

ACUERDO POR EL QUE SE DA CONTESTACIÓN A LA CONSULTA PRESENTADA POR ORANGE ESPAÑA COMUNICACIONES FIJAS, S.L.U. SOBRE LA POSIBLE CONSIDERACIÓN DE UNA SOCIEDAD DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO COMO OPERADOR DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

CNS/D TSA/1376/20/ORANGE LEASING RED

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D^a. Pilar Sánchez Núñez

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, 11 de marzo de 2021

Vista la consulta formulada por Orange España Comunicaciones Fijas, S.L.U. en el expediente de referencia, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DE LA CONSULTA

Con fecha 16 de octubre de 2020, Orange España Comunicaciones Fijas, S.L.U. (Orange) presentó un escrito ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), en el que señala que en los próximos cuatro años tiene previsto desplegar *“unidades inmobiliarias (...) en todo el territorio nacional que, a medida que vayan entrando en servicio, quedarán incorporadas a su actual infraestructura de red y, en consecuencia, serán gestionadas por Orange, a todos los efectos, como infraestructura propia”*.

Para poder financiar dicho despliegue se ha optado por un modelo de arrendamiento financiero con opción de compra, también denominado leasing financiero. En virtud de este contrato de arrendamiento financiero, Orange, la arrendataria, *“planificará, gestionará y desplegará bajo su exclusiva responsabilidad las Unidades Inmobiliarias [debiendo entenderse la infraestructura de red de comunicaciones electrónicas dirigida a cubrir un conjunto de unidades inmobiliarias], conjuntamente con el resto de las*

infraestructuras que vaya desplegando durante los próximos cuatro años”. El titular de la red financiada será la sociedad de leasing (la arrendadora) de forma total y exclusiva por un periodo determinado, a cambio de una renta, momento en el cual Orange tendrá la opción de compra de esta red.

Orange solicita saber si la sociedad de leasing, al ser propietaria de las infraestructuras de red a través de este contrato de arrendamiento financiero, se puede considerar como operadora de telecomunicaciones y, en consecuencia, tener que cumplir las obligaciones que impone la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), y el resto del ordenamiento jurídico, incluyendo, entre otras, su comunicación al Registro de operadores.

II. HABILITACIÓN COMPETENCIAL

La competencia de la CNMC para intervenir resulta de lo dispuesto en la normativa sectorial de las telecomunicaciones. En este sentido, el artículo 5.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (LCNMC), señala que esta Comisión actuará como órgano consultivo sobre cuestiones relativas al mantenimiento de la competencia efectiva y buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos. Por su parte, el artículo 8.1 del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, atribuye al Consejo de este organismo, entre otras, las funciones consultivas previstas en la Ley.

Por su parte, el artículo 5.3 de la LCNMC establece que, en los mercados de comunicaciones electrónicas y comunicación audiovisual, la CNMC estará a lo dispuesto en el artículo 6, atribuyendo a este organismo (el artículo 6.5 de esta Ley) *“realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre^[1], y su normativa de desarrollo”*. Entre las funciones que señala la LGTel, cabe indicar que el artículo 70.2.ñ) establece que compete a la CNMC, *“realizar cualesquiera otras funciones que le sean atribuidas por ley o por real decreto”*.

De acuerdo con los artículos 7 y 69.b) de la LGTel, la competencia para la gestión del Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas corresponde al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital². Sin embargo, esta función continúa siendo ejercida por la CNMC en aplicación de la disposición transitoria décima de la LGTel, hasta que el citado Ministerio asuma efectivamente su ejercicio. Por consiguiente, la CNMC es competente para conocer la consulta presentada por Orange.

¹ En la actualidad, la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

² Tras la reorganización ministerial operada por el Real Decreto 2/2020, de 12 de enero, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales, las funciones en materia de telecomunicaciones que previamente estaban asignadas al Ministerio de Economía y Empresa pasaron a integrarse en el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.

Por último, atendiendo a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC y los artículos 8.1 y 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado mediante el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano decisorio competente para conocer este asunto es la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

III. CONTESTACIÓN A LA CONSULTA PLANTEADA POR ORANGE

a) **Sobre la regulación del contrato de arrendamiento financiero con opción de compra**

El contrato de arrendamiento financiero es aquel que se suscribe entre una entidad financiera, titular de un bien que ha adquirido de un vendedor, proveedor o fabricante, y un tercero arrendatario, que se denomina también usuario, al que cede el uso del bien por un periodo determinado. Este usuario tiene una opción de compra al término del contrato. En este tipo de contratos, *"es ineludible que el arrendador tenga la cualificación de entidad de crédito o establecimiento financiero de crédito"*³.

Como ha señalado el Tribunal Supremo⁴, *"el contrato de arrendamiento financiero (leasing), institución del derecho comercial importado del área jurídica de los Estados Unidos de América, y plenamente incorporada a nuestro tráfico económico y comercial, es un contrato complejo y en principio atípico regido por sus específicas disposiciones y de contenido no uniforme, que jurisprudencialmente es conceptualizado como un contrato con base a los principios de autonomía negocial y de la libertad que proclama el artículo 1.255 del Código Civil"*.

Entre la escasa normativa española sobre este tipo de contrato, la disposición adicional tercera de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (Ley 10/2014), define el contrato de arrendamiento financiero en los siguientes términos:

"[Aquel que tiene] por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles e inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas. Los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, en favor del usuario."

³ Extremo en el que hace hincapié la Dirección General de los Registros y del Notariado, en su Resolución de [28 de julio de 2016](#).

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1997, de la Sala primera de lo Civil, (recurso de casación 1308/1993).

El contrato de arrendamiento financiero con opción de compra o leasing financiero constituye una de las vías que tiene a su disposición una compañía cuando necesita financiación para la adquisición de bienes destinados a la realización de una actividad económica. Así, el Tribunal Supremo señala que: *“la finalidad práctica perseguida por la arrendataria suele centrarse en los aspectos financieros y en las ventajas tributarias que le supone acudir a tal contrato como fórmula para optar a la adquisición de los bienes arrendados”⁵.*

La entidad de leasing cede el uso del bien y se reserva la propiedad de éste. Esta reserva de la propiedad actúa como garantía frente al posible incumplimiento del financiado.

Durante la vigencia del contrato el empresario (arrendatario) se compromete a cuidar diligentemente los bienes cedidos, dedicándolos al uso que se destinan y corre con los riesgos de pérdida o deterioro.

El contrato de leasing presenta diversas modalidades (financiero, inmobiliario, operativo, lease-back de fabricación, etc.). Según señala Orange, el contrato objeto de la consulta es un contrato de tipo financiero (finance-leasing) sobre bienes inmuebles, cuya duración mínima es de diez años frente a los dos años de los bienes muebles (artículo 106.2 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades).

Tal como se señalaba, el contrato ha de incluir necesariamente una opción de compra, a su término, en favor del usuario⁶. Orange señala que *“transcurrido el periodo de financiación, el Contrato de Financiación reconoce a favor de Orange el derecho de consolidar la propiedad sobre las unidades inmobiliarias [las infraestructuras de red] mediante el ejercicio de un derecho de opción de compra a favor de Orange”*.

En el segundo párrafo del apartado primero de la disposición adicional tercera de la Ley 10/2014, se determina que *“cuando por cualquier causa el usuario no llegue a adquirir el bien objeto del contrato, el arrendador podrá cederlo a un nuevo usuario, sin que el principio establecido en el párrafo anterior [uso del bien para las especificaciones señaladas por el usuario] se considere vulnerado por la circunstancia de no haber sido adquirido el bien de acuerdo con las especificaciones de dicho nuevo usuario”*.

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1, número [3143/2016](#), de 29 de junio.

⁶ El contrato de leasing *“conlleva en primer término un contrato de compraventa a instancias del futuro arrendatario, que va a quedar fuera de su círculo, un arrendamiento cuya renta se calcula sobre amortización, uso y deterioro derivado de ese uso y previsión de una opción de compra a favor del arrendatario y dependiente sólo de su voluntad el que llegue a llevarla a término para así pasar de arrendatario a propietario de los bienes de equipo que para su industria se le han proporcionado con un beneficio fiscal conducente a favorecerle la operación al arrendatario”* (STS 74/2000 de 7 febrero, Sala 1ª).

Es interesante traer a colación como, en el ámbito contable, la NIIF 16-Arrendamientos⁷ establece una serie de criterios para la identificación de los arrendamientos financieros y operativos y su tratamiento contable, identificando los siguientes criterios o condiciones a los contratos de arrendamiento financiero:

- Existencia de un activo identificado específico y controlado por el arrendatario a cambio de una contraprestación,
- Se debe reconocer a favor del arrendatario el derecho a obtener los beneficios económicos derivados del uso del bien y a dirigir el uso del activo arrendado. Es decir, debe transferir sustancialmente al arrendatario todos los riesgos y beneficios inherentes a la propiedad de un activo.

b) Sobre la cuestión planteada

Orange señala en su escrito que la entidad financiera no actúa en ningún caso como explotador de redes ni como prestador de servicios de comunicaciones electrónicas en el marco del contrato de financiación, de manera que la titularidad de la red la tiene a los simples efectos de realizar el arrendamiento financiero a favor de Orange. Tampoco ofrecerá servicios a terceros sobre la infraestructura desplegada, ya que únicamente Orange podrá gestionar y explotar la misma lo que le permitirá *“hacer un uso propio de éstas o ponerlas a disposición de terceros operadores sin que, en ningún caso, se requiera para ello la intervención de la entidad financiera”*.

Por todo ello, Orange considera que la entidad financiera no es un operador de comunicaciones electrónicas y, por consiguiente, no debe inscribirse en el Registro de operadores⁸, ni asumir el resto de las obligaciones que tienen los operadores de comunicaciones electrónicas.

El apartado 17 del anexo II de la LGTel define la explotación de una red de comunicaciones electrónicas como *“la creación, el aprovechamiento, el control o la puesta a disposición de dicha red”*.

Aunque en alguna ocasión se ha incluido la mera titularidad de la red en el concepto de *“explotación”* -debido a la definición tan amplia que se hace del término “explotación” en la LGTel-, es necesario atender a las circunstancias del caso para determinar la relación de los distintos sujetos con la red desplegada.

⁷ [Normas Internacionales de Información Financiera:](https://www.icac.gob.es/contabilidad/normativas/internacionales)

<https://www.icac.gob.es/contabilidad/normativas/internacionales>. Reglamento (UE) 2017/1986 de la Comisión de 31 de octubre de 2017 que modifica el Reglamento (CE) n.º 1126/2008, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a la Norma Internacional de Información Financiera 16.

⁸ De conformidad con el artículo 6.2 de la LGTel.

Así, por ejemplo, en el Acuerdo de 11 de diciembre de 2014⁹ la CNMC diferenció entre la titularidad (propiedad) y la explotación (posesión). En ese supuesto, una red adscrita al patrimonio de una Comunidad Autónoma era explotada por el organismo de su titularidad creado al efecto para cumplir con las previsiones del artículo 9.3 de la LGTel, relativo a explotación de redes públicas o prestación de servicios de comunicaciones electrónicas al público por las Administraciones Públicas. En este caso, se consideró innecesario que la Comunidad Autónoma también realizase la comunicación prevista en el artículo 6 de la LGTel, aunque la red figurase adscrita a su patrimonio, puesto que la Administración territorial había creado una sociedad a la que encomendaba la gestión de la red -siendo preciso que figurase dicha sociedad como explotador de la citada red-.

Tal como se ha señalado, el arrendamiento financiero constituye una forma de financiación. Su objetivo es conceder liquidez a una empresa de telecomunicaciones, que es la que llevará a cabo las actividades sujetas a la LGTel y su normativa de desarrollo. Como ha quedado claro en el apartado anterior, la entidad de leasing (al arrendador financiero) es la propietaria del bien, pero la posesión o uso de este corresponde en exclusiva al arrendatario financiero (en el presente caso, Orange).

Esta total separación entre ambos títulos sobre el bien permite calificar exclusivamente al arrendatario financiero como explotador de la red (y no a la entidad de leasing), pero ello será así únicamente si se cumplen las características que se señalan a continuación en la relación entre arrendador y arrendatario.

Por un lado, la red deberá constituir un activo identificado específico y únicamente controlado por el operador, Orange. Éste deberá ser el que tenga derecho a obtener los beneficios económicos derivados de su uso y no la sociedad financiera, titular del bien. Esta únicamente deberá percibir los rendimientos económicos derivados de la actividad financiera, es decir, las cuotas del arrendamiento que abona el arrendatario.

Orange señala que esto será así, apuntando a que será el que tome las decisiones de negocio sobre estos activos. En concreto, en su consulta señala que *“la estructura de financiación expuesta permitirá a Orange incorporar desde el primer momento las unidades inmobiliarias a su propia red, gestionando tanto su despliegue como explotación conjuntamente con el resto de sus infraestructuras, pudiendo hacer un uso propio de éstas o ponerlas a disposición de terceros operadores sin que, en ningún caso, se requiera para ello la intervención de la entidad financiera, que queda durante el curso ordinario del Contrato de Financiación totalmente al margen de cualquier cuestión relativa a la gestión y explotación de las Unidades Inmobiliarias”*.

⁹ Acuerdo de 11 de diciembre de 2014 por el que se da contestación a la consulta planteada por el Gobierno del Principado de Asturias relativa a la nueva fórmula de gestión de la Red Asturcón (Expediente CNS/DTSA/1460/14).

Por ello, como en cualquier operación de leasing, con independencia de cuál sea el bien que tenga por objeto el contrato de arrendamiento financiero, corresponde exclusivamente al arrendatario financiero cumplir la normativa específica del bien objeto de cesión, así como la normativa de la actividad a la que destine el bien. Por tanto, el contrato no deberá contener ninguna cláusula que impida a Orange, a lo largo de su duración, el cumplimiento de todas las obligaciones derivadas de la regulación de telecomunicaciones, así como negociar con otros operadores acuerdos sobre el uso de estos activos como por ejemplo el uso compartido de la red.

Por su parte, la sociedad de arrendamiento financiero no tendrá que cumplir con más requisitos y obligaciones que los que se exigen para realizar la actividad de arrendamiento financiero. Esta entidad no deberá asumir el cumplimiento de las obligaciones de la normativa de comunicaciones electrónicas que corresponderán a Orange, el operador ya inscrito, que es la que explotará la red de comunicaciones electrónicas, tal como ha manifestado en su escrito de consulta.

Únicamente se plantea la posibilidad de cambiar estas consideraciones en el caso de que la arrendadora realice las actividades que se señalan en el apartado segundo de la disposición adicional tercera de la Ley 10/2014, que se reproduce a continuación:

“Con carácter complementario, las entidades que realicen operaciones de arrendamiento financiero podrán realizar también las siguientes actividades:

a) Actividades de mantenimiento y conservación de los bienes cedidos.”

Si bien por lo alegado por Orange en la consulta no hay apariencia de que la entidad financiera vaya a realizar alguna de estas actividades, si se dan las circunstancias de que la entidad financiera asumiera estas actividades, debería notificarse para valorar su alcance y determinar si se consideran como una explotación de una red de comunicaciones electrónicas.

En conclusión, dadas las características del contrato de arrendamiento financiero y los datos aportados por Orange, si la relación se ejecuta según los criterios anteriores, no se puede considerar a la sociedad de arrendamiento financiero como operador de comunicaciones electrónicas, debido a que no llevará a cabo ninguna actividad relacionada con *“la creación, el aprovechamiento, el control o la puesta a disposición”* de la red de comunicaciones electrónicas financiada, directa o indirectamente, en términos del apartado 17 del anexo de la LGTel, durante la ejecución del contrato de arrendamiento financiero.

Por tanto, la entidad de leasing no está sujeta a la obligación de comunicación al Registro de operadores, conforme al artículo 6.2 de la LGTel, ni al resto de obligaciones impuestas a los operadores de comunicaciones electrónicas en la normativa sectorial aplicable, aunque sea la titular de la infraestructura de red

desplegada. En este caso es Orange, operadora de comunicaciones electrónicas ya registrada, la que gestionará la red en su totalidad y la que ha de cumplir dichas obligaciones.