

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE DETERMINAN LOS OPERADORES OBLIGADOS A CONTRIBUIR AL FONDO NACIONAL DEL SERVICIO UNIVERSAL POR EL EJERCICIO 2012.

SU/DTSA/0001/15/FNSU 2012

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Josep Maria Guinart Solà

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 10 de diciembre de 2015

Visto el expediente relativo a la determinación de los operadores obligados a contribuir al fondo nacional del servicio universal por el ejercicio 2012, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC o Comisión), de fecha 13 de mayo de 2015, se aprobó el coste neto del servicio universal incurrido por Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U. (en adelante, TTP) en el ejercicio 2012, cuantificado en un importe de **398.998 euros**. En la referida Resolución, tramitada con número de expediente SU/DTSA/1769/14/APROBACIÓN CNSU 2012 TTP, se reconoció asimismo la existencia de una carga injustificada para TTP como consecuencia de su obligación de prestación del servicio universal.

SEGUNDO.- Mediante Resolución del Consejo de la CNMC, de fecha 21 de mayo de 2015, se aprobó el coste neto del servicio universal incurrido por Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) en el ejercicio 2012, cuantificado en un importe de **21.033.828 euros**. En la referida Resolución, tramitada con número de expediente SU/DTSA/1746/14/APROBACIÓN CNSU 2012 TELEFÓNICA, se reconoció asimismo la existencia de una carga

injustificada para Telefónica como consecuencia de su obligación de prestación del servicio universal.

TERCERO.- Con fecha 2 de junio de 2015 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Telefónica en el que solicita la puesta en marcha del mecanismo de financiación para compartir el coste neto aprobado por la Resolución de 21 de mayo de 2015.

CUARTO.- Con fecha 15 de junio de 2015 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TTP, en el que solicita la puesta en marcha del mecanismo de financiación para compartir el coste neto aprobado por la Resolución de 13 de mayo de 2015.

QUINTO.- Teniendo en cuenta la íntima conexión existente entre las dos solicitudes formuladas, mediante las que insta a esta Comisión a poner en marcha el mecanismo de financiación del coste neto del servicio universal (en adelante, CNSU) correspondiente al ejercicio 2012, se considera oportuna su tramitación conjunta en el marco del presente procedimiento.

SEXTO.- Por escrito de la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC, de 13 de julio de 2015, se inicia el presente procedimiento administrativo (SU/DTSA/0001/15/FNSU 2012), incluyendo un requerimiento de información sobre los ingresos brutos de explotación así como sobre los pagos mayoristas relacionados con la prestación de servicios incluidos en el ámbito del servicio universal por el ejercicio 2012. Se requirió a aquellos operadores de comunicaciones electrónicas cuya declaración anual por el pago de la Tasa General de Operadores (en adelante, TGO) en el año 2012 superaba la cuantía de 6.010.121,04 euros.

Dicho requerimiento fue publicado en el BOE número 172 de 20 de julio de 2015, otorgándose a los operadores el plazo de dos meses para remitir la información solicitada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51.4 a) del Reglamento sobre condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado mediante Real Decreto 424/2005, de 15 de abril (en adelante, Reglamento del Servicio Universal o RSU), habiéndose producido, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 42.5 a) de la LRJPAC, la suspensión del procedimiento hasta el 20 septiembre de 2015, momento en el que finalizó el plazo otorgado a los interesados para presentar la documentación requerida.

SÉPTIMO.- Con fecha 3 de noviembre de 2015 se hizo público el Informe de los Servicios que especifica los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del Servicio Universal (en adelante, FNSU o Fondo) en relación con el ejercicio 2012, para darle trámite de audiencia y otorgando un plazo de 15 días para alegaciones, a contar desde el día siguiente a la publicación en BOE (número 267 de 7 de noviembre de 2015).

OCTAVO.- Con fechas 20, 24, 25 y 26 de noviembre de 2015, se han recibido alegaciones a dicho informe por parte de Orange Espagne, S.A.U. (en adelante, Orange), Telefónica, Vodafone España, S.A.U. (en adelante, Vodafone) y TTP.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICO PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Objeto del procedimiento

Este procedimiento tiene su origen en las Resoluciones de 13 y 21 de mayo de 2015 por las que se aprueba el CNSU referido al ejercicio 2012 que han soportado Telefónica y TTP como operadores prestadores del mismo, reconociéndose la existencia de una carga injustificada como consecuencia de dicha obligación. En dichas Resoluciones se determina el coste neto incurrido por ambos operadores, que se adjunta en la siguiente tabla:

Tabla 1 CNSU aprobado para el ejercicio 2012 (en euros)

Concepto	Año 2012
CNSU Telefónica	21.033.828
CNSU TTP	398.998
CNSU Total	21.432.826

En consecuencia, constituye el objeto del presente procedimiento:

- Poner en marcha el mecanismo de financiación para compartir el CNSU correspondiente al ejercicio 2012.
- Especificar los operadores obligados a contribuir al FNSU y determinar los operadores que estén exentos en relación con el ejercicio 2012.
- Indicar los principios y criterios aplicables al reparto del Coste Neto.
- Señalar la cuantía de contribución de cada uno de los operadores obligados a compartir la financiación del CNSU del ejercicio 2012.

SEGUNDO.- Habilitación competencial de la CNMC

Las competencias de la CNMC para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial. A este respecto, tal y como señala el artículo 6.5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, corresponde a la CNMC *“realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo”*.

Entre las funciones atribuidas a la CNMC se encuentra, en los artículos 24 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel de 2003), y 45 y 46 del RSU, la de establecer si la obligación de prestar el servicio universal implica una carga injustificada para los operadores obligados a su prestación, así como para, en su caso, determinar las aportaciones que corresponde a cada uno de los operadores con

obligaciones de contribución a la financiación del servicio universal. Corresponde a esta Comisión, asimismo, la gestión del FNSU.

El RSU establece asimismo la competencia de esta Comisión para determinar las aportaciones que corresponde realizar a cada uno de los operadores con obligaciones de contribuir a la financiación del servicio universal en su artículo 49.1, así como para exonerar de esta obligación a determinados operadores (artículo 47.3).

Debe tenerse en cuenta, asimismo que el 11 de mayo de 2014 entró en vigor la nueva Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel de 2014), norma que viene a derogar, entre otras, la LGTel de 2003¹, pero que mantiene, en su artículo 27, la competencia de la CNMC en relación con esta materia.

En uso de la habilitación competencial referenciada procede determinar, como paso previo en el presente procedimiento, la normativa aplicable al mismo, para lo que se debe acudir a las normas de derecho intertemporal insertas en la propia LGTel de 2014. De conformidad con las mismas, la referida norma entró en vigor el 11 de mayo de 2014, si bien se reconoce, en su disposición transitoria primera, la vigencia de las normas reglamentarias en materia de telecomunicaciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigor en lo que no se opongan a la nueva Ley, hasta que se apruebe su normativa de desarrollo.

La LGTel de 2014 no prevé su aplicación a un ámbito temporal anterior a su entrada en vigor, de la misma manera que no contempla la posibilidad de ultra actividad de la LGTel de 2003, extendiendo su ámbito de aplicación a un periodo posterior a su vigencia. En el mismo sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo en relación con la irretroactividad de la LGTel de 2003 en su sentencia de 22 de julio de 2014 (recurso de casación número 2830/2011)².

Como consecuencia de lo expuesto, y teniendo en cuenta que el presente procedimiento tiene como objeto la puesta en marcha del mecanismo de reparto del CNSU correspondiente al ejercicio 2012, procede la aplicación de la LGTel de 2003, así como de su normativa de desarrollo, en concreto del RSU.

Por ello, de conformidad con los preceptos anteriores y atendiendo a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y en el artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

¹ Disposición Derogatoria Única, apartado b) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

² Especialmente en sus Fundamentos de Derecho cuarto y quinto.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICO MATERIALES

PRIMERO.- Sobre el procedimiento de obtención de información

De conformidad con el artículo 48.3 del RSU³ y en consonancia con el artículo 24.2 de la LGTel de 2003, cuando el coste neto de las obligaciones de servicio universal se reparte entre los proveedores de servicios y redes de comunicaciones electrónicas, los mecanismos de reparto de los costes deberán respetar los principios de objetividad, transparencia, distorsión mínima del mercado, no discriminación y proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad se encuentra recogido en el artículo 49.1 del RSU, en el que se preceptúa lo siguiente:

“Las aportaciones de los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas obligados a financiar el servicio universal serán proporcionales a la actividad de cada uno y serán determinadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones⁴.”

El criterio de distribución se basará, para cada operador, en la cantidad resultante de detracer de los ingresos brutos de explotación los pagos mayoristas relacionados con la prestación de servicios incluidos en el ámbito del servicio universal y será proporcional al volumen total de negocio en el mercado.”

La financiación del coste neto debe ser compartida, de conformidad con lo establecido en los artículos 17 y 47.2 del RSU, por todos los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. No obstante, tal y como se indica en el artículo 47.3 del referido Reglamento, esta Comisión podrá exonerar de la obligación de contribuir a la financiación del servicio universal a determinados operadores cuando su volumen de negocio a escala nacional se sitúe por debajo del umbral preestablecido por ella.

El reparto de las contribuciones al FNSU se basará, de acuerdo con el artículo 49 del RSU, en la cantidad resultante de detracer de los ingresos brutos de explotación los pagos mayoristas relacionados con la prestación de servicios incluidos en el ámbito del servicio universal y será proporcional al volumen total de negocio en el mercado.

³ Mediante el que se transpone el artículo 13 de la Directiva 2002/22/CE, de 7 de marzo, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (en lo sucesivo, Directiva del Servicio Universal).

⁴ Organismo sectorial integrado en la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 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 procedimientos de ejercicios anteriores⁵, esta Comisión requirió a los operadores inscritos en el Registro de Operadores que durante el año 2012 hubiesen declarado por el pago de la TGO un importe superior a 6.010.121,04 euros⁶, sobre los ingresos brutos de explotación obtenidos como consecuencia de la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, así como sobre los pagos mayoristas efectuados relacionados con la prestación de servicios incluidos en el ámbito del servicio universal.

Los operadores que superaron el umbral de ingresos señalado en el párrafo anterior fueron incluidos en la lista de potenciales contribuyentes al Fondo, publicada en el BOE de 20 de julio de 2015 por parte de esta Comisión, en aplicación de lo establecido en el artículo 47.1 del RSU, y son los siguientes (lista ordenada alfabéticamente):

11888 SERVICIO CONSULTA TELEFÓNICA, S.A. UNIPERSONAL
ACN MARKETING Y SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES ESPAÑA, S.L.
ADESAL TELECOM, S.L.
AIRE NETWORKS DEL MEDITERRÁNEO, S.L. UNIPERSONAL
AT & T GLOBAL NETWORK SERVICES ESPAÑA, S.L.
ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA, S.A. UNIPERSONAL
AXIÓN INFRAESTRUCTURAS DE TELECOMUNICACIONES, S.A. UNIPERSONAL
BALALINK, S.A. UNIPERSONAL
BT ESPAÑA COMPAÑÍA DE SERVICIOS GLOBALES DE TELECOMUNICACIONES, S.A. UNIPERSONAL
CABLEEUROPA, S.A. UNIPERSONAL
CANARIAS SUBMARINE LINK, S.L.
CARREFOURONLINE, S.L. UNIPERSONAL
COGENT COMMUNICATIONS ESPAÑA, S.L. UNIPERSONAL
COLT TECHNOLOGY SERVICES, S.A. UNIPERSONAL
DIALOGA SERVICIOS INTERACTIVOS, S.A.

⁵ Resolución de 25 de septiembre de 2008 sobre la determinación de los operadores obligados a contribuir al Fondo nacional del servicio universal por los ejercicios 2003, 2004 y 2005 (MTZ 2007/1459), Resolución de 10 de diciembre de 2009 para el FNSU del ejercicio 2006 (AEM 2009/1021), Resolución de 8 de Julio de 2010 para el FNSU del ejercicio 2007 (AEM2010/108), Resolución de 27 de septiembre de 2011, para el FNSU del ejercicio 2008 (AEM 2011/10), Resolución de 20 de diciembre de 2012, para el FNSU del ejercicio 2009 (AEM 2012/416), Resolución de 26 de noviembre de 2013, para el FNSU del ejercicio 2010 (AEM 2013/161) y Resolución de 30 de abril de 2015, para el FNSU del ejercicio 2011 (SU/DTSA/1195/14/FNSU 2011).

⁶ Esta Comisión ha tomado la cifra anterior del ámbito tributario como umbral representativo de empresa de un tamaño relevante. La cifra de 6.010.121,04 euros, de conformidad con el artículo 3 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, Reglamento de Gestión e Inspección Tributaria 2007, así como diferentes Órdenes que establecen los modelos a efectos de declaración (por ejemplo, Orden EHA 3397/2006) es la que determina la obligación, para las grandes empresas, de presentar determinados formularios con una periodicidad superior al resto de las empresas.

DIGI SPAIN TELECOM, S.L.
ENDESA RED, S.A. UNIPERSONAL
ENTIDAD PÚBLICA EMPRESARIAL ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS
EUSKALTEL, S.A.
GAS NATURAL FENOSA TELECOMUNICACIONES, S.A.
HISPASAT, S.A.
IBERBANDA, S.A. UNIPERSONAL
IBERDROLA, S.A.
IBM GLOBAL SERVICES ESPAÑA, S.A.
IDT RETAIL EUROPE LIMITED
INTERROUTE IBERIA, S.A.
ITELAZPI, S.A.
JAZZ TELECOM, S.A. UNIPERSONAL
LEVEL 3 COMMUNICATIONS ESPAÑA, S.A. UNIPERSONAL
LLEIDA NETWORKS SERVEIS TELEMATICS, S.A.
LYCAMOBILE, S.L.
MÁS MÓVIL TELECOM 3.0, S.A.
NEO-SKY 2002, S.A.
ORANGE BUSINESS SPAIN, S.A.
ORANGE CATALUNYA XARXES DE TELECOMUNICACIONS, S.A.
ORANGE ESPAGNE, S.A. UNIPERSONAL
ORANGE ESPAÑA VIRTUAL, S.L. UNIPERSONAL
PEPEMOBILE, S.L.
PROCONO, S.A.
R CABLE Y TELECOMUNICACIONES GALICIA, S.A.
RED ELÉCTRICA INTERNACIONAL, S.A. UNIPERSONAL
RETEVISIÓN I, S.A. UNIPERSONAL
SERVICIOS AUDIOVISUALES OVERON, S.L. UNIPERSONAL
TATA COMMUNICATIONS (SPAIN), S.L.
TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y REDES PARA LAS ENTIDADES ASEGURADORAS, S.A.
TELECABLE DE ASTURIAS, S.A.
TELECABLE DE ASTURIAS, S.A. UNIPERSONAL
TELECOM ITALIA SPARKLE, S.P.A. (TI SPARKLE)
TELFÓNICA BROADCAST SERVICES, S.L. UNIPERSONAL
TELFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. UNIPERSONAL
TELFÓNICA INTERNATIONAL WHOLESALE SERVICES, S.L. UNIPERSONAL
TELFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A. UNIPERSONAL
TELFÓNICA SERVICIOS AUDIOVISUALES, S.A. UNIPERSONAL
TELFÓNICA TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS, S.A. UNIPERSONAL
TELIASONERA INTERNATIONAL CARRIER SPAIN, S.A. UNIPERSONAL
TENARIA, S.A.

THE PHONE HOUSE MÓVIL, S.L. UNIPERSONAL
TRADIA TELECOM, S.A. UNIPERSONAL
VERIZÓN SPAIN, S.L.
VODAFONE ENABLER ESPAÑA, S.L.
VODAFONE ESPAÑA, S.A. UNIPERSONAL
VR TELECOM, S.L.
XFERA MÓVILES, S.A.
XTRA TELECOM, S.L.

En la misma fecha se hizo público, asimismo, el procedimiento iniciado y el requerimiento de información que debía ser contestado por los operadores en un plazo de dos meses a partir de su publicación en el BOE.

En dicho requerimiento se solicitaba información sobre los ingresos brutos de explotación obtenidos en el año 2012, como consecuencia de la explotación de redes y/o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas con el siguiente nivel de desglose:

1. Servicios minoristas:

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

2. Servicios mayoristas:

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

Respecto al importe de los pagos mayoristas efectuados, correspondientes al ejercicio 2012, se requirió a los operadores que indicasen los que provenían de interconexión fija, móvil u otros servicios de interconexión, debiéndose, en este último caso, especificar dichos conceptos. Además, debido a la modificación introducida en el artículo 49 del RSU mediante el Real Decreto 726/2011, de 20 de mayo, se requirió información adicional sobre los pagos mayoristas

relacionados con la prestación de servicios incluidos en el ámbito del servicio universal realizados por los operadores⁷.

SEGUNDO.- Sobre la determinación de los operadores obligados a contribuir

Comprobados los ingresos, procede determinar qué operadores deben contribuir a financiar el CNSU, teniendo en cuenta que, no solo la Comisión eximió en ejercicios anteriores a ciertos operadores sino que la exención de determinados operadores también se ha llevado a cabo en otros países de nuestro entorno⁸.

A estos efectos, debe partirse de lo dispuesto en la parte B del Anexo IV de la Directiva del Servicio Universal, en donde se establece lo siguiente (el subrayado es nuestro):

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

Desde la Resolución de 25 de septiembre de 2008 por la que se aprobó por primera vez la lista de operadores que debían contribuir al FNSU para los años 2003 a 2005, se ha realizado una comprobación de los ingresos de los potenciales contribuyentes al mismo. En función de las cuotas de mercado de ingresos se determinaba qué operadores debían contribuir y qué otros operadores podían resultar exentos en cada ejercicio, toda vez que esta Comisión, bajo la LGTel de 2003, tiene la potestad de eximir a la contribución del fondo a aquellos operadores cuyo volumen de negocio a escala nacional se situase por debajo de un umbral establecido por ella.

⁷ El Real Decreto 726/2011 introdujo la necesidad de deducir, de los ingresos brutos de explotación, todos los pagos mayoristas relacionados con la prestación de servicios incluidos en el ámbito del servicio universal, frente al anterior Reglamento, que preveía únicamente la posibilidad de deducir los pagos por interconexión.

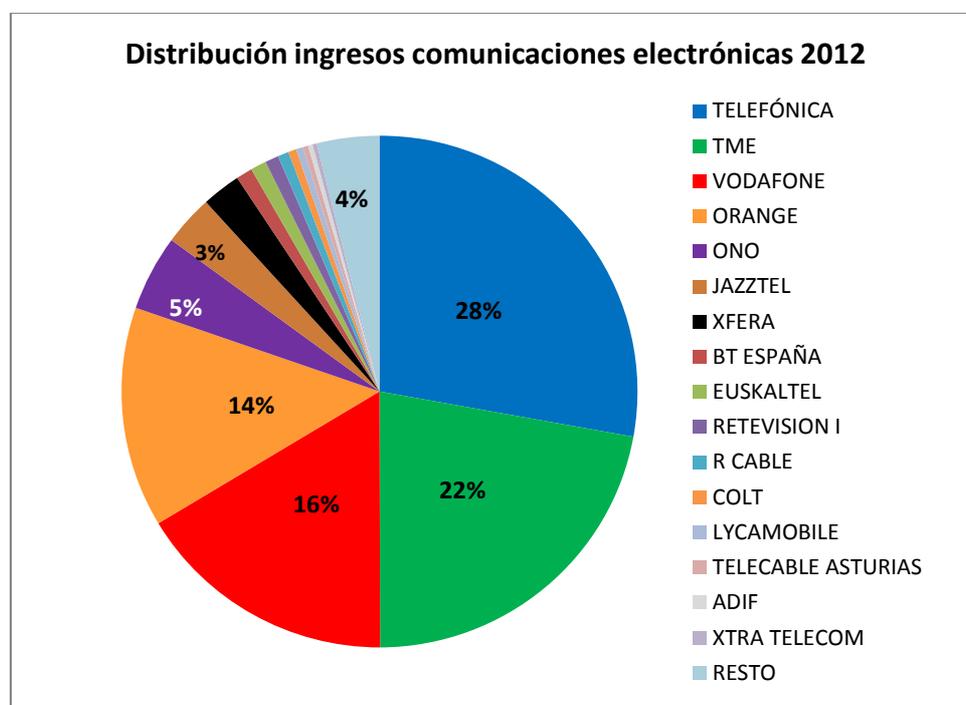
⁸ En el sistema francés, existe legalmente una exención de cinco millones de euros en la cifra de negocios, de tal forma que aquellos operadores cuyos ingresos no superen cinco millones de euros no tienen que contribuir al fondo. En cambio, cualquier operador para el que la cifra de negocios pertinente sea estrictamente superior a cinco millones, es contribuyente. No obstante, su cifra de negocios declarada se reduce en cinco millones para obtener una cifra de negocios final corregida, que sirva de base para el cálculo de la contribución de cada operador. En cambio, en el sistema italiano, la exención está en los operadores que no alcancen el 1% de los ingresos del mercado, lo que implica, de facto, un umbral muy superior al caso francés.

Hasta la fecha, siempre se ha podido observar que los cuatro primeros operadores en términos de ingresos del mercado de comunicaciones electrónicas detentaban en su conjunto más del 80% de los ingresos declarados del mercado en cada ejercicio. En consecuencia, solo cuatro operadores, Telefónica, Telefónica Móviles España, S.A.U. (en adelante, Telefónica Móviles), Vodafone y Orange, han contribuido al Fondo desde la apertura del mismo.

Como se cita anteriormente, el 9 de mayo de 2014 se aprobó la LGTel 2014, en la que se establece que deben contribuir al FNSU todos los operadores que superen los 100 millones de ingresos de explotación. No obstante, aunque la LGTel 2014 ya está aprobada, por los argumentos expuestos en el Fundamento Jurídico Procedimental Segundo, no resulta de aplicación en el presente procedimiento.

Por ello, de conformidad con lo preceptuado en la LGTel de 2003 y en el RSU, esta Comisión considera oportuno hacer uso de su facultad de eximir a determinados operadores basándose en un umbral establecido por ella.

Resulta necesario considerar el orden de magnitud de los ingresos relevantes para el FNSU que obtienen los operadores que superan el umbral de ingresos determinado por esta Comisión y que han sido objeto de comprobación. A continuación se aporta una representación gráfica que pretende ilustrar tal orden de magnitud:



Fuente: Elaboración propia, CNMC.

La anterior gráfica muestra que existe una gran distancia en el nivel de ingresos relevantes para determinar la contribución al FNSU entre los cuatro primeros operadores, esto es Telefónica y los tres operadores móviles de red principales que operaban en el año 2012, Telefónica Móviles, Vodafone y Orange, y el resto de operadores que superan la cifra de negocio de seis millones de euros determinada en el Fundamento Jurídico Material Primero.

Así se observa que los cuatro mayores operadores del mercado, esto es, Telefónica, Telefónica Móviles, Vodafone y Orange, suman el 80% de los ingresos del mercado de comunicaciones electrónicas en dicho ejercicio, manteniéndose a casi el mismo nivel que en años anteriores.

Por este motivo, la CNMC no ve procedente modificar el criterio de reparto para el presente ejercicio, por lo que estarán obligados a contribuir al FNSU 2012 los siguientes cuatro operadores: Telefónica, Telefónica Móviles, Vodafone y Orange.

TERCERO.- Respuesta a las alegaciones efectuadas al Informe de Audiencia de los Servicios

Según se expone en los Antecedentes de hecho, los operadores Telefónica, Vodafone, Orange y TTP han presentado alegaciones al Informe de los Servicios de esta Comisión. A continuación se resumen tales alegaciones y se realiza una valoración de las mismas.

Sobre el régimen jurídico aplicable

Al igual que en el procedimiento de FNSU del ejercicio 2011, Telefónica manifiesta que la CNMC no tiene en cuenta criterios objetivos de la LGTel 2014 para determinar los operadores obligados a contribuir al FNSU y exonera de la obligación de contribuir a un número importante de operadores. Opina que no es conforme a derecho tramitar y resolver un procedimiento administrativo, iniciado con posterioridad a la entrada en vigor de la LGTel 2014, con la norma derogada LGTel 2003. Asimismo no comparte la argumentación con la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2014, porque esta sentencia fundamenta su decisión en la existencia de unas disposiciones transitorias de la LGTel 2003 que no se recogen en la LGTel 2014.

Por el contrario, Vodafone sigue manifestándose conforme con el régimen jurídico aplicable, ya que considera que la aplicación de la LGTel 2014 al ejercicio 2012 supondría la aplicación de una Ley no promulgada en ese momento de manera retroactiva a una situación ya existente. La operadora opina que la LGTel 2014 es aplicable única y exclusivamente desde el momento de su entrada en vigor, esto es, desde el 10 de mayo de 2014. Además indica que, la Resolución de la CNMC de 8 de mayo de 2008 por la que se resuelven los recursos potestativos de reposición interpuestos por Vodafone y Orange contra la Resolución de fecha 29 de noviembre de 2007,

sobre la estimación del CNSU en los años 2003, 2004 y 2005 estableció que la regulación del servicio universal establecida por la LGTel 2003 era de aplicación a partir de la entrada en vigor de dicha norma, por lo que Vodafone y Orange estuvieron obligados a contribuir a partir del 5 de noviembre de 2003, fecha de entrada en vigor de la LGTel 2003. Por tanto, la determinación de los operadores obligados a compartir el FNSU 2012 es coherente con la doctrina de la CNMC de los ejercicios anteriores.

Respuesta de esta Comisión

Tal y como se expone en el Fundamento Jurídico Procedimental Segundo, aunque la LGTel 2014 ya está aprobada, no resulta de aplicación en el presente procedimiento. La LGTel de 2014 no prevé su aplicación a un ámbito temporal anterior a su entrada en vigor, de la misma manera que no contempla la posibilidad de ultra actividad de la LGTel de 2003, extendiendo su ámbito de aplicación a un periodo posterior a su vigencia. En el mismo sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo en relación con la irretroactividad de la LGTel de 2003 en su sentencia de 22 de julio de 2014.

En efecto, en la meritada sentencia analizan las normas de derecho intertemporal insertas en las correspondientes disposiciones transitorias de la LGTel de 2003, señalándose expresamente la vigencia de la normativa reglamentaria existente con anterioridad a su entrada en vigor, en lo que no se opusiera a la misma y hasta que se produjera su correspondiente desarrollo reglamentario. En contra de lo manifestado por Telefónica, la vigente LGTel de 2014 se encuentra redactada en términos similares en su disposición transitoria primera.

Asimismo, ni la LGTel de 2003 ni la LGTel de 2014 contienen disposición alguna que permita avalar su aplicación retroactiva, por lo que, en ausencia de una regulación específica sobre la transitoriedad de una norma debe acudir a los principios generales recogidos tanto en el artículo 9.3 de la Constitución española (irretroactividad de las normas no favorables y seguridad jurídica) como en el artículo 2.3 del Código Civil, en el que se establece expresamente la irretroactividad de las leyes, salvo que las mismas dispusieren lo contrario.

Sobre la facultad de la CNMC de exonerar a determinados operadores

Como el año anterior, Telefónica manifiesta que con la entrada en vigor de la LGTel de 2014, se debe entender que dicha facultad de exención prevista en el RSU en virtud de la cual se otorgaba al organismo regulador una amplia capacidad discrecional, ha de entenderse limitada por el umbral objetivo que se incluye⁹, a partir del cual se considera que un operador queda obligado a

⁹ El artículo 27.2 LGTel 2014 establece que el CNSU será financiado por aquellos operadores que obtengan por la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas unos ingresos brutos de explotación anuales superiores a 100 millones de euros.

participar en la financiación del fondo del servicio universal, sin que quepa exención alguna.

Respuesta de esta Comisión

Por los motivos ya expuestos, la ley aplicable al ejercicio 2012 es la LGTel de 2003, por lo que esta Comisión mantiene la potestad de eximir a ciertos operadores de la contribución del Fondo por razones de ingresos.

Sobre la cuantificación del coste neto incurrido por TTP en el ejercicio 2012

TTP alega que, si bien la cuantificación del coste neto incurrido por TTP en el ejercicio 2012 se ha acordado en el marco del expediente SU/DTSA/1769/14/APROBACIÓN CNSU 2012 TTP, mediante Resolución de 13 de mayo de 2015, TTP ha interpuesto contra la citada Resolución Recurso Contencioso-Administrativo ante la Audiencia Nacional (PO 334/2015).

Respuesta de esta Comisión

En respuesta a esta alegación, cabe indicar que, de conformidad con el artículo 57 de la LRJPAC, “*los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa*”. Esta ejecutividad supone que el acto administrativo produce sus efectos propios desde el momento en que es adoptado. Como tiene declarado el Tribunal Supremo en torno a los principios de eficacia de la actividad administrativa (artículo 103.1 de la Constitución) y presunción de validez de los actos administrativos (artículo 57 de la LRJPAC), la doctrina general sobre la ejecutividad inmediata de los actos administrativos es reiterada y pacífica.

Sobre la determinación de los ingresos de venta y alquiler de terminales

Orange alega que los ingresos considerados en la base de reparto no excluyen correctamente los ingresos atribuibles a la venta y alquiler de terminales, e insiste en la importancia de identificar los mismos y en el trato homogéneo con el resto de operadores.

En su caso particular, considera que los Servicios han minusvalorado sus ingresos de terminales y han sobrevalorado sus ingresos de servicios de telefonía móvil, en relación a la consideración de los descuentos de apoyo a la distribución así como el coste de subvención de los terminales.

Respuesta de esta Comisión

El requerimiento de información del presente procedimiento se refiere a ingresos “brutos” de explotación. Esto significa que los ingresos reportados por

los operadores no pueden contener netos (contabilizaciones de menor ingreso), ni procedentes de cuentas de gasto ni de cuentas de ingreso con signo negativo.

En el mismo sentido se han verificado y ajustado, en caso necesario, los datos reportados por el resto de operadores, y con el apoyo de la información disponible de las correspondientes revisiones de contabilidad de costes del ejercicio 2012.

Sobre los pagos mayoristas a detracer para el cálculo de las contribuciones

Orange alega que, en el ejercicio 2012, el ámbito del SU se expande para cubrir el servicio de conectividad, mediante accesos de cualquier tipo de tecnología fija o móvil, a una velocidad mínima de 1 Mbit/s, y los Servicios de la CNMC no han propuesto ningún cambio en la minoración de los pagos mayoristas. Solicita que se minore de la base de reparto el 100% de los pagos mayoristas OBA, porque son pagos que remuneran el servicio de conexión a la banda ancha, independientemente de la velocidad.

Además añade que, aplicando la fórmula que pondera ingresos de voz sobre el total de ingresos de voz y banda ancha, se introduce una distorsión por los diferentes sistemas de las operadoras para el reparto de ingresos de las ofertas convergentes a los diferentes servicios.

Respuesta de esta Comisión

Efectivamente existe un cambio en el ámbito del servicio universal a partir del ejercicio 2012, ya que el artículo 28.1.b) del RSU dispone que, la conexión a la red pública de comunicaciones electrónicas desde una ubicación fija, debe incorporar la posibilidad de establecer comunicaciones de datos a velocidad suficiente para acceder de forma funcional a Internet. A estos efectos y en virtud de lo establecido en el artículo 52 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, la conexión a la red debe permitir comunicaciones de datos en banda ancha a una velocidad en sentido descendente de 1Mbit/s.

El servicio universal ya incorporaba el acceso de forma funcional a Internet en los ejercicios previos al 2012¹⁰. En la nueva regulación del servicio universal se incluye únicamente la “conectividad” y de 1Mbit/s, por lo que se trata de la misma definición de acceso funcional a Internet pero especificando la velocidad mínima requerida.

Respecto a la evolución del mercado de banda ancha, en particular la evolución de las líneas de banda ancha según la velocidad de conexión¹¹, en el

¹⁰ Artículo 28.1.d) del Real Decreto 424/2005, previo a la modificación del Real Decreto 726/2011.

¹¹ Fuente Informes Anuales CNMC 2008-2012.

Informe Anual del año 2008 ya se apreciaba un incremento importante del número de líneas en el rango de velocidades de 4 a 10 Mbit/s, debido a la migración llevada a cabo por Telefónica, de las líneas de velocidades de 3 Mbit/s a 6 Mbit/s, que fue seguida por el resto de operadores con el lanzamiento de nuevas ofertas comerciales de mayores velocidades manteniendo precios similares.

Para Telefónica, el servicio de ADSL 1Mbit/s deja de ser significativo desde el año 2010 y esta velocidad pasa a englobarse en su sistema de contabilidad regulatoria dentro del servicio de ADSL hasta 6Mbit/s¹². De la misma forma en el Informe Anual del año 2010 deja de detallarse de forma separada la velocidad de 1Mbit/s, y se engloba dentro de la velocidad hasta 3Mbit/s, por la pérdida de significancia comercial. Asimismo, según los datos del Informe Anual de 2012, el porcentaje de líneas xDSL con velocidad < 2 Mbit/s es sólo del 2,6%, y los datos reportados por los operadores para la velocidad contratada de 1Mbit/s está en torno al 2%, por lo el servicio de ADSL 1Mbit/s no tiene un peso significativo en el catálogo comercial de los operadores, incluido Orange.

En definitiva, no estaría justificado que se descontaran ahora pagos mayoristas imputables al servicio de banda ancha, cuando el concepto incluido dentro del servicio universal viene a ser el mismo que la conectividad funcional a Internet, pero especificando la velocidad mínima de conexión a 1Mbit/s. La demanda de acceso mayorista OBA de los operadores no se limita a la velocidad mínima establecida para el servicio universal de 1Mbit/s, sino que las condiciones de mercado requieren de accesos que soporten velocidades superiores, por lo que no está justificado minorar los pagos mayoristas OBA asociados a la banda ancha.

En relación con cómo afecta la ponderación de los ingresos de voz y de banda ancha a la minoración de los pagos mayoristas, los datos de ingresos utilizados para dicha ponderación son datos oficiales reportados por los operadores a la CNMC para la elaboración del Informe Anual del ejercicio 2012. Es cierto que estos datos dependen de los sistemas de reparto de ingresos de los paquetes convergentes y que pueden ser diferentes entre los operadores. Sin embargo, son datos válidos para cada operador de forma individual pues son el resultado de su propio sistema de reparto de ingresos, en función del valor asignado a cada servicio dentro de un paquete de servicios.

Por los motivos expuestos no resulta procedente modificar el cálculo de imputación de los pagos mayoristas OBA.

¹² Resolución de 14 de junio de 2013 (Expediente AEM 2013/665).

CUARTO.- Sobre los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del Servicio Universal para la financiación del coste neto del año 2012 y su cuantía

El coste neto aprobado por esta Comisión para el año 2012 es de 21.432.826 euros. La propuesta de la CNMC es que este coste se reparta, de acuerdo con el criterio de proporcionalidad, entre Telefónica, Telefónica Móviles, Vodafone y Orange.

La “base de reparto” de las contribuciones al FNSU se determina en relación a los ingresos brutos obtenidos en el ejercicio 2012 por cada uno de estos operadores, una vez comprobados por los Servicios de esta Comisión y tras deducir los pagos mayoristas correspondientes.

Las reglas principales que se aplican al cálculo de la base de reparto son:

- Se excluyen de los ingresos brutos los ingresos derivados de servicios audiovisuales declarados así como los ingresos por venta y alquiler de equipos a clientes finales, por no tratarse de ingresos procedentes de servicios de comunicaciones electrónicas.
- Los ingresos brutos se minoran por los pagos de interconexión fija y móvil.
- Los ingresos también se minoran, por aplicación del RD 726/2011, por otros pagos mayoristas relacionados con la prestación de los servicios incluidos en el ámbito del servicio universal.

En consecuencia, a los efectos de calcular la base de reparto de las contribuciones al FNSU por el ejercicio 2012, se han minorado de los ingresos brutos los pagos por interconexión fija y móvil y se han identificado otros “pagos mayoristas” a minorar, que son los siguientes:

- (1) Pagos por preselección
- (2) Pagos por portabilidad fija
- (3) Pagos por AMLT analógico
- (4) Pagos por servicios de alquiler de bucle, en las modalidades de “Completamente desagregado” y “Compartido sin servicio telefónico”.
- (5) Pagos por servicios de Acceso Indirecto en los que el operador pague a Telefónica el “recargo para conexiones de acceso indirecto sin servicio telefónico”.
- (6) Otros pagos por OBA, como los incurridos por servicios de “Coubicación”, “Tendido de cable interno y externo”, “servicio de conexión de equipos coubicados”, pagos en concepto de “energía eléctrica para ubicación de equipos en inmuebles de Telefónica”, y de “entrega de señal”.

El criterio con que se minoran estos otros pagos mayoristas de los ingresos brutos de cada operador obligado es uniforme al aplicado en el procedimiento

para la financiación del CNSU de 2009¹³ (procedimiento tramitado con número de expediente 2012/416, Resolución de 20 de diciembre de 2012). El criterio es dependiente de la relación de causalidad que tuvieran dichos pagos mayoristas con el servicio universal correspondiente a 2012:

- Se entiende que los tres primeros conceptos (preselección, portabilidad fija, AMLT analógico) pueden ser considerados minorables al 100% de los ingresos brutos de cada operador obligado.
- Para el resto de los conceptos, se calcula un porcentaje de imputación y se realiza una imputación parcial. Se entiende que tales servicios de alquiler de bucle, acceso indirecto y otros pagos OBA, son incurridos por los operadores demandantes de acceso para prestar servicios de telefonía fija y de banda ancha. Los pagos asociados a la banda ancha no se minoran debido a que, desde 2012, el servicio universal únicamente cubre la conectividad y solo de 1Mbit/s, velocidad con un peso muy reducido en el catálogo comercial de los operadores. Para realizar la imputación se ha aplicado uniformemente un criterio consistente en imputar dichos pagos en la misma proporción que representan, para cada operador participante en el reparto, los ingresos minoristas por telefonía fija correspondientes al ejercicio 2012, sobre la suma de tales ingresos y los de banda ancha, lo que se traduce en la siguiente fórmula:

$$[\text{Pagos Bucle}(4) + \text{Pagos AI}(5) + \text{Otros pagos OBA}(6)] \times \frac{\text{Ingresos telefonía fija}}{\text{Ingresos telefonía fija} + \text{Ingresos banda ancha}}$$

Los datos de ingresos por telefonía fija y banda ancha de cada operador se han extraído del Informe Anual de la CMT del ejercicio 2012.

Como resultado del cálculo descrito y de las conclusiones sobre las alegaciones presentadas por los operadores, la base de reparto así como las contribuciones al FNSU por el ejercicio 2012 quedan establecidas en la siguiente tabla:

¹³ Primer año en el que resulta aplicable la modificación del Reglamento del Servicio Universal contenida en el Real Decreto 726/2011, de 20 de mayo por la cual la base de reparto se termina restando los pagos mayoristas relacionados con la prestación de servicios incluidos en el ámbito del servicio universal a los ingresos brutos de explotación, en vez de los pagos de interconexión que era la redacción original según el Real Decreto 424/2005 de 15 de abril.

Tabla 2 Cuantías a contribuir por los operadores obligados (en euros)

Operador	Base reparto FNSU 2012	FNSU 2012	%
TELEFÓNICA	7.298.567.851	7.636.826	35,6%
TELEFÓNICA MÓVILES	5.754.047.077	6.020.722	28,1%
VODAFONE	4.087.875.904	4.277.331	20,0%
ORANGE ESPAGNE	3.343.013.136	3.497.947	16,3%
TOTAL	20.483.503.969	21.432.826	100%

QUINTO.- Sobre el FNSU y la gestión de las aportaciones

El artículo 24.4 *in fine* de la LGTel de 2003 atribuye a esta Comisión la gestión del FNSU. La finalidad del Fondo es, en aplicación de lo dispuesto en dicho artículo, garantizar la financiación del servicio universal, y a tal efecto, el artículo 50.2 del RSU señala como objetivos del referido Fondo los siguientes:

- a) Gestionar el cobro efectivo de las aportaciones de los operadores de comunicaciones electrónicas.
- b) Gestionar los pagos a los operadores con derecho a recibirlos por la prestación del servicio universal.

La normativa aplicable (artículo 24.4 de la LGTel de 2003, en concordancia con el artículo 50 del RSU) establece, asimismo, que si el coste de la prestación del servicio universal fuera de una magnitud tal que no justificase los costes derivados de la gestión del Fondo, esta Comisión podrá proponer al Gobierno su supresión y, en su caso, el establecimiento de mecanismos de compensación directa entre operadores.

La financiación del coste neto del ejercicio 2012 asciende a 21,43 millones de euros. Esta cantidad es de una magnitud tal que no procede articular un mecanismo de compensación directa, debiendo mantenerse por tanto el Fondo Nacional de financiación del servicio universal constituido tras la Resolución de 25 de septiembre de 2008.

Por otra parte, el citado artículo 24.4, en concordancia con el artículo 51 del RSU, señala como recursos del Fondo nacional de financiación del servicio universal (i) las aportaciones que realicen los operadores obligados a financiar el servicio universal y (ii) las aportaciones realizadas por cualquier persona física o jurídica que desee contribuir desinteresadamente a la financiación de cualquier actividad propia del servicio universal.

Dichas aportaciones se han de depositar en una cuenta restringida abierta a tal efecto en una entidad de crédito, según se recoge en los artículos 24.4 de la LGTel de 2003 y 51.2 del RSU. Al total de los activos se le deducirán los gastos de la gestión del Fondo, y los rendimientos que éste genere, si los hubiere, minorarán la contribución de los aportantes. Por ello, en esta Resolución se incluye la cuenta en la que se deberá realizar la contribución que a cada

operador le corresponda, que se deberá hacer en un único pago en el plazo de un mes a partir de la notificación de la Resolución, según se recoge en el artículo 51.4.b) del RSU. Telefónica y TTP, como operadores prestadores del servicio universal en el ejercicio objeto de financiación en el presente procedimiento, y por tanto, como operadores con derecho a compensación, la recibirán dentro del mes siguiente a la finalización del período de pago, de acuerdo con las aportaciones recibidas.

En el caso de que un operador obligado a realizar aportaciones no las llevara a cabo en el plazo establecido, la deuda devengará un interés de demora igual al interés legal más dos puntos desde el día siguiente al de finalización del plazo de pago. La CNMC podrá ejercer las acciones legales encaminadas al cobro de las cantidades debidas y serán de cuenta del deudor los gastos que ello origine.

SEXTO.- Operadores obligados al pago

El artículo 49.3 del RSU establece lo siguiente:

“Las aportaciones que los operadores designados para la prestación del servicio universal deban realizar al Fondo nacional de financiación del servicio universal, por estar obligados a financiar dicho servicio, serán minoradas en las cuantías que, en su caso, les corresponda percibir por las obligaciones de servicio universal que tengan impuestas.

La resultante podrá dar lugar a una aportación neta del operador al mecanismo de financiación o una recepción neta de subsidio.”

En el presente caso, dada la cuantía de la contribución que corresponde a Telefónica, que se cifra en un importe inferior al CNSU incurrido del ejercicio 2012, Telefónica será receptora del subsidio de las aportaciones efectuadas por los otros operadores obligados.

Asimismo, dado que TTP no está obligado a contribuir al FNSU 2012, será receptora del subsidio de aportaciones efectuadas por los operadores obligados.

En conclusión, serán Telefónica Móviles, Vodafone y Orange los que deban realizar las aportaciones según lo indicado en la **Tabla 2** del Fundamento Jurídico Material Cuarto, y cuya suma asciende a 13.796.000 euros. De este montante se realizará una transferencia a TTP por importe de 398.998 euros y otra transferencia a Telefónica por la diferencia entre el CNSU incurrido de 21.033.828 euros y su contribución de 7.636.826 euros, esto es por importe de 13.397.002 euros.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del Servicio Universal para el ejercicio 2012 así como sus contribuciones son (en euros):

Operador	Base reparto FNSU 2012	FNSU 2012	%
TELEFÓNICA	7.298.567.851	7.636.826	35,6%
TELEFÓNICA MÓVILES	5.754.047.077	6.020.722	28,1%
VODAFONE	4.087.875.904	4.277.331	20,0%
ORANGE ESPAGNE	3.343.013.136	3.497.947	16,3%
TOTAL	20.483.503.969	21.432.826	100%

SEGUNDO.- Se requiere a Telefónica Móviles España, S.A.U., Vodafone España, S.A.U. y Orange Espagne, S.A.U. para que, en el plazo de un mes desde la notificación de la presente Resolución, procedan al ingreso de la cuantía a la que están obligados según el Resuelve Primero en un único pago. El pago deberá efectuarse mediante el ingreso en la cuenta con número IBAN ES76 2100 5000 5602 0002 9349, abierta al efecto en La Caixa bajo la denominación FONDO COSTE NETO SERVICIO UNIVERSAL. Una vez efectuado el ingreso, cada uno de los operadores obligados deberá remitir a esta Comisión un ejemplar del recibo de ingreso para su archivo.

En el caso de que alguno de los citados operadores obligado a realizar aportaciones no las llevara a cabo en el plazo establecido, su deuda devengará un interés de demora igual al interés legal más dos puntos desde el día siguiente al de finalización del plazo de pago.

TERCERO.- Al ser Telefónica de España, S.A.U. y Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U. las operadoras prestadoras del servicio universal durante el ejercicio de 2012, procede aplicar lo dispuesto en el artículo 49.3 del RSU, en virtud del cual se convierten en receptoras netas de las aportaciones que efectúen el resto de los operadores obligados a contribuir y recibirán, dentro del mes siguiente a la finalización del período de pago, transferencias por importe de 13.397.002 euros y de 398.998 euros respectivamente.

CUARTO.- Declarar exentos al resto de operadores de contribuir al Fondo Nacional del Servicio Universal correspondiente al ejercicio 2012.

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.