

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE APRUEBA EL PROCEDIMIENTO POR EL QUE SE ABRE EL FONDO NACIONAL DEL SERVICIO UNIVERSAL DERIVADO DE LA RESOLUCIÓN DE LA CNMC DE 10 DE MARZO DE 2016, POR LA QUE SE EJECUTA LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 24 DE ENERO DE 2011, RELATIVA AL COSTE NETO DEL SERVICIO UNIVERSAL DE LOS AÑOS 2003 A 2005

SU/DTSA/007/16/EJECUCIÓN FNSU 2003-2005

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

Secretario de la Sala

D. Tomás Suárez-Inclán González, Secretario del Consejo

En Madrid, a 23 de junio de 2016

Visto el expediente relativo al procedimiento sobre la apertura del Fondo Nacional del Servicio Universal por los años 2003 a 2005 derivado de la resolución en ejecución de sentencia del 10 de marzo de 2016, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Resolución de la CMT sobre el cálculo del coste neto del servicio universal correspondiente a los ejercicios 2003, 2004 y 2005

Con fecha 29 de noviembre de 2007 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) dictó resolución, en el marco de la tramitación del expediente número MTZ 2007/1015, sobre el cálculo del coste neto del servicio universal prestado por Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) durante los ejercicios 2003, 2004 y 2005 (en adelante, CNSU 2003 a 2005). 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. en los ejercicios 2003, 2004 y 2005, descrito en la siguiente tabla (cifras en millones de euros):*

<i>Cifras en millones de euros</i>	<i>Año 2003</i>	<i>Año 2004</i>	<i>Año 2005</i>
Coste Neto en "Zonas no Rentables"	106,3	59,79	55,46
Coste Neto por prestaciones a "Usuarios Discapacitados"	0,04	0,03	0,03
Coste Neto derivado de "Usuarios con tarifas especiales"	63,94	61,11	55,18
Coste Neto derivado del servicio de información y guías	6,81	1,25147	0,93969
TOTAL COSTE NETO APRECIADO EN EL AÑO (sin deducir beneficios NO monetarios)	177,09	122,18	111,61
<i>Menos: BENEFICIOS NO MONETARIOS</i>	<i>56,71</i>	<i>38,34</i>	<i>31,49</i>
COSTE NETO DEL SERVICIO UNIVERSAL	120,38	83,85	80,12

Segundo. *Reconocer la existencia de una carga injustificada para Telefónica de España, S.A. como consecuencia de la obligación de prestación del servicio universal.*

Tercero. *Instar a Telefónica de España, S.A. a que en las propuestas de Coste Neto del Servicio Universal relativas al ejercicio 2007 y siguientes aporte los correspondientes estudios de estimación de beneficios no monetarios o intangibles conforme con lo dispuesto en el apartado II.2 de la presente Resolución.*

Cuarto. *Abrir procedimiento administrativo para la especificación de los operadores obligados a contribuir al Fondo nacional de servicio universal, los criterios de reparto del coste neto, la cuantía de contribución de cada uno de ellos, y los operadores que estén exentos en relación con los ejercicios a que afecta esta Resolución.”*

SEGUNDO.- Inicio de procedimiento para la determinación de los operadores obligados a contribuir por el coste neto del servicio universal

Con fecha 11 de enero de 2008, por escrito del Presidente de la CMT, se comunica el inicio de un procedimiento para establecer los operadores obligados a contribuir por el coste neto del servicio universal así como las concretas cuantías, por los ejercicios 2003, 2004 y 2005. Asimismo, mediante dicho escrito se remitió a todos los operadores de comunicaciones electrónicas un requerimiento de información sobre los ingresos brutos de explotación obtenidos así como los pagos por interconexión incurridos en dichos ejercicios.

Dicho requerimiento fue publicado en el B.O.E. número 34 de 8 de febrero de 2008, 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 lo sucesivo, Reglamento del Servicio Universal). Dicho procedimiento se tramita con el número de expediente (MTZ 2007/1459).

TERCERO.- Resolución de los recursos de reposición interpuestos contra la resolución de 29 de noviembre de 2007 (determinación CNSU)

Con fecha 8 de mayo de 2008, el Consejo de la CMT dictó resolución sobre los recursos de reposición interpuestos por France Telecom España, S.A. (en adelante, Orange) y Vodafone España, S.A. (en adelante, Vodafone) contra la resolución de 29 de noviembre de 2007, estimando parcialmente las alegaciones y resolviendo:

“PRIMERO.- Estimar parcialmente los recursos de reposición interpuestos por France Telecom España, S.A. y Vodafone España, S.A. , contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 29 de noviembre de 2007, sobre la estimación del coste neto de prestación del servicio universal en los años 2003, 2004 y 2005 propuesto por Telefónica de España, S.A.U., en el sentido de entender que la carga injusta que le supone su prestación se produce sólo a partir de la entrada en vigor de la nueva LGTel¹.

SEGUNDO.- En consecuencia, se acuerda modificar el Resuelve Tercero de la resolución recurrida exclusivamente en lo que se refiere al importe del coste neto apreciado en el año 2003, reduciendo su importe según los criterios expuestos en el Fundamento Jurídico Quinto.

En consecuencia, se aprecia el coste neto del servicio universal incurrido por Telefónica de España. S.A. en los ejercicios 2003, 2004 y 2005 y que le supone una carga injustificada, recogido en la siguiente tabla (cifras en millones de euros):

	Año 2003	Año 2004	Año 2005
Coste Neto en "Zonas no Rentables"	16,60	59,79	55,46
Coste Neto por prestaciones a "Usuarios Discapacitados"	0,00	0,03	0,03
Coste Neto derivado de "Usuarios con tarifas especiales"	9,98	61,11	55,18
Coste Neto derivado del servicio de información guías	1,06	1,25147	0,93969
TOTAL COSTE NETO APRECIADO EN EL AÑO	27,65	122,18	111,61
<i>(Sin deducir beneficios NO monetarios)</i>			
<i>Menos: BENEFICIOS NO MONETARIOS</i>	8,86	38,34	31,49
COSTE NETO DEL SERVICIO UNIVERSAL	18,80	83,85	80,12

CUARTO.- Resolución de la CMT sobre la determinación de los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del Servicio Universal

Con fecha 25 de septiembre de 2008, el Consejo de la CMT aprobó la resolución sobre la determinación de los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del Servicio Universal por los ejercicios 2003, 2004 y 2005. En su parte dispositiva se resuelve:

¹ En referencia a la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

PRIMERO.- Los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del servicio universal para el año 2003 así como sus contribuciones son:

operador	% de reparto	CONTRIBUCIÓN (euros)
TELFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.	40,81%	7.672.207,76
TELFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U	34,53%	6.491.309,10
VODAFONE ESPAÑA, S.A.	14,82%	2.786.050,46
FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.	9,84%	1.850.432,69

SEGUNDO.- Los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del servicio universal para el año 2004 así como sus contribuciones son:

operador	% de reparto	CONTRIBUCIÓN (euros)
TELFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.	39,94%	33.490.542,37
TELFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U	32,76%	27.467.134,00
VODAFONE ESPAÑA, S.A.	16,65%	13.959.767,19
FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.	10,65%	8.932.556,43

TERCERO.- Los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del servicio universal para el año 2005 así como sus contribuciones son:

operador	% de reparto	CONTRIBUCIÓN (euros)
TELFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.	39,41%	31.577.253,16
TELFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U	31,75%	25.438.355,65
VODAFONE ESPAÑA, S.A.	18,61%	14.907.231,44
FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.	10,23%	8.197.159,75

CUARTO.- TELFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U., VODAFONE ESPAÑA, S.A. y FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. deberán ingresar las cantidades aprobadas en los puntos primero, segundo y tercero de la parte dispositiva de esta Resolución en el plazo de un mes desde la notificación de la misma, en la cuenta que a estos efectos se abrirá por esta Comisión.

QUINTO.- Declarar exentos para las contribuciones al Fondo nacional del servicio universal de los años 2003, 2004 y 2005 a los operadores no incluidos en las tablas de los puntos anteriores.

QUINTO.- Recurso contencioso-administrativo interpuesto ante la Audiencia Nacional por Telefónica contra las Resoluciones de la CMT de 29 de noviembre de 2007 y 8 de mayo de 2008

Telefónica interpuso ante la Audiencia Nacional (en adelante, AN) un recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones de la Comisión de 29 de noviembre de 2007 y 8 de mayo de 2008 antes indicadas, tramitado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava de la misma, con el número de recurso PO 119/2008.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava, de la Audiencia Nacional de fecha 24 de enero de 2011 estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo de Telefónica.

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

*“Que **estimamos en parte** el recurso contencioso administrativo nº 119/08, interpuesto por la Procuradora D^a M^a del Carmen Ortiz Cornago, en nombre y representación de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU, contra las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 29 de noviembre de 2007 y 8 de mayo de 2008, a las que la demanda se contrae. Y ello con los siguientes efectos:*

- 1. Anulamos en parte la resolución de 8 de mayo de 2008, acordando que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con retroacción del procedimiento, se pronuncie sobre la existencia o no de desventaja competitiva para Telefónica de España, SAU, como consecuencia de la obligación de prestación del servicio universal entre el día 1 de enero de 2003 al 4 de noviembre de 2003.*
- 2. Anulamos en parte la resolución de 29 de noviembre de 2007, en lo que se refiere al cálculo del beneficio no monetario correspondiente al CNSU en los años 2003, 2004 y 2005, en relación con la valoración de la imagen de marca del operador, las ventajas derivadas de la ubicuidad y la valoración de los clientes y grupo de clientes teniendo en cuenta su ciclo de vida, en los términos expuestos en esta sentencia. Y la anulamos en cuanto a la determinación del coste neto del servicio universal imputable al servicio de información y de guías, debiendo realizarse dicho cálculo incluyendo los costes vinculados correspondientes al servicio de terminación en los servicios de operadoras.”*

SEXTO.- Recursos de casación interpuestos por Orange y Telefónica contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de enero de 2011

Posteriormente, Orange y Telefónica interpusieron recursos de casación contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de enero de 2011, tramitados por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera del Tribunal Supremo (en adelante, TS) con el número de recurso 2830/2011.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, del Tribunal Supremo de fecha 22 de julio de 2014 desestimó los recursos de casación interpuestos por Orange y Telefónica y confirmó la sentencia de la Audiencia Nacional.

SÉPTIMO.- Recurso contencioso-administrativo interpuesto por Vodafone ante la Audiencia Nacional contra la resolución de la CMT de 25 de septiembre de 2008 (FNSU)

Vodafone interpuso ante la Audiencia Nacional un recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la CMT de 25 de septiembre de 2008, tramitado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava, con el número de recurso PO 863/2008.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava, de la Audiencia Nacional de fecha 22 de noviembre de 2010 desestimó el recurso contencioso-administrativo de Vodafone.

OCTAVO.- Recurso de casación interpuesto por Vodafone contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de noviembre de 2010

Posteriormente, Vodafone interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de noviembre de 2010, tramitado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera del Tribunal Supremo con el número de recurso 2830/2011.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, del Tribunal Supremo de fecha 12 de febrero de 2014 desestimó el recurso de casación interpuesto por Vodafone y confirmó la sentencia de la Audiencia Nacional.

NOVENO.- Resolución de la CNMC ejecutando la sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de enero de 2011

Con fecha 10 de marzo de 2016, esta Comisión adoptó la resolución por la que se ejecuta la sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de enero de 2011, sobre ciertos aspectos del coste neto del servicio universal de los años 2003 a 2005. En su parte dispositiva se resuelve:

ÚNICO.- *Ejecutar la sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de enero de 2011, con número de recurso contencioso-administrativo 119/2008, en los siguientes términos:*

PRIMERO.- *Declarar que la carga derivada de la prestación del servicio universal en todo el territorio nacional por parte de Telefónica de España, S.A. Unipersonal en el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 4 de noviembre de 2003 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 periodo, de acuerdo con lo señalado en el Fundamento Jurídico Tercero de la presente resolución.

SEGUNDO.-*Tras analizar y valorar la utilización de la metodología del informe pericial de Telefónica y la del informe de Arthur D. Little, en los términos expuestos por la citada sentencia, estimar el cálculo del beneficio no monetario derivado de la mejora en la imagen de marca, de acuerdo con lo señalado en el Fundamento Jurídico Cuarto de la presente resolución.*

TERCERO.-*Tras analizar y valorar la utilización de la metodología del informe pericial de Telefónica y la del informe de Arthur D. Little, en los términos expuestos por la citada sentencia, confirmar el cálculo de los beneficios no monetarios derivados de la ubicuidad y ciclo de vida de los clientes, en los términos expuestos en la Resolución de 29 de noviembre de 2007, por los motivos esgrimidos en el Fundamento Jurídico Cuarto de la presente resolución.*

CUARTO.-*Modificar la determinación del coste neto del servicio universal imputable al servicio de información y de guías, incluyendo los costes vinculados al servicio de terminación en los servicios de las operadoras, en los términos expuestos en el Fundamento Jurídico Quinto de la presente resolución.*

DÉCIMO.-Solicitud de Telefónica de apertura del FNSU

El 14 de abril de 2016, tiene entrada en el Registro de esta Comisión un oficio de Telefónica solicitando que se proceda a la apertura del Fondo Nacional del Servicio Universal (en adelante, FNSU) por los 13.870.172,76 euros en los que se ha incrementado el coste neto de los ejercicios 2003, 2004 y 2005 a resultas de la citada resolución.

UNDÉCIMO.- Inicio del procedimiento para la puesta en marcha del FNSU

Como consecuencia de la solicitud formulada, y de conformidad con el artículo 69.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), y el 47 del RSU, mediante escrito de la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, de fecha 21 de abril de 2016, se procedió a la apertura del procedimiento para la puesta en marcha del mecanismo de financiación del servicio universal correspondiente a los ejercicios 2003 a 2005, en consonancia con lo dispuesto en la resolución de la CNMC de 10 de marzo de 2016.

DUODÉCIMO.- Informe de Audiencia

Con fecha 30 de mayo de 2016 se hizo público el informe de los Servicios sobre el procedimiento para la apertura del FNSU 2003 a 2005 derivado de la resolución en ejecución de sentencia, de fecha 10 de marzo de 2016, dando

trámite de audiencia a los interesados y otorgándoles un plazo de 10 días para alegaciones.

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

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

II.1 OBJETO DEL PROCEDIMIENTO

Tal y como se ha señalado, la resolución de esta Comisión, de 10 de marzo de 2016 incrementó el importe de coste neto del servicio universal correspondiente a los ejercicios 2003 a 2005, constituyendo el objeto de este procedimiento llevar a justo término lo resuelto en la citada resolución, mediante la determinación de las aportaciones adicionales a las realizadas a partir de la resolución de 25 de septiembre de 2008, que deberán llevar a cabo los operadores obligados a contribuir al Fondo por los ejercicios 2003, 2004 y 2005.

En este sentido, no es objeto de este procedimiento evaluar quiénes son los operadores obligados ni determinar los porcentajes de contribución por cada ejercicio, al ser ese un ejercicio ya realizado en su momento, con todos los datos necesarios para ello y, sin que concurra ninguna circunstancia en el momento actual que obligue a su revisión.

Por ello, y al objeto de que se realicen los trámites estrictamente necesarios para cumplir con el fallo de la sentencia original, que se ejecuta con la resolución de 10 de marzo de 2016, bastaría con usar los datos de los ejercicios afectados ya recabados en su día, así como los criterios ya aplicados para seleccionar a los cuatro operadores obligados a contribuir. De esa forma, en este procedimiento únicamente se calcularán las nuevas aportaciones a realizar, de forma que se pueda cubrir el coste neto adicional aprobado en la resolución de 10 de marzo, en ejecución de sentencia.

II.2 HABILITACIÓN COMPETENCIAL

El presente procedimiento tiene su origen en la resolución de 10 de marzo de 2016 por la que se ejecuta la sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de enero de 2011, sobre ciertos aspectos del coste neto del servicio universal de los ejercicios 2003 a 2005. Dicha resolución supone, entre otros extremos, que el importe de coste neto del servicio universal aprobado para dicho periodo se incrementa en 13.870.172,76 euros.

Como consecuencia de ello, procede en el presente caso la aplicación de la normativa vigente durante los referidos ejercicios.

En este sentido, debe hacerse mención a la habilitación competencial recogida en los artículos 24 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de

Telecomunicaciones (en adelante, LGTel de 2003)² y 47 del RSU, que habilitan a esta Comisión para 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 y exonerar de esta obligación a determinados operadores. Corresponde a esta Comisión, asimismo, la gestión del FNSU.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia es el organismo competente para dar cumplimiento a esta resolución derivada al fallo de la sentencia de la AN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava, de 24 de enero de 2011, de conformidad con el artículo 104.1 de la LJCA al ser el organismo que ha sucedido en sus funciones regulatorias a la CMT³.

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.

II.3 FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

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

Como se ha indicado en los antecedentes de hecho, la resolución de la CMT del 25 de septiembre de 2008 determinó los operadores obligados a contribuir al FNSU de los años 2003 a 2005 así como las concretas cuantías por operador y ejercicio.

Esta resolución se recurrió por Vodafone ante la Audiencia Nacional y se tramitó con el número de recurso PO 863/2008. Los concretos motivos del recurso se basaron en:

- Que la CMT ha actuado arbitrariamente al excluir a determinados operadores del listado de obligados, vulnerándose los principios de objetividad, proporcionalidad y no discriminación que derivan de los artículos 23 de la Ley General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) y 9.3. de la Constitución.

² Habilitación que se mantiene en el artículo 27 de la actual Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

³ 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, entre otros organismos, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, y la sucesión por aquella en el ejercicio de las funciones de ésta.

- Que se ha incurrido en arbitrariedad al excluir el concepto de “unidad económica” o “grupo empresarial”, contraviniéndose actos propios anteriores.

La sentencia de la AN de 22 de noviembre de 2010 desestimó íntegramente el recurso de Vodafone contra la resolución de la CMT de 25 de septiembre de 2008, esgrimiendo los siguientes argumentos en sus fundamentos de derecho quinto y sexto:

“La Sala no puede menos que reiterar lo que en supuestos análogos ha significado, en orden a la apreciación de un claro supuesto de discrecionalidad técnica, que obviamente no puede confundirse con un proceder arbitrario, que sería controlable por esta jurisdicción (por todas, Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1999, 19 de julio de 2006 y 4 de junio de 2008) y que, siempre y cuando pueda colegirse una conculcación del ordenamiento o una decisión ayuna de toda lógica, pudiera dar lugar a una estimación de la impugnación, circunstancias que en el supuesto objeto de ponderación no concurren, cuando, según lo expresado, el acto administrativo se funda en justificaciones objetivas y razonables, tras un estudio concienzudo y unos parámetros que no sólo son acordes con los principios atendibles en esta materia, también responden al principio de eficacia que consagra el artículo 103 de la Constitución, y no es dable atisbar se incurra en arbitrariedad alguna, sin que la entidad actora haya probado tal circunstancia ni que los criterios antes reflejados sean menos razonables que los que preconiza en apoyo de su tesis, ya que la CMT los ha explicado en forma motivada y en absoluto arbitraria, tras, se insiste, un concienzudo análisis del mercado de las telecomunicaciones y del peso que en él tienen los diferentes operadores.

Por último, igual suerte ha de correr la segunda vertiente de la impugnación (infundada exclusión del concepto “unidad económica” o “grupo empresarial”), cuando es cuestión resuelta en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2008, que precisamente, revocó una de esta Sala y Sección de 30 de marzo de 2004. Concretamente en su Fundamento de Derecho Tercero se dice:

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

En relación con el primer aspecto, la interpretación literal del artículo 34 del RDL 6/2000 (in claris non fit interpretatio) no permite atribuir la condición de operador principal a un GRUPO y a todas las empresas integrantes del mismo. A todo lo largo del precepto, de extraordinaria amplitud, siempre se usan los términos de personas físicas o jurídicas, o sociedades -cuatro veces en el apartado Uno del art. 34-, para designar al operador principal, y en ningún caso se refiere a éstos como conformadores de un Grupo, lo que implica su configuración individual y no agrupada, por la razón del propio sistema que quiere que las limitaciones establecidas sólo se impongan a cinco operadores principales, no a más, número que

indudablemente se superaría en los casos de agrupamientos como el que ahora se examina, en los que los entes que forman el grupo son operadores en el campo de la telefonía fija, conforme a lo establecido en el artículo 17.1 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, vigente a la sazón.

El propio artículo 34 da pié 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 ante 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."

En consecuencia, y en virtud de todo lo expuesto, la Sala es de criterio que procede desestimar el recurso jurisdiccional ahora deducido."

Posteriormente, la citada operadora recurrió en casación ante el TS la anterior sentencia, si bien su recurso fue desestimado por el Alto Tribunal.

Por tanto, queda claro que lo resuelto en el acuerdo de la CMT de 25 de septiembre de 2008 ha adquirido firmeza, por lo que procede aplicar los porcentajes aprobados en dicha resolución a cada operador y ejercicio.

De esta forma, resultan Telefónica, Telefónica Móviles, Vodafone y Orange, los únicos operadores obligados a contribuir de manera adicional con el FNSU de los años 2003 a 2005.

SEGUNDO.- Sobre las aportaciones adicionales a realizar por el FNSU 2003 a 2005

La resolución de 10 de marzo de 2016 en ejecución de sentencia, supuso una variación de coste neto para cada ejercicio, según los conceptos e importes que se incluyen en la siguiente tabla:

Tabla 1 Tabla resumen de los cambios en la resolución del servicio universal de los años 2003 a 2005 (cifras en euros)

	2003	2004	2005	Total
Coste neto del SU financiado por resolución de 25 de septiembre 2008	18.800.000,00	83.850.000,00	80.120.000,00	182.770.000,00
Incremento del CNSU	6.807.043,33	8.013.676,87	-950.547,44	13.870.172,76
<i>por incorporación del componente del servicio 11818</i>	863.745,21	3.297.960,00	3.733.370,00	7.895.075,21
<i>por menor beneficio intangible de Imagen de Marca</i>	5.943.298,12	4.715.716,87	-4.683.917,44	5.975.097,56
Coste neto del SU aprobado tras ejecución de sentencia	25.607.043,33	91.863.676,87	79.169.452,56	196.640.172,76

Siendo el incremento total de coste de 13.870.172,76 euros, la variación del CNSU difiere en los tres ejercicios, hasta el punto de que en el año 2005 no hay un aumento sino una disminución respecto al coste inicial financiado, derivado del hecho de que a raíz de la resolución en ejecución de sentencia, el beneficio inmaterial por imagen de marca es superior al inicialmente calculado.

Asimismo, en la resolución de 25 de septiembre de 2008, la base de reparto para calcular las aportaciones de cada operador, se realizó considerando el artículo 49.1 del RSU vigente⁴ que señalaba:

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

Como resultado de ello, los porcentajes de contribución entre operador varían en cada ejercicio. Por este motivo, el cálculo de la aportación de cada operador al Fondo se debe realizar ejercicio a ejercicio.

Reproduciendo los datos de la citada resolución, las aportaciones a realizar por cada operador en los tres ejercicios implicados serían:

Tabla 2 Contribuciones adicionales al FNSU 2003 por los operadores obligados

Operador	Base de reparto (miles de euros)	% de reparto	Contribución (euros)
Telefónica de España, S.A.U.	7.530.209,69	40,81%	2.777.928,23
Telefónica Móviles España, S.A.U.	6.371.167,24	34,53%	2.350.352,25
Vodafone España, S.A.U.	2.734.485,93	14,82%	1.008.764,16
Orange Espagne, S.A.U.	1.816.184,68	9,84%	669.998,70
Total	18.452.047,54	100%	6.807.043,33

⁴ No es hasta la modificación introducida en el artículo 49 del RSU mediante Real Decreto 726/2011, de 20 de mayo, cuando se sustituyen los pagos de interconexión por los pagos mayoristas relacionados con la prestación de servicios incluidos en el ámbito del SU.

Tabla 3 Contribuciones adicionales al FNSU 2004 por los operadores obligados

Operador	Base de reparto (miles de euros)	% de reparto	Contribución (euros)
Telefónica de España, S.A.U.	7.935.502,29	39,94%	3.200.744,01
Telefónica Móviles España, S.A.U.	6.508.270,37	32,76%	2.625.077,36
Vodafone España, S.A.U.	3.307.732,77	16,65%	1.334.156,99
Orange Espagne, S.A.U.	2.116.547,45	10,65%	853.698,52
Total	19.868.052,88	100%	8.013.676,87

Tabla 4 Contribuciones adicionales al FNSU 2005 por los operadores obligados

Operador	Base de reparto (miles de euros)	% de reparto	Contribución (euros)
Telefónica de España, S.A.U.	8.701.965,49	39,41%	-374.634,01
Telefónica Móviles España, S.A.U.	7.010.226,38	31,75%	-301.801,85
Vodafone España, S.A.U.	4.108.090,49	18,61%	-176.860,09
Orange Espagne, S.A.U.	2.258.948,90	10,23%	-97.251,49
Total	22.079.231,26	100%	-950.547,44

En suma, el importe total a contribuir de manera adicional por los ejercicios 2003 a 2005, por cada uno de los operadores se presenta en la siguiente tabla:

Tabla 5 Resumen de las aportaciones a realizar por los operadores obligados (cifras en euros)

Operador	2003	2004	2005	Total
Telefónica	2.777.928,23	3.200.744,01	-374.634,01	5.604.038,22
Telefónica Móviles	2.350.352,25	2.625.077,36	-301.801,85	4.673.627,76
Vodafone	1.008.764,16	1.334.156,99	-176.860,09	2.166.061,05
Orange	669.998,70	853.698,52	-97.251,49	1.426.445,73
Total	6.807.043,33	8.013.676,87	-950.547,44	13.870.172,76

TERCERO.- 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 adicional del coste neto de los ejercicios 2003 a 2005 asciende a 13,87 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 que ponga fin a este expediente, según se recoge en el artículo 51.4.b) del RSU. Telefónica como operador prestador del servicio universal en los ejercicios objeto de financiación en el presente procedimiento, y por tanto, como operador con derecho a compensación, la recibirá 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.

CUARTO.- 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 impuestos.

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 a la cantidad total en la que se incrementa el CNSU incurrido de los ejercicios 2003 a 2005, Telefónica será receptora del subsidio de las aportaciones efectuadas por los otros operadores obligados.

En conclusión, serán Telefónica Móviles, Vodafone y Orange los que deban realizar las aportaciones según lo indicado en la Tabla 5 del Fundamento Jurídico Material Segundo, y cuya suma asciende a 8.266.134,54 euros, que es la cantidad que recibirá por transferencia Telefónica.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Las contribuciones adicionales a efectuar por los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del Servicio Universal por los años 2003 a 2005 son:

Operador	2003	2004	2005	Total
Telefónica	2.777.928,23	3.200.744,01	-374.634,01	5.604.038,22
Telefónica Móviles	2.350.352,25	2.625.077,36	-301.801,85	4.673.627,76
Vodafone	1.008.764,16	1.334.156,99	-176.860,09	2.166.061,05
Orange	669.998,70	853.698,52	-97.251,49	1.426.445,73
Total	6.807.043,33	8.013.676,87	-950.547,44	13.870.172,76

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 pago único. 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. la operadora prestadora del servicio universal durante los ejercicios 2003, 2004 y 2005, procede aplicar lo dispuesto en el artículo 49.3 del RSU, en virtud del cual se convierte en receptora neta de las aportaciones que efectúen el resto de los operadores obligados a contribuir y recibirá, dentro del mes siguiente a la finalización del período de pago, transferencias por importe de 8.266.134,54 euros.

CUARTO.- Declarar exentos a contribuir al Fondo nacional del servicio universal de los años 2003, 2004 y 2005 a los operadores no incluidos en las tablas de los puntos anteriores, de acuerdo con lo resuelto por la CMT en la 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.

QUINTO.- Acordar la publicación de la presente resolución en el Boletín Oficial del Estado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones y del Procedimiento Administrativo Común, y 47.1 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.

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.