanto al interpuesto por "Vodafone España, S.A.U.", "sentencia desestimatoria del recurso de casación que confirme la citada sentencia de 22 de noviembre de 2010 , condenando en costas a la parte recurrente en casación".

Duodécimo.

Con fecha 24 de noviembre de 2011 el Abogado del Estado se opuso a los dos recursos interpuestos y suplicó que se dictase sentencia "por la que se desestime el recurso e imponga las costas del mismo a la parte recurrente".

Decimotercero.

Por providencia de 4 de noviembre de 2013 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 4 de febrero de 2014, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 22 de noviembre de 2010 , desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Vodafone España, S.A.U." contra la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 25 de septiembre de 2008 que precisó los operadores obligados a contribuir al fondo nacional del servicio universal durante los ejercicios 2003, 2004 y 2005.

"Vodafone España, S.A.U.", que se encontraba entre los operadores obligados a contribuir al referido fondo, impugnó el acuerdo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones alegando, según la síntesis de su demanda realizada por el tribunal sentenciador, que dicha Comisión: a) había "actuado arbitrariamente al excluir a determinados operadores del listado de obligados, vulnerándose los principios de objetividad, proporcionalidad y no discriminación que derivan de los artículos 23 de la Ley General de Telecomunicaciones y 9.3 de la Constitución "; y b) había asimismo "incurrido en arbitrariedad al excluir el concepto 'unidad económica' o 'grupo empresarial', contraviniendo actos propios anteriores".

Segundo.

Antes de analizar el presente recurso de casación es oportuno recordar que con fecha de 17 de enero de 2014 esta Sala ha desestimado otro (tramitado bajo el número 1437/2011) en el que "Vodafone España, S.A.U." impugnaba la decisión administrativa previa a la que ahora es objeto de litigio. Se trataba



<http://civil-mercantil.com/>

entonces de la resolución de 29 de noviembre de 2007 (parcialmente modificada por la de 8 de mayo de 2008) mediante la cual la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones estimó, por un lado, el coste neto que había supuesto para "Telefónica de España, S.A.U." la prestación obligatoria del servicio universal -que permite a todos los ciudadanos conectarse a la red pública de comunicaciones electrónicas y, en concreto, acceso al servicio telefónico- durante los años 2003, 2004 y 2005 y, por otro lado, consideró que dicho operador había soportado una "carga injustificada" al asumirlo.

Las consecuencias económicas de esta doble decisión suponían que el "coste neto" del servicio universal (esto es, del conjunto de servicios mínimos garantizados a todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, lo que incluye a los situados en zonas económicamente no rentables y a aquellos que disfrutaban de tarifas especiales) debía ser no asumido en solitario por el operador encargado de su prestación -"Telefónica de España, S.A.U."- sino repartido entre el resto de operadores de telefonía. Razón por la cual dos de éstos -"Vodafone España, S.A.U." y "France Télécom España, S.A."- alegaron ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones acerca de la impropiedad de la metodología, criterios y cálculos efectuados para fijar aquel coste y se mostraron disconformes con la propia decisión.

De hecho, en aquel mismo acto de 29 de noviembre de 2007 la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ordenó abrir el procedimiento administrativo para determinar cuáles serían los operadores obligados a contribuir a la financiación del coste neto del servicio universal, procedimiento que a su vez culminó con la resolución que ahora es objeto de este proceso, en cuya virtud "Vodafone España, S.A.U." debía aportar 31.653.049 euros por los tres ejercicios. Algunos de los planteamientos argumentales que en el presente recurso de casación hace "Vodafone España, S.A.U." coinciden con los que dicha compañía expuso en el recurso número 1437/2011, como señalaremos en su momento.

Tercero.

En los fundamentos jurídicos tercero, cuarto y quinto de la sentencia objeto de este recurso la Sala de la Audiencia Nacional confirmó la validez del criterio seguido por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para seleccionar a los operadores obligados a la financiación (y, en esa misma medida, excluir de tal deber al resto). Lo hizo tras destacar:

A) Que a tenor del artículo 22.3.b) del Real Decreto 1736/1998, por el que se aprobó el Reglamento que desarrollaba el Título III de la anterior Ley General de Telecomunicaciones en lo relativo a las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de usuarios, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podía exonerar a determinados operadores de la obligación de contribuir a la financiación de dicho servicio con el fin de favorecer el desarrollo de una competencia efectiva.

B) Que según el ulterior 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 desarrollo del artículo 24 de la (nueva) Ley 23/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones mantenía la capacidad de exonerar a determinados operadores de la obligación de contribuir a la financiación del servicio universal cuando su volumen de negocios a escala nacional se situara por debajo de un umbral preestablecido por ella (artículo 47.3).

C) Que este último Reglamento contenía en su artículo 48 como principios aplicables para la selección de los operadores obligados a la financiación los siguientes: limitación de "posibles efectos negativos sobre el mercado" (apartado 1); "reducir al mínimo las barreras de acceso", "respetar el requisito de neutralidad", "mantener el nivel mínimo de las cargas administrativas y los costes relacionados con ellas" y "crear unas condiciones que propicien una mayor eficacia e innovación" (apartado 2); principios de 'objetividad, proporcionalidad, no discriminación y transparencia' (apartado 3).



<http://civil-mercantil.com/>

D) Que el marco jurídico nacional era coherente con la Directiva 2002/22/CE, de 7 de marzo, del Parlamento y del Consejo, sobre servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, cuyo artículo 13.1, tras haber proclamado como principios los de "transparencia, distorsión mínima del mercado, no discriminación y proporcionalidad", permite que los Estados miembros opten "por no exigir contribución alguna a las empresas cuyo volumen de negocios a escala nacional se sitúe por debajo de un umbral preestablecido".

Cuarto.

Sentadas estas bases normativas, la Sala de la Audiencia Nacional hizo suyos los fundamentos jurídicos del acuerdo impugnado y concluyó que -en lo referente a la selección de los operados obligados a financiar el fondo- no compartía la censura de arbitrariedad denunciada por "Vodafone España, S.A.U."

Sostuvo el tribunal, por el contrario, que no advertía "[...] una conculcación del ordenamiento o una decisión ayuna de toda lógica, pudiera dar lugar a una estimación de la impugnación, circunstancias que en el supuesto objeto de ponderación no concurren, cuando, según lo expresado, el acto administrativo se funda en justificaciones objetivas y razonables, tras un estudio concienzudo y unos parámetros que no sólo son acordes con los principios atendibles en esta materia, también responden al principio de eficacia que consagra el artículo 103 de la Constitución, y no es dable atisbar se incurra en arbitrariedad alguna, sin que la entidad actora haya probado tal circunstancia ni que los criterios antes reflejados sean menos razonables que los que preconiza en apoyo de su tesis, ya que la CMT los ha explicado en forma motivada y en absoluto arbitraria, tras, se insiste, un concienzudo análisis del mercado de las telecomunicaciones y del peso que en él tienen los diferentes operadores."

Quinto.

La selección, por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de los operadores obligados a contribuir al fondo del servicio universal se basó en su cifra de negocios, criterio sin duda válido tanto desde el punto de vista de las normas reglamentarias españolas -antes reseñadas- como desde su ajuste al artículo 13 de la Directiva 2002/22/CE, en cuya virtud precisamente el factor "volumen de negocios a escala nacional" puede utilizarse para fijar el umbral preestablecido por debajo del cual los operadores quedan exentos de contribuir a la financiación del servicio universal.

En efecto, de la información económica en poder de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones -expresada en las tablas cuyos datos no han sido contradichos- se deducía con facilidad que existía un segmento cualificado de operadores, constituido por cuatro de ellos (TESAU, TME, Vodafone y Orange), que sumaban entre sí el 80 por ciento de los ingresos del mercado durante el período 2003-2005. Esos cuatro "grandes operadores", precisamente por la cuota significativa de ingresos del sector que ostentaban, en conjunto e individualmente, mantenían una posición muy alejada del resto de los agentes del mismo mercado. Ninguno de los operadores siguientes se acercaba a la cifra de negocios del cuarto de la lista: en concreto, las diferencias entre el último de los cuatro obligados (Retevisión Móvil, después Orange) y el siguiente (Auna, el primero de los excluidos) eran, a tenor de aquellos datos, muy destacadas pues "[...] Retevisión Móvil tiene en el año 2003 un 133,92% más de ingresos que Auna Telecomunicaciones, S.A. que es el operador que le sigue en ingresos. En los años 2004 y 2005 estos porcentajes alcanzan el 162,72% y el 186,18%".

La razón justificativa de que sólo cuatro operadores cofinanciaran el coste neto del servicio universal en los periodos de referencia, con exclusión del resto, se atenía a las normas -nacionales y de la Unión Europea- antes transcritas, basada como estaba en el muy superior volumen de negocios que, en conjunto e individualmente, alcanzaban aquéllos. El criterio utilizado era igualmente respetuoso con el principio, inserto en la Directiva 2002/22/CE, de que la financiación del coste del servicio universal por operadores distintos de aquel a quien se adjudica la prestación de dicho servicio no empeorara la situación competitiva del resto, lo que podría suceder en los primeros años del período de liberalización



<http://civil-mercantil.com/>

de las telecomunicaciones. El principio de que la cofinanciación ha de suponer la menor distorsión posible de la competencia permitía, en aquel momento, tomar en cuenta la situación global del mercado y en especial la de los nuevos entrantes, así como el impacto que sobre ellos pudiera suponer la carga impuesta a unos operadores que disfrutaban de menor cuota del mercado.

Nada impedía que para llegar a esta conclusión -sólo los cuatro "grandes operadores" contribuirán al fondo- la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adoptara un doble "filtro": en primer lugar marca un límite por debajo del cual ni siquiera tomará en cuenta la situación de los operadores que no lo alcancen (en número superior a mil quinientos); e inmediatamente después, respecto de quienes sí superan ese límite, realiza una operación adicional de análisis que consiste en verificar las cifras de negocio y otros parámetros económicos de todos ellos para precisar el umbral determinante del deber de contribución al fondo. Este procedimiento de selección bifásico es, repetimos, tan válido para llegar a la decisión final como lo sería haber fijado ab initio una cantidad muy superior (en torno a los mil millones de euros de volumen de negocios) para la "eliminación" de los operadores excluidos.

"Vodafone España, S.A.U." critica el sistema por entender que, una vez fijada como "primer filtro" la cantidad de 6.010.121,04 euros, en cuanto volumen de negocios por debajo del cual ni siquiera serían tomados en cuenta los que no llegasen a ella, aquella cifra debería ser el único umbral para determinar si cualquier operador estaba obligado, o no, a contribuir al Fondo. Su opinión es sin duda respetable y encajaría en el margen de las normas antes reseñadas, como también encaja la medida adoptada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Este organismo no incurre en arbitrariedad cuando, entre las diversas soluciones posibles, todas ellas basadas en la cifra o volumen de negocio, adopta la finalmente acogida, esto es, circunscribe la elección a los operadores que tenían una cuota conjunta y unas cifras individuales de negocio, para cada ejercicio, en todo caso próximas o superiores a mil millones de euros, muy por encima de cualquier otro.

Sexto.

A partir de estas consideraciones debe decaer la primera parte del motivo de casación único. La tesis de "Vodafone España, S.A.U." cuando imputa al tribunal de instancia la "infracción de las normas que determinan los criterios para excluir a determinados operadores del listado de operadores obligados a contribuir al FNSU" se basa en la supuesta arbitrariedad de la decisión de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, lo que acabamos de rechazar. No es arbitrario, en el sentido de caprichoso o carente de toda racionalidad, el criterio de selección elegido, criterio que al fijar un umbral mínimo de volumen de negocio en los términos ya expuestos se ajusta a lo establecido en el artículo 22.3 b) del Real Decreto 1736/1998, en el artículo 47.3 del ulterior Real Decreto 424/2005 y en el artículo 13.3 de la Directiva 2002/22/CE.

El desarrollo de esta parte del motivo se centra de modo preferente en las cuestiones de procedimiento, más que en el resultado final de la decisión. Critica "Vodafone España, S.A.U." que la Sala haya admitido "la creación artificial" por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de un "universo objetivo [...]" sobre el que aplicar de forma arbitraria un doble criterio para exonerar a la mayoría de los operadores obligados a contribuir al FNSU". Ya hemos afirmado, sin embargo, que nada hay de artificial en un mero método de análisis bifásico y este método no se puede confundir con un "doble criterio": el criterio es en realidad único (la muy superior cifra de negocios, individual y conjunta, de los seleccionados) pero, a los efectos de concretar los operadores afectados, se emplea una primera criba seguida de un estudio más pormenorizado. En ningún momento tal método viene prohibido por los artículos que se invocan.

Tampoco puede acusarse a la Sala de "vulnerar los principios rectores del reparto del FNSU recogidos en el artículo 23.2 de la LGTel, al ser [el criterio de reparto] discriminatorio y carecer de objetividad, proporcionalidad y transparencia y, asimismo, los principios de igualdad y no discriminación del artículo 14 de la CE." No es así: el criterio es objetivo (se acoge a datos objetivos de ingresos), respeta la



<http://civil-mercantil.com/>

proporcionalidad como lo hacen cualesquiera otros que excluyeran un determinado segmento del mercado, de menor volumen, y es transparente en el sentido de que a su fijación se llega tras un procedimiento de consulta, abierto a todos, al término del cual la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones expone con claridad las bases argumentales para adoptarlo. No resulta, en fin, discriminatorio, basado como está en la situación del sector de las telecomunicaciones y en la singular posición que dentro de él ostentaban en aquel momento los cuatro grandes operadores que, en conjunto, ostentaban el ochenta por ciento de cuota de mercado y constituían un grupo de empresas diferenciadas del resto a los efectos de la cofinanciación del servicio universal.

En esta misma medida tampoco es posible acoger la censura final que incluye esta parte del recurso, en la que "Vodafone España, S.A.U." -repetiendo sus alegaciones precedentes- vuelve a afirmar que la aceptación por la Sala "del procedimiento de determinación de los operadores obligados a contribuir al FNSU llevado a cabo por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de forma arbitraria y contraria a los procedimientos legales establecidos, contraviene el principio de Interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos del artículo 9.3 de la CE ", conclusión que ya hemos rechazado.

Séptimo.

La segunda parte del motivo de casación versa no ya sobre el criterio de selección de los operadores desde el punto de vista de su volumen de negocios sino desde el subjetivo, esto es, de su personalidad jurídica y su eventual integración en determinadas estructuras societarias. A juicio de "Vodafone España, S.A.U.", ni la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ni la Sala de instancia debieron haber admitido que los operadores cuyas cifras de negocio se tuvieron en cuenta (bien para incluirlos, bien para excluirllos, del deber de contribuir al fondo) fueran las sociedades respectivas, individualmente consideradas. Por el contrario, afirma, se debieron emplear los "conceptos de unidad económica o grupo empresarial", al igual que en ocasiones anteriores, para agrupar en las correspondientes matrices a las diferentes sociedades y repartir la carga de la cofinanciación entre los grupos.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones había explicado en la resolución impugnada por qué rechazaba la tesis de "Vodafone España, S.A.U." sobre este punto, tesis consistente en que la noción de "operador" obligado a contribuir debía extenderse a los "grupos empresariales" como unidades económicas reveladores de mayor capacidad financiera. "Vodafone España, S.A.U." consideraba, en efecto, que se debía "agrupar previamente a las empresas candidatas a contribuir por grupos empresariales", y aplicar a éstos los criterios de selección. Su propuesta no fue acogida, repetimos, por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, lo que no implica que no tuviese ciertos elementos de fuerza argumental en términos estrictamente económicos, apoyos argumentales menos sólidos, sin embargo, de los que sustentan la solución finalmente adoptada, con el beneficio para esta última de que deriva directa e inmediatamente de la interpretación jurídica de las normas aplicables.

Las razones del rechazo en vía administrativa fueron que "tanto el artículo 24 de la LGTel como la Sección 5ª del Capítulo II del Reglamento del Servicio Universal mencionan siempre como sujetos obligados a contribuir al Fondo Nacional del servicio universal a 'los operadores', sin que, en ningún caso se haga referencia alguna a éstos como conformadores de un Grupo, lo que conlleva, en aplicación de la primera regla interpretativa prevista en el artículo 3.1 del Código Civil y el principio hermenéutico de que 'in claris non fit interpretatio' , su configuración individual y no agrupada. Al ser tan clara la dicción tanto de la LGTel como del Reglamento del servicio universal, no caben otras interpretaciones finalísticas ni analógicas". Razonamiento que acto seguido la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones complementó con la cita de la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2008 (recurso de casación número 5965/2004) y con la consideración adicional de que "en ninguno de los países de nuestro entorno en los que se ha establecido un mecanismo de financiación del coste neto del servicio universal se han aglutinado las empresas pertenecientes a un mismo grupo empresarial".



<http://civil-mercantil.com/>

Concluyó la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones manteniendo que el concepto de "operador" aplicable en aquel caso era precisamente "el recogido en el Anexo II de la LGT: persona física o jurídica que explota redes públicas de comunicaciones electrónicas o presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público y ha notificado a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el inicio de su actividad". Tanto los incluidos como los excluidos del deber de contribuir a la financiación del fondo se atenían estrictamente a esta definición.

La Sala de instancia, por su parte, se limitó a afirmar (fundamento jurídico sexto de la sentencia) que se trataba de una "cuestión resuelta en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2008 , que, precisamente, revocó una de esta Sala y Sección de 30 de marzo de 2004", cuyo contenido -el de la sentencia de 28 de enero de 2008 - reprodujo.

Octavo.

Insiste "Vodafone España, S.A.U." en su planteamiento original para sostener ahora que la Sala de instancia vulnera el ordenamiento jurídico al no haber admitido su tesis sobre la vertiente subjetiva de los "operadores" incluidos o excluidos de la obligación de contribuir al fondo. Ya lo había propugnado así, como hemos dicho, al recurrir la decisión previa de 29 de noviembre de 2007 mediante la cual la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones estimó, por un lado, el coste neto que había supuesto para "Telefónica de España, S.A.U." la prestación obligatoria del servicio universal y, por otro lado, consideró que dicho operador había soportado una "carga injustificada" al asumirlo.

En nuestra sentencia de 17 de enero de 2014 rechazamos el reproche de "incongruencia omisiva" que "Vodafone España, S.A.U." hacía a la Sala de instancia cuando la acusaba de no haberse pronunciado "sobre el cambio de criterio de la CMT respecto del concepto de grupo empresarial". Dijimos, por el contrario, que bastaba leer la parte final del fundamento jurídico quinto de la sentencia entonces impugnada para observar cómo el tribunal de instancia daba respuesta a este extremo de la demanda explicando por qué, en sintonía con la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2008 , la condición de operador obligado a la prestación del servicio universal se atribuía a una determinada empresa -"Telefónica de España, S.A.U."- y no al grupo empresarial.

Noveno.

A lo largo del segundo epígrafe del motivo casacional único "Vodafone España, S.A.U." afirma que la Sala de instancia incurre en la "infracción del artículo 34 del RD-Ley 6/2000 dada su errónea interpretación realizada en la sentencia recurrida que no es aplicable al objeto de la controversia" y que infringe asimismo "la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2008 , por aplicarla erróneamente". Con ello vuelve a enfrentarse a la tesis de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que respalda el tribunal de instancia, para el que aquélla resulta conforme a Derecho cuando aplica a las sociedades singulares -y no a los grupos empresariales en los que éstas eventualmente puedan integrarse- la noción de "operador" incluido o exento de la contribución al fondo.

Tanto la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones como el tribunal de instancia aplicaron al caso de autos la doctrina de nuestra sentencia de 28 de enero de 2008 que interpretó el artículo 34 del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercado de Bienes y Servicios , en la modificación llevada a cabo por la Disposición Adicional Decimotercera de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre . En desarrollo de este Real Decreto-ley se había dictado el Real Decreto 1232/2001, de 12 de noviembre, cuyo artículo 3 , bajo la rúbrica "relación de operadores principales", dispuso que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones establecería y haría pública anualmente "la relación de los operadores que se consideren principales en los mercados o sectores referidos en el artículo 34.dos del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio ".



<http://civil-mercantil.com/>

Pues bien, dijimos entonces que la noción de operadores del sector de telecomunicaciones reflejada en dichas normas debía quedar circunscrita a las personas físicas o jurídicas (sociedades) que realizaban las correspondientes actividades y no a los grupos accionariales en que pudieran integrarse. Destacábamos -precisamente para rectificar el criterio opuesto de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, entonces respaldado por la Sala de la Audiencia Nacional- que lo decisivo era "su configuración individual y no agrupada", premisa de la que deducíamos que el artículo 34 del Real Decreto-ley 6/2000 debía interpretarse de modo que por operadores principales (quienes ostentasen una de las cinco mayores cuotas del mercado o sector en cuestión) debían reputarse las sociedades individualmente consideradas y no los grupos empresariales.

Por mucho que la recurrente trate de subrayar las diferencias entre el supuesto normativo al que se refería el Real Decreto-ley 6/2000 y el de autos, lo cierto es que la interpretación jurisprudencial realizada por esta Sala del Tribunal Supremo respecto de aquél era y es aplicable sin dificultades hermenéuticas -antes al contrario- a éste. No existe, pues, "aplicación errónea" de nuestra sentencia de 29 de enero de 2008 y, aunque es cierto que el supuesto sometido ahora a debate no coincidía exactamente con el que dio origen a aquella sentencia, los razonamientos de ésta eran aplicables a la determinación de los "operadores" incluidos o excluidos de la obligación de financiar el servicio universal.

Más en concreto, de las normas citadas en este epígrafe por la recurrente (las Directivas 2002/21/CE y 2002/22/CE) no puede deducirse que por "operadores" del sector de las telecomunicaciones haya necesariamente de reputarse, a todos los efectos, las "unidades de decisión económica" en que consistan o puedan consistir los grupos empresariales. Nada impide que, cuando se trata de incluirlos o excluirlos en la relación de operadores obligados a la financiación, por tales se considere a cada una de las sociedades que actúan con personalidad jurídica propia, incluso si a otros efectos pudieran (en determinados ámbitos del Derecho de la competencia) ser más o menos relevantes las cuotas de mercado que ostenten las sociedades matrices en vez de las que ostente cada una de las sociedades que integran el grupo.

Décimo.

En la segunda parte del epígrafe final del motivo de casación único se añaden a los anteriores otros argumentos adicionales. "Vodafone España, S.A.U." manifiesta que se vulnera la "doctrina de los actos propios, al no pronunciarse siquiera la sentencia recurrida sobre el cambio de criterio de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, contraviniendo actos propios anteriores"; y considera que la Sala de instancia ha infringido "lo dispuesto en el artículo 54.1 c) de la LRJPAC en lo relativo a la falta de motivación en la sentencia recurrida sobre el cambio de criterio aplicado por la CMT respecto al concepto de 'grupo empresarial' en relación con actos propios de la misma." Concluye censurando la "infracción de los principios de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la CE (en su manifestación de los principios de buena fe y confianza legítima reconocidos en la jurisprudencia)."

No son acogibles estas censuras pues:

A) Ni la decisión de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ni la de la Sala de instancia carecen de motivación en este punto (otra cosa es que la recurrente discrepe de ella). El reproche de falta de motivación se desvanece con la mera lectura de una y otra, constando como constan en ambas las razones que les inducen a optar por la interpretación limitada a la sociedad operadora y no al grupo matriz, tal como ya ha sido expuesto.

B) En cuanto a la aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre los "actos propios", a la que apela "Vodafone España, S.A.U.", ya dijimos en nuestra sentencia de 17 de enero del presente año que una decisión administrativa puede diferir de otras anteriores cuando haya causas que lo justifiquen y que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones puede separarse de sus propios precedentes con sólo

<http://civil-mercantil.com/>

razonarlo. En el supuesto de autos, repetimos, constan las razones que aquella Comisión expuso para actuar en el sentido ya dicho, razones que hemos considerado adecuadas a las normas que aplica.

C) Las referencias a los principios de interdicción de la arbitrariedad, de seguridad jurídica, de buena fe y de confianza legítima no pasan de ser, en este supuesto, sino afirmaciones generales que, en lo que no repiten el contenido de las alegaciones precedentes, carecen de eficacia para oponerse a una correcta y adecuada interpretación de las normas reguladoras de la financiación del servicio universal como la llevada a cabo por el tribunal de instancia. Éste las ha aplicado en sus propios términos, con explicación suficiente de las razones que a ello conducían y en consonancia con la doctrina -previa a las resoluciones impugnadas- que esta Sala del Tribunal Supremo había establecido sobre la noción individualizada de operadores en el sector de las telecomunicaciones.

El recurso de casación interpuesto por "Vodafone España, S.A.U." debe, en consecuencia, ser desestimado.

Undécimo.

La sociedad "France Télécom España, S.A.", que era otro de los operadores afectados por la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones objeto de litigio y que se había personado en el proceso en calidad de "parte demandada", tuvo en la instancia una actuación que el tribunal de instancia calificó, a justo título, como "desviación procesal". Prescindiendo de aquella condición de codemandada, al oponerse -nominalmente- a la demanda de "Vodafone España, S.A.U." formuló en realidad las mismas pretensiones que ésta, a saber, la declaración de nulidad del acto administrativo impugnado (lo que es perceptible con la mera lectura del suplico de su contestación que hemos transcrito en el antecedente de hechos sexto de esta sentencia).

El tribunal de instancia, en consecuencia, tuvo por excluidas del proceso las pretensiones impugnatorias y las alegaciones que "France Télécom España, S.A." había formulado, a causa de la desviación procesal antes dicha, hasta el punto de que el fallo de la sentencia se limitó a desestimar el recurso deducido por "Vodafone España, S.A.U.", sin más. Al resolver en este sentido se atuvo a la doctrina sentada en la sentencia de esta Sala de 22 de febrero de 2006, que a su vez citaba otras anteriores en la misma línea.

El recurso de casación que "France Télécom España, S.A." deduce contra la sentencia está integrado por siete motivos, de los cuales los tres primeros han sido formulados al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional. En ellos, tras censurar o bien la infracción de los artículos 21.1.b) y 67.1 de la Ley Jurisdiccional (motivos primero y tercero) o bien la infracción del artículo 24.1 de la Constitución por incongruencia omisiva (motivo segundo), se queja de que la Sala de instancia no haya tomado en cuenta sus alegaciones y pretensiones y que haya calificado su conducta como una inadmisibles desviación procesal.

No tiene razón la recurrente y sus tres motivos iniciales deben ser rechazados (lo que hará inviable el examen de los cuatro restantes, en los que "France Télécom España, S.A." expone los argumentos de fondo en apoyo de la pretensión anulatoria del acto administrativo recurrido). La posición procesal de codemandado impedía a la parte que desde el principio la ostentaba -y que con este carácter había sido admitida al proceso- formular pretensiones impugnatorias del acto, como así ocurría en este caso. Es irrelevante a estos efectos que sus argumentos en defensa de la nulidad de aquel acto coincidiesen plena o sólo parcialmente con los del verdadero actor, pues era sólo éste quien ostentaba la titularidad activa de la relación procesal. Constituía un fraude procesal aprovechar la condición de codemandado para impetrar -sin las exigencias de plazo, por ejemplo, exigibles al actor- la anulación de un acto que otra persona jurídica había impugnado, constituyéndose de este modo en "correcurrente" del mismo. Sólo los recurrentes que hayan iniciado el proceso pueden, en la dicción del artículo 31 de la Ley



<http://civil-mercantil.com/>

Jurisdiccional , pretender la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación.

Tal conclusión no vulnera las exigencias del artículo 24 de la Constitución ni en abstracto ni, mucho menos, en el caso singular de "France Télécom España, S.A." cuando ella misma reconoce que, de modo más o menos "paralelo" a su intervención en el proceso de instancia número 863/2008 (el que dio lugar a la sentencia ahora revisada en casación), había interpuesto, esta vez sí como verdadero demandante, su propio recurso (número 129/2009) ante la Sala de la Audiencia Nacional para interesar la declaración de nulidad de las mismas resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que reputaba disconformes a Derecho.

Duodécimo.

No habiendo lugar a ninguno de los dos recursos de casación interpuestos, procede imponer las costas a las partes que los han promovido, conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional . A tenor del apartado tercero de este artículo, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". La Sala considera procedente en este supuesto limitar hasta una cifra máxima de siete mil euros la cantidad que, por todos los conceptos enumerados en el artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , cada una de las condenadas al pago de las costas han de satisfacer respectivamente a cada una de las partes contrarias.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Primero.

Desestimar el recurso de casación número 1119/2011 interpuesto por "Vodafone España, S.A.U." y "France Télécom España, S.A." contra la sentencia dictada con fecha 22 de noviembre de 2010 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava, de la Audiencia Nacional en el recurso 863 de 2008 .

Segundo.

Imponemos a las recurrentes las costas de su recurso en los términos precisados en el último de los fundamentos de la sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Pedro Jose Yague Gil.- Manuel Campos Sanchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



<http://civil-mercantil.com/>

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.