



JORGE SANCHEZ VICENTE, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

### CERTIFICA

Que en la Sesión número 31/11 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 27 de septiembre de 2011, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el cual se aprueba la

**Resolución sobre la determinación de los operadores obligados a contribuir al Fondo nacional del servicio universal por el ejercicio 2008 (AEM 2011/10).**

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Mediante Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT), de fecha 7 de diciembre de 2010, se apreció el coste neto del servicio universal de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU), en el ejercicio 2008, fue de 74.850.279 euros. En la siguiente tabla se describen los conceptos por los que TESAU ha incurrido en Coste Neto en el ejercicio 2008 por la prestación del servicio universal (cifras en millones de euros):

cifras en millones de euros	Año 2008
<b>Coste Neto en Zonas no rentables</b>	48,71
<b>Coste Neto por prestaciones a Usuarios Discapacitados</b>	0,02
<b>Coste Neto derivado de usuarios con tarifas especiales</b>	35,58
<b>TOTAL COSTE NETO APRECIADO EN EL AÑO</b>	<b>84,30</b>
<i>Menos: BENEFICIOS NO MONETARIOS</i>	9,45
<b>COSTE NETO DEL SERVICIO UNIVERSAL</b>	<b>74,85</b>

En dicha Resolución se estimó, igualmente, que TESAU soportaba una carga injustificada por este motivo.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

**SEGUNDO.-** Con fecha 20 de enero de 2011 tuvo entrada en el Registro de la comisión un escrito en nombre y representación de la entidad Vodafone España, S.A.U. (en adelante, VODAFONE), en virtud del cual interpone recurso potestativo de reposición contra la mencionada Resolución de 7 de diciembre de 2010 a la que se refiere el antecedente de hecho primero.

**TERCERO.-** Con fecha 21 de enero de 2011 tuvo entrada en el Registro de la Comisión un escrito en nombre y representación de la entidad FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. (en adelante, ORANGE), en virtud del cual interpone recurso potestativo de reposición contra la mencionada Resolución de 7 de diciembre de 2010 a la que se refiere el antecedente de hecho primero.

**CUARTO.-** Mediante el correspondiente escrito del Secretario de la Comisión, fechado el día 27 de enero de 2011, se notificó a los interesados que dada la identidad sustancial e íntima conexión de la Resolución contra la que se dirigen los recursos se acordó la acumulación de ambos, en virtud de lo establecido en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), y del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación de los recursos de reposición, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC.

**QUINTO.-** Con fecha 24 de marzo de 2011 el Consejo de la CMT resolvió desestimar íntegramente los recursos de reposición interpuestos por las entidades Vodafone España, SAU, y France Telecom España, SA, contra la Resolución del Consejo de la CMT de 7 de diciembre de 2010, dictada en el expediente número AEM 2010/1738, mediante la cual se aprueba el coste neto de prestación del servicio universal presentado por TESAU, para el ejercicio 2008, por estar la misma plenamente ajustada a Derecho.

**SEXTO.-** Con fecha 21 de diciembre de 2010 tuvo entrada un escrito de TESAU por el que solicita se ponga en marcha el mecanismo de financiación por el coste incurrido en el ejercicio de 2008.

**SÉPTIMO.-** Por escrito del Secretario de fecha 11 de enero de 2011 se inicia el presente procedimiento administrativo (AEM 2011/10).

**OCTAVO.-** Con fecha 20 de enero de 2011, por escrito del Presidente de la CMT, se remitió un requerimiento de información sobre los ingresos brutos de explotación obtenidos así como los pagos por interconexión en dicho ejercicio, a aquellos operadores de comunicaciones electrónicas cuya declaración anual por el pago de la Tasa General de Operadores en el año 2008 superaba la cuantía de 6.010.121,04 euros.

Dicho requerimiento fue publicado en el B.O.E. número 61 de 12 de marzo de 2011, otorgándose a los operadores el plazo de dos meses para remitir la información solicitada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51.4 a) del Reglamento sobre condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado mediante Real Decreto 424/2005, de 15 de abril (en adelante, Reglamento del Servicio Universal), habiéndose producido, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 42.5 a) de la LRJPAC, la suspensión del procedimiento hasta el 12 de mayo de 2011, momento en el que finalizó el plazo otorgado a los interesados para presentar la documentación requerida.

**NOVENO.-** Mediante Resolución del Secretario de fecha 14 de julio de 2011 se declara la confidencialidad de la información enviada por los operadores en cumplimiento del requerimiento de información efectuado por el Presidente de esta Comisión, así como de cualesquiera parte de las alegaciones en las que se hubiera hecho referencia a los ingresos



brutos de explotación o al importe de los pagos por interconexión, por considerarse que estos datos afectan al secreto comercial o industrial de los operadores.

**DÉCIMO.-** Por escrito del Secretario de esta Comisión, de fecha 15 de julio de 2011, se remite a los operadores interesados el Informe de los Servicios sobre el procedimiento abierto para especificar los operadores obligados a contribuir al Fondo nacional del servicio universal en relación al ejercicio 2008.

**UNDÉCIMO.-** El referido informe es publicado junto con la declaración de confidencialidad en el B.O.E. número 176 de 23 de julio, dada la pluralidad de interesados en este procedimiento, concediéndose un plazo de 15 días desde su publicación para que se formulen las alegaciones pertinentes

**DUODÉCIMO.-** Se han recibido escritos de alegaciones de TESAU, Telefónica Móviles España, S.A.U. (en adelante, TME), Vodafone España, S.A. (en adelante, Vodafone), Cableuropa, S.A.U (en adelante, ONO), BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones Sociedad Unipersonal (en adelante, BT España) y France Telecom España, S.A. (en adelante, Orange). Fuera de plazo, se recibieron alegaciones de Jazz Telecom S.A.U (en adelante, Jazztel).

A los anteriores Antecedentes de Hecho le son de aplicación los siguientes

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- OBJETO DEL PROCEDIMIENTO.

Tal y como se ha señalado en el antecedente de hecho primero del presente informe, este procedimiento tiene su origen en la Resolución de 7 de diciembre de 2010 por la que se aprueba el Coste Neto del servicio universal (en lo sucesivo, CNSU) referido al ejercicio 2008 que ha soportado TESAU como operador obligado a su prestación, reconociéndose la existencia de una carga injustificada como consecuencia de dicha obligación.

En dicha Resolución se aprecia el coste neto de TESAU en dicho ejercicio, que se adjunta en la siguiente tabla:

cifras en millones de euros	Año 2008
<b>Coste Neto en Zonas no rentables</b>	48,71
<b>Coste Neto por prestaciones a Usuarios Discapacitados</b>	0,02
<b>Coste Neto derivado de usuarios con tarifas especiales</b>	35,58
<b>TOTAL COSTE NETO APRECIADO EN EL AÑO</b>	<b>84,30</b>
<i>Menos: BENEFICIOS NO MONETARIOS</i>	9,45
<b>COSTE NETO DEL SERVICIO UNIVERSAL</b>	<b>74,85</b>

Posteriormente, en fecha 11 de enero de 2011, se abrió el procedimiento administrativo para la especificación de los operadores obligados a contribuir al FNSU, los criterios de reparto del coste neto, la cuantía de contribución de cada uno de ellos y los operadores que estén exentos en relación con el ejercicio 2008.



En consecuencia, constituye el objeto del presente procedimiento:

- Especificar los operadores obligados a contribuir al FNSU.
- Indicar los criterios de reparto del coste neto.
- Señalar la cuantía de contribución de cada uno de los operadores.
- Determinar los operadores que estén exentos en relación con el ejercicio 2008.

En virtud de lo expuesto anteriormente, el coste a repartir entre los operadores es de 74,85 millones de euros.

## **SEGUNDO.- COMPETENCIA DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES**

El artículo 48.4 c) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en lo sucesivo, LGTel), atribuye a la CMT el ejercicio de las funciones que, en relación con el servicio universal y su financiación, le encomienda el Título III de la referida Ley.

El Título III de la LGTel -rubricado con el título "*Obligaciones de servicio público y derechos y obligaciones de carácter público en la explotación de redes y en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas*"- contiene, en su Capítulo I, Sección 2ª, la regulación relativa a las obligaciones de servicio público consistentes en "*el servicio universal*".

El artículo 24 de la LGTel, incardinado en la anterior sección, se refiere a los aspectos relativos al coste y financiación del servicio universal, estableciéndose en el mismo la competencia de la CMT para determinar si la obligación de la prestación del servicio universal implica una carga injustificada para los operadores obligados a su prestación, así como para, en su caso, determinar las aportaciones que corresponden a cada uno de los operadores con obligaciones de contribución a la financiación del servicio universal. Corresponde a esta Comisión, asimismo, la gestión del Fondo Nacional del Servicio Universal (en lo sucesivo, FNSU).

El Reglamento del Servicio Universal, aprobado mediante Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, y recientemente modificado por el Real Decreto 726/2011, de 20 de mayo, establece la competencia de la CMT para determinar las aportaciones que corresponde realizar a cada uno de los operadores con obligaciones de contribuir a la financiación del servicio universal en su artículo 49.1, así como para exonerar de esta obligación a determinados operadores (artículo 47.3).

Asimismo, el 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 servicios de comunicaciones electrónicas (en lo sucesivo, Directiva del Servicio Universal), asimismo modificada por la Directiva 2009/136/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009<sup>1</sup>, expresamente establece la competencia de los Estados miembros para "*optar por no exigir contribución alguna a las empresas cuyo volumen de negocios a escala nacional se sitúe por debajo de un umbral preestablecido*".

---

<sup>1</sup> Si bien el artículo 13.3 de la Directiva no ha sido modificado.



### TERCERO.- SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE OBTENCIÓN DE INFORMACIÓN

De conformidad con el artículo 13 de la Directiva del Servicio Universal, cuando, por decisión de los Estados miembros, como sucede en el caso español ex artículo 24.2 de la LGTel, el coste neto de las obligaciones de servicio universal se reparta entre los proveedores de servicios y redes de comunicaciones electrónicas, los mecanismos de reparto de los costes deberán respetar los principios de transparencia, distorsión mínima del mercado, no discriminación y proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad se encuentra recogido en el artículo 49.1 del Reglamento del Servicio Universal. En la redacción de este precepto en vigor en el momento del inicio del presente procedimiento, que es el que resulta aplicable, expresamente se establecía lo siguiente:

*“Las aportaciones de los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas obligados a financiar el servicio universal serán proporcionales a la actividad de cada uno y serán determinadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.*

*El criterio de distribución se basará, para cada operador, en la cantidad resultante de detracer de los ingresos brutos de explotación los pagos por interconexión y será proporcional al volumen total de negocio en el mercado.”*

Por otro lado, tal y como se indica en el Fundamento de Derecho Primero, no obstante el Reglamento del Servicio Universal establece, en sus artículos 17 y 47.2, que la financiación del coste neto será compartida por todos los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, la CMT podrá exonerar de la obligación de contribuir a la financiación del servicio universal a determinados operadores, cuando su volumen de negocio a escala nacional se sitúe por debajo del umbral preestablecido por ella.

Teniendo en cuenta que la contribución de los operadores se debe determinar, en el presente procedimiento, sobre la base de sus ingresos brutos de explotación y los pagos realizados por servicios de interconexión, esta Comisión procedió a dictar a los operadores que figuraban inscritos en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas que durante el año 2008 hubiesen declarado por el pago de la Tasa General de Operadores un importe superior a 6.010.121,04 euros en consonancia con lo dispuesto en la Resolución de la CMT de 25 de septiembre de 2008<sup>2</sup>, un requerimiento de información en el que se solicitaba, de forma desglosada, los ingresos brutos de explotación obtenidos como consecuencia de la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, así como los pagos de interconexión efectuados.

Resultando estos operadores potencialmente obligados a contribuir al citado Fondo, fueron incluidos en la lista provisional publicada en el Boletín Oficial del Estado de 12 de marzo de 2011 por parte de esta Comisión, en aplicación de lo establecido en el artículo 47.1 del Reglamento del Servicio Universal. Con esa misma fecha se hizo público, asimismo, el procedimiento iniciado y el requerimiento de información formulado, requerimiento que debía ser contestado por los operadores en un plazo de dos meses a partir de la publicación de la lista en el B.O.E.

En dicho requerimiento se solicitaba información sobre los ingresos brutos de explotación obtenidos en el año 2008, como consecuencia de la explotación de redes y/o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas con el siguiente nivel de desglose:

---

<sup>2</sup> Sobre la determinación de los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del servicio universal por los ejercicios 2003, 2004 y 2005 (MTZ 2007/1459)



1. Servicios minoristas:

- De telefonía fija
- De telefonía móvil
- De Internet
- De alquiler de circuitos (provisto a cliente final)
- De transmisión de datos (provisto a cliente final)
- De servicios de información telefónica
- De servicios audiovisuales
- Otros ingresos de explotación, debiéndose en este caso, especificar tales conceptos.

2. Servicios mayoristas:

- De alquiler de circuitos a otros operadores
- Transmisión de datos a otros operadores
- De interconexión
- De transporte y difusión de la señal audiovisual
- De ADSL mayorista
- Otros servicios mayoristas, debiéndose, en este caso, especificar tales conceptos.

Respecto al importe de los pagos por interconexión efectuados por el operador, correspondientes al ejercicio 2008, se requirió que indicasen los que provenían de interconexión fija, móvil u otros servicios de interconexión, debiéndose, en este último caso, especificar dichos conceptos.

#### **CUARTO.- SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LOS OPERADORES EXENTOS DE CONTRIBUIR**

En consonancia con las Resoluciones<sup>3</sup> anteriores en relación al FNSU, teniendo en cuenta que es voluntad de esta Comisión la de hacer uso de la facultad legal y reglamentariamente reconocida de excluir a determinados operadores en función de sus ingresos, y a fin de no realizar actuaciones desproporcionadas, la comprobación de los datos ha quedado limitada a aquellos operadores que, según la información que obra en poder de esta Comisión por la Tasa General de Operadores tienen ingresos relevantes, considerando como tales aquellos cuyo volumen de operaciones durante el año hubiera superado la cifra de 6.010.121,04 euros<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Resolución de 25 de septiembre de 2008 sobre la determinación de los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del servicio universal por los ejercicios 2003, 2004 y 2005 (MTZ 2007/1459), Resolución de 10 de diciembre de 2009 para el FNSU del ejercicio 2006 (AEM 2009/1021), Resolución de 8 de Julio de 2010 para el FNSU del ejercicio 2007.

<sup>4</sup> Que de conformidad con el artículo 3 del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, así como con diferentes Órdenes que establecen los modelos a efectos de declaración (por ejemplo, Orden EHA 3397/2006), es la cifra que determina que las entidades sean consideradas grandes empresas a efectos de formar parte de un Registro y la obligación, para estas grandes empresas, de presentar determinados formularios con una periodicidad superior al resto de las empresas.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

El umbral de los 6.010.121,04 euros opera por tanto como parámetro para contrastar los ingresos brutos de explotación obtenidos en el año 2008, como consecuencia de la explotación de redes y/o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas que ya constaban a esta Comisión en base a la Tasa General de Operadores.

Una vez comprobados los ingresos declarados por los Operadores nos encontramos con los siguientes operadores que superan dicho umbral en el año 2008 (lista ordenada alfabéticamente):

11811 NUEVA INFORMACIÓN TELEFÓNICA, S.A.U.  
11888 SERVICIO CONSULTA TELEFÓNICA, S.A.U.  
ALVENTO SOLUCIONES, S.A.  
AT&T GLOBAL NETWORK SERVICES ESPAÑA, S.L.  
BT ESPAÑA COMPAÑÍA DE SERVICIOS GLOBALES DE TELECOMUNICACIONES, S.A.U.  
CABLE & WIRELESS, S.L.U.  
CABLERUNNER IBÉRICA, S.L.  
CABLEEUROPA, S.A.U.  
CARREFOURONLINE, S.L.U.  
CITYNET, S.A.  
COGENT COMMUNICATIONS ESPAÑA, S.A.  
COLT TELECOM ESPAÑA, S.A.  
COMERCIAL LEFER, S.A.  
DADA IBERIA, S.L.  
DESARROLLO DEL CABLE, S.A.  
DISTRIBUCIÓN INTERNACIONAL DE MINUTOS TELEFÓNICOS, S.L.  
ELECTRONIC COMMERCE FACTORY, S.L.  
ENTIDAD PÚBLICA EMPRESARIAL ADM. INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (ADIF)  
EQUANT SPAIN, S.A.  
EUSKALTEL, S.A.  
FINAREA, S.A.  
FRANCE TELECOM ESPAÑA INTERNET SERVICE PROVIDER, S.A.U.  
FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.  
GLOBAL CROSSING PEC ESPAÑA, S.A.U.  
HABLAYA, S.A.  
IBERBANDA, S.A.  
IBERDROLA, S.A.  
IBM GLOBAL SERVICES ESPAÑA, S.A.  
IDT SPAIN, S.L.  
INDRA SISTEMAS, S.A.  
INTERDIRECT TEL LIMITED  
INTERROUTE IBERIA, S.A.  
ITELAZPI, S.A.  
JAZZ TELECOM, S.A.U.  
KPN SPAIN, S.L. UNIPESONAL  
NEO-SKY 2002, S.A.  
OBRAS PÚBLICAS Y TELECOMUNICACIONES DE NAVARRA, S.A.  
OPERADORA DE TELECOMUNICACIONES OPERA, S.L.  
ORANGE CATALUNYA XARXES DE TELECOMUNICACIONES, S.A.  
PREMIUM NUMBERS, S.L.  
PRIMUS TELECOMMUNICATIONS IBÉRICA, S.A.  
PROCONO, S.A.  
R CABLE Y TELECOMUNICACIONES GALICIA, S.A.  
RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCÍA, S.A.  
RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.  
RED ELÉCTRICA INTERNACIONAL, S.A.U.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

RETEVISIÓN I, S.A.U.  
SARENET, S.A.  
SERVICIOS AUDIOVISUALES OVERON, S.L.U.  
TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y REDES PARA LAS ENTIDADES ASEGURADORAS, S.A.  
TELE2 TELECOMMUNICATION SERVICES, S.L.U.  
TELECABLE DE ASTURIAS, S.A.U.  
TELECOM ITALIA SPARKLE, S.P.A. (TI SPARKLE)  
TELFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.  
TELFÓNICA INTERNATIONAL WHOLESALE SERVICES, S.L.U.  
TELFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.  
TELFÓNICA SERVICIOS AUDIOVISUALES, S.A.U.  
TELFÓNICA TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS, S.A.U.  
TELIA SONERA INTERNACIONAL CARRIER, S.A.  
TENARIA, S.A.  
THE PHONE HOUSE MÓVIL, S.L.U.  
TRADIA TELECOM, S.A.  
UNIÓN FENOSA REDES DE TELECOMUNICACIÓN, S.L.  
VERIZÓN SPAIN, S.L.  
VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.  
WORLD TELEPHONE SERVICES, S.L.  
XFERA MÓVILES, S.A.  
XTRA TELECOM, S.L.  
ZED IBERIA, S.L.

Junto con su declaración de ingresos y pagos de interconexión, los operadores CITYNET, S.A., SERVICIOS AUDIOVISUALES OVERON, S.L.U., RETEVISIÓN I, S.A.U. conjuntamente con TRADIA TELECOM, S.A. y por último WORLD TELEPHONE SERVICES, S.L., han formulado alegaciones por las cuales solicitan ser excluidos de entre los operadores obligados a financiar el coste neto del servicio universal, aduciendo que los servicios que prestan no están comprendidos dentro del ámbito del Servicio Universal.

Respecto a este punto, la CMT debe incidir en que, como se ha indicado en el fundamento de hecho tercero, según el artículo 24.2 de la LGTel, están sujetos a esta obligación todos los proveedores de servicios y redes de comunicaciones electrónicas.

Vodafone ha formulado alegaciones en el momento de aportar a esta Comisión su declaración de Ingresos en el sentido de que la contribución al FNSU debe realizarse por "grupo empresarial" y no por denominaciones sociales. Y a continuación argumenta que la propia CMT ha defendido en numerosas ocasiones que para obtener una imagen fiel de la posición de cada empresa en el mercado hay que tener en cuenta a los "grupos empresariales", citando la resolución de 16 de octubre de 2008 en la que se declaran los operadores principales en los mercados nacionales de servicios de telefonía fija y móvil y otras resoluciones que considera pertinentes.

Estas alegaciones de exclusión infundada del concepto "unidad económica" o "grupo empresarial", ya fueron argumentadas por la operadora en su recurso de reposición frente a la Resolución<sup>5</sup> de esta Comisión de determinación del CNSU de los ejercicios de 2003, 2004 y 2005. La sentencia<sup>6</sup> de la Audiencia Nacional de 22 de Noviembre de 2010, que resuelve

---

<sup>5</sup> Resolución de esta Comisión, de fecha 25 de septiembre de 2008, recaída en el expediente MTZ 2007/1459, sobre la determinación de los operadores obligados a contribuir al Fondo nacional del servicio universal por los ejercicios 2003, 2004 y 2005

<sup>6</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava) de 22 de noviembre de 2010 (JUR 2010\413793).





dicho recurso, indica que el artículo 34 del RDL 6/2000 es claro al no permitir atribuir la condición de operador principal a un Grupo con objeto de evitar la coordinación de conductas de grandes operadores en el mercado que podría llevar a excluir a los que autónomamente, con personalidad jurídica propia, se encuentran entre los cinco principales. La citada Sentencia señala que esta cuestión ha sido resuelta por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de enero de 2008 y a lo ahí señalado, se remite la Sentencia, desestimando el recurso de Vodafone y expresándose en los siguientes términos:

*“es 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. Concretamente en su Fundamento de Derecho Tercero se dice: “El tema de la designación de operador principal debe contemplarse desde una doble perspectiva: el primero referido a quienes pueden tener esta consideración, y, el segundo relativo a como se determina su cuota de mercado.*

*En relación con el primer aspecto, la interpretación literal del artículo 34 del RDL 6/2000 (in claris non fit interpretatio) no permite atribuir la condición de operador principal a un GRUPO y a todas las empresas integrantes del mismo. A todo lo largo del precepto, de extraordinaria amplitud, siempre se usan los términos de personas físicas o jurídicas, o sociedades -cuatro veces en el apartado Uno del art. 34-, para designar al operador principal, y en ningún caso se refiere a éstos como conformadores de un Grupo, lo que implica su configuración individual y no agrupada, por la razón del propio sistema que quiere que las limitaciones establecidas sólo se impongan a cinco operadores principales, no a más, número que indudablemente se superaría en los casos de agrupamientos como el que ahora se examina, en los que los entes que forman el grupo son operadores en el campo de la telefonía fija, conforme a lo establecido en el artículo 17.1 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, vigente a la sazón.*

*El propio artículo 34 da pie a esa concepción individual del operador principal, cuando señala que “las prohibiciones establecidas en este número no serán de aplicación cuando se trate de sociedades matrices que tengan la condición de operador principal respecto de sus sociedades dominadas en las que concurra la misma consideración, siempre que dicha estructura venga impuesta por el ordenamiento jurídico o sea consecuencia de una mera redistribución de valores o activos ente sociedades de un mismo grupo”, regla que no tendría razón de ser, si la empresa dominada, siguiendo el criterio del acto recurrido, se hubiera integrado en un grupo designado como operador principal.*

*(...)*

*Al ser tan clara la dicción del art. 34 no caben otras interpretaciones finalísticas ni analógicas, pues si la voluntad del legislador hubiera sido otra habría expresamente mencionado a los Grupos de empresas como susceptibles de ser incluidas en la categoría de operador principal, al igual que lo ha establecido en tantos otros campos del ordenamiento jurídico, pues no puede pensarse que en el momento presente y en los ámbitos de que se trata, se hubiera omitido inadvertidamente una realidad que está patente en ellos. No puede, por otra parte, hablarse de fraude de ley, pues la verdadera finalidad del precepto es evitar la coordinación de conductas de grandes operadores-personas físicas o jurídicas-en el mercado, y pudiera ocurrir que mediante el sistema de Grupos se distrajese esa finalidad, que podría llevar a excluir a los que autónomamente con personalidad jurídica se encuentran entre los cinco principales.”*



Queda por tanto establecida la legitimidad del criterio adoptado por esta Comisión y, en consecuencia, la consideración de cada operador no ha de establecerse en relación al Grupo al que pertenece, sino tal y como viene resolviendo esta Comisión, a la persona jurídica que obtiene tales ingresos.

#### **QUINTO.- SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LOS OPERADORES OBLIGADOS A CONTRIBUIR**

Comprobados los ingresos, procede determinar qué operadores deben contribuir a financiar el coste neto del servicio universal, teniendo en cuenta que la exención de determinados operadores también se ha llevado a cabo en otros países de nuestro entorno<sup>7</sup>.

A estos efectos, debe partirse de lo dispuesto en la parte B del Anexo IV de la Directiva del Servicio Universal, en donde expresamente se establece lo siguiente:

*“La recuperación o financiación de los costes netos derivados de las obligaciones de servicio universal hace referencia a la necesidad de compensar a las empresas designadas que asumen tales obligaciones por los servicios que prestan en condiciones no conformes a las prácticas comerciales normales. Los Estados miembros velarán por que las transferencias de carácter financiero debidas a tal compensación se efectúen de manera objetiva, transparente, no discriminatoria y proporcionada. Lo anterior significa que tales transferencias causen la menor distorsión posible tanto de la competencia como de la demanda por parte de los usuarios.” (el subrayado es nuestro).*

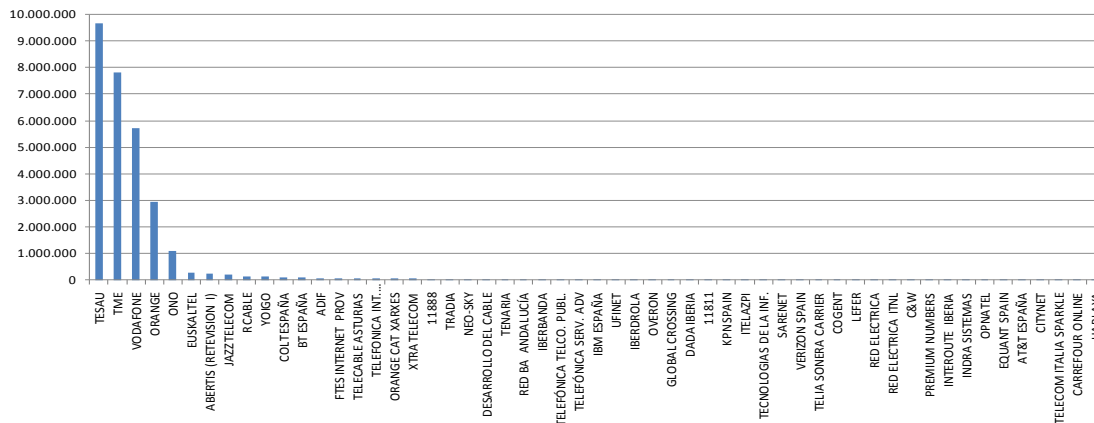
A fin de proceder a una correcta aplicación de los principios expuestos, resulta necesario considerar el orden de magnitud de los ingresos relevantes para el FNSU que obtienen los operadores que superan el umbral de ingresos determinado por esta Comisión y que han sido objeto de comprobación. A continuación se aporta una representación gráfica que pretende ilustrar tal orden de magnitud:

---

<sup>7</sup> En el sistema francés, existe legalmente una exención de cinco millones de euros en la cifra de negocios de tal forma que aquellos operadores cuya cifra de negocios es igual o inferior a cinco millones de euros, no tienen que contribuir al fondo. En cambio, cualquier operador para el que la cifra de negocios pertinente sea estrictamente superior a cinco millones, es contribuyente. No obstante, su cifra de negocios declarada se reduce en dichos cinco millones para obtener una cifra de negocios final corregida, que sirva de base para el cálculo de la contribución de cada operador. En cambio, en el sistema italiano, la exención está en los operadores que no alcancen el 1% de los ingresos del mercado, lo que es de facto, muy superior al caso francés.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES



*Ingresos ajustados (expresados en miles de euros): en el gráfico, los operadores están ordenados por el volumen de Ingresos Ajustados, de mayor a menor.*

La anterior gráfica muestra que existe una gran distancia en el nivel de ingresos relevantes para determinar la contribución al FNSU entre los cuatro primeros operadores, esto es TESAU y los tres operadores móviles de red que operaban en el año 2008 y el resto de operadores que superan el umbral.

Esta idea viene igualmente corroborada por la información procedente del Informe Anual del ejercicio 2008, en el que se observa que los cuatro mayores operadores del mercado, esto es, TESAU, Telefónica Móviles España, S.A.U. (en adelante, TME), Vodafone y Orange suman casi el 85% de los ingresos declarados del mercado en dicho ejercicio<sup>8</sup>, manteniéndose al mismo nivel que en 2006 y 2007, y creciendo respecto a ejercicios anteriores, con porcentajes en torno al 80% para el período 2003-2005.

Se observa que TESAU, TME, Vodafone y Orange detentan una cuota significativa de los ingresos del sector y que existe una gran distancia en la magnitud de ingresos de estos cuatro operadores del mercado respecto del resto de los operadores del mercado.

Además, el auge adquirido por la telefonía móvil y el menor grado de separación entre los distintos servicios y empresas prestadoras de servicios de telefonía de voz están suponiendo que los operadores de telefonía móvil se estén beneficiando en cierta forma de que TESAU siga prestando el servicio universal a determinadas zonas y colectivos.

Vodafone ha formulado también alegaciones dirigidas contra el mecanismo de designación de los operadores obligados a contribuir al FNSU, entendiendo que la cifra de 6.010.121,04 euros debería ser el único umbral para determinar si un operador debiera contribuir o no al FNSU.

Con respecto a la alegación de Vodafone de que la cifra de 6.010.121,04 euros debería ser el único umbral para determinar si un operador debiera contribuir o no al FNSU, esta Comisión debe hacer hincapié en lo ya señalado en la Resolución de 25 de septiembre de 2008. La cifra de 6.010.121,04 euros, frente a lo señalado por Vodafone no es aquella por encima de la cual esta Comisión considera que los operadores deban contribuir a financiar el coste neto del servicio universal, sino que se trata solamente de un parámetro que ha sido empleado para contrastar los ingresos que ya constaban a esta Comisión.

<sup>8</sup> Fuente de datos: Ingresos totales por operador del Informe Anual 2008, descontando ingresos por servicios audiovisuales.



En relación al mecanismo de designación de los operadores obligados a contribuir al FNSU, esta Comisión ha de reiterar que sobre el citado mecanismo esta Comisión tiene discrecionalidad, en los términos recogidos en el artículo 49 del RSU. En este sentido, el modelo que se ha seguido en España desde la primera Resolución en relación a la financiación del coste neto (por los ejercicios 2003 a 2005) consiste en excluir a determinados operadores en función de sus ingresos, en virtud de la facultad que legalmente tiene reconocida. Por ello, se ha determinado que sólo aquellos operadores cuyo volumen de ingresos es muy superior al del resto, deben contribuir al fondo. Asimismo, se considera que una vez determinados los operadores que deben contribuir, su aportación se debe hacer de forma proporcional a la cantidad resultante de detracer de los ingresos brutos de explotación obtenidos, los pagos por interconexión, siguiéndose lo establecido en el artículo 49.1 del Reglamento del Servicio Universal en vigor en el momento del inicio del presente procedimiento.

Tal argumentación por parte de Vodafone ya fue motivo de impugnación de la Resolución de esta Comisión relativa a la estimación del CNSU de los ejercicios de 2003 a 2005, ante la Audiencia Nacional, sobre la base de considerar que esta Comisión ha actuado arbitrariamente al excluir a determinados operadores del listado de obligados a contribuir al FNSU y al excluir como obligado el concepto de “grupo empresarial”, vulnerándose los principios de objetividad, proporcionalidad y no discriminación que derivan de los artículos 23 de la LGTel y 9.3 de la Constitución.

En la citada sentencia que resuelve tal recurso, la Sala señala que esta Comisión, en línea con el marco normativo aplicable, ha establecido unos criterios objetivos para determinar los operadores obligados y, sobre la base de dichos criterios, ha realizado un análisis concienzudo y suficientemente motivado para la determinación de los operadores obligados, desestimando por estos motivos el recurso presentado contra este mecanismo, expresándose en los siguientes términos:

*“La Sala no puede menos que reiterar lo que en supuestos análogos ha significado, en orden a la apreciación de un claro supuesto de discrecionalidad técnica, que obviamente no puede confundirse con un proceder arbitrario, que sería controlable por esta jurisdicción (por todas, Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1999, 19 de julio de 2006 y 4 de junio de 2008) y que, siempre y cuando pueda colegirse 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”.*

Los anteriores motivos llevan a esta Comisión a determinar que, sean estos cuatro operadores los únicos que deban sufragar este coste, por el periodo de que es objeto este procedimiento. Ello no obsta, para que en próximos años, otros operadores puedan resultar obligados a la financiación del FNSU de los ejercicios respectivos.



## SEXTO.- RESPUESTA A LAS ALEGACIONES EFECTUADAS AL INFORME DE AUDIENCIA

Las alegaciones al Informe de Audiencia tratan:

### **Sobre la determinación de los operadores obligados a contribuir**

Entienden TESAU y TME que la normativa española, tal y como se contempla en el artículo 47.2 del RSU de 15 de abril de 2005 y su posterior modificación de mayo de 2011, establece la obligatoriedad de contribuir a todos los operadores, siendo la exención una excepción a dicha norma, y que no se ha respetado la normativa vigente al aplicar la excepcionalidad nuevamente, convirtiéndola ya en un criterio que viene aplicando todos los años, terminando por decir que perjudica claramente a TESAU y TME y favorece a los demás operadores.

En su parecer no aparece suficientemente explicada la motivación que ha llevado a la CMT a establecer el criterio de exención, que atendiendo al literal de la norma la CMT debería haber preestablecido un umbral relativo al volumen de negocios para eximir de contribución a los operadores que se situaran debajo del mismo y que en el informe de los servicios únicamente se dice que sólo aquéllos operadores cuyo volumen de ingresos es muy superior al resto deben contribuir al fondo, sin especificar qué se entiende por un volumen muy superior. Concluyen TESAU y TME que la reducción del universo de operadores que contribuyen no parece ajustada a los principios de objetividad y proporcionalidad.

TESAU y TME alegan también que dado que parece que el argumento para incluir a los operadores móviles es que estos se están beneficiando en cierta forma de que TESAU siga prestando el Servicio Universal a determinadas zonas y colectivos, resulta incomprensible que aquéllos operadores fijos que obtienen un beneficio directo e indirecto de la universalización del acceso telefónico, sean exonerados de contribuir. Tampoco consideran admisible que una menor capacidad económico-financiera sea causa de exoneración, como tampoco lo es de la tasa general de operadores, el impuesto de actividades económicas o la tasa por reserva del espectro radioeléctrico. Abundando en esta idea TESAU y TME razonan que hay operadores que por decisión propia limitan su ámbito de actuación a ciertas zonas del territorio en las cuales son efectivamente grandes, viéndose este tamaño diluido al compararlo con otras zonas en las que el operador no tiene vocación de actuar, si bien se benefician igualmente de la prestación del Servicio Universal por parte de TESAU en el ámbito de actuación de aquéllos.

La solicitud final de TESAU y de TME basada en tales razonamientos es que “ *debería ampliarse a un mayor número de operadores la obligación de contribuir al Fondo* ”.

Por su parte, Vodafone manifiesta su más absoluta disconformidad con el proceso seguido por los Servicios de la Comisión para la determinación de los operadores obligados a contribuir. En ese sentido, las alegaciones de Vodafone se refieren al “doble” umbral que utiliza la CMT para la determinación de los operadores obligados aclarando Vodafone en sus alegaciones que no cuestiona el establecimiento de la cifra de 6.010.121,04 euros para determinar si un operador debe contribuir o no al FNSU, pero sí la utilización de otros criterios adicionales al mismo (como son: la gran diferencia en el nivel de ingresos de los cuatro primeros operadores en el año 2008, su posición relativamente estable en el mercado o su capacidad financiera) no previstos en la legislación sectorial. Considera Vodafone que la aplicación de los dos criterios resulta injustificada: o bien resulta de aplicación el umbral de los 6.10.121,04 euros o bien la CMT deberá establecer de manera objetiva y transparente que serán los operadores con mayores cuotas de mercado en términos de ingresos los obligados a financiar en el referido fondo, si bien este último parámetro no se



ajusta a lo establecido por el RSU y la Directiva del Servicio Universal que hacen referencia a un umbral fijo relativo al volumen de negocio de los operadores, y no a un umbral relativo a las principales cuotas de mercado de los mismos. Vodafone finalmente solicita que esta Comisión *“Dicte Resolución en el expediente de referencia declarando como operadores obligados a contribuir a la financiación del servicio universal a todos aquellos operadores que superen el umbral económico establecido por la Comisión (6.010.121,04 euros), declarando exentos, sensu contrario, a todos aquellos operadores cuyo volumen de negocios se sitúe por debajo de dicha cifra en los períodos objeto de análisis”*. Continúa Vodafone concretando su solicitud cuando indica que *“En caso de que la Comisión considere que el límite de 6.010.121,04 euros es insuficiente para determinar las empresas obligadas a contribuir al FNSU, VODAFONE considera que la Comisión debería optar por determinar un criterio alternativo al mismo, pero que sea de la misma manera objetivo y claramente mensurable<sup>5</sup>. En cualquier caso, VODAFONE considera que dicho criterio debe ser tal que suponga como mínimo la contribución de todos los grupos empresariales que estén por encima del 1% de contribución según la base de reparto finalmente determinada (...)”*.

Orange por su parte expresa su disconformidad con el criterio de designación de operadores obligados a contribuir al Fondo del Servicio Universal, alegando que supone una carga elevadísima para Orange, a la luz de otros ratios financieros como son el EBITDA o el Free Cash Flow y que, de tenerse en cuenta, reducirían de manera significativa el porcentaje de contribución. La solicitud de Orange al respecto es que *“en lo que respecta a los ingresos considerados para efectuar el cálculo de las contribuciones, se eliminen en el caso de mi representada los ingresos de los servicios de telefonía fija e Internet.”* ya que entiende que el cálculo actual la sitúa en clara desventaja con respecto a TESAU y con respecto al resto de competidores presentes en los mercados fijos de telefonía e Internet que han quedado exentos de contribución.

En cambio, ONO considera que el criterio utilizado por los Servicios de la CMT para designar a los operadores obligados a contribuir es acorde con la normativa aplicable ya que ésta permite excluir a determinados operadores de la obligación de contribuir a la financiación del servicio universal y el criterio para llevar a cabo dicha exclusión es el previsto por la normativa aplicable: el nivel de ingresos. ONO concluye que *“la decisión del Informe de los Servicios de exonerar a determinados operadores, entre los que se encuentra ONO, al basarse en un criterio objetivo y razonable, causa la menor distorsión posible al mercado y es acorde, por tanto, con todos y cada uno de los principios exigibles.”* Solicitando ONO finalmente que se *“dicte finalmente Resolución confirmando la Propuesta de los Servicios en sus mismos términos.”*

BT manifiesta también su acuerdo con el análisis realizado por la CMT a la hora de determinar quiénes son los operadores obligados a contribuir al FNSU para el ejercicio 2008 así como la propuesta recogida en el informe realizado por la CMT, ya que entiende que la misma respeta los principios de transparencia, distorsión mínima del mercado, no discriminación y proporcionalidad de conformidad con el artículo 13 de la Directiva del Servicio Universal y el artículo 24.2 de la Ley General de Telecomunicaciones (LGTel). BT concreta su petición solicitando que *“se apruebe en la resolución definitiva el Informe propuesto en sus actuales y exactos términos.”*

### **Respuesta de esta Comisión**

Como ya se ha indicado en los procedimientos de determinación de los operadores obligados a contribuir al Fondo nacional de servicio universal por los ejercicios 2006 y 2007, en referencia a las alegaciones realizadas por TME y TESAU, cabe señalar que el Informe de los Servicios por el Fondo nacional del servicio universal por el ejercicio 2008 hace



referencia a las razones esgrimidas en la Resolución de 25 de septiembre de 2008 , de 10 de diciembre de 2009 y de 8 de julio de 2010, ya que se considera que son razones que siguen siendo válidas.

Esta Comisión considera adecuado redundar en que es su voluntad excluir a determinados operadores que no llegan a cierto volumen de ingresos de la obligación de contribuir al pago del coste neto del servicio universal.

Asimismo, la exención de determinados operadores de la obligación de contribuir al Fondo nacional del servicio universal para el año 2008 se hace de manera expresa en este procedimiento, sin que ello impida que en ejercicios futuros otros operadores puedan resultar obligados a financiar el coste neto del servicio universal.

Además, esta Comisión quiere reiterar que la razón por la que se obliga o se exige a unos operadores de contribuir es el volumen de sus ingresos y no su capacidad financiera.

Respecto a la alegación de Vodafone acerca de la aplicación de un doble umbral, estas mismas alegaciones ya fueron presentadas por Vodafone en procedimientos anteriores y junto con su declaración de ingresos en el presente procedimiento y se contestaron, en el mismo sentido que en procedimientos anteriores, en el Informe de audiencia de los Servicios, donde además se cita la sentencia<sup>9</sup> de la Audiencia Nacional (SAN) de 22 de Noviembre de 2010, desestimatoria respecto del recurso presentado por Vodafone, por estos mismos motivos, contra el mecanismo de designación de los operadores obligados a contribuir al FNSU.

Por lo que respecta a Orange, el Reglamento es claro en cuanto a que las contribuciones se han de hacer en función de los ingresos brutos de explotación menos los pagos por interconexión y no de otros ratios financieros como son el EBITDA o el Free Cash Flow. En este sentido, el artículo 48.3 a) señala que ningún operador podrá quedar exento de contribuir salvo por las razones recogidas en el Reglamento y en ningún caso dichos parámetros financieros se recogen en el mismo.

**Sobre la necesidad de utilización por la CMT del concepto de “unidad económica” o “grupo empresarial” en lo que respecta a la base de cálculo para la determinación de la contribución al Fondo del Servicio Universal.**

Vodafone alega que entre los operadores incluidos por la CMT *“en el listado de operadores con un volumen de operaciones superior a 6.010.121,04 euros pero no obligados a contribuir a financiar el servicio universal, se encuentran sociedades (como por ejemplo, Telefónica Telecomunicaciones Públicas S.A.U. o Telefónica International Wholesale Services, S.L.U. o Telefónica Servicios Audiovisuales, S.A.U.) pertenecientes a grupos empresariales (en el ejemplo mencionado, el Grupo Telefónica) de los que no cabe dudar de su capacidad financiera, aunque individualmente consideradas puedan tener unos ingresos brutos de pequeña cuantía, y por tanto, una base de reparto menor”*. Continúa Vodafone insistiendo en las alegaciones ya presentadas a esta Comisión en anteriores procedimientos cuando alega *“sobre la similitud existente entre la noción de “operador” aplicada por la CMT a aquellas personas jurídicas que han de contribuir al FNSU y la aplicada por la Comisión a aquellas personas jurídicas que han de ser consideradas como “operadores principales” en los mercados de los servicios de la telefonía fija y móvil a los efectos de lo establecido en el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la*

---

<sup>9</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava) de 22 de noviembre de 2010 (JUR 2010\413793).



*Competencia en Mercados de Bienes y Servicios (en adelante, "RDL 6/2000")"; aclarando posteriormente que "no es la intención de Vodafone que la CMT designe como "operador" obligado a contribuir al FNSU a un grupo empresarial. Lo que reclama mi representada (...) es que a la hora de determinar el porcentaje de contribución al FNSU de un determinado operador, se compute la cuota de mercado no del operador individual sino de su grupo empresarial". Y es por ello que solicita que esta Comisión "Dicte Resolución en el expediente de referencia declarando que la base de cómputo de la contribución a la financiación del servicio universal por parte de los operadores obligados ha de tener en cuenta todas aquellas sociedades que formen parte de una misma "unidad económica" o "grupo empresarial" en el momento actual." Vodafone añade una propuesta de los grupos empresariales que deberían considerarse para los cuatro primeros operadores designados bajo este criterio.*

### **Respuesta de esta Comisión**

Como se indicó en las anteriores Resoluciones sobre las contribuciones de los operadores obligados a contribuir al FNSU sobre este aspecto, tanto la LGTel como el Reglamento del Servicio Universal, mencionan siempre como sujetos obligados a contribuir al Fondo a los operadores, sin hacer referencia alguna a éstos como integrantes de un Grupo y así se debe tener en cuenta el concepto de operador recogido en el Anexo II de la LGTel:

*"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."*

Estas alegaciones de exclusión infundada del concepto "unidad económica" o "grupo empresarial", ya fueron argumentadas por la operadora en su recurso de reposición frente a la Resolución<sup>10</sup> de esta Comisión de determinación del FNSU de los ejercicios de 2003, 2004 y 2005. Además, la citada sentencia<sup>11</sup> de la Audiencia Nacional de 22 de Noviembre de 2010, que resuelve dicho recurso, y en cuya interpretación Vodafone basa en parte sus alegaciones, es desestimatoria, no cabiendo por tanto una interpretación alternativa y finalista de la misma por parte de Vodafone, ya que fue justamente esta misma alegación y no otra con una finalidad diferente, con la que Vodafone recurrió ante la Audiencia Nacional, al objeto de que se considerase el "grupo empresarial" con el único fin de que tal consideración afectara a la base de reparto del FNSU y por tanto a la contribución de la operadora al mismo.

En consecuencia, procede desestimar la solicitud de Vodafone respecto a calcular la base de cómputo de la contribución al FNSU por parte de los operadores obligados teniendo en cuenta todas aquellas sociedades que formen parte de una misma "unidad económica" o "grupo empresarial" en el momento actual.

---

<sup>10</sup> Resolución de esta Comisión, de fecha 25 de septiembre de 2008, recaída en el expediente MTZ 2007/1459, sobre la determinación de los operadores obligados a contribuir al Fondo nacional del servicio universal por los ejercicios 2003, 2004 y 2005

<sup>11</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava) de 22 de noviembre de 2010 (JUR 2010\413793).





### **Sobre la deducción de los pagos mayoristas relativos al acceso al bucle de abonado**

Orange manifiesta su disconformidad con que en el Informe de los Servicios no se considere deducir los pagos mayoristas de acceso al bucle de abonado de los ingresos de explotación que sirven de base para determinar el reparto de las contribuciones al FNSU. A juicio de Orange, tales pagos guardan estrecha relación con el servicio de conexión desde una ubicación fija a la red telefónica pública.

Orange basa su alegación en la interpretación que realiza del artículo 49 del RSU, modificado por el Real Decreto 726/2011, de 20 de mayo, que establece que “El criterio de distribución se basará, para cada operador, en la cantidad resultante de deducir de los ingresos brutos de explotación los pagos mayoristas relacionados con la prestación de servicios incluidos en el ámbito del servicio universal y será proporcional al volumen total de negocio en el mercado”.

### **Respuesta de esta Comisión**

El procedimiento al que da fin esta resolución, de determinación de los operadores obligados a contribuir al FNSU por el ejercicio de 2008, se inició el 20 de enero de 2011, en un momento en el que estaba en vigor el artículo 49.1 del RSU que fijaba como deducibles únicamente los pagos por interconexión. Dicho artículo ha sido modificado posteriormente por el Real Decreto 726/2011, de 20 mayo, habiendo entrado en vigor el pasado 25 de mayo.

De esta forma, el inicio y la instrucción del presente procedimiento se han llevado a cabo de conformidad con la regulación contenida en el RSU anterior a la entrada en vigor del Real Decreto 726/2011 y, en consecuencia, procede resolver aplicando el mismo reglamento, esto es, el antiguo RSU.

En efecto, esta Comisión entiende que,

(i) Conforme a la doctrina general aplicable en materia de retroactividad de las normas, ha de estarse a la norma en vigor en el momento del nacimiento de la obligación de contribuir al FNSU. Así, la determinación de los elementos relevantes para cuantificar el coste neto y el reconocimiento de la carga injustificada se produjeron por Resolución de 7 de diciembre de 2010, sobre la aprobación del coste neto de prestación del servicio universal presentado por TESAU para el ejercicio 2008 (AEM 2010/1738), habiéndose iniciado este expediente el 20 de enero de 2011 para determinar, únicamente, qué operadores están exentos de contribuir y las cantidades en que ha de contribuir cada operador obligado;

(ii) En atención con los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, es más ajustado a Derecho aplicar el criterio que estaba en vigor al inicio y durante la tramitación del procedimiento, toda vez que han de protegerse los derechos de todos los operadores que puedan verse afectados por la presente Resolución;

(iii) Asimismo, aplicando analógicamente la doctrina sobre la aplicación intertemporal de las normas procesales<sup>12</sup>, es aplicable la norma en vigor en el momento del inicio del procedimiento.

En consecuencia, procede desestimar la solicitud de Orange respecto de la minoración, en la base de reparto, de los ingresos correspondientes a los pagos mayoristas de acceso al bucle de abonado.

---

<sup>12</sup> Véanse las disposiciones transitorias de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.



**Sobre la exclusión de otros ingresos de explotación de la base de reparto sobre la que se calculan las contribuciones de los operadores obligados.**

Manifiesta Orange que esta Comisión “*ha considerado como ingresos relevantes aquéllos destinados a sufragar los costes de subvención de terminales y los pagos a proveedores de contenidos audiovisuales y contenidos Premium*”, entendiendo Orange que “*la puesta a disposición de terminales y de contenidos audiovisuales y premium que se suministran y facturan conjuntamente con los servicios de telecomunicaciones deben excluirse de la consideración de los ingresos a efectos del cálculo de las contribuciones del servicio universal*”; Orange solicita que se excluyan de los ingresos los asociados a las referidas actividades y que se corresponden con los pagos efectuados a proveedores de dichos productos y contenidos.

**Respuesta de esta Comisión**

Procede estimar parcialmente las alegaciones de Orange en este punto y corregir la base de reparto de las contribuciones al FNSU de 2008 calculada en el Informe de audiencia, ya que en consistencia con ejercicios anteriores en dicha base de reparto no se incluían los ingresos asociados a la venta de terminales. Por otra parte, y por los mismos motivos ya expuestos en la resolución del procedimiento del FNSU por el ejercicio 2006, no procede detraer de la base de reparto otros ingresos relacionados con los contenidos audiovisuales y premium que solicita la operadora.

**SÉPTIMO.- SOBRE LOS OPERADORES OBLIGADOS A CONTRIBUIR AL FONDO NACIONAL DEL SERVICIO UNIVERSAL PARA LA FINANCIACIÓN DEL COSTE NETO DEL AÑO 2008 Y SU CUANTÍA**

El coste neto del servicio universal aprobado por esta Comisión para el ejercicio 2008 es de 74.850.279 euros.

El total del CNSU se reparte, de acuerdo con el criterio de proporcionalidad, con criterio uniforme respecto de anteriores ejercicios y según la propuesta de los Servicios de esta Comisión, entre los operadores TESAU, TME, Vodafone y Orange, en base a los ingresos obtenidos en el ejercicio de 2008 por cada uno de estos operadores una vez deducidos los pagos por interconexión.

La base de reparto así como las contribuciones al FNSU por el ejercicio 2008 quedan reflejadas en la tabla siguiente (datos en unidades de euro):

OPERADOR	Base de reparto 2008 (unidades de €)	Contribución al FNSU 2008 (unidades de €)	contribución (%)
TESAU	9.650.467.455	27.973.474	37,37%
TME	7.829.789.392	22.695.938	30,32%
VODAFONE	5.715.666.176	16.567.802	22,13%
ORANGE	2.626.403.780	7.613.065	10,17%
<b>TOTAL</b>		<b>74.850.279</b>	<b>100,00%</b>



## OCTAVO.- OPERADORES OBLIGADOS AL PAGO

El artículo 49.3 del Reglamento del Servicio Universal establece expresamente lo siguiente:

*“Las aportaciones que los operadores designados para la prestación del servicio telefónico fijo disponible al público deban realizar al Fondo nacional de financiación del servicio universal, por estar obligados a financiar dicho servicio, serán minoradas en las cuantías correspondientes al coste neto que suponga para cada uno de los operadores la prestación que en su caso, de las obligaciones de servicio universal que tengan impuestas.”*

*“La resultante de la comparación podrá dar lugar a una aportación neta del operador al mecanismo de financiación o una recepción neta de subsidio para la prestación del servicio.”*

En el presente caso, dadas las cuantías de las contribuciones que corresponden a TESAU que se cifran en un importe inferior al resultante al coste neto del servicio universal del ejercicio 2008, TESAU será receptora del subsidio de las aportaciones efectuadas por los otros operadores obligados.

En conclusión, sólo Vodafone, TME y Orange deberán realizar las aportaciones según lo indicado en el Fundamento séptimo.

En atención a lo expuesto, esta Comisión

## RESUELVE

**PRIMERO.-** Los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del servicio universal por el ejercicio 2008 así como sus contribuciones son:

<b>OPERADOR</b>	<b>Contribución al FNSU 2008 (unidades de €)</b>
TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.	27.973.474
TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.	22.695.938
VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.	16.567.802
FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.	7.613.065
<b>TOTAL</b>	<b>74.850.279</b>

**SEGUNDO.-** Se requiere a TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U, VODAFONE ESPAÑA, S.A. Y FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. para que, en el plazo de un mes desde la notificación de la presente Resolución, procedan en un único pago al ingreso de la cuantía a la que están obligados según el Resuelve Primero. El pago deberá efectuarse mediante el ingreso en la cuenta con número 0049/1548/62/2310190401, abierta al efecto en el banco Santander bajo la denominación FONDO COSTE NETO SERVICIO



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

UNIVERSAL. Una vez efectuado el ingreso, cada uno de los operadores obligados deberá remitir a esta Comisión un ejemplar del recibo de ingreso para su archivo.

**TERCERO.-** Al ser TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U la operadora prestadora del servicio universal durante el ejercicio de 2008, procede aplicar lo dispuesto en el artículo 49.3 del Reglamento del Servicio Universal, en virtud del cual se convierte en receptora neta de las aportaciones que efectúen el resto de los operadores obligados a contribuir al Fondo nacional de financiación del servicio universal.

**CUARTO.-** Declarar exentos al resto de los operadores de contribuir al Fondo nacional de financiación del servicio universal correspondiente al ejercicio 2008.

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 en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior aprobado por Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 20 de diciembre de 2007 (B.O.E. de 31 de enero de 2008), 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 pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

***El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros.***