

RESOLUCIÓN SOBRE EL PROCEDIMIENTO EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL COSTE NETO DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO UNIVERSAL EN EL AÑO 2001 PROPUESTO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

Expte. SU/DTSA/765/13 EJECUCIÓN CNSU 2001

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LA CNMC

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Josep María Guinart Solá

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 31 de julio de 2014

Visto el expediente relativo al procedimiento en ejecución de sentencia sobre la determinación del coste neto de prestación del servicio universal en el año 2001 propuesto por Telefónica de España, S.A.U., la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 3 de julio de 2003 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones¹ dictó Resolución, en el marco de la tramitación del expediente número AE 2002/7466, sobre el cálculo del coste neto del servicio

¹ De conformidad con lo establecido en la disposición adicional segunda de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en consonancia con la Orden ECC/1796/2013, la constitución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el pasado día 7 de octubre de 2013 ha implicado la extinción, entre otras, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, pasando a ser asumidas sus funciones por el nuevo organismo. Como consecuencia de ello, las referencias que se hagan a lo largo del presente escrito a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, deberán entenderse realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

universal prestado por Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) en el ejercicio 2001.

La mencionada Resolución acordó en su parte dispositiva lo siguiente:

“Primero. Apreciar el Coste Neto del Servicio Universal incurrido por Telefónica de España, S.A.U., en el ejercicio 2001 de acuerdo con el siguiente detalle:

COSTE NETO DEL SERVICIO UNIVERSAL	Millones de Euros
• Coste Neto en “Zonas no Rentables” • Coste Neto por prestaciones a “usuarios discapacitados” • Coste Neto derivado de “usuarios con tarifas especiales”	148,07 0,06 68,40
TOTAL COSTE NETO APRECIADO EN EL AÑO 2001 (Sin deducir beneficios NO monetarios)	216,53
Menos: BENEFICIOS NO MONETARIOS OBTENIDOS	34,58
COSTE NETO APRECIADO EN EL AÑO 2001	181,95

Segundo. Que la mencionada Operadora, responsable de la prestación del Servicio Universal en el conjunto del territorio nacional, no ha experimentado una desventaja apreciable de su capacidad de competir durante el año 2001 en el mercado de dichos servicios por el hecho de soportar la carga aludida en el punto anterior.”

SEGUNDO.- Telefónica interpuso ante la Audiencia Nacional recurso contencioso-administrativo contra la Resolución antes indicada, el cual fue tramitado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava de la misma, con el número de recurso PO 802/2003.

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 28 de noviembre de 2006, estimó parcialmente el recurso interpuesto.

El fallo estimatorio parcial de la mencionada Sentencia acordó lo siguiente:

“PRIMERO. ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo formulado por “TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.” contra la resolución de la COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES de fecha 3 de julio de 2003, que anulamos sólo en el sentido y alcance razonados en el Fundamento Jurídico Séptimo de la presente Sentencia, esto es, para que se proceda por dicho organismo regulador a tener en cuenta la telefonía fija, la móvil y las redes públicas en las zonas no rentables, a efectos de determinar si ha existido una carga injustificada o desventaja competitiva.”

Tanto Telefónica como el Abogado del Estado (en nombre de la CMT) interpusieron ante el Tribunal Supremo sendos recursos de casación contra la Sentencia de instancia antes indicada, los cuales fueron tramitados por la Sala de lo Contencioso-

Administrativo, Sección Tercera del Alto Tribunal, con el número de recurso 592/2007.

Mediante Sentencia de fecha 25 de febrero de 2009 el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado, confirmándose, por tanto, la Sentencia de instancia.

TERCERO.- Con fecha 11 de abril de 2013 se recibió en el Registro Electrónico de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de Telefónica mediante el cual se solicita la ejecución voluntaria de lo dispuesto en el fallo de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava, de la Audiencia Nacional de fecha 28 de noviembre de 2006, y en consecuencia que se adopten las medidas necesarias para darle cumplimiento.

CUARTO.- A la vista de la solicitud formulada, y en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 103 a 113 de la Ley 29/1998, de 10 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA) que regulan la ejecución de las sentencias en el orden contencioso-administrativo, con fecha 30 de abril de 2013 se informa a los interesados en el procedimiento, Telefónica, Telefónica Móviles España, S.A.U. (en adelante, Telefónica Móviles), Vodafone España, S.A.U (en adelante, Vodafone) y Orange Espagne, S.A.U. (en adelante, Orange) el inicio del presente procedimiento de ejecución de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava, de la Audiencia Nacional de fecha 28 de noviembre de 2006. El procedimiento se tramita con el número de expediente SU/DTSA/765/13/EJECUCIÓN CNSU 2001.

QUINTO.- Telefónica, Vodafone y Orange han formulado alegaciones en este procedimiento.

A los anteriores Antecedentes de hecho le son de aplicación los siguientes.

II FUNDAMENTOS JURÍDICO PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Habilitación competencial y objeto del procedimiento

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia es el organismo competente para dar cumplimiento al Resuelve Primero del Fallo de la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava, de 28 de noviembre de 2006, de conformidad con el artículo 104.1 de la LJCA, al ser el órgano que ha sucedido en sus funciones regulatorias a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones², que fue el órgano que dictó la Resolución que anula

² La Disposición Adicional Segunda de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, establece que la constitución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia implicará la extinción,

parcialmente la citada Sentencia, en relación con la determinación de la existencia de una carga injustificada o desventaja competitiva.

En concreto, el órgano de la Comisión competente para resolver sobre esta materia es la Sala de Supervisión Regulatoria, de acuerdo con lo establecido en el precitado artículo 104.1 de la LJCA y en los artículos 20.1 y 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Constituye el objeto del presente procedimiento, por tanto, determinar si el coste neto del servicio universal correspondiente al ejercicio 2001 ha supuesto para su prestador, Telefónica, una desventaja competitiva, teniendo en cuenta, a estos efectos, la telefonía fija, la telefonía móvil y las redes públicas en las zonas no rentables.

SEGUNDO- Normativa aplicable al presente procedimiento

En relación con esta cuestión, debe partirse de lo establecido en el artículo 9.3 de la Constitución española, en donde se garantiza el principio de seguridad jurídica, principio que es la suma de los principios de certeza y legalidad, tal como tiene establecido el Tribunal Constitucional, en cuanto da estabilidad al orden social constitucionalmente consagrado y supone para los ciudadanos que las consecuencias de toda actuación estén predeterminadas en el ordenamiento jurídico. Esa estabilidad es la que hace creíble y coadyuva a legitimar dicho ordenamiento. En consecuencia es la norma vigente en el momento de producirse los hechos la que rige los actos que tienen lugar durante su periodo de vigencia, y ese principio solo admite las siguientes excepciones:

- Que la Ley posterior expresamente establezca su retroactividad, de conformidad con el artículo 2.3 del Código Civil.
- O que se trate de una disposición sancionadora más favorable (artículo 9.3 de la Constitución española y el artículo 128.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

En el concreto caso que nos ocupa, la determinación del coste neto del servicio universal correspondiente al ejercicio 2001 se efectuó mediante Resolución de esta Comisión de fecha 3 de julio de 2003. Con posterioridad a esa fecha entró en vigor, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel de 2003), norma que no prevé su aplicación retroactiva, al igual que tampoco lo ha hecho la actual Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel de 2014).

entre otros organismos, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, y la sucesión por aquella en el ejercicio de las funciones de ésta.

La Disposición Transitoria Quinta de la misma Ley 3/2013 añade que los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2013 continuarán tramitándose por los órganos a los que la misma Ley 3/2013 atribuye las funciones anteriormente desempeñadas por los organismos extinguidos.

En efecto, las reformas efectuadas en la normativa sectorial de telecomunicaciones han carecido, en términos generales, de esta eficacia retroactiva expresa, por lo que ha venido rigiendo el principio general de irretroactividad establecido en nuestro ordenamiento, salvo para aquellos supuestos en los que se produzca una regulación más favorable de una norma sancionadora, situación que en el presente caso ha de valorarse con mucha cautela, pues el análisis de la merma en la capacidad de competir o de la carga injustificada puede tener una incidencia directa en otros operadores que podrían verse obligados a contribuir a la financiación del coste neto.

Por tanto, y de conformidad con lo expuesto, procede en el presente supuesto aplicar la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (en lo sucesivo, LGTel 98) y el Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, mediante el que se aprueba el Reglamento de desarrollo del Título III de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones (en adelante, RSU 98).

Telefónica, en su escrito de alegaciones muestra su disconformidad a este respecto. Así, según señala expresamente, *“reviste especial relevancia la determinación de la norma aplicable, a los concretos procedimientos administrativos cuando se plantean cuestiones como el que ahora se nos presenta, es decir, la revisión de un acto anterior en el tiempo y, en esta materia, el Código Civil es claro al disponer en su Disposición Transitoria Segunda, que la revocación o modificación de los actos permitidos por la legislación precedente no podrá verificarse después sino con arreglo a la norma posterior.”*

Por ello, justifica la operadora, este procedimiento solo se puede sustanciar conforme a la norma ahora vigente, es decir, con fundamento en la actual Ley de Telecomunicaciones, que supone, según Telefónica, introducir en la legislación española el concepto de carga injustificada (por transposición de la Directiva 2002/22/CE), frente al más amplio de *“desventaja competitiva”*, en aras a la apertura del mecanismo de financiación del servicio universal.

De hecho, la representación de Telefónica argumenta que *“la cuestión de la determinación de la norma aplicable al procedimiento AEM 2013/765 no es baladí, ya que si atendemos a la norma anterior (la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones) esta Comisión debía valorar (para llevar a puro y debido efecto la Sentencia de instancia) la existencia en su caso, de una “desventaja competitiva” sin embargo en ámbito de la segunda (la Ley 32/2003) la Administración debe determinar si mi mandante ha soportado un “carga injustificada” como consecuencia de las obligaciones que entraña la prestación del servicio universal.”*

Según la operadora los análisis son muy distintos en ambos supuestos, ya que en el caso de análisis de la carga injustificada, *“no resulta necesario, para activar el mecanismo de financiación, que dicha carga entrañe una merma en la capacidad de*

competir de TESAU, tal y como han declarado la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, y el Tribunal Supremo.”

Por ello, Telefónica solicita que se regule el presente procedimiento, en aplicación del principio de legalidad (en cuanto a la modificación del acto anterior) con base en la normativa ahora vigente, ya que, en caso contrario, considera que se estaría vulnerando el principio de seguridad jurídica que le ampara.

Como respuesta a esta alegación debe señalarse que, si bien es cierto que ante la ausencia de una regulación específica sobre la transitoriedad de una norma debe acudir a los principios generales establecidos en el Código Civil, lo cierto es que el propio artículo 2.3 del referido texto legal establece expresamente la irretroactividad de las leyes, salvo que las mismas dispusieren lo contrario. Por otro lado, la regulación contenida en las Disposiciones Transitorias del Código Civil³ se ajusta, en contra de lo manifestado por Telefónica, al principio *“tempus regit actum”*, a tenor del cual los actos deben regirse por la normativa aplicable en el momento en que se produjeron.

En este sentido, la Disposición Transitoria Segunda del Código Civil establece expresamente lo siguiente:

“Los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas. En su consecuencia, serán válidos los testamentos aunque sean mancomunados, los poderes para testar y las memorias testamentarias que se hubiesen otorgado o escrito antes de regir el Código, y producirán su efecto las cláusulas ad cautelam, los fideicomisos para aplicar los bienes según instrucciones reservadas del testador, y cualesquiera otros actos permitidos por la legislación precedente; pero la revocación o modificación de estos actos o de cualquiera de las cláusulas contenidas en ellos no podrá verificarse, después de regir el Código, sino testando con arreglo al mismo.”

En efecto, los principios de certeza y seguridad jurídica, así como el respeto a los derechos adquiridos y a las situaciones jurídicas beneficiosas asientan el principio básico en el ordenamiento español de irretroactividad de las leyes, plasmado en numerosos preceptos, entre otros, los ya reseñados artículos 9 de la Constitución y 2.3 del Código Civil, que por su carácter y ubicación en textos legales del máximo rango abarcan la totalidad de los ámbitos del Derecho, y, por tanto, también esta parcela de las relaciones jurídico administrativas, con la consecuencia relevante para el presente caso de que la interpretación de las normas de derecho transitorio ha de realizarse en sentido restrictivo, y, por tanto, sin extender los términos legales a situaciones no contempladas en ellos.

³ Preceptos éstos que, si bien van dirigidos al cambio legislativo operado con la entrada en vigor de dicho texto legal, han sido considerados por la jurisprudencia como derecho intertemporal común, rebasando la simple oportunidad del nacimiento de aquella disposición para aplicarse a todos los cambios legislativos que no contemplen reglas especiales de transición.

Como consecuencia de ello, la valoración de la existencia de una desventaja competitiva para Telefónica por la prestación del servicio universal correspondiente al ejercicio 2001 deberá realizarse de conformidad con la normativa vigente en el momento de producirse los hechos, no pudiendo afirmarse, como hace Telefónica, que las modificaciones legales posteriores conlleven la aplicación retroactiva inmediata de las mismas, máxime cuando esas normas no establecen nada a este respecto.

Por otro lado, esta cuestión ya ha sido resuelta tanto por la Audiencia Nacional⁴, como por el Tribunal Supremo⁵ en relación con el coste neto del servicio universal correspondiente a un ejercicio posterior, en concreto el año 2003, sentencias en las que se viene a validar que no es hasta la entrada en vigor de la LGTel de 2003, en concreto el 5 de noviembre de 2003, cuando se debe proceder a analizar la existencia o no de una carga injustificada en vez de una merma en la capacidad de competir, esto es, una desventaja competitiva, en términos de la LGTel 98. Así, estas sentencias confirmaban el criterio utilizado por la CMT en su Resolución de 8 de mayo de 2008, resolutoria de los recursos de reposición interpuestos contra la estimación del coste neto del servicio universal correspondiente a los ejercicios 2003, 2004 y 2005.

Admitiendo lo que solicita Telefónica, se daría una aplicación de la ley totalmente inconsistente, al estudiarse en el ejercicio 2001 la existencia o no de una carga injustificada, cuando en un momento posterior, en virtud de lo dispuesto por la CMT, y confirmado por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, en el lapso de tiempo que va desde el 1 de enero a 4 de noviembre de 2003, ambos inclusive, la referencia de análisis fue la desventaja competitiva de la Ley anterior; ello vulneraría el principio de seguridad jurídica que ampara a los operadores en el mercado.

Cabe resaltar, asimismo, que si en el presente procedimiento se utilizase el nuevo concepto de “carga injustificada”, introducido por la LGTel de 2003, se estaría aplicando una ley no promulgada a una situación que ya existía y, por lo tanto, de forma retroactiva, sin que se dieran las circunstancias legales para ello, situación que podría perjudicar, además, al resto de los operadores que podrían acabar siendo designados como contribuyentes a la financiación del servicio universal.

Esta interpretación es, por otro lado, más acorde con el espíritu y finalidad de las distintas leyes sectoriales, puesto que durante el ejercicio 2001 el mercado de las telecomunicaciones aún se encontraba en una fase inicial tras su liberalización, donde la concurrencia de nuevos servicios y operadores era incipiente, por lo que Telefónica no necesitaba realizar un esfuerzo adicional para mantener su posición competitiva como consecuencia de la prestación de los servicios incluidos en el servicio universal. Lógicamente, a medida que el mercado se ha ido desarrollando,

⁴ Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de enero de 2011 (recurso número 638/2008).

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2014 (recurso de casación 1437/2011).

la posición de los operadores ha sido más equilibrada, al diluirse, por los efectos de la intervención reguladora, la ventaja inicial del operador incumbente.

TERCERO.- Ámbito de actuación de la CNMC

Con carácter preliminar resulta necesario realizar una serie de consideraciones relativas a los datos que se emplearán en el presente procedimiento.

En particular, los datos que se emplearán serán los incluidos en la declaración efectuada por Telefónica el 8 de agosto de 2002 por la que se presentaba el coste neto del servicio universal correspondiente al ejercicio 2001 y de acuerdo con la metodología propuesta. En dicho documento, se incluía un CD-Rom con información confidencial sobre:

- I. Cálculo del Coste Neto del Servicio Universal 2001: recoge detalle por zonas y resumen por provincias.
- II. Presentación de resultados del coste del Servicio Universal: Recoge detalle de costes considerados por zonas, detalle de ingresos por zonas y minutos para cálculo de costes de red de tránsito.
- III. Conciliación de costes con Contabilidad 2001 a costes corrientes.
- IV. Matriz de tráfico por centrales.

Asimismo, en este expediente solo se procederá a realizar el análisis de la desventaja competitiva que la prestación del servicio universal durante el ejercicio 2001 ha supuesto para Telefónica, sin entrar a realizar un nuevo cálculo del coste neto aprobado por esta Comisión, toda vez que la sentencia de la Audiencia Nacional, confirmada por la del Tribunal Supremo, resuelve:

“PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo formulado por “Telefónica de España, S.A.U.” contra la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 3 de julio de 2003, que anulamos sólo en el sentido y alcance razonados en el Fundamento Jurídico Séptimo de la presente Sentencia, esto es, para que se proceda por dicho organismo regulador a tener en cuenta la telefonía fija, la móvil y las redes públicas en las zonas no rentables, a efectos de determinar si ha existido una carga injustificada o desventaja competitiva.”

Así, esta Comisión no entrará a valorar los epígrafes III, IV y V de la Resolución recurrida⁶, centrándose el análisis únicamente en el epígrafe VI, relativo a la valoración de la posible merma de la capacidad de competir que para Telefónica pudo suponer la prestación del servicio universal durante el ejercicio 2001. No obstante, para disponer de una referencia que facilite la comprensión de esta Resolución, por cuanto se pudiera hacer mención a algún dato incluido en los epígrafes III, IV, V y VI se adjunta un anexo en el que se incorporan los mismos.

⁶ AEM 2002/7466, de 3 de julio de 2003

CUARTO.- Valoración de la posible merma de la capacidad de competir de Telefónica en el año 2001

Conforme al artículo 39.1 de la LGTel 98:

“La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones determinará si la obligación de prestación del Servicio Universal implica una desventaja competitiva, o no, para los operadores que la lleven a cabo. En el primer supuesto, se establecerán y harán públicos los mecanismos para distribuir entre los operadores el coste neto de dicha prestación, en los términos previstos en este artículo”.

En el mismo sentido se pronunciaba el artículo 22.1 del RSU 98:

“La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones determinará si la obligación de la prestación del servicio universal implica un coste neto y una desventaja competitiva o no, para los operadores que lo presten.

En el primer supuesto, pondrá a disposición de los interesados, a solicitud de éstos, información actualizada relativa a los mecanismos de distribución entre los operadores del coste neto de dicha prestación.”

Por otro lado, el artículo 20.3 del RSU 98 establecía:

“La designación de un operador dará lugar, en el caso de que la prestación del servicio universal implique un coste neto y suponga una desventaja competitiva, a la cualificación de dicho operador como receptor de fondos del Fondo Nacional de Financiación del Servicio Universal de las Telecomunicaciones o, en su defecto, del mecanismo de compensación entre operadores que se establece en este Reglamento.”

De conformidad con lo dispuesto en la sentencia de la Audiencia Nacional, debe volver a analizarse el elemento de la “desventaja competitiva”, condición necesaria para compensar en su caso el coste neto del servicio universal, teniendo en cuenta no solo la telefonía fija, como se había hecho en el procedimiento recurrido, sino también la telefonía móvil y las redes públicas en las zonas no rentables.

El concepto de desventaja competitiva es un concepto jurídico indeterminado cuya concreción corresponde a esta Comisión en base a los elementos de hecho existentes y de la normativa jurídica aplicable. A tal efecto, tal y como ya se señaló en la Resolución recurrida, la existencia de una desventaja competitiva para un determinado agente supone, *per se*, una ventaja competitiva para otros. En cualquier caso, para evaluar si la carga que conlleva la prestación del servicio universal supone o no para Telefónica una disminución de su capacidad de competir, debe tenerse en cuenta la situación competitiva de sus competidores en el mercado.

1. Consideraciones generales

Teniendo en cuenta la importancia que para la sentencia tiene la prueba pericial presentada por Telefónica, puesto que constituye la base del fallo, se estima oportuno transcribir las preguntas planteadas al perito por la representación letrada de Telefónica, así como las respuestas dadas al respecto, y que se recogen

expresamente en el fundamento de Derecho séptimo de la Sentencia de la Audiencia Nacional. En concreto, las preguntas son:

“A) ¿Considera el perito que el método de análisis de mercado utilizado por la CMT es un método consistente?”

B) ¿Por qué considera el perito que el mercado de referencia a efectos de analizar la posible existencia de desventaja competitiva debe incluir la telefonía fija+móvil+redes públicas?”

Las respuestas a la aclaración recabada son las siguientes:

“A) No es un método consistente, dado que no sigue la praxis habitual seguida por los Organismos Reguladores y de competencia consistente, en primer lugar, en definir el mercado objeto de análisis de la posición competitiva de una empresa. La CMT en su resolución ha obviado en su resolución esta primera fase de definición del mercado relevante, y en consecuencia, el resultado del análisis efectuado por la CMT acerca de la posición competitiva de Telefónica es erróneo. La CMT asume sin ninguna clase de argumentos que el mercado de referencia es el de telefonía fija.”

B) Si se hubiese realizado la fase de definición de mercado relevante, cualquier analista habría observado evidencias suficientes como para plantearse que el mercado de referencia es al menos el de telefonía fija y el de telefonía móvil. Estas evidencias, siguiendo la metodología propia de análisis de competencia, serían la substitutividad de la oferta cuando las redes móviles han sustituido a las redes fijas desde los años 90 en la prestación del servicio telefónico fijo en las zonas rurales basada en los servicios de operadores móviles, por ejemplo Telefónica de España empleó las redes móviles de Telefónica Móviles. La segunda evidencia se refiere a la substitutividad de la demanda, en la que se aprecian indicios de un uso sustitutivo de los abonados de zonas rurales entre el fijo y el móvil en razón de su trabajo en zonas aisladas o por razones de seguridad, siendo muy común las segundas residencias que ya no contratan líneas a favor del servicio móvil, o empresa y negocios que utilizan masivamente el servicio móvil. Dada la homogeneidad de la oferta y la demanda en las zonas no rentables, el mercado geográfico relevante es el de las zonas no rentables. Podemos concluir que hay evidencias suficientes como para plantear un análisis de mercado en el mercado de referencia del servicio telefónico fijo y el servicio telefónico móvil, en las zonas no rentables. De considerar este mercado de referencia, la cuota de mercado de Telefónica de España, operadores de móviles, resultaría una cifra de cuota de mercado de en torno al 40-50%, lo que mostraría la existencia de un equilibrio competitivo entre operadores, premisa de partida de la CMT para imponer el reparto del coste neto de servicio universal. Además de todo lo anterior, el propio reglamento del servicio universal, al establecer que el coste neto del servicio universal se repartirá entre los operadores de telefonía fija, telefonía móvil y redes públicas, exige que la cuota de mercado de Telefónica de España se calcule sobre este mercado agregado de fijo, móvil y redes, pues la carga que le corresponda se calculará como el porcentaje de esa cuota de mercado. De ahí se deriva la desventaja competitiva que soporta Telefónica de España.”

La Sentencia señala expresamente, en dicho Fundamento de Derecho Séptimo, lo siguiente:

“La aclaración del Perito se compadece con los epígrafes 8.6.11 y 8.6.12 de su informe y sus conclusiones 16 a 23, y realmente integra una aproximación a la cuestión planteada que bajo ningún punto de vista es objeto de análisis y ponderación adecuados por el Organismo regulador y, además, se relaciona con el Reglamento del Servicio Universal, que en su artículo 32 (“Parámetros de reparto del coste neto, entre los operadores obligados,”) señala que las aportaciones de los operadores obligados a financiar el servicio universal serán proporcionales a la actividad de cada uno en el mercado de referencia, que comprende las redes públicas telefónicas fijas y servicios telefónicos fijos disponibles al público, las líneas susceptibles de arrendamiento y otras redes públicas de telecomunicaciones y las redes públicas telefónicas móviles y servicios de comunicaciones móviles y personales disponibles al público.

En suma, y en virtud de todo lo expuesto, la Sala es de criterio que procede estimar parcialmente el recurso jurisdiccional ahora deducido, en orden a que la CMT proceda a un nuevo cálculo del coste neto del servicio universal, considerando la telefonía fija, la móviles y las redes públicas en el mercado de referencia en las zonas no rentables, sin que la presente decisión tenga mayor alcance en relación con el resto de las cuestiones a las que el acto administrativo se refiere, cuyo criterio, según lo razonado, se considera acomodado a Derecho.”

Esta Comisión considera necesario realizar ciertas aclaraciones respecto al fallo de la Sentencia en cuanto al requerimiento de emplear no solo la telefonía fija sino también la móvil y las redes públicas en las zonas no rentables al objeto de valorar la existencia de una desventaja competitiva o carga injustificada. Cabe por tanto referirse tanto al tipo de redes a considerar en ese ejercicio como al ámbito geográfico al que se debe circunscribir el mismo.

Así, respecto al primer punto, el relacionado con el tipo de redes que se deben tener en cuenta, el propio perito aporta una serie de razones para considerar al menos las redes de telefonía fija y la telefonía móvil, ligadas todas ellas a razones de sustituibilidad tanto por el lado de la oferta como de la demanda. Una vez realizada esa argumentación más extensa en la respuesta B) (que se transcribe íntegramente de la Sentencia), incorpora al final de la misma un párrafo para señalar que, en aplicación del Reglamento del Servicio Universal, se deberían tener en cuenta también las redes públicas, ya que el coste neto del servicio universal, en caso de repartirse, tendría que asumirse también por los operadores titulares de estas redes y no solo por los operadores de telefonía fija y móvil, siendo ésta la única referencia que hace a las redes públicas en su argumentación de análisis de la capacidad de competir.

En referencia al ámbito geográfico que se debe considerar, el perito hace alusión también en su respuesta B) a que *“dada la homogeneidad de la oferta y la demanda en las zonas no rentables, el mercado geográfico relevante es el de las zonas no rentables”*. Parece entenderse de esta afirmación que los análisis de cuotas de mercado y otros parámetros para determinar la posible desventaja competitiva o carga injustificada no se deben hacer con una visión global sino por medio de un análisis geográfico más reducido, en este caso el de las zonas no rentables.

Conviene mencionar que la Sentencia asume estos argumentos tanto en los Fundamentos de Derecho como en su parte dispositiva, sin realizar ninguna otra consideración adicional.

Es pertinente poner de manifiesto que en la Resolución recurrida los distintos parámetros empleados para el análisis de la desventaja competitiva tienen un enfoque nacional, extraídos a partir de los datos del Informe Anual de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones del ejercicio 2001, que tenía dicho carácter⁷. En cambio, considerar lo que recomienda el perito en sus respuestas supone realizar un estudio a partir de las zonas definidas en la metodología del coste neto del servicio universal vigente en dicho momento, que no es otro que el área servida por la propia central local más las áreas de las centrales remotas que dependen de ella, como se explica en los apartados III.1.a) y IV. 4.1. de la Resolución recurrida, que se incluyen como anexo a esta Resolución.

Todo ello llevaría a considerar los distintos parámetros circunscritos a este ámbito geográfico, considerando solo las zonas que después del procedimiento de cálculo hubieran resultado como no rentables. Por ello, el análisis debería referirse a los operadores de telefonía fija, móvil y otras redes públicas, que estuvieran presentes en dichas zonas no rentables, siendo preciso realizar algún ejercicio de abstracción al objeto de poder “asimilar” la presencia de los operadores alternativos en estas zonas geográficas, que no se corresponden con municipios ni provincias, sino que tienen un nivel muy inferior, el de las centrales locales y sus remotas dependientes.

Aparte de las dificultades técnicas que se expondrán a continuación, disponer de parámetros económicos (cuotas de mercado, etc.) a un nivel tan desagregado, respecto a cualquier tipo de operador, incluso del operador obligado, se antoja de imposible cumplimiento, en la medida en que obtener esa información, hubiera requerido de una captura específica de datos de todos los operadores de telefonía vocal en el momento temporal al que se refiere este procedimiento, es decir el año 2001, o incluso con anterioridad a dicha fecha si se desea ver una evolución de las cuotas de mercado. A este respecto, es preciso incidir en que habría sido necesario disponer con carácter previo de datos de carácter económico –requeridos con un formato predefinido por el organismo regulador, para garantizar su comparabilidad- a todos los operadores de comunicaciones electrónicas, sin exclusión, de acuerdo con las zonas definidas según la metodología del servicio universal y que están determinadas por la topología de la red de Telefónica como operador obligado a la prestación del SU. Aun si este ejercicio fuese posible, resultaría una obligación desproporcionada y no amparada por ningún texto legal vigente.

En el caso de los operadores móviles ese trabajo sería aún más difícil cuando no inviable desde un punto de vista técnico, dado que solo se podría asimilar un cierto radio de acción de las centrales deficitarias para vincularlas con las estaciones base

⁷ La CMT dispone de información geográfica más desagregada, en su página web, para el período 2007 a 2012, que se puede extraer a nivel de provincia o comunidad autónoma, con carácter anual o trimestral.

que cubrieran aproximadamente esa zona. De tal forma que, en el improbable caso de que este ejercicio se pudiera realizar con garantías desde un punto de vista técnico, sólo se podría “geolocalizar” a los clientes de postpago al disponer al menos de una dirección de facturación y siempre que no tuviera dos residencias, en cuyo caso la dirección de facturación sería la primera y esto es así porque en el caso de los clientes de prepago, a priori, como no media contrato, sería imposible asignarles una localización para determinar si se encuentran en una zona no rentable. Por otra parte, no contar con estos clientes tendría importantes repercusiones dado que, en el ejercicio 2001, el 64,98% de los clientes de los operadores móviles lo eran bajo la modalidad de prepago. Las dificultades se incrementarían también después a la hora de obtener los parámetros económicos a emplear en el análisis de la situación competitiva a un nivel tan desagregado (cuotas de mercado, etc.) como se ha señalado anteriormente.

Respecto a las otras redes públicas, el perito no concreta el tipo de redes que se engloban en este concepto. Así, entendemos que está haciendo referencia a lo señalado en el artículo 22.2 del Reglamento del Servicio Universal del 98 donde expresamente se establece: *“La financiación del coste neto resultante de la obligación de prestación del servicio universal será compartida por todos los operadores que exploten redes públicas de telecomunicaciones y por los prestadores de servicios telefónicos disponibles al público.”* (el subrayado es añadido). Un ejemplo de red pública de este tipo sería Abertis, cuya actividad principal se centra en el transporte y difusión de la señal audiovisual, mercado no conexo y sin sustituibilidad por el lado de la oferta o la demanda con los servicios de telefonía vocal, que obligaría, desde un punto de vista de análisis económico, a descartar ciertos parámetros de cálculo como las cuotas de mercado, que perderían su sentido, toda vez que se estarían comparando negocios no homogéneos, por lo que solo se podrían tener en cuenta aspectos relacionados con la capacidad financiera, etc. Por otra parte, esta Comisión considera que en caso de estar presentes en estas zonas redes públicas, distintas de las de telefonía fija o móvil, su presencia sería muy escasa y poco representativa, ya que las zonas no rentables, de acuerdo con la definición de las mismas son aquellas demarcaciones geográficas de prestación de los servicios que un operador eficiente no cubriría a precio asequible, es decir, no acudiría voluntariamente, atendiendo a razones exclusivamente comerciales.

Asimismo, el análisis de la desventaja competitiva con un enfoque global del territorio es conservador desde el punto de vista del cumplimiento de la sentencia, pues la cuota de mercado de Telefónica en las zonas no rentables será mayor que la de todo el territorio, ya que los operadores alternativos tienen una presencia mayor en las zonas rentables.

En efecto, es significativo el despliegue de red de los operadores de cable, pues si bien a nivel nacional tienen una presencia relevante (su cobertura se sitúa en torno a un 60%), su presencia en municipios de menos de 5000 habitantes es casi nula.

En definitiva, el nuevo análisis se hará considerando no solo la telefonía fija sino también la telefonía móvil, pero con una visión global del territorio ante la imposibilidad material de centrarnos únicamente en las zonas no rentables. Este análisis es conservador, pues la posición competitiva de Telefónica en las zonas no rentables en 2001 era mayor a su posición global en todo el territorio.

Por otra parte, si bien la Sentencia hace mención de forma indistinta a la necesidad de *“determinar si ha existido una carga injustificada o desventaja competitiva”*, esta Comisión debe hacer hincapié en que, aun cuando ambos son *conceptos jurídicos indeterminados, existen determinadas diferencias entre los mismos*, tal y como ha puesto de manifiesto la propia Audiencia Nacional en reiteradas ocasiones, entre otras, en sus sentencias de 19 de enero de 2011 (autos del recurso nº 638/2008), 24 de enero de 2011 (procedimiento 432/2008) así como en la reciente sentencia de 26 de septiembre de 2013 (recurso contencioso administrativo nº 366/2012), en la que expresamente se señala lo siguiente:

“1º.- Que las normas aplicables han experimentado una evidente modificación pues si bien el artículo 39 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, establecía, como factor para activar el mecanismo de redistribución del coste neto de prestación del servicio universal entre los operadores, que el que estuviese obligado a prestarlo experimentara una “desventaja competitiva”, lo cierto es que tales conceptos han sido, como decimos, sustituidos.

Así en el artículo 24 de la actual Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, aquel concepto originario ha dado paso al de “carga injustificada”. Y lo propio ha sucedido con el artículo 39 del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios.

2º.- No detecta el Tribunal por tanto arbitrariedad de ninguna clase por el diferente tratamiento realizado por el órgano administrativo de esta misma cuestión, por corresponderse ese cambio con las propias modificaciones normativas y al no exigirse ahora que la prestación del servicio universal ocasione a la operadora encargada una efectiva restricción de su capacidad de competir.

3º Tampoco apreciamos la alegada falta de motivación sino, justo al contrario, una profusa argumentación, tanto en ambas resoluciones recurridas en el presente litigio como en otras anteriores (sobre cuya legalidad el Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse), con respecto a las razones que motivaban el cambio en los parámetros objeto de consideración.

4º La falta de modificación de los conceptos empleados por las normas de Derecho Comunitario traspuestas por la de derecho interno español no es un obstáculo a que:

- a) El Estado modifique sus leyes en orden a una más ajustada traducción a la lengua castellana de los conceptos empleados por el Derecho Comunitario.*
- b) Con pleno respeto a las normas del Derecho Comunitario y al principio de efecto útil de sus determinaciones, el legislador nacional puede introducir decisiones ordenadoras suplementarias, o cambios en los parámetros de consideración, en orden a la mejor satisfacción de los fines de interés general.*

5º En todo caso, como la jurisprudencia indica, en el ámbito de los conceptos jurídicos indeterminados, como es el caso del ahora empleado (“carga injustificada”), la Administración puede contar con ciertos márgenes de apreciación a la hora de constatar la concurrencia de los presupuestos normativos.

6º Y más aún, sobre aquellos márgenes de apreciación en la integración del concepto jurídico indeterminado, esto es, sobre la constatación de la concurrencia de los presupuestos normativos, en algunos supuestos como el actual pueden sobreañadirse potestades discrecionales decisorias de naturaleza regulatoria. Y en aplicación de éstas la Autoridad Nacional de Reglamentación puede concluir que la situación del mercado, en un momento preciso, aconseja afrontar aquella distribución del coste neto entre los operadores; de modo que, por esa misma situación sobrevenida del mercado, no hacerlo puede comportar una injusticia de la carga. En este punto, como se ve, las potestades discrecionales –verdadera discrecionalidad técnica- de regulación se solapan con el concepto jurídico indeterminado.”

En el mismo sentido se ha pronunciado esta Comisión, tal y como ya se ha señalado, en la Resolución por la que se resuelven los Recursos Potestativos de Reposición interpuestos por France Telecom España, S.A. y Vodafone España, S.A. contra la Resolución de fecha 29 de noviembre de 2007, sobre la estimación del coste neto de prestación del servicio universal en los años 2003, 2004 y 2005⁸. En dicho acuerdo, se estima que el coste neto correspondiente al ejercicio 2003 tiene la consideración de carga injustificada sólo a partir del día 5 de noviembre del citado año, fecha de entrada en vigor de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones⁹. De ahí que hasta la entrada en vigor de dicha Ley, el ejercicio que se deba realizar sea el de determinar si la operadora obligada pudo experimentar una disminución de su capacidad de competir como consecuencia de dicha obligación.

Partiendo de lo expuesto, y con el fin de dar efectivo cumplimiento a lo dispuesto en el fallo de la sentencia de 28 de noviembre de 2006 de la Audiencia Nacional, se procede a continuación a analizar si la prestación del servicio universal durante el ejercicio 2001 supuso una merma en la capacidad de competir para Telefónica de España partiendo de una serie de parámetros o indicadores económicos.

2. Análisis de la capacidad de competir

Para determinar si Telefónica experimentó una merma en su capacidad de competir, como consecuencia de prestar el servicio universal, es necesario comprobar que en dicho periodo, la situación de la operadora frente a sus principales competidores era tal que se pudiera concluir que existía un potencial equilibrio competitivo en el mercado. Para ello, sería suficiente con constatar que en el mercado estaban presentes operadores dotados de capacidades competitivas que pudieran considerarse comparables entre sí.

⁸ AJ 2008/7, de 8 de mayo de 2008.

⁹ En el mismo sentido, el artículo 27.1 de la nueva Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones utiliza el término de “carga injustificada”.

Solo en ese caso se podría inferir que la carga económica derivada del CNSU podría estar alterando el natural equilibrio de fuerzas y se haría preciso proceder a la apertura del Fondo, de acuerdo con la legislación vigente en aquel momento. De no poder constatar esa circunstancia, la conclusión sería la contraria, puesto que no habría que restablecer equilibrio alguno ya que, de hacerlo, lejos de equilibrar las fuerzas en el mercado, se estaría incrementando más aún el desequilibrio competitivo existente.

Para evaluar la situación competitiva en el mercado, se analizan algunos indicadores que se han considerado relevantes de cara a conocer cuál era la situación del mercado en España durante el ejercicio 2001, tratando de observar la posición relativa de Telefónica frente al resto de sus competidores.

En particular, los parámetros considerados han sido los siguientes:

2.1. Cuota de mercado

A finales del ejercicio 2001 Telefónica mantenía una cuota de mercado en términos de ingresos en el mercado de servicios finales de telefonía fija del 87,5% por lo que el resto de competidores en este mercado solo representaban el 12,47% restante. No obstante, de acuerdo a las Sentencias, es preciso considerar no solo este mercado sino también el de la telefonía en su conjunto. En este sentido, la cuota de mercado que ostentaba Telefónica en el ejercicio 2001 en los servicios de telefonía vocal tenidos en cuenta conjuntamente (incluyendo por tanto ingresos por telefonía fija y móvil) es del 50,76%, siendo los principales competidores los tres operadores móviles que había en dicho momento en el mercado, Telefónica Móviles con un 25,42% , Airtel Móvil con un 10,69%, Retevisión Móvil con un 5,90% y donde el siguiente operador por cuota de mercado que prestaba servicios de telefonía fija, esto es, Retevisión I, S.A.U. tenía una cuota del 2,39%.

De forma subsidiaria a su primera alegación referente al principio de legalidad, Telefónica presenta también comentarios respecto a los criterios expuestos en este apartado. Así, Telefónica solicita que *“en este indicador de la cuota de mercado se considere el grado de avance de la cuota de mercado de la competencia, con un crecimiento considerable en los últimos cuatro años, habiendo casi alcanzado la mitad del mercado, el 49,24% en 2001, tras cuatro años de competencia por la liberalización de los principales servicios de telecomunicaciones (voz fija y móvil). Además si considerásemos sólo los ingresos minoristas, los competidores ya superarían la mitad del mercado.”*

En lo que se refiere a la cuota de mercado, los ingresos que se han valorado son ingresos minoristas, que son los que se deben considerar en un análisis de la telefonía vocal, por lo que no se está incluyendo ningún concepto de ingresos mayoristas.

Asimismo, señala que en esa fecha Telefónica Móviles era una empresa que competía directamente con Telefónica de España, S.A.U. cotizando de manera independiente en los mercados de valores de Madrid y Nueva York, con todas las

obligaciones contables y legales impuestas para cotizar en dichos mercados. Y que como referencia de la creciente competencia de los servicios móviles, el incremento de los ingresos de los operadores móviles en 2001 era 4,6 veces superior al de los operadores de telefonía fija (29% de crecimiento en telefonía móvil frente a un 6,3% de crecimiento en la telefonía fija de acuerdo al Informe Anual 2001 de la CMT), por lo que cada vez resultaban más importantes los servicios móviles para competir, servicios donde no actuaba Telefónica.

Por su parte, Vodafone pone de manifiesto que en una definición de mercado que incluya los servicios fijos y móviles, no puede obviarse en ningún caso que Telefónica y Telefónica Móviles pertenecen al mismo grupo empresarial. *“Por ello, la existencia de merma en la capacidad de competir que ha determinado la CNMC todavía es más patente si se tiene en cuenta la posición del grupo empresarial en los indicadores siguientes: (i) cuota de mercado en término de ingresos del 76,18%, y (ii) los ingresos por cliente en aquellos casos en los que los clientes son a la vez de Telefónica y de Telefónica Móviles superan los 750€, teniendo Telefónica Móviles una cuota superior al 60% en el mercado de telefonía móvil.”*

En este sentido, se debe señalar que en este procedimiento –como en todos los relativos al CNSU y a su financiación, se trata a Telefónica Móviles como un operador independiente y competidor de Telefónica, toda vez que competía en el mercado de las llamadas de voz, sin entrar a valorar si formaba parte del Grupo Telefónica o no, ya que a efectos de este procedimiento, lo que se debe valorar es la posición relativa de la “unidad económica” y no del “grupo empresarial” tal y como se consideró en la sentencia¹⁰ de la Audiencia Nacional de 22 de Noviembre de 2010, que resuelve el recurso de reposición interpuesto por Vodafone frente a la Resolución¹¹ de esta Comisión de determinación del CNSU de los ejercicios de 2003, 2004 y 2005. Así, 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.”

¹⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava) de 22 de noviembre de 2010 (JUR 2010\413793).

¹¹ 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

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 entre 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."

Por tanto en el análisis de la situación competitiva de la prestadora del servicio universal debe tenerse en cuenta a esta empresa de forma independiente, sin entrar a valorar si otra empresa, en este caso Telefónica Móviles, formaba parte de su grupo en aquel momento o no.

Adicionalmente, Telefónica sostiene que los operadores entrantes tenían mucho más éxito de lo que la cuota de mercado global reflejaba, casi el 50%, porque la mayor cuota de los entrantes se encontraba fundamentalmente en el segmento de negocios donde se rentabilizaban de forma "más rápida y contundente" su inversión,

al tratarse de clientes con mayor volumen de tráfico y quienes en la mayoría de los casos hacían uso de servicios de valor añadido, mientras que los clientes encuadrados dentro de las obligaciones del servicio universal resultaban menos atractivos desde un punto de vista estrictamente comercial.

En primer lugar, cabe señalar que Telefónica realiza sus alegaciones centrándose en la telefonía fija y servicios afines, alejándose de lo dispuesto en la Sentencia de la Audiencia Nacional y sin realizar especial énfasis en la telefonía móvil, salvo para casos muy concretos.

Por otra parte, a través del concepto de servicio universal las instituciones comunitarias han identificado un conjunto de exigencias de interés general, a las que se deben someter las actividades de comunicaciones electrónicas, con el fin de asegurar el acceso de todos los ciudadanos a ciertas prestaciones esenciales, en unas condiciones de calidad adecuadas y a un precio asequible, y ello con independencia de su localización geográfica o de sus circunstancias físicas o sociales.

Según esto, la obligación de prestar el servicio universal no se concreta en un tipo de cliente, la obligación es la misma ya se trate de proveer el acceso a un cliente residencial o de negocios. Por ello, el análisis de la posición competitiva de Telefónica no se debe circunscribir a un único ámbito, ya que se excluiría del análisis al resto de la población (un volumen considerable, teniendo en cuenta que de las 16.614.241 líneas en servicio al mercado final que disponía Telefónica en el ejercicio 2001, 2.611.016 se correspondían con el sector de negocios, perteneciendo los 14.003.325 líneas restantes al sector residencial.)

En este sentido, después de la apertura y liberalización del mercado de las telecomunicaciones, es razonable que los operadores intenten descremar el mismo, centrándose en aquellos segmentos que les pudiera resultar más interesantes, pero una vez más esta Comisión entiende que dicha situación se corresponde con la dinámica del mercado y no resulta probado su relación con desventajas competitivas inferidas de las obligaciones de servicio universal.

De hecho, aunque existen operadores como Jazztel cuyas líneas en servicio pertenecen todas al segmento negocios, según también se puede ver en el Informe Anual del año 2001¹², dentro de los operadores de telefonía fija y afines Telefónica sigue teniendo el 90,29% de las líneas de negocios en servicio, siendo el siguiente operador Retevisión I, que alcanza una cuota del 6,07% de las líneas de negocios totales.

2.2. Volumen de ingresos por cliente

A lo largo del ejercicio 2001, Telefónica ingresó 635,88 euros por acceso, mientras que sus competidores únicamente tuvieron en promedio, 203,60 euros, si se

¹² Tabla 128 del Informe Anual 2001.

considera todos los prestadores de telefonía vocal (es decir, telefonía fija y telefonía móvil) y 164,19 euros si solo se tiene en cuenta la telefonía fija.

Telefónica solicita no considerar dentro de sus cifras, ni los ingresos mayoristas ni los accesos mayoristas, para hacer una comparación más homogénea de las cifras de los ratios.

Los datos que se han considerado son los que se disponen en el Informe Anual para dicho ejercicio, según la información requerida en su momento a todos los operadores de telecomunicaciones del mercado, referidos a ingresos por servicios finales de telefonía fija y los ingresos por servicios finales de telefonía móvil por lo que no se consideran ingresos de servicios mayoristas ni accesos mayoristas.

2.3. Eficiencia en las operaciones

Por lo que se refiere a la eficiencia operativa¹³, Telefónica alcanzó para este factor una cifra de 41,46%, mientras que la media del mercado de telefonía fija en dicho ejercicio era del 33,1% y la del mercado móvil del 40,0%.

Si se observa este factor en términos de Cash-Flow Libre como porcentaje de los ingresos por operaciones¹⁴, se puede afirmar que Telefónica logró alcanzar una cifra del 18,12% mientras que ese mismo ratio para el mercado de telefonía fija era del 0,42% y para el mercado de telefonía móvil del 11,04%, lo que supone que existía todavía una sensible diferencia en relación con la capacidad de generación de fondos por operaciones que presentaba Telefónica frente a la del resto de sus competidores.

En este sentido, Telefónica considera que para medir la eficiencia de las operaciones en este momento del sector, cuando se estaban produciendo por parte de algunos agentes, considerables inversiones, resultaría más aconsejable la utilización del resultado de explotación, que recoge las amortizaciones dotadas por las correspondientes inversiones realizadas. Así considera que el margen sobre el resultado de explotación permitiría comparar mejor la eficiencia de los distintos tipos de compañías, tanto las que realizaban considerables inversiones como las que realizaban una estrategia más centrada en la reventa.

Por otra parte, entiende que el análisis de cash-flow como porcentaje de los ingresos por operaciones también está condicionado por la estrategia realizada por las distintas operadoras, obteniendo unos mayores flujos de caja aquellas operadoras que previamente hayan realizado unos mayores volúmenes de inversión.

Asimismo, sostiene que Telefónica contaba con una importante desventaja frente a otros operadores que organizaban todos sus recursos, tanto capitales como humanos, en función de una estrategia empresarial, definida por la propia

¹³ Calculada como EBITDA (margen operativo) sobre Ingresos de operaciones, que permite medir el porcentaje de margen operativo sobre el volumen de ventas.

¹⁴ Calculado como $[(EBIT) \cdot (1-t) + \text{Amortizaciones-CAPEX}] / \text{Ingresos por operaciones}$, que mide el efectivo disponible para retribuir a los deudores y accionistas de la empresa.

organización, y no impuesta desde el Regulador. La obligación de servicio universal tenía fuertes implicaciones en el dimensionamiento de la plantilla, obligada a ser mucho mayor para poder atender a determinadas zonas o clientes que no le son rentables, mientras que otro operador, o bien requería menor personal o bien lo destinaba allí donde comercialmente le era más beneficioso. También considera que dentro de la eficiencia se deben considerar parámetros de calidad que se imponen al operador obligado, lo que implicaba la necesidad para éste de tener una organización con capacidad de eficiencia mayor, si tenemos en cuenta la dispersión del servicio.

A este respecto, esta Comisión debe recordar que el año 2001 supone un cambio de tendencia en el mercado de las telecomunicaciones, alejándose del ciclo expansivo de los años 90. Así el año 2001, según se desprende del Informe Anual de la CMT de este ejercicio¹⁵ se caracteriza por una reducción del nivel de inversión del 19,60%, siendo especialmente significativa entre los operadores de comunicaciones móviles, con un descenso del 30,20% y los operadores de servicios audiovisuales con un 50,29%. Este descenso en el nivel de inversión está en línea con la reducción en el gasto publicitario, con una reducción del 18,27%, siendo especialmente importante en el de los operadores de cable (40,34%) y los de telefonía fija (22,05%), mientras que el nivel de empleo se mantiene prácticamente invariable frente al de 2000, siendo los operadores móviles y los de servicios audiovisuales los que presentan una evolución positiva que compensa la negativa de los otros operadores.

Se puede afirmar así que el sector entero se estaba ajustando y en este sentido, Telefónica no era ajena a este proceso por cuanto que ya había ido reduciendo su plantilla como consecuencia de la liberalización del mercado, bien con prejubilaciones y jubilaciones incentivadas así como con Expedientes de Regulación de Empleo¹⁶.

2.4. Márgenes extraordinarios obtenidos

Otro aspecto a considerar en este análisis se refiere a la capacidad que tenía Telefónica para remunerar su capital por encima de la tasa aprobada por esta Comisión para la operadora en relación con el ejercicio 2001.

Así, el coste neto del servicio universal supondría una desventaja competitiva para Telefónica si ésta no pudiera contestar a las ofertas de sus competidores sin ver mermada su rentabilidad.

A este respecto, cabe recordar que el WACC aprobado para Telefónica por esta Comisión para el ejercicio 2001, es decir, la tasa de retribución del capital, calculada considerando el riesgo y la estructura de capital de la operadora, se corresponde

¹⁵ Apartado III.1.1. El sector de las Telecomunicaciones en 2001.

¹⁶ ERE aprobado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales el 16 de julio de 1999 para su aplicación en 1999 y 2000, que afecta a más de 10.000 trabajadores.

precisamente con la que cabría esperar de una empresa con características similares que operase en un mercado efectivamente competitivo.

Así, del análisis de los datos aportados por la contabilidad de costes de Telefónica, se observa que la suma de los márgenes extraordinarios (por encima del WACC) obtenidos en las zonas geográficas rentables ascendió a 760 millones de euros¹⁷, según la Resolución del coste neto del servicio universal del ejercicio 2001 y que éste –incluyendo los beneficios no monetarios– ascendió a 181,95 millones de euros, por lo que es posible afirmar que la operadora contó con unos márgenes netos extraordinarios que ascendieron a 578 millones de euros.

Por ello, de acuerdo con lo anterior, no se puede concluir que en el año 2001 Telefónica dispusiera de márgenes insuficientes para retribuir el capital invertido a la tasa exigida por sus accionistas y acreedores.

Respecto al concreto cálculo de los márgenes extraordinarios, Telefónica sostiene que no se deben utilizar las cifras de cálculo del coste neto del servicio universal dado que para la determinación de éste no se contemplan solo los costes e ingresos que figuran en la contabilidad sino que son sustituidos por pseudo costes y pseudo ingresos (terminología que utilizó la CMT en la determinación del proceso de cálculo de coste neto) y que se deberían utilizar las cifras de la contabilidad financiera y del sistema de contabilidad de costes. De acuerdo con estas, en la cuenta de pérdidas y ganancias de Telefónica como resultado del ejercicio figura un beneficio de 1.060,13 millones de euros mientras que el coste de capital que se encuentra recogido en los informes del sistema de contabilidad de costes históricos asciende a 1.161,58 millones de euros, es decir, más de 101,45 millones de euros mayor que el resultado del ejercicio por lo que no existe un margen extraordinario.

Respecto a esta alegación de Telefónica se debe tener en cuenta que el coste de capital que se considera en los sistemas de contabilidad de costes de los operadores obligados a presentar una contabilidad de costes es el resultado de aplicar un parámetro (WACC) sobre el valor neto contable de los activos de estos operadores, al objeto de reconocer al operador un margen razonable a la inversión, en consonancia con lo dispuesto por la Directiva de Acceso¹⁸, que en su considerando 20 señala:

“(...) Cuando una autoridad nacional de reglamentación calcule los costes generados por la creación de un servicio impuesto en virtud de la presente Directiva, procede permitir una rentabilidad razonable sobre el capital empleado, (...)”

En conclusión, el coste de capital que se reconoce en la contabilidad regulatoria, es la única partida que no concilia con la contabilidad financiera de la compañía, ya que es un coste añadido en el que no ha incurrido la Operadora. Por ello, a diferencia de lo que señala Telefónica, no se debe comparar los resultados de la contabilidad

¹⁷ Reproducido en el anexo de esta Resolución en la tabla de Resultados Globales

¹⁸ 2002/19/CE

financiera con el coste de capital aplicado en la contabilidad regulatoria. Así para realizar una comparación válida, debería tenerse en cuenta una única contabilidad, en este caso la contabilidad regulatoria o de costes que es la que incorpora este coste de capital, calculado a partir de la tasa WACC. En este sentido, cualquier margen de la contabilidad de costes ya incluiría dicho coste de capital, por lo que de ser positivo el margen, sería en sí mismo extraordinario.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que no todos los servicios que presta Telefónica forman parte del ámbito del servicio universal. Por tanto, el ejercicio presentado en el Informe de Audiencia, que parte de los datos de la declaración de coste neto del servicio universal (cuyo origen es la contabilidad de costes a los que se añaden los pseudocostes y pseudoingresos que se recogen en la metodología de cálculo del coste neto), considerando solo los servicios incluidos en el mismo y por tanto, la parte de coste de capital imputable al servicio universal, se entiende como una buena aproximación para concluir que en el año 2001 Telefónica disponía de un margen suficiente para retribuir el capital invertido a la tasa exigida por sus accionistas y acreedores.

Telefónica también añade como criterio para evaluar subsidiariamente su peor posición competitiva, la idea de que el hecho de haber sido el anterior monopolista le coloca en una peor percepción de la propia empresa. Así, la Operadora señala que *“el inicio de la competencia trajo grandes expectativas para aquellos clientes que consideraron que con más agentes en el mercado se verían beneficiados de mejores condiciones. La idea asociada de que el monopolio es malo per se, supone un buen terrero para el segundo y posteriores operadores, que se benefician de un mala imagen del operador establecido.”*

Sin negar las posibles expectativas que hubiera podido hacerse el mercado, con la apertura y liberalización del mercado de las telecomunicaciones y lo que ello puede haber ocasionado en cuanto a las cuotas de mercado de los distintos operadores, el hecho que nos ocupa en este expediente es bien distinto, y es probar una posible merma en la capacidad de competir en Telefónica, y eso es una peor posición, derivada del hecho de tener que cumplir con la obligación de prestar el servicio universal en todo el territorio nacional. Esta Comisión considera que ese hecho no resulta probado.

Por su parte, Orange presenta una única alegación para este procedimiento de ejecución de sentencia y el referido al ejercicio 2002 en el que sostiene que en ambos ejercicios no hay sustitución fijo-móvil, donde además señala que las cifras en las que se fija esta Comisión (cuotas de mercado, márgenes extraordinarios por encima del WACC, etc.) alejan cualquier duda sobre que la prestación del servicio universal pudieran suponer desventaja competitiva alguna para Telefónica.

Además sostiene Orange que en ambos ejercicios la telefonía móvil no tuvo efecto sustitutivo alguno puesto que el tráfico de telefonía fija, lejos de reducirse, se vio incrementado en ambos ejercicios, aún sin considerar el tráfico de acceso a Internet,

siendo asimismo también el caso de Telefónica que pese a la reducción de su cuota en tráfico fijo mantuvo niveles de tráfico en línea con los tráficos registrados en el año 2000, conforme a los datos recogidos en los Informes Anuales de la CMT.

En este sentido Vodafone coincide completamente con lo expuesto en el Informe de Audiencia al entender que Telefónica no ha visto mermada su capacidad de competir por la prestación del servicio universal en el año 2001 y siguientes.

2.5. Conclusión

De todo lo anterior, se observa que todo el sector estaba pasando por una fase de ajuste, derivada tanto por la situación económica general como por la corrección tras los elevados procesos de inversiones acometidos en el sector en el inicio de la liberalización. En este sentido, la evolución de los parámetros estudiados está relacionada con estos procesos de ajuste y con la evolución del mercado una vez que se está haciendo más competitivo.

De ello se desprende que no es posible sostener ni demostrar que, en el ejercicio 2001, incluso teniendo en cuenta los servicios de telefonía móvil, Telefónica tuviera mermada su capacidad de competir con sus rivales debido a su obligación de prestar el servicio universal. Por ello, no resulta justificada la puesta en funcionamiento del mecanismo de compensación del CNSU previsto en la legislación vigente en aquel momento.

Por todo cuanto antecede, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

RESUELVE

ÚNICO.- En cumplimiento de la Sentencia y analizando no solo los efectos de los servicios de telefonía fija sino también de los servicios de telefonía móvil, procede declarar que el coste derivado de la prestación del servicio universal en todo el territorio nacional por parte de Telefónica de España, S.A.U. en el ejercicio 2001 no supuso una desventaja apreciable en su capacidad de competir, no estando justificada la puesta en marcha del Fondo Nacional de Financiación del Servicio Universal para dicho ejercicio.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.

ANEXO I:

**EPIGRAFES III, IV, V Y VI DE LA RESOLUCIÓN RECURRIDA SOBRE EL COSTE
NETO DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO UNIVERSAL EN EL AÑO 2001
PROPUESTO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.**

III. DESCRIPCIÓN DEL CÁLCULO DEL COSTE NETO DEL SERVICIO UNIVERSAL PROPUESTO POR TELEFÓNICA.

III.1. METODOLOGÍA DEL CÁLCULO DEL CNSU POR “ZONAS NO RENTABLES”

El cálculo del coste neto del SU en zonas no rentables se descompone en dos etapas:

- Definición de las zonas en que se divide el territorio nacional a tal efecto
- Tratamiento de ingresos y costes de las zonas a fin de determinar las que resultan rentables comercialmente y las no rentables.

a. Definición de zonas

En el apartado quinto 1A de la Resolución de 19 de julio se pidió a Telefónica una definición de zona:

... “En consecuencia Telefónica habrá de presentar ante esta Comisión una división del territorio nacional en zonas más acorde con los criterios reglamentariamente impuestos”.

Si bien lo anterior, en el apartado quinto 1B (páginas 27 y 28) de la Resolución, al especificar la metodología a aplicar por Telefónica para el cálculo del coste neto de las zonas, en realidad se estaría definiendo implícitamente el concepto de zona que se ha de considerar. Así se dice:

“Los costes en que incurriría la eventual operadora serían aquellos inherentes a la constitución, mantenimiento y gestión que configura la red local que habrá de desplegar en la zona de referencia, los cuales (...) serían los correspondientes a: centros de actividad que constituyen la red de acceso, gestión de abonados, centros de actividad de conmutación, centros de actividad de transmisión y transporte y medios especiales de acceso”

Para aplicar lo anteriormente mencionado, **Telefónica considera que la zona ha de abarcar todo el arco de numeración asociado a una central local**. Es decir, el área servida por la propia central local más las áreas de las centrales remotas que dependen de ella. Teniendo en cuenta esta definición se alcanza un total de 754 zonas.

b) Tratamiento de Ingresos y Costes de las zonas.

En primer lugar se computan, distribuidos por zonas, los **costes** inherentes a la constitución y explotación de la red local que sirve a cada zona, limitados a los costes que establece el Reglamento del SU de: red de acceso, conmutación, transmisión y transporte, medios especiales de acceso y gestión de abonados.

Para valorar los costes asociados a los tráficos que utilizan (para completarse) medios externos a la red local de origen, se han considerado los pagos de Interconexión en que incurriría una supuesta “operadora local sustituta” al utilizar la red nacional por terminar llamadas que se inician en la zona de referencia y acaban en otras. Este tratamiento se ha realizado elaborando una matriz de tráfico cruzado entre las zonas definidas y valorando el coste de interconexión de los minutos que salen de cada zona a los precios medios de Interconexión del año 2001.

Respecto a los **ingresos** de cada una de las zonas, se han tenido en cuenta los que se han facturado, conforme establece el Reglamento del SU, a los abonados de dichas zonas por cuotas de conexión y abono y por tráfico y, adicionalmente se han considerado los ingresos por tráfico de entrada y terminación en la red de cada zona, teniendo en cuenta los eventuales pagos de Interconexión (valorados a precios de Interconexión del 2001) que otras zonas realizarían por terminar llamadas en la zona de referencia.

Por **diferencia entre los ingresos y costes de cada zona**, determinados como se ha indicado, se calcula el margen de beneficio o pérdida (ingresos menos costes), por la prestación del Servicio Universal en cada una de las zonas, que obtiene actualmente Telefónica y obtendría, en su caso, una operadora sustituta en la prestación del Servicio.

La suma de márgenes negativos obtenida de este modo, constituye la cifra propuesta de “Coste Neto del Servicio Universal por Zonas no Rentables”.

III.2. CÁLCULO DEL “CNSU POR ZONAS” PROPUESTO POR TELEFÓNICA

Telefónica ha presentado el cálculo del Coste Neto del Servicio Universal, estrictamente de acuerdo, según ella, con las directrices de la CMT en su Resolución del 19 de julio de 2001 considerando los costes corrientes de la Contabilidad de Costes del Ejercicio 2001, presentada a esta Comisión el pasado día 31 de julio, asociados a la red local y desglosados por cada una de las 754 zonas definidas.

La suma de las pérdidas en las **174 zonas, que del modo referido anteriormente resultan no rentables**, constituye la cifra (pretendida por Telefónica y que la CMT considera únicamente como base de partida máxima) de Coste Neto del Servicio Universal por zonas no rentables del año 2001 y asciende a **202.520 Miles de Euros**. Así mismo, la suma de las ganancias en las restantes **580 zonas rentables** asciende a **715.192 Miles de Euros**.

Los cálculos para cada una de las 754 zonas (áreas de numeración de las centrales locales) de los ingresos y costes, han consistido, como primera provisión, en distribuir por zonas los “Costes de los Centros de Actividad”, conforme a la Contabilidad de Costes Corrientes del Ejercicio 2001, de las partidas siguientes:

COSTES POR CENTROS DE ACTIVIDAD	TOTAL COSTES DE PRODUCCIÓN DEL SERVICIO UNIVERSAL (Mill. de Euros)	COSTE POR LÍNEA Y AÑO (Euros)
CONMUTACIÓN	179,8154	11,2197
TRANSPORTE Y TRANSMISIÓN	175,0508	10,9224
GESTIÓN DE ABONADOS	851,8149	53,1497
MEDIOS ESPECIALES DE ACCESO (TRAC)	55,1850	3,4433
RED DE ACCESO	2.479,0846	154,6845
Acometidas	674,9461	42,1138
Resto Red de Acceso	1.380,4632	86,1351
Tarjeta de Línea	368,0349	22,9638
Repartidor Principal	55,6405	3,4717
TOTAL COSTES (*)	3.740,9508	233,4197
Nº DE LÍNEAS EN SERVICIO	16.026.715	

(*) Sin incluir los costes de interconexión por terminación del tráfico en otras zonas

La imputación de los **ingresos** a las zonas es trivial conforme a lo establecido en la Resolución del 19 de julio de 2001 y lo dispuesto en el Reglamento del SU, en tanto que consistirá en asignar a cada una de ellas los importes facturados, durante el año 2001, a los abonados de la zona correspondiente y por los conceptos de cuota de conexión y abono y tráfico a cualquier destino.

El tratamiento de los costes e ingresos, adicionales a las partidas comentadas anteriormente, por pagos y cobros de interconexión de la supuesta operadora sustituta, se ha realizado del modo que a continuación se expone.

Serían **ingresos adicionales**, (que denominaremos pseudo-ingresos) para cada zona considerada aisladamente, los que resultaran de los pagos, que le hacen otras zonas, por terminación del tráfico en la zona de referencia, originado fuera de ella, bien sea en las redes fijas de otras zonas españolas, bien en redes móviles, o bien en redes fijas o móviles de otros países. Los cálculos de tales ingresos adicionales por interconexión se han realizado, a partir de la matriz cruzada de las 754 zonas con ellas mismas, resultando unos **ingresos adicionales de 483.438 Miles de Euros, derivados de la terminación de 62.784 Mill. de Min. a razón de 0,0077 euros/min.**

Así mismo, serían **costes adicionales** (que denominaremos pseudo-costes) a los anteriormente comentados los que resultaran para cada zona al tener que pagar esta a otras operadoras, los precios de interconexión por terminación del tráfico originado en ella y destino fuera de ella (en redes fijas de otras zonas, en “redes inteligentes”, en redes móviles españolas y en redes fijas, móviles o inteligentes de otros países).

Prestaciones de interconexión a cargo de la pseudo-operadora de la Zona	Millones de Minutos	Coste en Euros/minuto	Total pseudo-costes soportados (*) (Miles de Euros)
Local	43.265,9	0,0077	333.148
Tránsito Simple	9.595,3	0,0136	130.496
Tránsito Doble	5.199,5	0,0216	112.310
Terminación en redes inteligentes	2.102,9	0,0624	131.220
Terminación en móviles	4.403,6	0,2287	1.007.110
Terminación en otros países	1.475,0	0,2063	304.299
Total	66.042,3	0,0306	2.018.582

(*) Se observa una diferencia de un 0,4% entre las cifras explícitamente aportadas por Telefónica y las resultantes por producto (Minutos x Precio) que se presentan en este cuadro. Consideramos, se trata de diferencias no significativas por redondeos en los cálculos

III.3. VALORACIÓN DEL COSTE NETO DEL SERVICIO UNIVERSAL POR LA PRESTACIÓN DE SERVICIO A DISCAPACITADOS, CLIENTES CON TARIFAS ESPECIALES Y PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE INFORMACIÓN Y GUÍAS.

En el **artículo 23** del Reglamento de SU se pone de manifiesto la necesidad de calcular “el coste neto del servicio universal asociado a la obligación de prestar el servicio especial a usuarios discapacitados o con necesidades sociales especiales”.

3.1. Usuarios Discapacitados.

Se computa como el coste extra en que incurre Telefónica por prestar servicios a colectivos tales como:

- *Personas con discapacidad visual:* Facturas en Braille, facturas con letras grandes, etc.
- *Personas sordas:* Consiste en que las llamadas destinadas a estos usuarios, pasan por un centro de intermediación que adapta la señal sonora de tal forma que pueda ser convertida en una señal escrita.

Siendo el coste total del servicio universal por la prestación de servicios a discapacitados, presentado por Telefónica:

Coste del servicio universal para los usuarios discapacitados (cifras en euros)

**Coste del servicio universal
por discapacitados**

Facturas en Braille	3.206
Facturas con letras grandes	888
Bonificación 1003	11.879
Personas sordas	42.187
TOTAL	58.160

3.2. Usuarios con Tarifas Especiales.

En igual sentido, el **artículo 25** del Reglamento de SU aclara que tendrán consideración de “servicios no rentables los solicitados por clientes o grupos de clientes, a los que un operador eficiente no se los prestaría a precio asequible atendiendo a razones comerciales”. Además en este mismo artículo se manifiesta que “son susceptibles de ser calificados como servicios no rentables los que deban prestarse a usuarios que tengan discapacidades que impliquen una barrera de acceso al servicio o un uso más oneroso del mismo que un usuario sin discapacidad y a los colectivos de pensionistas y jubilados cuya renta familiar no exceda del salario mínimo interprofesional”.

Telefónica de España, S.A.U. considera que:

... “son usuarios a quienes por circunstancias sociales específicas, se ve obligada a aplicar unas cuotas de abono y de conexión especiales, menores que las que aplica al resto de los clientes.”¹⁹ En concreto, Telefónica aplica por imperativo legal a estos usuarios una bonificación del 95% en la cuota de abono y del 70% en las cuotas de alta e instalación.”

Para este tipo de usuarios, Telefónica calcula el coste neto del servicio universal como la diferencia entre la tarifa que aplica al resto de los usuarios y la tarifa que carga a este tipo de clientes, multiplicada por el número de clientes de este tipo y ajustada por un factor de elasticidad.

Para calcular el coste del servicio universal como consecuencia de la subvención de la cuota de conexión es necesario introducir el efecto que sobre el número de altas tendría un aumento de la cuota de conexión. Para ello se ha considerado una elasticidad de la cuota de conexión de -0.038.²⁰ El ajuste por la elasticidad de la demanda de acceso telefónico a la cuota de conexión trata de tomar en cuenta el

¹⁹ Son considerados de abono social aquellos abonos instalados en los domicilios habituales de titulares que hayan cumplido sesenta y cuatro años, así como los abonos cuyos titulares, con edad inferior a la mencionada, estén afectados por incapacidad absoluta para ejercer todo tipo de profesión u oficio y que, en ambos casos, reúnan, además, las condiciones económicas de tener un máximo de ingresos de la unidad familiar equivalente a la pensión mínima de jubilación con cónyuge a cargo.

²⁰ Mauleón, I. (1991). “La demanda de teléfonos en España”. *Investigaciones económicas* (Segunda Época) XV, Nº 2, 383-427.

hecho de que si Telefónica de España incrementara la cuota de conexión la demanda de líneas telefónicas disminuiría.

Del mismo modo se procede con la cuota de abono, donde también es necesario introducir un factor de elasticidad para considerar el hecho de que si aumentara la cuota de abono algunos abonados se darían de baja. En el caso de la cuota de abono se ha considerado una elasticidad de -0.22 .²¹

En la siguiente tabla, se presenta el Coste Neto del Servicio Universal para usuarios con tarifas especiales, ajustando la elasticidad y sin ajustarla:

Coste del servicio universal para los usuarios con tarifas especiales (cifras en miles de euros)

	Sin ajustar por elasticidad	Ajustado por elasticidad
Cuota de conexión	732	725
Cuota de abono	71.631	67.665
TOTAL	72.363	68.390

3.3. Valoración del coste neto del servicio universal por la prestación de una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago.

El **artículo 15** del Reglamento de SU establece que “*se deberá garantizar la existencia de una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago*”. Además especifica que en cada municipio “*deberá existir, al menos, un teléfono público de pago, y uno más por cada 1.500 habitantes*”.

Por otra parte, el **artículo 26** establece que “*será objeto de compensación al operador la prestación por éste del servicio telefónico, mediante teléfonos públicos de pago cuando se le imponga como obligación y dicho servicio no pueda ser prestado en los términos establecidos en este reglamento, sin incurrir en un coste neto*”.

No obstante, Telefónica no propone coste alguno a incluir dentro del Coste Neto del Servicio Universal, por dar una oferta de teléfonos públicos de pago en los términos recogidos en los artículos 15 y 26 del Reglamento del Servicio Universal.

3.4. Valoración del coste neto del servicio universal por la prestación del servicio de información y elaboración de las guías telefónicas.

De acuerdo con el **artículo 14** del Reglamento de SU: “*Los abonados al servicio telefónico fijo disponible al público tendrán derecho a disponer de una guía telefónica de carácter gratuito, unificada para cada ámbito territorial, que será, como mínimo, provincial...*”.

²¹

Mauleón I.(1991) op. cit.

Por otra parte, el **artículo 23** del Reglamento establece que: “*el coste neto de prestar, en la forma establecida en este Reglamento, los servicios de teléfonos públicos de pago, de elaborar las guías telefónicas a las que se refiere el artículo 14 y de prestar los servicios de información respecto de datos que figuren en dichas guías.*”

En relación con la prestación del servicio de información y elaboración de las guías telefónicas, Telefónica de España, S.A.U. presenta los siguientes costes:

Margen del Servicio 1003 (Miles de Euros)	-17.744
Ingresos inducidos (Miles de Euros)	32.074
Margen del servicio de guías (Miles de Euros)	3.153
Total superavit de los servicios de Info. y Guías	17.483

IV. OBJECIONES Y AJUSTES DE LOS CÁLCULOS REALIZADOS POR TELEFÓNICA

4.1. Ajuste de las zonas propuestas eliminando áreas geográficas coincidentes.

Las 754 zonas identificadas, aún cuando tienen arcos de numeración independientes entre sí, no son en su totalidad geográficamente disjuntas, por lo que, si se asocian entre ellos los ámbitos de numeración que operan sobre una misma área geográfica, el número de zonas con área disjunta se reduce a 537 zonas para cada una de las cuales esta Comisión ha obtenido los datos de ingresos y costes de explotación por agregación de los datos proporcionados por Telefónica.

Como resultado de dicha agregación, utilizando los datos según hemos visto en el Capítulo anterior de este informe, se obtienen los siguientes resultados conjuntos:

	Propuesta de Telefónica	Ajuste de la CMT
Nº de Zonas	754	537
Con Superavit	580	409
Con Déficit	174	128
Suma de Superávits (Mill. Euros)	715	697
Suma Déficits (Mill. Euros)	203	176
Margen Neto Agregado (Mill. Euros)	513	522

4.2. Ajuste de los pseudo-costes de terminación del tráfico internacional de salida de las zonas

Así como los ingresos por tráfico de salida asignados a cada zona son ingresos propiamente dichos (que Telefónica ha facturado durante el ejercicio 2001), los costes que habría originado el perfeccionamiento o terminación de las llamadas,

cuando su destino no es la zona de origen, no son costes propiamente dichos en que haya incurrido efectivamente la Operadora, sino que serían teóricamente los costes en que incurriría una supuesta “operadora sustituta de ámbito zonal”. En consecuencia, los denominamos pseudo-costes y su cuantía no viene explícitamente establecida en la contabilidad, sino que han debido ser valoradas “ad hoc” para el cálculo del CNSU.

Para ello, se han debido estimar los minutos de tráfico de interconexión por los que la supuesta operadora habría pagado interconexión de terminación y dichos minutos se han valorado multiplicándolos por los respectivos precios de interconexión vigentes en el año 2001.

Los precios por minuto de interconexión por terminación en otras redes utilizados en los cálculos de Telefónica han sido los siguientes:

	I.1.1.1.1 Euros/ Min
I.1.1.2 Terminación Local	0,0077
I.1.1.3 Terminación Tránsito-Simple	0,0136
<i>Terminación Tránsito-Doble</i>	0,0216
<i>Precio medio terminación tráfico RTB</i>	0,0099
I.1.1.4 Terminación en Redes Inteligentes	0,0624
<i>Terminación en redes Móviles Nacionales</i>	0,2287
<i>Terminación en otros países</i>	0,2063

Esta Comisión decidió, en su Resolución de 31 de enero de 2002, que a falta de un parámetro objetivo en el mercado internacional para valorar el coste de terminación del tráfico en otros países, **restablecer el sentido original de la “tasa de retribución” valorándola en el 50% de los ingresos por minuto facturados realmente a los usuarios, sumándole a dicha cantidad, la retribución a la Red de Tránsito Nacional hasta alcanzar los puntos de interconexión con las redes de otros países.**

En nuestro caso, y de acuerdo con el párrafo anterior, se tendría que valorar la “tasa de retribución” en **0,1316 euros/min** que resultaría del 50% de los 0,2632 euros/min facturados realmente a los usuarios, y sumarle a dicha cantidad **0,0136 euros/min** de retribución a la Red de Tránsito Nacional hasta alcanzar los puntos de interconexión con las redes de otros países. Con lo cual, el “coste de terminación” para el tráfico con destino a otros países será **0,1452 euros/min.**

Rehecho el cálculo del C.N.S.U. propuesto por Telefónica a partir de 0,1452 euros/min de coste de terminación del minuto (en lugar de 0,2063 euros/min) y

tomando en consideración 537 Zonas de áreas geográficas disjuntas (en lugar de 754 Zonas) el cálculo resultante del C.N.S.U. por zonas no rentables pasa a ser de **148.076 Miles de Euros.** en lugar de **202.520 Miles de Euros** propuesto por Telefónica.

RESULTADOS GLOBALES (Mill. de Euros)		
Nº de Zonas consideradas (desagregación territorial)	754	537
Suma de Superavits (Mill. Euros)	715	760
Suma de Déficits (Mill. Euros)	203	148
Margen Neto Agregado	513	612

En resumen, el Coste Neto del Servicio Universal por “zonas no rentables” que la CMT reconoce, se genera en 105 Zonas geográficas de ámbito disjunto (de las 537 en que se divide a estos efectos el territorio español) y asciende a un coste de **148 Millones de Euros en el año 2001.** A esta partida, se le habría de añadir el Coste Neto del Servicio Universal por “usuarios discapacitados”, además del Coste Neto por “usuarios con tarifas especiales”.

Por consiguiente, la cifra total en que esta Comisión evalúa el Coste Neto del Servicio Universal del Ejercicio 2001, conforme con la propuesta de Telefónica y las revisiones a los mismos realizadas por la C.M.T. anteriormente reseñadas, es la siguiente:

COMPONENTES DEL COSTE NETO DEL SERV. UNIV.	Millones de Euros.
• <i>Coste Neto en “Zonas no Rentables”</i>	148,07
• <i>Coste Neto por prestaciones a “usuarios discapacitados”</i>	0,06
• <i>Coste Neto derivado de “usuarios con tarifas especiales”</i>	68,40
	216,53
TOTAL COSTE NETO APRECIADO EN EL AÑO 2001 (Sin deducir beneficios NO monetarios)	

V. BENEFICIOS NO MONETARIOS

El artículo 29 del Reglamento del Servicio Universal, en el apartado 2, establece *“...la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones establecerá el procedimiento para cuantificar los beneficios no monetarios obtenidos por el operador, en su calidad de prestador de un servicio universal de telecomunicaciones. En dicha valoración se tendrán en cuenta, como mínimo, las siguientes categorías de potenciales generadores de beneficios no monetarios:*

- 1. Mayor reconocimiento de la marca del operador, como consecuencia de la prestación del servicio.*
- 2. Ventajas derivadas de la ubicuidad.*
- 3. Valoración de los clientes o grupos de clientes, teniendo en cuenta su ciclo de vida.*
- 4. Ventajas comerciales que implica el tener acceso a todo tipo de datos sobre el servicio telefónico.*

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en función de las condiciones del mercado, podrá incluir otras categorías de generadores de beneficios no monetarios”.

La Resolución del 19/07/01 de esta Comisión, establece como metodología de cálculo del Coste Neto del Servicio Universal por Zonas no Rentables:

*“la reproducción del enfoque de emulación o concursabilidad por otra operadora sustituta, de Telefónica, en la prestación del Servicio Universal en alguna de las zonas, definidas conforme al criterio expuesto anteriormente, que resulten ser **zonas no rentables** de acuerdo con los cálculos del modelo que a continuación se especifica”.*

Es decir, se trata de establecer un modo de determinación anual, final y definitivo, de los Costes Netos del Servicio Universal desde una perspectiva claramente emulable y con una metodología precisa.

El modelo de cálculo propuesto por la Resolución de la C.M.T. en su acuerdo del 19/07/01, permite analizar objetivamente el fenómeno objeto de análisis, a partir de los cálculos aportados por Telefónica (con las rectificaciones señaladas en el Capítulo anterior), en cuanto proporciona una “base máxima”, de eventuales costes netos incurridos por la prestación del Servicio Universal. Por otra parte, los cálculos aportados por Telefónica serían plenamente asumibles si el “modelo de emulación” quedara cerrado, estrictamente, en la “emulación zona a zona” sobre las zonas propuestas, sin aprovechamiento de las posibles sinergias de agregación y de los “beneficios no monetarios” a que alude el artículo 29 del Reglamento del Servicio Universal.

Los resultados obtenidos por Telefónica arrojan un total “Coste Neto del Servicio Universal por Zonas no Rentables” de **202.520 Miles de Euros para el año 2001**, que se reduce a **148.076 Miles de Euros** si se agregan entre sí las zonas con área geográfica coincidente para formar las 537 zonas, que se detallan en el **Anexo Confidencial** a este informe, y se valora el coste por minuto de terminación del tráfico en otros países en 0,1452 euros/min.

Son 105 Zonas (áreas geográficas disjuntas) donde se produce aisladamente, según los resultados obtenidos, “coste neto” por la prestación del Servicio Universal que totalizan los **148.076 Miles de Euros** antes mencionados. Al propio tiempo, dichos resultados ponen en evidencia, también, que en el resto de las 432 Zonas, se obtiene **una contribución positiva al “margen extraordinario o atípico de explotación” que totaliza 759.959 Miles de Euros**, por la prestación del Servicio Universal.

A partir de tales resultados, deberemos considerar que la L.G.T. en el Apartado 1 del Artículo 39, especifica claramente el carácter económico del ejercicio de la prestación del Servicio Universal, que deberá alcanzar a las zonas en donde no se alcanzaría “bajo consideraciones estrictamente comerciales”, y es refiriéndolo a tal noción, (de prestación sin ánimo de lucro y con el objetivo de mera recuperación estricta de las pérdidas mediante el mecanismo de financiación que la Ley crea), cómo la L.G.T. vincula el cálculo del “ahorro neto” que las operadoras prestadoras podrían obtener, en el supuesto de evitar la prestación del servicio en dichas zonas, para definir el sentido del cálculo y reconocimiento del “Coste Neto del Servicio Universal”.

En dicho sentido si, en el seno de una Provincia determinada, la prestación del Servicio Universal en ciertas zonas de la misma se obtiene un margen extraordinario²² de beneficio suficiente para compensar las pérdidas que se originan en las otras zonas de dicha Provincia, **el planteamiento comercial de las operadoras** habría de valorar el riesgo de pérdida de parte de los beneficios extraordinarios obtenidos en la Provincia, gracias a su ubicuidad total en su conjunto territorial, oponiendo a tal riesgo el ahorro que obtendría al evitar las pérdidas retirándose de la explotación en las “zonas no rentables”.

De este modo, y de acuerdo con los resultados obtenidos por Telefónica (una vez hecho los ajustes comentados), **en las Provincias que a continuación se detallan**, las operadoras sustitutas habrían de considerarlas, plenamente, **de interés comercial**, ya que el “ahorro” a obtener, con el abandono de la explotación de los servicios en las zonas no rentables, podría degenerar en “desahorro” para su economía empresarial, al perder la ubicuidad total y las ventajas de marca,

²² El margen obtenido del modelo tiene carácter de “extraordinario” o “atípico” en la medida en que los costes computados para su determinación contienen la retribución razonable al capital invertido (propio y ajeno) a razón del 12,77% que acordó en su día la CMT. Dicho margen es atípico ya que, en teoría, no sería posible obtenerlo en un planteamiento de “mercado de competencia perfecta”

fidelización de clientes, etc. que la LGTel contempla como generadoras de “beneficios no monetarios”.

PROVINCIAS CON MARGEN POSITIVO	MARGENES AGREGADOS DE LAS ZONAS DE CADA PROVINCIA (Miles de Euros)					
	Beneficios en zonas rentables		Pérdidas en zonas "no rentables"		Margen Neto Agregado	
	Nº de zonas	Miles de Euros	Nº de zonas	Miles de Euros	Total Zonas	Miles de Euros
CADIZ	8	6.069	6	3.818	14	2.251
CORDOBA	6	11.271	0	0	6	11.271
GRANADA	10	11.557	0	0	10	11.557
HUELVA	1	2.723	1	1.420	2	1.302
JAEN	6	3.167	2	298	8	2.869
MALAGA	13	21.270	3	1.676	16	19.594
SEVILLA	15	18.576	8	5.783	23	12.793
HUESCA	2	634	1	193	3	440
ZARAGOZA	14	26.941	2	84	16	26.857
PALMA DE MALLORCA	10	8.368	2	302	12	8.066
LAS PALMAS	15	28.189	0	0	15	28.189
SANTA CRUZ DE TENERIFE	10	18.009	1	92	11	17.917
SALAMANCA	2	4.760	3	272	5	4.488
VALLADOLID	5	5.076	0	0	5	5.076
ALBACETE	4	804	1	729	5	76
CIUDAD REAL	6	6.307	0	0	6	6.307
CUENCA	1	381	0	0	1	381
TOLEDO	2	2.248	3	361	5	1.887
BARCELONA	68	170.742	6	3.702	74	167.040
TARRAGONA	7	4.058	3	1.907	10	2.152
BADAJOS	7	7.184	1	112	8	7.072
CACERES	3	3.717	0	0	3	3.717
LOGRONO	3	4.502	0	0	3	4.502
MADRID	75	202.352	5	5.532	80	196.820
MURCIA	10	10.611	2	1.539	12	9.072
PAMPLONA	4	6.761	1	327	5	6.434
GUIPUZCOA	13	13.525	0	0	13	13.525
VIZCAYA	16	29.416	2	321	18	29.095
ALICANTE	17	23.858	2	2.730	19	21.129
CASTELLON DE LA PLANA	7	5.303	2	120	9	5.183
VALENCIA	30	56.037	1	696	31	55.341
ALAVA	3	7.393	1	2.570	4	4.823
CEUTA Y MELILLA	4	4.941	0	0	4	4.941
TOTALES PROVINCIAS (con beneficios)	397	726.753	59	34.584	456	692.169

Madrid puede ser un buen ejemplo de cómo el “criterio comercial de la explotación del S.U.” puede hacer que por aplicación de dicho “criterio comercial” la explotación se adentre y alcance a zonas, incluidas dentro de su ámbito socio-geográfico característico, a las que tal criterio estrictamente no alcanzaría si se las considerara aisladamente.

Los 202.352 Miles de Euros que Telefónica obtiene en Madrid por la prestación del Servicio Universal en 75 zonas, como contribución al “margen extraordinario de explotación” (por encima de la tasa de retorno de los capitales invertidos), se podrían poner en riesgo para ella, si Telefónica decidiera renunciar a la ubicuidad total en dicha Provincia y con tal medida “ahorrarse” los 5.532 Miles de Euros de pérdidas que se originan en 5 zonas (ámbitos geográficos disjuntos) de la mencionada Provincia. Si en 75 zonas la operadora gana dinero, ¿cómo va a dejar de interesarle

ejercer, comercialmente, su explotación en 5 zonas más, para cubrir la totalidad de la Provincia con la prestación del servicio?. Igual razonamiento puede hacerse para cada una de las 32 Provincias anteriormente relacionadas, que todas ellas arrojan un “margen neto” positivo.

Por otra parte, **desde el punto de vista de la economía sectorial**, el planteamiento de los costes netos originados por la universalización de los servicios (que han de ser refinanciados por redistribución entre los agentes, evitando distorsionar las reglas del mercado) son un “mal necesario” que debe “minimizarse” en pro de alterar, en la menor medida posible, dichas “reglas del mercado en competencia”. Delimitar, con la mayor precisión amplias áreas territoriales, lo más grandes que sea posible, no contaminadas por la formación en ellas de “Costes Netos del Servicio Universal” reconocidos, **equivale a abrirlas plenamente al libre juego de las fuerzas del mercado en competencia**, prescindiendo de “islas” (en Provincias rentables) con coste neto en su seno, que desdibujarían el escenario de actuación de los agentes.

En consecuencia con los razonamientos y cálculos expuestos, esta Comisión aprecia los **beneficios no monetarios** obtenidos por Telefónica en el año 2001 por la prestación del Servicio Universal en **34.584 Miles de Euros**, que compensarían el C.N.S.U. incurrido en zonas aisladas situadas en provincias cuya explotación conjunta resulta superavitaria, conforme al detalle del cuadro anterior.

VI. VALORACIÓN DE LA POSIBLE MERMA DE CAPACIDAD DE COMPETIR QUE TELEFÓNICA HUBIERA TENIDO EN EL AÑO 2001.

Conforme al artículo 39 de la Ley General de Telecomunicaciones *“La C.M.T. determinará si la obligación de prestación del Servicio Universal implica una desventaja competitiva, o no, para los operadores que la lleven a cabo. En el primer supuesto, se establecerán y harán públicos los mecanismos para distribuir entre los operadores el coste neto de dicha prestación, en los términos previstos en este artículo”*.

En el mismo sentido se pronuncian los artículos 22.1 y 20.3 del Reglamento de Servicio Universal. Este último dispone que *“La designación de un operador dará lugar, en el caso de que la prestación del servicio universal implique un coste neto y suponga una desventaja competitiva, a la cualificación de dicho operador como receptor de fondos del Fondo Nacional de Financiación del Servicio Universal de las Telecomunicaciones o, en su defecto, del mecanismo de compensación entre operadores que se establece en este Reglamento”*. El artículo 31 del mismo texto legal prevé el supuesto de que no resulte necesario mantener el mecanismo de financiación del servicio universal, por el hecho de que su prestación no genere ya un coste neto o no constituya una desventaja competitiva para el operador obligado.

Consecuentemente, corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones evaluar si la obligación de Servicio Universal supone una desventaja competitiva para el operador concernido, pudiéndose sólo en este caso recurrir al mecanismo de reparto de costes entre los agentes en el mercado. Así las cosas, el elemento de la “desventaja competitiva” debe ser analizado adecuadamente, ya que constituye el detonante último de la decisión sobre la necesidad o no de compensar el coste neto del servicio universal.

a) Análisis de la posible merma de la capacidad de competir por parte de Telefónica.

De cara a valorar si la carga que conlleva la prestación del Servicio Universal con un coste neto supone o no para Telefónica una disminución de su capacidad de competir en el mercado de la telefonía fija —que es el mercado en el que se engloban los servicios incluidos en el concepto de Servicio Universal—, resulta conveniente iniciar este análisis preguntándose cuál podría haber sido el propósito perseguido por el legislador al introducir esta previsión normativa.

En este sentido, lo dispuesto por el legislador establece que debe procederse a compensar económicamente al operador que soporta el CNSU únicamente en el caso que esta carga suponga una desventaja competitiva para él. En este sentido, aunque no figure así en el literal de la Ley, resulta completamente natural admitir que la existencia de una desventaja competitiva para un determinado agente supone

per se una ventaja para otros, o lo que es lo mismo, la eventual desventaja competitiva de Telefónica debe evaluarse frente a sus competidores en el mercado.

En efecto, pareciera razonable convenir que el pensamiento del legislador al redactar esta previsión contemplaba un escenario de mercado en el que operadores con capacidades competitivas comparables estuvieran en condiciones de rivalizar en el seno del mismo de una manera real y efectiva. En consecuencia, en un panorama como éste, podría perfectamente predicarse que la imposición de una determinada carga económica sobre uno de tales agentes, que no pesara sobre los otros, llevaría consecuentemente aparejada una merma de la capacidad de competir para el operador que la soportara frente a aquellos otros que no la tuvieran.

A la luz de esta interpretación, cobraría todo su sentido económico la previsión introducida por el legislador en relación con la creación de un mecanismo destinado a resarcir del correspondiente coste neto al operador encargado de prestar el Servicio Universal. Y ello es así por cuanto esta medida vendría a responder a la necesidad de restablecer el equilibrio competitivo en el mercado, al corregir una eventual situación de desequilibrio originada precisamente por la imposición sobre un competidor de obligaciones económicas que no pesaran sobre sus principales rivales en el mismo.

En virtud de esta argumentación, la compensación del CNSU al operador que lo soporta requiere indispensablemente que, en origen, exista una situación de potencial equilibrio de las fuerzas competitivas de los agentes presentes en el mercado, el cual se vería inevitablemente alterado por la imposición regulatoria de una carga económica sobre uno de ellos que mermaría su capacidad de competir frente al resto de sus rivales. Consecuentemente, en este supuesto sucedería que, al liberar a este operador de dicha carga, el mercado recuperaría espontáneamente la situación de equilibrio competitivo que le era natural.

Sobre la base del anterior razonamiento, a la hora de determinar si Telefónica experimentó una merma de su capacidad de competir como consecuencia de soportar el CNSU correspondiente al año 2001, se hace necesario comprobar previamente que, en dicho período, la situación de Telefónica frente a sus principales competidores era tal que resultaba posible la existencia de un potencial equilibrio competitivo en el mercado. Para ello, bastaría con constatar que en el mercado estaban presentes operadores dotados de capacidades competitivas que pudieran considerarse comparables entre sí.

Sólo en tal caso cabría deducir que la carga económica derivada del CNSU podría, consecuentemente, estar alterando el natural equilibrio de fuerzas en el mercado, por lo que resultaría entonces oportuno proceder a compensar a Telefónica por este coste. Y ello con el fin último de permitir que el mercado recuperase la situación de estabilidad competitiva entre los agentes —lo que, según se ha razonado, constituiría el principio inspirador de la normativa vigente—.

Por el contrario, de no resultar posible constatar tal circunstancia, la conclusión sería que no cabría adoptar acciones dirigidas a liberar a Telefónica de dicha carga, puesto que ello no se traduciría, en última instancia, en restablecimiento de equilibrio alguno. Es más, lo que supondría una incoherencia absoluta con el espíritu de la norma sería precisamente que el hecho de compensar a Telefónica por el CNSU, lejos de equilibrar las fuerzas en el mercado, supusiese un incremento a su favor del desequilibrio competitivo existente.

Con tal finalidad, a continuación se analizan algunos indicadores que se han considerado relevantes de cara a conocer cuál era el panorama del mercado de telefonía fija en España durante el ejercicio 2001, tratando de observar la posición relativa de Telefónica frente a la del resto de sus competidores.

En particular, los parámetros considerados han sido los siguientes:

- **Cuota de mercado**

Telefónica mantenía a finales de 2001 una cuota en términos de ingresos que alcanzó el 87,53% del total del mercado de servicios de telefonía fija, de modo que sus competidores captaron el 12,47% restante. Por su parte, su competidor de mayor tamaño alcanzó una cuota del 4,11%, lo que pone de relieve la gran distancia que separaba a Telefónica de sus más directos rivales en cuanto a la proporción captada del volumen total de renta del mercado.

Estas cifras son especialmente significativas si se contemplan desde la perspectiva de que el mercado de la telefonía fija constituía ya entonces un mercado maduro, en el cual la captación de clientes debe hacerse necesariamente a costa de los competidores. En este escenario, el operador que tiene los clientes disfruta de una posición más ventajosa que el resto, por cuanto sus competidores se ven obligados a crecer arrebatándole los clientes que ya están siendo servidos por él.

Por otra parte, en el año 2001, la cuota de mercado de Telefónica se redujo únicamente en 4,04 puntos porcentuales. Ahora bien, la cuestión relevante consiste en determinar si esta reducción —que supuso una pérdida acumulada de cuota de 12,47 puntos porcentuales desde el inicio de la liberalización del mercado— puede atribuirse al hecho de que Telefónica soportara la carga del CNSU. Se trata, por tanto, de diferenciar entre la pérdida de cuota del operador dominante derivada de la mera apertura del mercado de la ocasionada por una eventual desventaja competitiva atribuible al CNSU.

En este sentido, no puede justificarse que pérdidas tan poco significativas de cuota se deban a una desventaja competitiva como la que aquí se analiza. Y esto es así porque, si se asumiese que la única causa de la pérdida de cuota por parte de Telefónica fuera la supuesta desventaja competitiva derivada del CNSU, debería admitirse también que, caso de no soportar dicho coste, no sufriría pérdida de cuota.

Dado que esa conclusión carece de sentido lógico, cabe inferir que la pérdida de cuota no señala *per se* la presencia de una supuesta desventaja competitiva, sino

que más bien obedece al efecto natural provocado por la propia actividad de otros operadores en el mercado.

- **Volumen de ingresos por cliente**

A lo largo del ejercicio 2001, Telefónica ingresó 635,88 euros por cliente, mientras que sus competidores únicamente tuvieron, en promedio, 171,94 euros por cada uno de los suyos, lo que supone aproximadamente una relación de 4 a 1.

Al considerar únicamente los ingresos por tráfico —eliminando los ingresos correspondientes a las cuotas fijas por la línea—, resulta que Telefónica ingresó 425,47 euros por cliente, mientras que el resto de operadores obtuvo, también en promedio, 151,17 euros.

A la luz de estas cifras, puede colegirse que la cuota de mercado de Telefónica es de mayor calidad que la del resto de sus competidores, en razón de que la gran mayoría de los clientes que dedican más renta a telefonía fija tienen contratados sus servicios con dicho operador.

- **Eficiencia en las operaciones**

Por lo que se refiere a la eficiencia operativa²³, Telefónica alcanzó para este factor una cifra del 41,46%, mientras que el resto de sus competidores se situaron, en promedio²⁴, en un 4,03%. En términos relativos, esta situación supone que Telefónica supera en un orden de magnitud la eficiencia operativa de sus competidores, lo que resulta fácilmente comprensible al considerar los beneficios derivados de sus mayores economías de escala y de su posición aventajada en la curva de experiencia de este negocio.

Si se observa este factor en términos de *Cash-Flow Libre* como porcentaje de los ingresos por operaciones²⁵, se observa que Telefónica logró alcanzar una cifra del 18,12%, mientras que el promedio del resto de sus competidores se situó en – 40,63%. Esta comparativa revela la existencia, durante el período analizado, de una considerable diferencia en relación con la capacidad de generación de fondos por operaciones que presenta Telefónica frente a la del resto de sus competidores.

²³ Calculada como **EBITDA sobre Ingresos por operaciones**, que permite medir el porcentaje de margen operativo sobre el volumen de ventas.

²⁴ Obtenida como media ponderada por las cuotas de mercado.

²⁵ Calculado como **$[(EBIT) \cdot (1-t) + \text{Amortizaciones} - \text{CAPEX}] / \text{Ingresos por operaciones}$** , que representa la generación de flujos de caja atribuible únicamente a la actividad de negocio, excluyendo el impacto en la rentabilidad provocado por el apalancamiento financiero.

- *Márgenes extraordinarios obtenidos*

Una cuestión adicional que tiene interés examinar en este análisis se refiere a la capacidad que tenía Telefónica para remunerar su capital por encima de la tasa aprobada para esta compañía por esta Comisión para el año 2001.

En este sentido, conviene precisar que el CNSU supondría una desventaja competitiva para Telefónica si ésta no pudiera contestar ofertas de sus competidores sin mermar su rentabilidad. Así, en la Resolución de 31 de enero de 2002²⁶, esta Comisión consideró si *“...para evitar una pérdida mayor, Telefónica se hubiera visto precisada a incurrir en costes adicionales o a practicar una política de precios que la condujeran a obtener resultados de explotación insuficientes para retribuir los costes de capital (propio y ajeno) invertidos en la explotación conforme a las tasas ordinarias del mercado financiero y al riesgo de negocio que anualmente la C.M.T. aprecia para las operadoras dominantes en el momento de aprobar la “tasa de retorno” a utilizar por estas en el cálculo del estándar de “costes corrientes” y en el seno del Sistema de Contabilidad de Costes establecido”*.

A este respecto, interesa recordar que la tasa de retribución del capital (WACC) aprobada para Telefónica por esta Comisión para ese mismo año²⁷, calculada teniendo en cuenta el riesgo y la estructura de capital de la compañía, se corresponde precisamente con la que cabría esperar de una empresa con características similares que operase en un mercado efectivamente competitivo.

Así las cosas, del análisis de los datos aportados por la contabilidad de costes de Telefónica se observa que la suma de los márgenes extraordinarios (por encima del WACC) obtenidos en las zonas geográficas rentables ascendió a 759,959 millones de euros. Dado que el CNSU —incluyendo los beneficios no monetarios derivados del Servicio Universal— ascendió a 181,95 millones de euros, cabe afirmar, en consecuencia, que Telefónica contó con unos márgenes netos extraordinarios que ascendieron a 578 millones de euros²⁸.

Sobre la base de todo lo anterior, no puede afirmarse que Telefónica haya carecido durante el ejercicio 2001 de márgenes suficientes para retribuir el capital invertido a la tasa exigida por sus accionistas y acreedores —esto es, su coste ponderado de capital, propio y ajeno—.

En consecuencia, cabe deducir que el hecho de que Telefónica obtuviera márgenes netos positivos implica que obtuvo rentabilidades que se situarían por encima de las que serían esperables en un mercado en competencia efectiva, y ello a pesar de soportar el CNSU. Asimismo, cumple destacar que este resultado se compadecería difícilmente con la afirmación de que dicha carga económica mermó su capacidad de competir con sus rivales en el mercado.

²⁶ Resolución sobre el “Coste Neto de prestación del Servicio Universal en el año 2000 propuesto por Telefónica de España, S.A.U.”

²⁷ Resolución de 19 de abril de 2001.

²⁸ Una vez realizados los ajustes metodológicos oportunos por parte de la CMT.

A modo de resumen, la tabla siguiente ofrece la relación de cifras correspondientes a cada uno de los indicadores anteriormente señalados:

INDICADORES DE LA POSICIÓN RELATIVA DE TELEFÓNICA FRENTE A SUS COMPETIDORES					
	Cuota de mercado por Ingresos	Cuota de mercado por Clientes de Acceso Directo	Ingresos medios por cliente (€)	EBITDA (% ingresos)	Cash flow Libre (% ingresos)
TELEFÓNICA	87,53%	94,15%	635,89	41,46%	18,12%
Resto Operadores	12,47%	5,85%	171,94	4,03%	-40,63%
Total	100,00%	100,00%	475,76	32,63%	5,18%

b) Conclusión.

En definitiva, no puede sostenerse que Telefónica viere mermada en 2001 su capacidad de competir con sus rivales, de manera tal que resulte justificada la puesta en funcionamiento del mecanismo de compensación del CNSU previsto en la normativa vigente.

No obstante lo anterior, esta CMT no desconoce la existencia de ciertos datos que ponen de manifiesto que esa situación de desequilibrio competitivo a favor de Telefónica pudiera estar alterándose de manera significativa en el ejercicio 2002, a impulso del desarrollo de los operadores de cable y, sobre todo, como consecuencia del efecto sustitutivo de la telefonía móvil. Ambos aspectos estarían ocasionando una merma significativa tanto en el volumen de tráfico cursado a través de las redes de Telefónica como en los ingresos que hasta la fecha venía obteniendo esa operadora en el mercado de telefonía fija.

Este último efecto, el sustitutivo de la telefonía móvil, ya fue detectado por la CMT en su Informe Anual correspondiente al año 2001, indicando que era incipiente pero que podía extenderse de manera importante una vez la telefonía móvil vocal llegara a ciertos niveles de saturación o madurez, como ha acontecido durante el año 2002.

De confirmarse estos datos, la incidencia de ambos fenómenos en la prestación por Telefónica de los servicios que hoy conforman el servicio universal debería analizarse con detalle dentro del apartado relativo a la eventual desventaja competitiva derivada de la prestación del servicio universal.

En este sentido, esta Comisión examinará con atención estos aspectos a efectos de adoptar una decisión en el ejercicio siguiente sobre la conveniencia, en su caso, y de persistir en la apreciación de la existencia de un coste neto en la prestación del servicio universal, de proceder a poner en funcionamiento los mecanismos de compensación de ese coste que se contemplan en la normativa vigente.