



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON ALFONSO RAMOS DE MOLINS SAINZ DE BARANDA, 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 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 14 de octubre de 2004, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE DESESTIMAN LOS RECURSOS POTESTATIVOS DE REPOSICIÓN INTERPUESTOS POR LAS ENTIDADES TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. Y AUNA TELECOMUNICACIONES, S.A. CONTRA LA RESOLUCIÓN DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES, DE FECHA 15 DE JULIO DE 2004, SOBRE EL REPARTO DE LOS COSTES DE LA ENTIDAD DE REFERENCIA DE PORTABILIDAD.

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por las entidades Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) y Auna Telecomunicaciones, S.A. (en adelante, AUNA) contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 15 de julio de 2004, sobre el reparto de los costes de la Entidad de Referencia de Portabilidad (en adelante, ER), el Consejo de la Comisión ha adoptado, en su sesión núm. 37/04 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 14 de octubre de 2004, recaída en el expediente AJ 2004/1403.

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 15 de julio de 2004, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, dictó Resolución sobre el reparto de los costes de la ER recaída en el Expediente DT 2003/162, cuyo resuelve era del siguiente tenor:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“Primero. Los costes de la Entidad de Referencia de la portabilidad relativos a su establecimiento (incluyendo la implantación de nuevas funcionalidades y las necesarias ampliaciones de su capacidad) y a su mantenimiento serán considerados como costes de actualización de elementos de red y sistemas, de acuerdo con el artículo 18 de la Ley 32/2003.

Segundo. Los costes de establecimiento de la Entidad de Referencia serán repartidos entre los operadores afectados, de manera proporcional a la población cubierta por los ámbitos territoriales asociados a las actividades notificadas sujetas a las obligaciones de portabilidad numérica.

Se considerará a efectos de este cálculo, dentro del ámbito territorial asociado, el que se corresponda con las provincias en las que el operador tenga numeración geográfica asignada, considerándose para cualquier operador una cobertura mínima por defecto del 25% de la población nacional, aunque tal cobertura no sea alcanzada. De igual forma si el operador sólo tuviese asignada numeración de red inteligente, se considerará también una cobertura por defecto del 25% de la población nacional. En el caso de tener los dos tipos de numeración, geográfica y de red inteligente, se considerará a estos efectos solamente la numeración geográfica.

Tercero. Los costes de mantenimiento de la Entidad de Referencia serán repartidos entre los operadores con obligaciones en materia de portabilidad de numeración geográfica y de red inteligente, conforme a los criterios establecidos en el Anexo 1 a esta Resolución.

Cuarto. El nuevo reparto de costes de la Entidad de Referencia deberá ser efectivo antes del 1 de noviembre de 2004, salvo acuerdo previo distinto o modificación posterior por acuerdo de los operadores que, en su caso, deberá ser comunicado a esta Comisión.”

En el Anexo 1 de la Resolución se decía lo siguiente:

“ANEXO 1

REPARTO DE COSTES DE MANTENIMIENTO DE LA ENTIDAD DE REFERENCIA (ER)

El total de los costes de mantenimiento de la ER se atribuirán de la siguiente forma:

- Actividad 1: costes de disponibilidad y actualización de la base de datos de números portados, que representarán el 30% de los costes totales de mantenimiento de la ER;
- Actividad 2: costes por operaciones transaccionales, que representarán el 70% de los costes totales de mantenimiento de la ER.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La asignación de los costes de mantenimiento a cada operador se realizará de acuerdo a los siguientes criterios:

- *Los costes de la actividad 1 se repartirán a partes iguales entre los operadores afectados.*
- *Los costes de la actividad 2 se repartirán entre todos los operadores donantes y receptores, en proporción a la suma del 75% de los números importados por el operador más el 25% de los números exportados por el operador respecto del total de números importados por todos los operadores en el mismo período de tiempo.*

Salvo acuerdo del Comité de Seguimiento de la ER en otro sentido, los costes de la actividad 2 se deberán repercutir en base a los datos históricos de números importados por cada operador durante los seis meses anteriores, regularizando estas estimaciones posteriormente con los datos reales.

Por consiguiente, cada operador deberá contribuir anualmente a los costes de mantenimiento de la ER de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$CMER_{Oper} = (0,3 \times CMER / \sum_{Oper} operadores) + (0,7 \times CMER \times ((0,75 \times \sum_{Oper} importados + 0,25 \times \sum_{Oper} exportados) / \sum_{Total} importados))$$

Donde,

CMER_{Oper} *representa los costes anuales de mantenimiento de la ER para un operador concreto;*

CMER *representa los costes anuales de mantenimiento de la ER para el conjunto de los operadores;*

?operadores *representa el número de operadores entre los que se reparten los CMER;*

?importados *representa el número total de números “importados” en el año, bien por un operador (Oper) o por el total de los operadores (Total);*

?exportados *representa el número total de números “exportados” en el año, por un operador (Oper)”.*

SEGUNDO.- Con fecha 17 de agosto de 2004 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por Doña María José Ayudarte Cruz, en virtud del cual interpone, en nombre y representación de TESAU, recurso potestativo de reposición contra la Resolución de esta Comisión de fecha 15 de julio de 2004, relativa al reparto de los costes de la ER, mencionada anteriormente, con base en los siguientes motivos:

1º.- Reinterpretación del concepto de “beneficio” y del principio de causalidad.

Se alega que la Comisión se ha excedido en las competencias que le otorga el artículo 18 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) en la medida en que la Resolución



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

impugnada, a pesar de las diversas referencias que contiene al principio de intervención mínima, impone nuevas obligaciones regulatorias a los operadores donantes, incluyendo a éstos dentro del reparto de los costes transaccionales de la ER, lo que según TESAU no había sido objeto de discrepancias entre los operadores.

Asimismo, según la recurrente, la Comisión contraviene la doctrina de los actos propios al separarse del criterio establecido en la Resolución de fecha 5 de abril de 2001¹, según la cual operador causante era solamente el operador receptor, advirtiendo la inseguridad jurídica que tal cambio podría provocar en los operadores.

Además, añade TESAU que el reparto de los costes de la ER se realiza sin una justificación válida, efectuando la Comisión una interpretación propia y unilateral de los principios de causalidad y del beneficio, ya que, frente a la interpretación fijada en la Resolución de 5 de abril de 2001, con arreglo a la cual resultaba más equitativo asignar los costes a aquellos que no eran causantes de la operación sino beneficiados económicos del hecho o actividad origen de la operación, la Resolución impugnada entiende que el supuesto beneficio que obtiene el operador donante es el de poder usar la ER y sus sistemas para atender las solicitudes de portabilidad.

También considera TESAU que la Resolución recurrida vulnera los principios de proporcionalidad y de no discriminación a los que hacen referencia tanto la Resolución impugnada como la nueva Circular 2/2004², ya que, a pesar de no ser el operador donante el que causa ni solicita la portabilidad, se ve obligado a entregar el número solicitado por el operador receptor, no solamente perdiendo el cliente y los beneficios que éste le reporta, sino también soportando parte de los costes de dicha portabilidad sin tener posibilidad alguna de repercusión.

2º.- Necesidad de ubicación del nuevo cálculo de costes en el ejercicio económico de los operadores.

Se alude a la conveniencia de retrasar la fecha fijada en la Resolución recurrida para la aplicación del nuevo modelo de reparto de costes de la ER hasta el 1 de enero del ejercicio 2005, considerando de esta forma como periodos anuales los que transcurren desde enero de un determinado año hasta enero del año siguiente, lo que haría coincidir aquéllos con los ejercicios económicos de los operadores. Según TESAU, con la fecha propuesta (1 de noviembre de 2004), habría de distinguirse entre los costes de mantenimiento de los dos

¹ Resolución de fecha 5 de abril de 2001, relativa a las contraprestaciones económicas derivadas de la conservación de numeración por cambio de operador en redes telefónicas públicas fijas (Expediente AE 1999/1799).

² Resolución de fecha 16 de julio de 2004, de la Presidencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se hace pública la Circular 2/2004, de 15 de julio, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sobre la conservación de la numeración.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

últimos meses del ejercicio y los diez meses restantes, lo que podría provocar pagos discriminatorios y problemas de gestión para los operadores implicados.

Sostiene, además, la operadora que la Resolución impugnada, a pesar de dejar abierta la posibilidad de modificar la fecha de inicio de la aplicación del nuevo modelo, vulnera el principio de intervención mínima consagrado en materia de portabilidad en el artículo 18 de la LGTel, ya que en caso de que los operadores no llegasen a un acuerdo tendrían obligación de hacer efectivo el nuevo sistema de reparto de costes a partir de la fecha fijada por la Comisión.

Por todo ello, con base en los argumentos expuestos anteriormente, TESAU solicita que se estime el recurso de reposición interpuesto, estableciendo que los costes por operaciones transaccionales serán asumidos exclusivamente por los operadores receptores y que la fecha de inicio para la aplicación del nuevo sistema de reparto de costes sea el 1 de enero de 2005.

TERCERO.- Asimismo, con fecha 25 de agosto de 2004 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por Don José Joaquín Mollinedo Chocano, en virtud del cual interpone, en nombre y representación de la entidad AUNA, recurso potestativo de reposición contra la mencionada Resolución de fecha 15 de julio de 2004, con base en los siguientes motivos:

1º.- Falta de motivación de la Resolución recurrida, vulneración de la doctrina del precedente administrativo y contravención de los requisitos del artículo 106 la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

Por un lado, señala AUNA que la Resolución recurrida adolece de un vicio de anulabilidad previsto en el artículo 63 de la LRJPAC, al no motivar con razones válidas y suficientes el cambio radical del hasta ahora vigente modelo de reparto de costes de la ER.

A este respecto, en primer lugar, sostiene la recurrente que la Comisión no aclara de qué manera la experiencia acumulada en más de cuatro años puede alterar la anterior doctrina de la Comisión. AUNA no entiende cómo el incremento de las portabilidades puede hacer cambiar una situación con arreglo a la cual los costes de la ER son básicamente costes fijos, lo que, por otro lado, según la operadora, la Comisión confirma en otra parte de la Resolución. A este respecto, añade la recurrente que en el trámite de audiencia del expediente de referencia sostuvo que los costes de mantenimiento de la ER no variaban de manera apreciable en función de los procesos de portabilidad, lo que, sin embargo, no se refutó por la Comisión.

En segundo lugar, sostiene AUNA que la Resolución contempla literalmente el criterio basado en que la población cubierta por el ámbito geográfico correspondiente a la licencia es un criterio que se consideraba que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

representaba con bastante exactitud la potencialidad de cada uno de los operadores a la hora de competir en el mercado, sin tener en cuenta las alegaciones formuladas por AUNA y con arreglo a las cuales el empeoramiento en las condiciones del mercado y los cambios en las estrategias de los operadores, son irrelevantes.

En último término, en cuanto al argumento de la Comisión según el cual varios operadores pusieron de manifiesto que el actual criterio no incentiva que los operadores contribuyan a la financiación de la ER, por resultar los costes demasiado gravosos para determinados operadores que cuentan con pequeños capitales propios o ajenos, y que tienen que contribuir tanto como otros operadores de gran tamaño, sostiene AUNA que la mayor o menor disponibilidad de capital no es un elemento regulatorio y legalmente justificado para determinar los criterios de reparto de costes. En este sentido sostiene AUNA que los costes de los sistemas y trabajos necesarios para garantizar a los ciudadanos el derecho a la portabilidad han de ser asumidos por cada operador. Tales costes estarán determinados por la solución técnica adoptada, y una vez fijada ésta, y de acuerdo con los criterios que haya fijado la Comisión, sólo puede contribuirse a los mismos. Además, considera que el argumento de la mayor o menor disponibilidad de capital sería incongruente con el criterio de reparto de los costes de establecimiento de la ER aprobado por la CMT.

Por otro lado, según la operadora, la Resolución objeto de impugnación no resulta acorde con los principios de proporcionalidad y de equidad, ya que el nuevo sistema establecido en ella supone cuadruplicar la contribución de AUNA a los costes de la ER. En este sentido, mantiene AUNA que con los criterios de reparto establecidos en la Resolución de 5 de abril de 2001, tanto AUNA como BT contribuían con un 6,45% a los costes de mantenimiento de la ER. Sin embargo, con el criterio fijado en la última Resolución, AUNA pasaría a pagar un 30% de los costes, mientras que BT vería su cuota reducida a un 1,3%.

Además entiende que la Resolución incumple los requisitos que recoge el artículo 106 de la LRJPAC relativos a la forma de ejercer las facultades de revisión de actos previos.

2º.- Disconformidad con los nuevos criterios de reparto de costes de la ER.

a) Sobre el criterio de atribución de los costes de mantenimiento de las actividades.

Según AUNA, no es cierta la afirmación de la Comisión según la cuál es imposible objetivar el reparto de costes entre las dos actividades básicas que realiza la ER, teniendo en cuenta el conocimiento por parte de la Comisión del régimen de contabilidad de costes de los operadores dominantes, que lo que busca precisamente es establecer criterios objetivos de imputación de costes



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

comunes a actividades para dar cumplimiento al mandato legal de separación de cuentas y orientación a costes de los precios.

Añade la operadora que, frente al criterio expresado en la Resolución anterior de fecha 5 de abril de 2001, con arreglo al cual la escasa relevancia de tales costes por uso no justificaba su desglose, la Resolución impugnada asigna arbitrariamente el 70% de los costes de mantenimiento a la actividad transaccional, vulnerando también en este punto lo dispuesto en los artículos 106 y 54 de la LRJPAC.

Sostiene también AUNA que la Comisión no hace referencia alguna, ni motiva el rechazo al modelo simplificado de contabilidad de costes presentado por la entidad en su escrito de alegaciones en el trámite de audiencia, ni tampoco a las críticas basadas en razones económicas que hizo AUNA del modelo presentado por los operadores que defendían la denominada postura 1.

b) Sobre el criterio de imputación de los costes transaccionales a los operadores donante y receptor.

AUNA muestra su disconformidad con el reparto fijado finalmente en la Resolución recurrida y conforme al cual se asigna a cada número exportado un 25% frente al 75% de cada número importado. Según la operadora, dichos porcentajes se establecen sin ningún tipo de metodología o base conceptual, por lo que dicha Resolución adolece de falta de motivación.

Añade que establecer una mayor penalización para el operador receptor que para el donante a efectos de imputar costes transaccionales contraría los principios que defiende la Comisión, que asimila los costes transaccionales de la ER a los costes de los sistemas de los operadores para hacer posible el derecho de los abonados a portar sus números, los cuales, de acuerdo con el artículo 25.1 del Reglamento de Interconexión³ vigente, deben ser asumidos por cada operador. En este sentido, sostiene AUNA que si la parte transaccional de la ER es una externalización de los sistemas de los operadores para hacer posible la portabilidad, y por tanto, su atribución se rige por el artículo 25.1 del RIN, no puede argumentarse que al ser el receptor el que inicia los procesos en nombre del abonado, entonces una mayor parte de esos costes corresponden al receptor. Si esto fuera así, en el caso de haber optado por una portabilidad descentralizada, el receptor tendría que compensar económicamente al donante por los desarrollos en sus sistemas. Según AUNA, es irrelevante quién desencadena el proceso, ya que de acuerdo con el citado artículo el causante último de un proceso de portabilidad no es el operador

³ Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el Título II de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en lo relativo a la interconexión y al acceso a las redes públicas y a la numeración. En vigor de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera apartado tercero de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

receptor, sino el abonado que se lo solicita, siendo la portabilidad un derecho del abonado que obliga tanto al receptor como al donante.

CUARTO.- Mediante escrito de fecha 24 de septiembre de 2004, que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el mismo día, Don José Joaquín Mollinedo Chocano, en nombre y representación de la entidad AUNA, formula las siguientes alegaciones sobre el recurso potestativo de reposición interpuesto por TESAU:

- a) Los costes transaccionales de la ER deben distribuirse en partes iguales entre el operador donante y el operador receptor, al entender que ambos utilizan de manera simétrica los mecanismos transaccionales de la ER como si de sus propios sistemas se tratara.
- b) Al igual que TESAU, AUNA pone de manifiesto la necesidad de que el nuevo cálculo de costes se inicie en el ejercicio 2005.

QUINTO.- Mediante escrito de fecha 24 de septiembre de 2004, que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el mismo día, Don Nicolás Oriol Enciso, en nombre y representación de la entidad TESAU, formula las siguientes alegaciones sobre el recurso potestativo de reposición interpuesto por AUNA:

- a) La participación de AUNA en el reparto de costes de la ER está lejos de cuadruplicarse o alcanzar cifras de un 30% del total, estando el resultado de su contribución al mantenimiento de la ER por debajo de un 20%.
- b) De acuerdo con los principios de causalidad y del beneficio, es solamente el operador receptor el que debe sufragar los costes de la ER, al ser el que se beneficia de la obtención de un nuevo cliente y puede repercutir al mismo el coste que le supone la portabilidad por medio del correspondiente canon. Según TESAU, lo contrario supone una vulneración de los principios de proporcionalidad y no discriminación.
- c) Ante la inexistencia de un modelo centralizado, sería el operador receptor el perjudicado, al tener que satisfacer costes directos adicionales al operador donante, y sin disponer de costes de tramitación y operaciones más reducidas por la existencia de la ER.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- Fundamentos jurídicos 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.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC establece que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Las recurrentes califican expresamente sus escritos de fechas 17 y 24 de agosto de 2004, con entrada en el Registro de esta Comisión los días 17 y 25 de agosto del mismo año, como recursos de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.17 de la LGTel, las Resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede calificar los escritos presentados como recursos potestativos de reposición interpuestos contra la Resolución de esta Comisión de fecha 15 de julio de 2004.

SEGUNDO.- Competencia para resolver.

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

TERCERO.- Admisión a trámite.

Los recursos presentados han sido interpuestos dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha en la que las entidades recurrentes han tenido conocimiento de la Resolución impugnada, previsto en el artículo 117 de la LRJPAC y cumpliendo con todos los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la misma Ley, por lo que deben entenderse interpuestos en tiempo y forma, procediendo su admisión a trámite.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

II.- Fundamentos jurídicos materiales.

PRIMERO.- Sobre la falta de motivación de la Resolución impugnada, la vulneración de la doctrina del precedente administrativo y la contravención de los requisitos del artículo 106 de la LRJPAC.-

Por un lado, frente a lo expuesto por AUNA en relación con la falta de motivación de que adolece la Resolución impugnada al establecer nuevos criterios de reparto de costes sin justificar razones válidas y suficientes que motiven dicho cambio, cabe señalar, reiterando lo expuesto en la Resolución de 15 de julio de 2004 ahora impugnada, que son varias las circunstancias que han llevado a esta Comisión a establecer un nuevo modelo de reparto de costes de la ER, a saber:

a) El criterio basado en la población cubierta por el ámbito geográfico correspondiente a la licencia ya no representa con exactitud la potencialidad de cada uno de los operadores a la hora de competir en el mercado.

En efecto, con anterioridad a la Resolución de 15 de julio de 2004 los costes de la ER, tanto en lo relativo al establecimiento como al mantenimiento, eran repartidos entre los operadores aplicando el mismo criterio de proporcionalidad sobre la población cubierta por los ámbitos territoriales de sus correspondientes títulos habilitantes. Así, por ejemplo, un operador de ámbito nacional de acuerdo con su Plan Técnico tenía vocación de ofrecer el servicio telefónico en todo el territorio con su consiguiente despliegue de red.

Sin embargo, habida cuenta de la crisis que ha sufrido este mercado en los últimos tres años las expectativas en muchos casos no se han cumplido con operadores cuya actual estrategia empresarial se aleja considerablemente de la inicialmente pretendida.

A este respecto, resulta de interés señalar cómo la entidad AUNA, después de reproducir literalmente en su escrito de interposición del recurso las alegaciones formuladas en el trámite de audiencia, según las cuáles considera que el empeoramiento en las condiciones del mercado y los cambios en las estrategias de los operadores, son irrelevantes, reconoce que, en este aspecto concreto, sí podría existir una causa justificada para modificar el criterio anterior.

b) Desigual uso por los operadores de la ER, sin que todos los operadores actúen con alguno de los dos roles principales en materia de portabilidad, esto es, el de operador donante y el de operador receptor.

Como ya se dijo en la Resolución impugnada, analizando los operadores que han portado o exportado números, se ha demostrado que no todos los operadores pretenden actuar con alguno de los dos roles principales en materia de portabilidad, como son el de operador donante y el de operador receptor. Ha



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de tenerse en cuenta la existencia de operadores que, sin ostentar la condición de donantes ni receptores en un determinado proceso de portabilidad, hacen uso de la ER a los efectos de obtener una información actualizada sobre los números portados que les permita encaminar o enrutar correctamente las llamadas.

Esta es una de las razones por las que se pasa de un modelo de reparto de costes basado en el criterio de proporcionalidad sobre la población cubierta por los ámbitos territoriales de los correspondientes títulos habilitantes a un sistema de reparto fundado en la actividad a desarrollar por la ER, distinguiendo dentro de los costes de mantenimiento según se trate de la actividad de gestión de la base de datos de referencia de portabilidad o de la actividad de gestión de las solicitudes de transacción. Así se podría diferenciar entre aquellos operadores que generan costes como consecuencia de necesitar ambas actividades, y otros operadores que básicamente sólo necesitan que la base de datos esté actualizada.

c) Descontento de algunos operadores que consideran que el actual criterio no incentiva su contribución a la financiación de la ER, por resultar en ocasiones los costes demasiado gravosos para determinados operadores que cuentan con limitados recursos financieros y que tienen que contribuir en la práctica tanto como otros operadores de mayor tamaño real.

Tanto AUNA como TESAU entienden, sin embargo, que no sería válido como criterio objetivo de reparto de costes favorecer a aquellos operadores que cuentan con limitados recursos financieros, frente a lo cual procede señalar que, precisamente, en atención al principio de proporcionalidad, se estimó la conveniencia de establecer un modelo de reparto de costes que atendiese, entre otras circunstancias, a esta situación.

d) Cambio respecto de la situación existente en el momento de aprobarse la primera Resolución de esta Comisión sobre los costes de la ER.

Desde el inicio de la portabilidad ya se había identificado que se podían establecer otros criterios de reparto de costes basados en el uso que se hacía de la ER, pero en aquel momento no se consideraron habida cuenta de la poca experiencia que se tenía y en virtud del principio de materialidad y coste (se consideró que los cálculos conllevarían un beneficio tan escaso que no justificaría un análisis tan complejo, en aras de permitir un desarrollo efectivo de la portabilidad).

En el momento actual la portabilidad ha cambiado hacia una situación estable contando con una experiencia acumulada de más de cuatro años y más de 1.050.000 números fijos portados a comienzos de julio de 2004, lo que implica disponer de un mayor conocimiento de la operativa diaria del sistema.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A este respecto, AUNA señala que no entiende cómo la experiencia acumulada puede hacer cambiar una situación con arreglo a la cual los costes de la ER son básicamente costes fijos. Sin embargo, resulta evidente que en esta alegación AUNA está mezclando dos cuestiones: la necesidad de modificar el actual reparto con la naturaleza de los costes. Con relación a esta última cuestión, que es la que parece señalar AUNA, el criterio finalmente adoptado no entra a dividir los costes entre fijos y variables sino que divide los costes en función de las distintas actividades que realiza la ER.

Además, la propia operadora reconoce en su escrito de alegaciones de fecha 24 de septiembre de 2004 que la Resolución de 5 de abril de 2001 aludía a una situación hipotética -la posible existencia de costes variables causados por el operador receptor- que la posterior Resolución de 15 de julio de 2004, tras la experiencia acumulada en los años que intermedian entre una y otra, estaba en situación de descartar.

Pues bien, todas las circunstancias a las que se ha hecho mención anteriormente llevaron a esta Comisión a considerar oportuno acometer un cambio en el reparto actual de los costes y fueron debidamente motivadas en la Resolución recurrida.

Procede en este punto traer a colación la reiterada interpretación jurisprudencial en relación con la motivación de los actos administrativos, con arreglo a la cual la exigencia contenida en el artículo 54.1 de la LRJPAC se traduce en la obligación de exteriorizar las razones que sirven de fundamento a la decisión administrativa, realizando una sucinta referencia a los hechos y fundamentos de Derecho que dan lugar a la adopción de la decisión, en aras de permitir a los afectados ejercitar debidamente su derecho de defensa, pero sin que se requiera una profunda, extensa y detallada exposición de los razonamientos o argumentos determinantes de su adopción.

El Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), en Sentencia de fecha 29 de marzo de 2004 (RJ 2004/1849), señalaba lo siguiente:

“El deber de motivación de los actos administrativos tiene por finalidad, según se refiere en la sentencia de esta Sala de 10 de diciembre de 2003 (RC 3905/2000 [RJ 2003\9526]), que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto”.

Asimismo, en Sentencia de fecha 19 de febrero de 2002 (RJ 2002/2957) establecía que:

“...tampoco se vulnera el artículo 54 de la Ley 30/1992 en la última modificación operada por la Ley 4/1999 respecto de la exigencia de motivación aludida por la parte recurrente como causa de nulidad del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

acto administrativo impugnado, puesto que como ya indicara reiterada jurisprudencia de esta Sala, de la que son exponente, entre otras, las sentencias de 20 de enero de 1998 (RJ 1998\1418) y la posterior de 25 de mayo de 1998 (RJ 1998\4486), en el Acuerdo impugnado se da cumplida respuesta y se da a conocer a la destinataria las razones de la decisión, permitiendo frente a ella la interposición de los recursos procedentes”.

Del mismo modo, en la Sentencia de fecha 29 de febrero de 2000 (Ar. 2000/3166):

“...debemos considerar que la exigencia legal de motivación no puede identificarse con la idea de que aquélla sea jurídicamente correcta en cuanto al fondo, sino que se trata de un requisito formal, que obliga a exteriorizar las razones en que se basa el órgano decisor para resolver en un sentido determinado, con la finalidad de que quienes se consideren afectados en sus intereses legítimos por la resolución administrativa puedan hacer valer, frente a aquellas razones, los argumentos que entiendan insuficientes para justificar el acto y que por eso debe ser anulado.”

La Sentencia de fecha 9 de febrero de 1996 (RJ 1996/1105) se pronunciaba en el sentido expuesto, señalando:

“En la alegada falta de motivación de las resoluciones administrativas subyace una confusión entre el acogimiento de las propias alegaciones y el requisito de los actos administrativos de hacer explícitas las razones que fundamentan la decisión adoptada, como establecía el artículo 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo (RCL 1958\1258, 1469, 1504; RCL 1959\585 y NDL 24708) (actual art. 54 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común [RCL 1992\2512, 2775 y RCL 1993\246]). Exigencia que se cumple cuando se dan a conocer dichas razones, permitiendo tanto el ejercicio del derecho de defensa como el eventual control en vía administrativa y jurisdiccional”.

Por último, en Sentencia de fecha 12 de diciembre de 1990 (Ar. 1990/9918) se establecía lo siguiente:

“la brevedad de los términos y la concisión expresiva de un acto administrativo, no puede confundirse con su falta de motivación”.

Dicho todo lo anterior, cabe concluir que la Resolución recurrida fue motivada suficientemente por esta Comisión, que expuso y desarrolló correctamente, con la debida separación entre hechos y fundamentos de Derecho, las circunstancias que justificaban la necesidad de establecer un nuevo modelo de reparto de costes de la ER. Muestra de tal motivación son, además, los sendos



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

recursos de reposición interpuestos por AUNA y TESAU, en los que las recurrentes rebaten los distintos argumentos esgrimidos por esta Comisión en la Resolución impugnada.

Es preciso reiterar, también, que esta Comisión ya dio cumplida respuesta a la alegación sobre la falta de motivación en la Resolución recurrida, debiendo considerarse suficiente lo en ella establecido en relación con la necesidad de modificar el reparto de los costes de la ER, sin que los argumentos de AUNA anteriormente expuestos desvirtúen en modo alguno la legalidad del nuevo modelo de reparto de costes de la ER fijado por esta Comisión.

En consonancia con todo lo expuesto anteriormente, cabe precisar que tampoco procede acoger el razonamiento de AUNA señalando que la Resolución recurrida vulnera la doctrina de actos precedentes, ya que es reiterada la doctrina jurisprudencial según la cual el precedente administrativo no vincula ni a la Administración ni a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fechas 20 de abril de 2004 -RJ 2524-, 17 de diciembre de 2003 -RJ 8669-, 6 de noviembre de 2003 -RJ 8033-, 4 de diciembre de 2002 -RJ 10832-, 21 de febrero de 2001 -RJ 1627-, 17 de mayo de 1996 -AJ 4159- y 13 de julio de 1991 -RJ 6775-). Además, la LRJPAC permite implícitamente la separación de dicho precedente al establecer en el artículo 54 que habrán de motivarse aquéllos actos administrativos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes, por lo que acreditada la motivación de la Resolución impugnada, se desvanece el argumento de la vulneración de la doctrina del precedente administrativo.

Por otra parte, respecto del argumento de AUNA con arreglo al cual la Resolución impugnada incumple los requisitos que recoge el artículo 106 de la LRJPAC, relativos a la forma de ejercer las facultades de revisión de los actos propios, cabe manifestar que el referido precepto no resulta de aplicación al presente caso, ya que la Resolución impugnada no fue aprobada por esta Comisión como consecuencia del ejercicio de sus facultades de revisión de un acto administrativo anterior.

Puede apreciarse de este modo cómo la recurrente confunde los supuestos en los que la Administración ejerce las facultades de revisión de sus propios actos, con aquéllos en los que se adopta por parte de la misma el cambio de un criterio anterior.

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 102 y 103 de la LRJPAC, íntimamente relacionados con el artículo 106 invocado por AUNA, el ejercicio de las facultades de revisión requiere la apreciación por parte de la Administración de la concurrencia, en el acto administrativo que se pretende revisar, de alguno de los supuestos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la LRJPAC, los cuales no concurren, sin embargo, en la Resolución de 5 de abril de 2001 anterior.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por tanto, mediante la Resolución recurrida, esta Comisión no pretendía que se anulara un acto administrativo o Resolución anterior, sino tan sólo adaptar el modelo de reparto de costes de la ER a las nuevas circunstancias surgidas en relación con la situación existente en el momento de aprobarse la Resolución de 5 de abril de 2001.

SEGUNDO.- Sobre los nuevos criterios de reparto de costes de la ER.

a) Sobre el criterio de atribución de los costes de mantenimiento de las actividades.

De acuerdo con lo dispuesto en la Resolución de fecha 15 de julio de 2004 impugnada, los costes de mantenimiento de la ER deben distribuirse de la siguiente forma:

- *Actividad 1: costes de disponibilidad y actualización de la base de datos de números portados*, que representarán el 30% de los costes totales de mantenimiento de la ER;
- *Actividad 2: costes por operaciones transaccionales*, que representarán el 70% de los costes totales de mantenimiento de la ER.

No obstante, y ante la supuesta arbitrariedad en la que, según AUNA, incurre la Resolución impugnada, es necesario aclarar que, si bien la división de los costes entre las dos actividades primarias no puede ser calculada de forma totalmente objetiva sobre la base de la división “supuesta” de los componentes de la ER en las dos actividades de referencia, resulta innegable que la parte de la ER encargada de la actividad transaccional deberá ser considerablemente mayor que la otra, como así también lo estimaban los operadores que defendían la postura 1 en el expediente en el que se aprobó la Resolución recurrida.

Hay que considerar que es la solución particular aprobada en nuestro país con sus procedimientos administrativos derivados, la que ha generado la necesidad de un sistema informático de intermediación de mensajes para la implementación de tales procedimientos, los cuales son desencadenados principalmente entre operadores donantes y receptores de números portados. En este sentido existe además un incentivo de índole comercial para el receptor de los números importados (ya que le facilita ganar abonados) y, aunque parezca contradictorio, la simple demanda de un número portado obliga también al donante a involucrarse considerablemente al nivel de transacciones de mensajes administrativos.

Respecto de la alegación de AUNA con arreglo a la cual no es cierta la afirmación de la Comisión según la cuál es imposible objetivar el reparto de costes entre las dos actividades básicas que realiza la ER, si se tiene en



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cuenta el conocimiento de la Comisión del régimen de contabilidad de costes de los operadores dominantes, conviene manifestar que AUNA entra en clara contradicción, pues ha sido la propia operadora la que en el ámbito del expediente de la Circular 2/2004, de 15 de julio, manifestó que el establecimiento de un sistema contable para la ER suponía una gran complejidad. El criterio aprobado viene precisamente a solventar la dificultad de establecer un sistema contable para la ER, dificultad que por otra parte reside, no en una falta de conocimiento por esta Comisión del régimen de contabilidad de costes, si no en el hecho de tratarse de unos equipos y de unos servicios complejos que se deben repartir entre un gran grupo de agentes.

En cualquier caso, respondiendo a la alegación de AUNA relativa a la falta de referencia y de motivación de la Resolución recurrida al rechazar el modelo simplificado de contabilidad de costes presentado por la entidad en su escrito de alegaciones en el trámite de audiencia del expediente de referencia, ha de señalarse que dicha cuestión ya fue contestada en la Resolución impugnada, en la que se declaró que la adopción de dicha medida podría suponer una importante carga de trabajo para el personal que la gestionaría, además de ser desproporcionada.

Por último, en lo que se refiere a la vulneración de los artículos 54 y 106 de la LRJPAC, cabe dar por reproducidas las consideraciones hechas en el Fundamento de Derecho Primero de la presente Resolución.

b) Sobre el criterio de imputación de los costes transaccionales a los operadores donante y receptor.

Además de repartir los costes de mantenimiento de la ER en función de las actividades de gestión de la base de datos y de transacción (30% la primera y 70% la segunda), la Resolución de 15 de julio de 2004 asigna aquellos costes de acuerdo con los siguientes criterios:

- Los costes de la actividad 1 se repartirán a partes iguales entre los operadores afectados.
- Los costes de la actividad 2 se repartirán entre todos los operadores donantes y receptores, en proporción a la suma del 75% de los números importados por el operador más el 25% de los números exportados por el operador respecto del total de números importados por todos los operadores en el mismo período de tiempo.

Sin embargo, tanto AUNA como TESAU manifiestan su disconformidad con el reparto fijado finalmente en la Resolución recurrida en la medida en que se asigna a cada número exportado un 25% frente al 75% de cada número importado.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Según AUNA, la Comisión ha fijado arbitrariamente dichos costes, ya que si la parte transaccional de la ER es una externalización de los sistemas de los operadores para hacer posible la portabilidad a que se hace referencia en el artículo 18 de la LGTel, y por tanto, su atribución se rige por el artículo 25.1 del Reglamento de Interconexión, no puede argumentarse que al ser el receptor el que inicia los procesos en nombre del abonado, entonces una mayor parte de esos costes corresponden al receptor, debiendo ser sufragados dichos costes en parte iguales por el operador donante y el operador receptor.

A este respecto, cabe señalar que el artículo 25.1 del Reglamento de Interconexión establece que los costes de los sistemas de los operadores para hacer posible el derecho de los abonados a portar sus números deben ser asumidos por cada operador, pero no dice que deban ser sufragados por cada operador por partes iguales, dejando, por tanto, al regulador la posibilidad de fijar la forma en la que debe realizarse la contribución.

Dicho lo anterior, y partiendo de las discrepancias habidas entre los operadores a los efectos de determinar los porcentajes de reparto de los costes derivados de la actividad transaccional, resulta conveniente manifestar que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18 de la LGTel, en caso de falta de acuerdo entre los operadores, la Comisión debe resolver el modo en que deben sufragarse los costes derivados de la actualización de los elementos de la red y de los sistemas necesarios para hacer posible la conservación de la numeración. Por tanto, no puede sostenerse el argumento de AUNA que señalaba que la Comisión había procedido arbitrariamente, ya que la competencia para establecer la contribución de los operadores a los costes transaccionales en caso de desacuerdo entre los operadores aparece atribuida *ex lege* a esta Comisión.

Por su parte, TESAU alega que el reparto de los costes de la ER se realiza sin una justificación válida, efectuando la Comisión una interpretación propia y unilateral de los principios de causalidad y del beneficio, ya que, frente a la interpretación fijada en la Resolución de 5 de abril de 2001, con arreglo a la cual resultaba más equitativo asignar los costes a aquellos que no eran causantes de la operación sino beneficiados económicos del hecho o actividad origen de la operación, la Resolución impugnada entiende que el supuesto beneficio que obtiene el operador donante es el de poder usar la ER y sus sistemas para atender las solicitudes de portabilidad.

Sobre este particular, esta Comisión ya dio también cumplida respuesta en la Resolución impugnada, señalando que fue precisamente la aplicación de dichos principios la que llevó a incluir a los operadores donantes dentro del reparto de los costes transaccionales de la ER, al entender que el mecanismo transaccional es necesario tanto para el operador receptor como para el operador donante, pues ambos se benefician de los recursos de la ER en la medida en que requieren de este sistema para hacer operativa la conservación del número.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Así pues, no parecía razonable repartir los costes transaccionales de forma igualmente proporcional entre “números importados” y “números exportados”, por lo que se decidió dar un peso menor a las transacciones generadas por los operadores donantes que son “indirectamente” inducidas por los operadores receptores asignando a cada número exportado un peso del 25% frente al 75% de cada número importado.

Resulta evidente que las transacciones generadas por el donante son indirectamente inducidas por el receptor potencial que lanzó la solicitud inicial, pero teniendo en cuenta que los operadores donantes participan en el proceso de portabilidad y se benefician del sistema de la ER para transportar la numeración al operador receptor, no parece que la solución más adecuada sea la de excluirlos de la contribución económica para el sostenimiento de las actividades de la ER, sino la de fijar para ellos una contribución menor.

No puede, por tanto, tener cabida la interpretación que realiza TESAU del principio de distribución del beneficio contemplado en la Resolución de 5 de abril de 2001, donde precisamente se distingue entre la figura del causante y del beneficiario a los efectos de asignar los costes no sólo al operador receptor sino a aquellos que se benefician del uso de la ER.

No es cierta tampoco la afirmación de TESAU, según la cual no hubo discrepancias entre los operadores a la hora de repartir los costes transaccionales, muestra de lo cual es la postura defendida por la entidad AUNA sobre el reparto igualitario de los costes, que ya planteó durante la instrucción del expediente que culminó con la Resolución impugnada.

La alegación sobre la contravención de la doctrina de los actos propios al separarse la Resolución impugnada del criterio establecido en la Resolución de fecha 5 de abril de 2001, según el cual operador causante era solamente el operador receptor, ha de tenerse por rechazada al amparo de lo ya señalado tanto en este apartado como en el Fundamento de Derecho Primero de esta Resolución.

TERCERO.- Necesidad de ubicación del nuevo cálculo de costes en el ejercicio económico de los operadores.

En su escrito de interposición del recurso TESAU alude a la conveniencia de retrasar la aplicación del nuevo sistema de reparto de costes fijado en la Resolución impugnada hasta el día 1 de enero de 2005, por considerar que la falta de coincidencia entre el ejercicio económico de los operadores y el período de imputación de los costes de la ER podría conllevar pagos discriminatorios y problemas de gestión para algunos operadores. AUNA se adhiere a dicha consideración en su escrito de alegaciones.

Sin embargo, frente a lo expuesto por las recurrentes, cabe señalar que la complejidad a la que se alude para proponer un retraso en la aplicación del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

reparto de costes no justifica su aplazamiento, ya que el perjuicio que se ocasionaría a algunos operadores con el retraso en la efectividad del nuevo reparto sería mucho mayor que el que devendría por la necesidad de distinguir entre los costes producidos hasta el mes de octubre inclusive y los de los meses de noviembre y diciembre. Se trata únicamente de llevar a cabo unos cálculos en base a unos números importados y exportados previstos durante dos meses y luego llevar a cabo una regularización. La realización de dicho cálculo no entraña dificultad alguna y no puede suponer un retraso en la aplicación de un nuevo criterio de reparto de costes.

En todo caso, no puede atenderse el argumento expuesto por TESAU, según el cuál la Resolución impugnada vulnera el principio de intervención mínima, ya que ha quedado suficientemente aclarada la competencia de la Comisión para intervenir en los supuestos de falta de acuerdo entre los operadores.

Por todo lo expuesto anteriormente, cabe concluir que, acreditada la motivación suficiente de la Resolución impugnada, y rechazadas todas las alegaciones formuladas por TESAU y AUNA, deben desestimarse los recursos interpuestos y confirmarse la Resolución impugnada por resultar plenamente conforme a Derecho.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Desestimar los recursos potestativos de reposición interpuestos por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y AUNA TELECOMUNICACIONES, S.A. contra la Resolución de 15 de julio de 2004, sobre el reparto de los costes de la Entidad de Referencia de Portabilidad.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que desestima dos recursos potestativos de reposición, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Carlos Bustelo García del Real

Alfonso Ramos de Molins Sainz de Baranda