



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

CERTIFICA

Que en la Sesión número 16/12 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 19 de abril de 2012, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución por la que se resuelven los recursos de reposición interpuestos por Vodafone España, S.A.U. y France Telecom España, S.A.U. contra la Resolución de esta Comisión, de 21 de diciembre de 2011, sobre la aprobación del coste neto de prestación del servicio universal para el ejercicio 2009 presentado por la primera (AJ 2012/101 y acumulado).

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Resolución de 21 de diciembre de 2011.

Con fecha 3 de agosto de 2010 tuvo entrada en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, esta Comisión) un escrito de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) por el que presentaba los resultados del Sistema de Contabilidad de Costes y los resultados del coste neto del servicio universal correspondientes al ejercicio 2009.

Tras este trámite y los sucesivos relacionados con la verificación de los datos relativos a esta declaración presentada por el operador, con fecha 2 de septiembre de 2011 esta Comisión procedió a la apertura de oficio del correspondiente procedimiento administrativo con el fin de aprobar la cuantificación del coste neto de la prestación del servicio universal declarado por TESAU correspondiente al ejercicio 2009.

Finalizada la instrucción del procedimiento, con fecha 21 de diciembre de 2011 el Consejo de la Comisión aprobó la Resolución sobre la aprobación del coste neto de prestación del servicio universal presentado por TESAU para el ejercicio 2009, en la que se resolvió lo siguiente:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“PRIMERO.- *Apreciar el coste neto del servicio universal incurrido por Telefónica de España, S.A.U. en el ejercicio 2009, descrito en la tabla siguiente (cifras en euros):*

cifras en unidades de euro	Año 2009
Coste Neto en Zonas no rentables	37.831.660
Coste Neto por prestaciones a Usuarios Discapacitados	9.446
Coste Neto derivado de usuarios con tarifas especiales	17.119.053
TOTAL COSTE NETO APRECIADO EN EL AÑO	54.960.159
<i>Menos: BENEFICIOS NO MONETARIOS</i>	<i>8.176.461</i>
COSTE NETO DEL SERVICIO UNIVERSAL	46.783.698

SEGUNDO.- *Reconocer la existencia de una carga injustificada para Telefónica de España, S.A.U. como consecuencia de la obligación de prestación del servicio universal en el ejercicio 2009.*

TERCERO.- *Instar a Telefónica de España, S.A.U. a que en próximos ejercicios junto con su declaración del coste neto del servicio universal asumido y auditado aporte los correspondientes estudios de estimación de beneficios intangibles.*

CUARTO.- *Instar a Telefónica de España, S.A.U. a que en próximos ejercicios aporte el detalle de las subvenciones recibidas destinadas al servicio telefónico básico, con desglose de los importes por momento de concesión y cobro como documentación soporte a su propuesta de coste neto del servicio universal. La presentación de esta documentación deberá ser previa comprobación por su auditor externo.*

QUINTO.- *Acordar la publicación de la presente Resolución en el Boletín Oficial del Estado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 59.5 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.”*

SEGUNDO.- Recurso de reposición interpuesto por Vodafone España, S.A.U.

Con fecha 23 de enero de 2012 tuvo entrada en el Registro Electrónico de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de Vodafone España, S.A.U. (en adelante, VODAFONE) mediante el que interponía recurso potestativo de reposición contra la Resolución de 21 de diciembre de 2011 a la que se ha hecho referencia en el antecedente de hecho anterior.

Sobre la base de lo establecido en los artículos 62.2 y 63.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), VODAFONE considera que la Resolución recurrida es **nula o cuando menos anulable** por resultar contraria a la regulación vigente y afectar gravemente a sus intereses.

En concreto, VODAFONE entiende, por un lado, que la Resolución es nula de pleno derecho porque vulnera el principio de transparencia que ha de regir la determinación del coste neto del servicio universal (en adelante, CNSU) en el componente de zonas no rentables,



establecido en el artículo 24 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), y los artículos 26.3 y 40.2 del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril¹ - Reglamento del Servicio Universal (en adelante RSU) -, en concordancia con el artículo 4 de la LOFAGE² y el artículo 4 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante LES). En particular, la vulneración del ordenamiento jurídico y la falta de transparencia residen, según la recurrente, en el incumplimiento de la norma de la metodología para la determinación del CNSU que establece que todas las partidas incluidas o excluidas del coste neto han de estar debidamente auditadas.

Por otro lado, al amparo de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la LRJPAC, la recurrente alega que la Resolución impugnada es **anulable** por haber infringido el marco normativo aplicable en los siguientes puntos:

- La normativa relativa a la salvaguarda de la información confidencial, en la medida en que no se ha permitido el acceso a los interesados a determinados datos contenidos en los escritos de TESAU y en el informe de auditoría de la contabilidad de costes elaborado por SVP³, vulnerando de esta forma el derecho de acceso al expediente que ostentan el resto de operadores obligados a contribuir a la financiación y el principio de transparencia (de conformidad con el artículo 31 de la LRJPAC, artículo 4 de la LOFAGE y artículo 4 de la LES), y el deber de motivación de los actos administrativos recogido en el artículo 54 de la LRJPAC.
- Falta de motivación e infracción de lo dispuesto en el artículo 9.3 de la CE en lo relativo a la valoración que se efectúa del importe de los beneficios no monetarios.
- En lo relativo a la determinación de la existencia de una carga injustificada para TESAU por la prestación del servicio universal, VODAFONE alega que se ha vulnerado el ordenamiento jurídico europeo (Directiva del Servicio Universal), que vincula a la Administración en la interpretación que ha de realizar del artículo 46 del RSU, y que la decisión adoptada en este sentido incurre en vicio de arbitrariedad y falta de motivación.

Sobre la base de todo lo anterior, la recurrente solicita que se modifiquen los resuelve Primero y Segundo de la Resolución impugnada en lo relativo a la minoración del coste neto de la prestación del servicio universal en las zonas no rentables por la percepción de subvenciones y al reconocimiento de la existencia de una carga injustificada para TESAU.

TERCERO.- Recurso de reposición interpuesto por France Telecom España, S.A.U.

Con fecha 27 de enero de 2012 tuvo entrada en el Registro Electrónico de esta Comisión un escrito de France Telecom España, S.A.U. (en adelante, ORANGE), por el que interponía asimismo recurso potestativo de reposición contra la Resolución de fecha 21 de diciembre de 2011 citada anteriormente.

ORANGE plantea en su recurso que la Resolución de 21 de diciembre de 2011 es nula de pleno derecho, lo que fundamenta sobre la base del artículo 62.2 de la LRJPAC, porque vulnera a su juicio las siguientes disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico:

¹ Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios.

² Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

³ La auditoría externa de aspectos específicos de la contabilidad de costes de TESAU correspondiente al ejercicio 2009 se adjudicó por esta Comisión, mediante el correspondiente procedimiento de contratación pública, a SVP Advisors, S.L.



- 1 Disposiciones Derogatoria Única y Final Cuarta del Real Decreto 726/2011⁴, que establecían la derogación de *“cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en este real decreto”* y la entrada en vigor inmediata del mismo, y que obligaban a aprobar una nueva metodología.
- 2 Artículo 41 del Real Decreto 726/2011⁵, relativo al modo de cálculo del coste neto asociado al suministro de las conexiones para la prestación eficiente de los servicios no rentables, por no haber incluido en este cálculo los ingresos provenientes de la prestación de servicios de banda ancha, siendo que éstos son prestados con la misma infraestructura utilizada para los servicios incluidos en el concepto de servicio universal y que esta infraestructura no existiría en las zonas no rentables si no fuera precisamente por la obligación de servicio universal. Por otra parte, también porque la cuantificación realizada en el caso de las tarifas especiales no se ajusta a lo especificado en el referido artículo (posible duplicidad de coste).
- 3 Artículo 42, sobre la cuantificación del coste neto de las obligaciones de prestar el servicio telefónico disponible al público, por entender que las tarifas acordadas entre TESAU y Telefónica Móviles España, S.A.U. (en adelante TME) para el uso de la red GSM se encuentran por encima de las tarifas de mercado para servicios equivalentes y, por tanto, el cálculo del CNSU no cumple con la exigencia prevista en el citado artículo de que el cálculo del coste neto en las zonas no rentables se obtenga *“hallando la diferencia entre los **costes imputables debidos a su prestación eficiente** y los ingresos atribuibles al suministro del servicio telefónico disponible al público en dichas zonas que reviertan al prestador.”*
- 4 Artículo 46 del Real Decreto 726/2011, que exige *“resolución motivada”* de la Comisión para la apreciación de la existencia de una carga injustificada por la prestación del servicio universal.
- 5 El artículo 3.3 de la Directiva 2002/21/CE, de 7 de marzo de 2002 (Directiva Marco), al no cumplir esta Comisión con las obligaciones de transparencia que implican que los interesados en un procedimiento puedan obtener toda la información necesaria para poder alegar, en particular en lo que se refiere al tratamiento confidencial otorgado a la información relativa a las subvenciones recibidas por TESAU que son potenciales minoradoras del coste neto final.

Sobre la base de los motivos indicados, la recurrente solicita la estimación de su recurso y que se declare nula la Resolución impugnada.

CUARTO.- Notificación del inicio del procedimiento AJ 2012/101 y de la acumulación de los recursos.

Mediante el correspondiente escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, fechado el día 2 de febrero de 2012, se informó a los recurrentes y al resto de interesados del inicio del procedimiento de resolución de los recursos de reposición interpuestos por VODAFONE y ORANGE, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

⁴ Real Decreto 726/2011, de 20 de mayo, por el que se modifica el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril.

⁵ En realidad, Artículo Único del citado Real Decreto, que se dedica a exponer la nueva redacción dada a los artículos del RSU que modifica, entre ellos el artículo 41 al que se refiere la recurrente. Lo mismo ocurre en relación que se realiza más adelante a los artículos 42 y 46 del Real Decreto 726/2011.



Asimismo, en virtud de lo establecido en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), en atención al principio de economía procesal y dada la identidad sustancial e íntima conexión del acto contra el que se dirigen los recursos, esta Comisión acordó la tramitación acumulada de los mismos en un único expediente AJ 2012/101 y acumulados.

Finalmente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 112.2 de la LRJPAC, se dio traslado a los interesados de una copia de los escritos de interposición de los recursos presentados por VODAFONE y ORANGE, informándoles de que disponían de un plazo de diez días para poder efectuar alegaciones y aportar documentos al procedimiento si así lo estimaban conveniente a sus intereses.

QUINTO.- Escrito de alegaciones de TESAU.

Con fecha 20 de febrero de 2012, tuvo entrada en el Registro Electrónico de esta Comisión un escrito de TESAU por el que viene a manifestar sus alegaciones en relación con los recursos de reposición presentados. Así, respecto a los argumentos contrarios a la Resolución planteados por VODAFONE, TESAU señala que:

- VODAFONE no puede alegar falta de transparencia, sobre la base del artículo 24 de la LGTel y los artículos 26.3 y 40 del RSU, ya que dichos artículos se encuentran referidos a los principios aplicables a las obligaciones de servicio público con carácter general. Asimismo, indica que sobre la base del principio de transparencia no puede obtenerse información confidencial amparada por el secreto comercial, por lo que la documentación solicitada por VODAFONE contiene datos económicos, comerciales y/o técnicos de carácter confidencial y sensible para TESAU, que afectan a su secreto comercial y cuyo conocimiento por terceros afectaría sus intereses empresariales.
- La argumentación de VODAFONE sobre la aplicabilidad de la reforma del RSU supondría una vulneración al principio de irretroactividad de las leyes, toda vez que el procedimiento de determinación del coste neto de servicio universal se inició en junio de 2010, conforme al RSU vigente en aquella fecha y para el coste neto del servicio universal prestado en el año 2009. En su sentido, señala que dicho principio debe interpretarse en sentido restrictivo, sin extender los términos legales a situaciones no contempladas ni completadas.
- La conclusión de VODAFONE respecto a que la Resolución es anulable por incurrir en arbitrariedad y falta de motivación, no resulta correcta. Más aun cuando la recurrente tiene una discrepancia interpretativa con la transposición de la Directiva comunitaria al ordenamiento español, lo cual no puede entenderse como motivo de nulidad o anulabilidad de una resolución por falta de motivación.

En relación con los motivos de impugnación expuestos por ORANGE en torno al Real Decreto 726/2011, TESAU precisa que no procede la mención a su Disposición Derogatoria Única, ya que dicha derogación se refiere a la Disposición transitoria segunda del Real Decreto 424/2005, referido al régimen transitorio aplicable al servicio universal, señalando que esta derogación es lógica en la medida que el nuevo Reglamento regula el procedimiento de designación de operador para prestar el servicio universal.

Asimismo, señala que este Real Decreto introduce modificaciones normativas respecto al cálculo del coste neto, pero que de conformidad con el principio de irretroactividad de las



normas, estas modificaciones deben ser aplicadas en los cálculos del coste neto de ejercicios posteriores.

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación de los escritos de interposición del recurso.

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones (entre otros actos) podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley, y cumpliendo las formalidades establecidas en el artículo 110.1 de la misma LRJPAC.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y en el artículo 117 se especifica que el plazo para interponer el recurso de reposición será de un mes desde la notificación de la resolución recurrida.

Las entidades recurrentes califican expresamente sus escritos como recursos potestativos de reposición e invoca genéricamente varias causas de nulidad de pleno derecho y de anulabilidad previstas en los artículos 62 y 63 de la LRJPAC; y ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la misma Ley.

Por tanto, y teniendo en cuenta que las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa (artículo 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones; en adelante, LGTel), procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar los escritos de VODAFONE y ORANGE presentados los días 23 y 27 de enero de 2012, respectivamente, como recursos potestativos de reposición interpuestos contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 21 de diciembre de 2011 relativa a la aprobación del coste neto del servicio universal presentado por la entidad TESAU.

SEGUNDO.- Legitimación de las entidades recurrentes.

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición.

Las entidades recurrentes ostentan la condición de interesadas en el presente procedimiento por cuanto que ya lo eran en el procedimiento AEM 2011/1982, y en consecuencia resultan directamente afectadas por las disposiciones adoptadas mediante el acto impugnado.

En atención a lo anterior, se reconoce legitimación activa a las entidades recurrentes para la interposición de los recursos potestativos de reposición objeto de la presente Resolución.

TERCERO.- Admisión a trámite.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJPAC los recursos administrativos que interpongan los interesados han de estar fundamentados en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 o 63 de la misma Ley.



Los recursos de reposición interpuestos por VODAFONE y ORANGE cumplen con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC, se han presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, y vienen fundamentados en varios de los motivos de nulidad y anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la misma Ley. Ha de concluirse, por lo tanto, que procede su admisión a trámite.

CUARTO.- Competencia y plazo para resolver.

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, la competencia para resolver los recursos de reposición de VODAFONE y ORANGE objeto de la presente Resolución corresponde al Consejo de la Comisión, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

El presente procedimiento ha de resolverse en el plazo de un mes a contar desde la fecha de presentación del primer escrito de interposición, sin perjuicio de los efectos del silencio administrativo de conformidad con lo establecido en el artículo 43.1 de la LRJPAC.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO.- Sobre los motivos de impugnación en los que se fundamentan los recursos de índole estrictamente jurídica.

Las recurrentes fundamentan sus recursos, tal y como requiere el artículo 107.1 de la LRJPAC, en diversos motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de esta Ley.

Tanto VODAFONE como ORANGE alegan la nulidad de pleno de derecho del acto impugnado por incurrir en el motivo recogido en el artículo 62.2 de la LRJPAC, que expresa que:

“Artículo 62. Nulidad de pleno derecho.

*2. También serán nulas de pleno derecho las **disposiciones administrativas** que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.”*

En particular, las recurrentes relacionan la aplicación de este artículo con la vulneración de la LGTel, el RSU, la LES, el Real Decreto 726/2011 y la Directiva de Servicio Universal.

Por su parte, VODAFONE añade un segundo motivo impugnatorio relativo a la supuesta anulabilidad de la Resolución sobre la base de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la LRJPAC, que señala que:

“Artículo 63. Anulabilidad.

*1. Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier **infracción del ordenamiento jurídico**, incluso la desviación de poder.”*

Al respecto es preciso poner de manifiesto varias cuestiones que se desarrollan a continuación.



1.1 Sobre la aplicación del artículo 62.2 de la LRJPAC.

ORANGE fundamenta íntegramente su solicitud de revisión del acto impugnado para que se declare su nulidad sobre la base del artículo 62.2 de la LRJPAC y VODAFONE alega esta causa para justificar la nulidad de la Resolución por vulnerar ciertos artículos del marco normativo sectorial (Motivo primero de su recurso).

El citado apartado 2 del artículo 62 precisa que “*También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones (.....)*”. Por tanto, en lo que se refiere a los motivos de nulidad de pleno derecho, el número 1 del artículo comentado se refiere a los supuestos de las infracciones del ordenamiento jurídico-administrativo determinantes de la nulidad de un acto administrativo y el número 2 a las infracciones de disposiciones administrativas.

Las disposiciones administrativas o reglamentos son normas que emanan del Gobierno y de las Administraciones públicas e inmediatamente inferiores a las leyes en términos de jerarquía de las fuentes del Derecho.

El acto contra el que se dirigen los recursos en este caso es una Resolución dictada por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que no tiene el carácter de reglamento sino de mero acto administrativo decisorio o resolutorio de un procedimiento. En consecuencia, la invocación efectuada por las recurrentes respecto del artículo 62.2 no es correcta, ya que tratándose en el caso que nos ocupa de un acto administrativo y no de una disposición administrativa, la nulidad por presunta vulneración del ordenamiento jurídico ha de basarse en el artículo 63.1 de la LRJPAC (“*Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico*”), siendo entonces un motivo de anulabilidad y no de nulidad.

No obstante lo anterior, de conformidad con el principio antiformalista que rige la actividad administrativa, se procederá a analizar las alegaciones efectuadas en los recursos entendiéndolas como posibles vicios constitutivos de anulabilidad.

1.2. Sobre la alegación de la presunta infracción del Real Decreto 726/2011.

ORANGE fundamenta la mayor parte de sus alegaciones en la idea de que la Resolución de 21 de diciembre de 2011 es contraria al Real Decreto 726/2011. Sin embargo, este Real Decreto, que tiene como único objeto la modificación de ciertos artículos del RSU, fue dictado con fecha 20 de mayo de 2011 y entró en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, es decir el día 25 de mayo del mismo año. Ello quiere decir que en la fecha en la que se acordó la Resolución impugnada, 21 de diciembre de 2011, el Real Decreto 726/2011 había desplegado plenamente sus efectos y el texto del articulado presuntamente infringido era realmente el texto del articulado del RSU.

En definitiva, procede aclarar que, al igual que en el punto anterior, la referencia hecha por ORANGE a la norma supuestamente vulnerada también es incorrecta y se entenderá hecha al RSU. En el fundamento jurídico siguiente se razonará porque entiende esta Comisión que la Resolución de 21 de diciembre no es contraria a las leyes o disposiciones de aplicación y por ello no procede su modificación.



1.3. Sobre el tratamiento confidencial que se ha dado a determinados datos obrantes en el expediente y la presunta vulneración del principio de transparencia.

Las dos recurrentes se manifiestan en contra de las declaraciones efectuadas en el marco del procedimiento AEM 2011/1982⁶ por las que se otorga el tratamiento de confidencial a determinados datos necesarios para su defensa como interesados, y alegan como vicio de la Resolución del procedimiento la presunta vulneración del principio de transparencia y del derecho de acceso al expediente de los interesados, en concreto del artículo 3.3 de la Directiva Marco⁷, el artículo 31 de la LRJPAC, el artículo 4 de la LOFAGE y el artículo 4 de la LES, causándose con ello como consecuencia también vulneración del artículo 54 de la LRJPAC.

VODAFONE en particular se refiere a:

- (i) Información aportada por TESAU y declarada confidencial relativa a las subvenciones percibidas, habida cuenta que alguna de esa información es histórica y esta circunstancia debería pesar en la valoración del secreto comercial afectado y puesto que se trata de información parcial.
- (ii) La censura aplicada al informe de auditoría de SVP (en el marco del procedimiento AEM 2011/1202).
- (iii) Aun en el caso de que los datos sean legítimamente confidenciales, ni la Resolución ni la Declaración de Confidencialidad motivan adecuadamente por qué, ocultándose a Vodafone el criterio y aduciendo falta de motivación, deviniendo la Resolución “cuando menos anulable”.

Respecto de la vulneración del marco jurídico de protección de confidencialidad, como se recogía en las declaraciones de confidencialidad citadas, éste se encuentra disperso en diversas disposiciones de diferente naturaleza, pero, en el ámbito específico del sector de las telecomunicaciones, la LGTel contempla el tratamiento que las Autoridades Nacionales de Reglamentación deben dar a la información confidencial aportada por las entidades del sector en su precepto 9.1 y en la Disposición Adicional Cuarta, al establecer la obligación de éstas de garantizar la confidencialidad de la información suministrada que pueda afectar al secreto comercial o industrial y que “cada Autoridad decidirá, de forma motivada y a través de las resoluciones oportunas, sobre la información que, según la legislación vigente, esté exceptuada del secreto comercial o industrial y sobre la amparada por la confidencialidad”.

Tratándose de un concepto jurídico indeterminado, corresponde a la Administración que maneja la información determinar en cada caso qué queda comprendido exactamente en el ámbito del secreto comercial o industrial de la entidad titular de los datos. En este caso, esta Comisión consideró, en línea con el criterio habitual aplicado en la calificación de información confidencial, que el importe y origen de las subvenciones excluidas del cálculo del coste del servicio universal eran datos “*extremadamente sensibles para la estrategia financiera empresarial de la operadora*” y que procedía su tratamiento como información confidencial.

En este sentido, no puede alegarse vulneración del derecho de acceso a los expedientes ni del principio de transparencia cuando el propio marco regulatorio sectorial (LGTel) prevé la

⁶ Actos de trámite de fechas 20 de diciembre de 2012 y 2 de febrero de 2012, que eran recurribles y que ni VODAFONE ni ORANGE recurrieron en su momento.

⁷ “Los Estados miembros velarán por que las autoridades nacionales de reglamentación ejerzan sus competencias con imparcialidad, transparencia y a su debido tiempo. (...)”.



obligación de garantizar la protección de la información confidencial aportada por los operadores, y deja al criterio de la Administración competente la determinación de los datos concretos que quedan amparados por la confidencialidad.

La propia declaración de confidencialidad efectuada en el marco del procedimiento señala que la decisión se adopta una vez efectuada la correspondiente ponderación de intereses contrapuestos, el de la comunicación de los datos, por un lado, y el de su protección, por otro, y es claro que el cumplimiento del principio de transparencia tiene sus límites en la protección del secreto comercial e industrial de los operadores.

No se aprecia, por tanto, en la actuación de esta Comisión ni vulneración de los derechos atribuidos a los interesados en el procedimiento ni vulneración del principio de transparencia. No obstante, en relación con el cumplimiento de este principio cuanto a la publicidad de la información sobre las subvenciones y la censura aplicada al informe de auditoría de SVP, en el apartado 2.2 del siguiente fundamento de derecho se aportará la correspondiente fundamentación desde el punto de vista técnico.

1.4. Sobre la presunta falta de motivación en la que incurre esta Comisión en relación con algunos aspectos de la Resolución impugnada.

La falta de motivación es alegada por ambas recurrentes en relación con diversos aspectos de la Resolución impugnada, principalmente en lo relativo a la valoración del importe de los beneficios no monetarios, a la apreciación de la existencia de una carga injustificada para TESAU por la prestación del servicio universal y a la declaración de confidencialidad de los datos sobre subvenciones.

La motivación de los actos administrativos ha sido definida en innumerables ocasiones por la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país como aquella exigencia de hacer públicas las razones de hecho y de derecho que fundamentan el acto adoptado por el órgano administrativo, de tal forma que las partes puedan conocer las razones que condujeron a la decisión adoptada, que justifican el acto.

El Tribunal Supremo entiende que para que un acto sea motivado no se requiere una extensa exposición de razonamientos sino que *“la suficiencia de la motivación viene determinada por un punto de referencia obligado, cual es la mayor o menor necesidad de un razonamiento más extenso o conciso, según las circunstancias que hayan de explicarse y las fundamentaciones que se precisen para que, en su virtud, las partes, puedan adecuadamente defenderse e invoquen cuantas alegaciones de hecho y de derecho tengan por conveniente, lo que constituye la genuina finalidad de la motivación legalmente exigida”*⁸. Asimismo, en su Sentencia de 8 de marzo de 2006⁹ el Tribunal entiende que *“el controvertido acto administrativo estuvo suficientemente motivado porque expresó la fundamentación fáctica y la justificación normativa de su decisión”*.

En la misma línea, en la SAN de 26 de febrero de 2007¹⁰, que fue confirmada posteriormente por STS de 15 de diciembre de 2009, se declara en relación con una Resolución de esta Comisión que:

“(...) es necesario tener en cuenta la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional y constante jurisprudencia del Tribunal Supremo que considera idóneo, para el cumplimiento de los fines de la motivación del acto administrativo, dar a conocer al

⁸ STS 12 de enero de 1998, RJ 1998/819.

⁹ RJ 2006\5702.

¹⁰ JUR 2007\52343.



destinatario las auténticas razones de la decisión que se adopta y permitir frente a ella la adecuada defensa.”

En el supuesto concreto de la Resolución recurrida no hay falta de motivación porque a lo largo de sus treinta y ocho páginas, y, en particular, en los Fundamentos de derecho III y IV, quedan suficientemente razonados los motivos que han llevado a este organismo a apreciar la existencia de una carga injustificada para TESAU como consecuencia de la prestación del servicio universal y a estimar el CNSU en la cantidad de 46.783.698 euros, describiéndose sucintamente a lo largo de los citados fundamentos, tanto el marco jurídico aplicado, como el proceso y criterios tenidos en cuenta por el organismo para adoptar la decisión que pone fin al procedimiento.

En definitiva, del contenido de la Resolución pueden colegirse claramente las razones que determinaron la decisión final contenida en el “Resuelve” y permite a los interesados la defensa, en su caso, tal y como requiere la doctrina del Tribunal Supremo citada, por lo que han de desestimarse las alegaciones planteadas en este sentido por las recurrentes. Lo mismo cabe decir de las declaraciones de confidencialidad efectuadas en el marco del procedimiento, teniendo en cuenta además que el margen de apreciación del carácter confidencial de la información que se deja a la Autoridad Nacional de Regulación es amplio al tratarse de un concepto jurídico indeterminado.

SEGUNDO.- Sobre el análisis y contestación a las alegaciones de contenido eminentemente técnico contenidas en los recursos.

2.1. Sobre la vulneración de las Disposiciones Derogatoria Única y Final Cuarta del Real Decreto 726/2011, implicando la nulidad de pleno derecho de la Resolución del CNSU de 2009.

ORANGE cita la Resolución sobre la determinación de los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del Servicio Universal por el ejercicio 2008¹¹ (en adelante, FNSU 2008) donde se argumentaba la no aplicabilidad del RD 726/2011 dado que dicho procedimiento se había iniciado – el 27 de enero de 2011 – con anterioridad a la entrada en vigor de dicho Real Decreto.

Entiende ORANGE que el Real Decreto 726/2011 entró en vigor el día 25 de mayo del 2011, y debería haber aplicado al procedimiento de determinación del CNSU por 2009 pues era la legislación que estaba en vigor al iniciarse el procedimiento (el procedimiento del CNSU 2009 se inició el 2 de septiembre de 2012).

A juicio de la recurrente se debería haber postergado el cálculo del coste neto del servicio universal 2009 a la aprobación de una nueva metodología, y reflejar lo establecido las nuevas disposiciones del mencionado Real Decreto 726/2011.

ORANGE entiende que, en consecuencia, la Resolución adoptada para la determinación del CNSU de 2009 es nula de pleno derecho pues:

(i) se vulnera el artículo 41 Real Decreto 726/2011 por falta de inclusión de los beneficios de la banda ancha en el cálculo de las zonas no rentables.

(ii) se vulnera el artículo 41 Real Decreto 726/2011 por la cuantificación realizada en el caso de tarifas especiales (posible duplicidad de coste).

¹¹ Resolución sobre la determinación de los operadores obligados a contribuir al Fondo nacional del servicio universal por el ejercicio 2008, de 27 de septiembre de 2011 (AEM 2011/10).



(iii) se vulnera el artículo 46 Real Decreto 726/2011 por falta de motivación de la carga injustificada.

Efectivamente, sería incorrecto argumentar que el Real Decreto 726/2011 no está en vigor. No obstante, entendemos que no se vulnera el RSU ni su modificación por el citado Real Decreto 726/2011, ya que la estimación del CNSU se realiza con la Metodología que es acorde con el RSU, que esta Comisión considera adecuada al ámbito del servicio universal en el ejercicio para el que se cuantifica, el 2009, y que se viene aplicando consistentemente en los procedimientos de coste neto desde su aprobación.

Tal y como queda suficientemente argumentado en los Fundamentos de Derecho de la Resolución recurrida, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.2 del Reglamento del Servicio Universal “[L]a Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones será el organismo encargado de definir y revisar la metodología para determinar el coste neto, tanto en lo que respecta a la imputación de costes como a la atribución de ingresos y deberá ser conforme con lo establecido en este reglamento y basarse en procedimientos y criterios objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionales”. Pues bien, mediante la Resolución del Consejo de esta Comisión de 19 de julio de 2001 se aprobó la metodología para la determinación del CNSU incurrido por TESAU para el año 1999. Esta Metodología sigue siendo válida y adecuada para la estimación del CN dado el ámbito del servicio universal en el ejercicio objeto de valoración, el 2009, y por tanto se aplica para la cuantificación del coste neto en el procedimiento.

No obstante, en la actualidad, esta Comisión está revisando esta metodología al objeto de adaptar la misma al nuevo ámbito del SU previsto en el artículo 52 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, y en las condiciones reglamentarias para su prestación previstas en el RSU, siendo que las modificaciones derivadas de dicha ampliación de contenido han sido introducidas mediante RD 726/2011, de 20 de mayo, y se refieren fundamentalmente a la inclusión del elemento de la conexión a la red que permita comunicaciones de datos en sentido descendente a 1 Mbit por segundo. La aplicación de la nueva metodología de cálculo del CNSU se aplicará por tanto al CNSU correspondiente al ejercicio 2012, por ser este ejercicio el primero al que afectará dicho cambio en la ampliación de los elementos contenidos en la obligación del SU.

En este sentido, las alegaciones formuladas por Orange a este respecto reiteran las ya formuladas por la propia operadora con ocasión del procedimiento del que trae causa este recurso. En la resolución hoy impugnada (puntos III.3 y V.2) se dio respuesta a las referidas alegaciones, razón por la cual ha de remitirse a lo allí expuesto para dar adecuada contestación a los argumentos ahora reiterados.

2.2. Sobre el incumplimiento de la aplicación del criterio de transparencia y auditabilidad en la determinación de la financiación del servicio universal en la Resolución del CNSU de 2009.

VODAFONE particulariza la ausencia de transparencia sobre algunos aspectos concretos del procedimiento AEM 2011/1982. En primer lugar, entiende que la información a la que ha tenido acceso en el procedimiento es insuficiente para comprender el criterio adoptado respecto de las subvenciones descontadas del coste neto (en adelante CN), aduciendo falta de transparencia. Entiende además VODAFONE que el secreto comercial de TESAU no se ve afectado, pues tanto la cantidad concedida como la finalidad que se persigue han sido publicadas por el organismo concedente.



Vodafone manifiesta su acuerdo con el criterio de esta Comisión de que todas aquellas subvenciones percibidas por TESAU durante los ejercicios en que la prestación del servicio universal fue reconocida como carga injustificada minoren efectivamente el coste neto de las zonas no rentables y propone adoptar alguna de las siguientes alternativas para que esas subvenciones sean consideradas:

- (i) Reapertura de los expedientes 2003 a 2008, minoración en cada uno de los costes netos afectados, recalcule de las contribuciones de los operadores al Fondo de cada año e imputar al presente procedimiento las obtenidas en 2009. Vodafone entiende que esta alternativa es más acorde con el criterio de caja e implica menores dificultades administrativas.
- (ii) Realizar ajustes financieros a las cantidades obtenidas en ejercicios anteriores antes de imputarlas al CN de 2009.

A continuación, se refiere a las ayudas otorgadas a TESAU por Orden, de la Consejería de Fomento de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, de 20 de marzo de 2002, solicitando que se minore el CN por al menos por la parte proporcional de dichas ayudas que se hubiera aplicado al servicio telefónico disponible al público (en adelante, STDP) y acceso funcional a Internet.

VODAFONE recomienda a esta Comisión que realice un análisis exhaustivo de las ayudas recibidas por TESAU y opina que deberían someterse a auditoría.

Por su parte, la **alegación segunda de ORANGE** se refiere a la vulneración del artículo 3.3 de la Directiva 2002/21/CE (Directiva Marco), en relación a la falta de transparencia en el procedimiento respecto a las subvenciones de TESAU para servicio universal.

Entiende ORANGE que la cantidad y el concepto de dichas subvenciones no pueden en ningún caso caer bajo el secreto comercial, pues las subvenciones otorgadas por las Administraciones Públicas deben ser publicadas convenientemente en el Boletín Oficial que corresponda, por lo que perderían el carácter de secreto necesario para fijar su confidencialidad.

ORANGE cree necesario la realización de una auditoría que cuantifique la parte en que se ha beneficiado de las mismas el servicio universal y solicita que se publiquen las subvenciones que se descontarán en el futuro (fines de seguridad jurídica y presupuestaria).

Finalmente, ORANGE se refiere también a las subvenciones de extensión de la Banda Ancha que comparten infraestructuras con servicios del SU.

En contestación a las alegaciones anteriores procede señalar lo siguiente:

Respecto de las alternativas propuestas por VODAFONE para el descuento del coste neto de las subvenciones aplicadas al servicio universal, si bien pudieran ser consideradas válidas y razonables, esta Comisión ha decidido adoptar un criterio diferente, atendiendo al momento en que tales subvenciones fueron cobradas por el operador obligado a la prestación del servicio Universal, TESAU. Este criterio es consistente con el criterio adoptado desde el primero de los procedimientos de determinación del coste neto en que se descontaban subvenciones y entiende esta Comisión que es motivo suficiente para mantener dicho criterio (seguridad jurídica).



Respecto de la “seguridad presupuestaria” a que se refiere ORANGE, debemos manifestar que la información proporcionada por TESAU durante el procedimiento y que el criterio seguido por esta Comisión para su minoración del coste neto (criterio de caja), se concluye que el total de las subvenciones concedidas a la operadora para servicios del ámbito del servicio universal en el período de prestación han sido cobradas por TESAU y se han ido descontando del coste neto calculado para los procedimientos instruidos por los períodos 2003 a 2009 . En conclusión, y contestando a la petición de seguridad presupuestaria formulada por ORANGE, en los ejercicios futuros no queda ningún importe por minorar hasta el fin del ejercicio 2009. No obstante, en el momento de determinar el coste neto por el ejercicio 2010 se requerirá a TESAU información sobre subvenciones concedidas en el período y cobradas en el período y, se descontarán del coste neto de zonas no rentables del ejercicio 2010 en caso de cumplirse los criterios con que se vienen descontando estas subvenciones en el marco de los procedimientos de coste neto.

Por otra parte, cabe mencionar que, como bien es conocido por las operadoras, existen instrumentos contables y presupuestarios que permiten dotar provisiones y posteriormente ajustar dichas dotaciones para cubrir las posibles eventualidades derivadas de gastos cuyo importe es conocido de forma estimada.

Respecto de la solicitud de VODAFONE de que se descuenten las subvenciones relacionadas con la Orden de 20 de marzo de 2002, al menos por la parte proporcional de dichas ayudas que se hubiera aplicado al STDP y acceso funcional a Internet, ha quedado claramente establecido en los párrafos anteriores que a criterio de esta Comisión tales subvenciones se han aplicado a servicios de banda ancha y RDSI que caen fuera del ámbito del servicio universal. Tal es el motivo por que no se han descontado del CN. En consecuencia, no procede estimar la petición de VODAFONE al respecto.

Respecto del criterio adoptado por esta Comisión, creemos que ha quedado claramente establecido en el cuerpo de la Resolución recurrida:

“ [...] Esta Comisión señala que el motivo de minorar el coste neto las subvenciones recibidas es evitar que TESAU reciba una doble compensación por medio de las mismas, una vez por el cobro de las subvenciones y otra vez por la compensación que recibe el operador a través del mecanismo de financiación del coste neto del servicio universal. Esto requiere que las subvenciones recibidas – cobradas según el criterio de imputación temporal de la CMT – vengán a disminuir el coste efectivo de prestación del servicio universal y que el cobro se produzca en un momento temporal en que TESAU esté recibiendo del Fondo Nacional de Servicio Universal una compensación por la prestación de este servicio.

Por otra parte, respecto del criterio de imputación temporal, esta Comisión reitera que el criterio que considera válido se refiere a la fecha de cobro (criterio de caja) y no a la fecha de concesión o a la imputación contable, por los mismos motivos ya expresados en el Informe de Audiencia y en todos los procedimientos anteriores de determinación del coste neto que se han minorado subvenciones. El criterio adoptado significa que el hecho relevante es que tales subvenciones fueran cobradas con anterioridad a la fecha de reconocimiento por esta Comisión del derecho de compensación por la prestación del servicio universal al operador obligado, TESAU. Esta Comisión considera que la fecha de referencia es el 3 de Noviembre de 2003, fecha de entrada en vigor de la Ley 24/2003 General de Telecomunicaciones.

Tal y como se decidió en el procedimiento de determinación del CNSU por el ejercicio 2006, “el criterio de imputar las ayudas según la fecha de cobro es el mejor posible,



por cuanto que ya no se trata de un derecho de cobro, sino que la operadora ha podido disponer de su cuantía y los potenciales contribuyentes al Fondo Nacional de Financiación del Servicio Universal deben verse también beneficiados por la rebaja que ello supone sobre la partida de coste neto por zonas no rentables. Adicionalmente a lo anterior, dicho criterio permite una imputación temporal de las subvenciones de una manera transparente y objetiva, en la medida en que únicamente se debe verificar el apunte correspondiente en caja de la entidad que se beneficia de dicha subvención, evitando de esta manera posibles arbitrariedades en la imputación temporal de las subvenciones de capital recibidas por parte de la entidad beneficiaria por la aplicación de distintos criterios basados en el devengo”. [...].”

Esta información viene a responder también al requerimiento de transparencia de VODAFONE, que manifestaba en su escrito que la información a que había tenido acceso en el procedimiento resultaba insuficiente para comprender el criterio adoptado respecto de las subvenciones descontadas del CN.

Así pues, queda claramente explicado en la Resolución que, aplicando estos criterios, la diferencia entre la cifra descontada del coste neto en el Informe de audiencia de los Servicios, de 9.794.249,28 euros, y la descontada en la resolución que pone fin al procedimiento, de 902.649 euros, se debe a que, durante la instrucción del procedimiento, TESAU ha justificado suficientemente que parte de las subvenciones que inicialmente había reportado como aplicadas al servicio telefónico, habían sido en realidad aplicadas a servicios que no pertenecen, en la fecha de prestación, al ámbito del servicio universal (en particular, se trata de varias ayudas cobradas en el período relevante y aplicadas a inversiones realizadas para la extensión de banda ancha con ADSL y para servicios de RDSI por importe de **[CONFIDENCIAL]** euros) y otra parte de las ayudas concedidas habían sido cobradas con anterioridad a la fecha establecida como relevante para su minoración del coste neto, 3 de noviembre de 2003 (en particular un importe de **[CONFIDENCIAL]** euros).

No obstante, la documentación soporte ha sido declarada confidencial en el procedimiento y como confidencial debe permanecer debido a que desvelaría información muy detallada sobre las inversiones en mejora de red de banda ancha y para la prestación de servicios RDSI llevadas a cabo por TESAU en la Comunidad Autónoma de Castilla y León y sobre las fechas de cobro de cada uno de los importes concedidos, cuya revelación entendemos sí afecta al secreto comercial de TESAU.

Esto contesta también a las manifestaciones de ORANGE y VODAFONE, que concluyen que esta información no puede caer bajo el secreto comercial. Si bien es cierto que tanto la cantidad concedida como la finalidad que se persigue han sido publicadas por el organismo concedente y son de libre acceso para los recurrentes, ha de tenerse en cuenta que la información que se ha protegido en el presente procedimiento respecto a tales subvenciones, no es de carácter público. No son publicadas en el Boletín del Estado ni de la Comunidad Autónoma las fechas en que tales subvenciones han sido ingresadas por TESAU, como tampoco se publican las actuaciones detalladas por tecnología y localización que se han realizado para el cumplimiento de los fines para los que la ayuda fue otorgada. Tal es la información que esta Comisión ha decidido proteger bajo el secreto comercial y los motivos expresados en las respectivas declaraciones de confidencialidad se consideran válidos y suficientes.

Respecto de la referencia de ORANGE a las subvenciones referidas a la extensión de Banda Ancha, como ya ha sido argumentado en numerosas ocasiones, estas no pueden ser



descontadas del CNSU 2009 calculado por no pertenecer la banda ancha al ámbito del servicio universal en el ejercicio para el que se calcula.

2.3. Sobre la determinación y la evolución del coste neto asociado al “acceso telefónico disponible al público” y de los medios especiales de acceso (“TRAC”).

VODAFONE entiende que la tendencia natural es que descienda el número de zonas no rentables, se sorprende de que en 2009 se interrumpa esta tendencia y manifiesta la incertidumbre sobre la evolución futura, para concluir que debería revisarse la Metodología para reflejar (y compensar) los servicios prestados bajo esta obligación y no financiar la infraestructura con la que se ofrecen y que debiera proporcionarse mayor detalle sobre el cálculo de este coste. En concreto, alude a la posible no exclusión de todos los costes compartidos por varios generadores de ingresos, destacando el acceso al servicio ADSL de las centrales locales.

Respecto de los medios especiales de acceso, entiende VODAFONE que la Resolución incurre en importantes errores metodológicos y en falta de transparencia:

- (i) En primer lugar VODAFONE no comprende por qué la partida arroja un coste tan elevado habida cuenta de que la actividad TRAC analógico cesó al finalizar el año 2008, de que los costes de amortización por migración del TRAC se vienen devengando desde 2003, del previsible descenso de usuarios dado el aumento de cobertura GSM/UMTS y las referencias de precio – decrecientes – que deben tomarse en las tarifas entre TME y TESAU en este ámbito.
- (ii) En segundo lugar VODAFONE entiende que la Metodología no permite que el número de zonas deficitarias TRAC pueda reducirse con el tiempo, realizando un cálculo alternativo por el que concluye que es dudoso que la prestación se haya guiado por los principios de eficiencia y coste óptimo como debiera.
- (iii) En tercer lugar VODAFONE desea llamar la atención sobre la falta de transparencia en este cálculo, repitiendo el razonamiento realizado en procedimientos anteriores sobre la configuración de centrales TRAC para el cálculo del CN y solicitando que se revisen los cálculos tomando en cuenta lo alegado por Vodafone en este punto.

Por su parte, ORANGE concluye que se vulnera el artículo 42 del Real Decreto 726/2011 en relación con la cuantificación del coste de acuerdo a una prestación eficiente del STDP y los pagos realizados por TESAU a TME.

ORANGE cita el informe de auditoría del SU y concluye que las tarifas del acuerdo TESAU-TME se encuentran por encima de las tarifas de mercado para servicios equivalentes, entendiéndose que una prestación eficiente del STDP (artículo 42 del RSU) jamás debería suponer superar el coste unitario medio que se obtiene de la contabilidad de costes, pues lo contrario supondría traspasar las posibles ineficiencias internas de TESAU al coste neto del servicio universal.

Frente a las manifestaciones de VODAFONE, procede señalar que coinciden con las efectuadas por la entidad en el marco del procedimiento AEM 2011/1982 y que ya fueron debidamente contestadas en la Resolución recurrida, por lo no procede ahondar más en las cuestiones aquí planteadas.

Respecto de la evolución del número de zonas, la Resolución de 21 de diciembre de 2011 manifestaba lo siguiente:



“[...]hay zonas no TRAC que están muy próximas a la rentabilidad cero, es decir, sus ingresos y sus costes son de similar cuantía por lo que unos mayores costes o unos menores ingresos, sin necesidad de grandes diferencias respecto a ejercicios anteriores, puede provocar que estas zonas pasen, de un ejercicio a otro, de rentables a no rentables o viceversa.

El acceso telefónico básico y el servicio telefónico disponible al público sobre este acceso son en la actualidad parte integrante y esencial del servicio universal y como tal se deben considerar sus ingresos y sus costes. Si bien cabe esperar que sus costes disminuyan en el tiempo por un mayor grado de amortización, por ganancias de eficiencia del operador prestador, etc. no es menos cierto que los ingresos por estos servicios son menores, en parte por un cambio de preferencias de los consumidores.

Sin embargo, mientras sean servicios que las autoridades comunitarias han estimado necesario mantener en el ámbito del servicio universal, se han de seguir considerando a los efectos del cálculo del coste neto, con independencia de la repercusión que en el mismo tenga el cambio de tendencia global al que hace referencia la operadora.

Por tanto, esta Comisión entiende que precisamente la metodología empleada ha de contemplar la realidad de los servicios incluidos, en cada momento, en el ámbito del servicio universal y por ello, el cálculo del coste neto del servicio universal deberá reflejar, pero no compensar, los servicios prestados bajo dicha obligación [...].”

Respecto de la cuantificación del coste y la transparencia en el cálculo, a continuación se resumen los argumentos que esta Comisión sigue considerando válidos y suficientes:

- ORANGE alega que las tarifas del acuerdo TESAÚ-TME se encuentran por encima de las tarifas de mercado para servicios equivalentes, entendiéndose que una prestación eficiente del STDP (artículo 42 RSU) jamás debería suponer superar el coste unitario medio que se obtiene de la contabilidad de costes. Hemos de entender que se refiere ORANGE al STDP prestado mediante medios especiales de acceso. En ese sentido, es claro que TESAÚ ha de prestar el servicio pudiendo elegir entre tecnologías de prestación distintas, atendiendo a criterios técnicos y económicos óptimos, y que el coste resultante – del que ORANGE deduce la tarifa entre TESAÚ y TME – es consecuencia de dicho mix de tecnologías. Un auditor independiente ha comprobado los costes incurridos por TESAÚ por la contratación de servicios a otros operadores cuando éstos prestan el STDP en su nombre con medios especiales de acceso, entendiéndose que son correctos. En dicha auditoría se comprobó que la imputación de costes era correcta, excluyendo, entre otros, los que cita VODAFONE en su recurso. Además, se ha dado transparencia a los cálculos efectuados en el marco del procedimiento de verificación de los datos relativos a la declaración sobre el coste neto presentado por TESAÚ por el ejercicio 2009 (AEM 2011/1202).
- Respecto del grado de transparencia de la versión pública de dicho informe de auditoría sobre la revisión de aspectos específicos del cálculo del CNSU por 2009, reiteramos que dicha información resulta suficiente para el seguimiento de los cálculos realizados y que la publicación de información adicional sobre el desarrollo de costes e ingresos para llegar a esos resultados y afectaría al secreto comercial de la operadora.



2.4. Sobre si la Resolución del CNSU de 2009 infravalora el importe de los beneficios no monetarios.

VODAFONE argumenta, en el mismo sentido que ya lo hizo contra el informe de audiencia, que la valoración realizada por esta Comisión es completamente subjetiva y arbitraria, y se refiere específicamente al beneficio “imagen de marca” manifestando que el resultado de la valoración es discontinuo y no coherente con la posición de TESAU en el mercado.

Entiende VODAFONE que la falta de motivación hace que la Resolución sea anulable.

Al respecto basta recordar que esta alegación ya fue contestada por esta Comisión en la Resolución impugnada en el sentido que se expresa a continuación, y al que nos remitimos sin que sea necesario añadir ningún argumento adicional:

“Como se señaló en la Resolución del coste neto del ejercicio 2008¹², esta Comisión reconoce que pueden existir distintas metodologías ya que no se trata de calcular beneficios reales sino de estimar unos hipotéticos beneficios intangibles derivados del hecho de ser el proveedor del servicio universal, por lo que se pueden obtener resultados diferentes. Sin embargo, la metodología que se emplea en este expediente es la que se lleva aplicando desde el ejercicio 2003, justificándose debidamente en aquel momento su desarrollo e implementación, y por tanto, en tanto que esta Comisión no realice una revisión de la misma, como consecuencia de los cambios que tendrán lugar en el ámbito del servicio universal con la introducción de la conectividad de hasta 1 Mbit en el año 2012, se seguirá aplicando de manera consistente en el tiempo.”

2.5. Sobre la arbitrariedad en la determinación de la existencia de una carga injustificada en la Resolución del CNSU de 2009.

VODAFONE entiende, en el mismo sentido ya expresado en sus alegaciones al informe de audiencia de los Servicios, que esta Comisión no justifica adecuadamente su decisión en la Resolución que pone fin al procedimiento, alegando que “*el principal argumento sobre el que se fundamenta la decisión relativa a la existencia de una carga injustificada para durante el año 2009 es que la Comisión no ha hallado un fundamento razonable que le permita sostener que esté justificado que TESAU soporte todo el coste*”. En consecuencia, entiende VODAFONE que la Resolución es anulable por incurrir en arbitrariedad y falta de motivación.

La recurrente incide así en la idea de la ausencia de cambio en la normativa europea que afecte a los criterios para determinar la carga injustificada y la contradicción de la actuación de este Comisión con el espíritu de la Directiva de Servicio Universal.

Por su parte ORANGE, en su alegación primera, punto tercero, manifiesta que en la Resolución del CNSU 2009 no se motiva la existencia de una carga injustificada para TESAU por la prestación del SU en el ejercicio de 2008, entendiendo que, en consecuencia, la resolución adoptada resulta nula de pleno derecho.

Pues bien, ha de indicarse en relación con lo anterior que en el cuerpo de la Resolución recurrida ya se daba contestación a estas mismas alegaciones, por lo que, acogiendo íntegramente lo allí manifestado y considerando que los razonamientos aportados en la

¹² Resolución de 7 de diciembre de 2010 (Expediente AEM 2010/1738).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Resolución siguen siendo plenamente válidos y son además suficientes para entender cumplido el deber de motivación de los actos, se procede a su reproducción:

“Es por tanto, esta alegación idéntica a la planteada en el ejercicio anterior, con la única salvedad a que en este procedimiento Vodafone hace referencia a que los apartados 1 y 2 del artículo 39 del Reglamento del Servicio Universal no se deben interpretar como una compensación automática de tipo económico.

En este sentido, se ha de dejar constancia de que el texto a que hace referencia Vodafone con dichos apartados ya no está vigente en el RSU, toda vez que el RSU se ha modificado por el Real Decreto 726/2011, de 20 de mayo, pasando a ser el artículo de referencia en cuanto a la determinación de la existencia de una carga injustificada el artículo 46 anteriormente citado.

Se observa en dicho precepto que el Reglamento del Servicio Universal no dota de un carácter automático a la carga injustificada, como tampoco lo hacía con anterioridad a la reciente modificación, y por tanto, la existencia de coste neto no supone automáticamente una compensación de tipo económico. En sentido contrario, el texto reglamentario es bien claro, señalando que es la CMT quien debe determinar si dicho coste supone una carga injustificada. No obstante, el artículo no señala la forma en que se debe probar que esta carga injustificada existe sino que es potestad de esta Comisión motivar su existencia, en base a los criterios que estime oportunos.

Frente a lo alegado por Vodafone, esta Comisión considera que en el año 2009 no está justificado que TESAU deba afrontar en solitario los costes de la prestación del servicio universal, cuando otros operadores se están beneficiando en cierta forma de que TESAU siga prestando el servicio universal a determinadas zonas y colectivos. Por otra parte, es necesario mencionar, en línea con lo que indica la Directiva del Servicio Universal, que las obligaciones impuestas al operador obligado a prestar el SU en el ejercicio 2009 han implicado que dicho operador tenga que prestar tales servicios incurriendo en un coste neto significativo, que según esta Comisión, ningún operador asumiría conforme a las prácticas comerciales normales de cualquier mercado.

De forma adicional, esta Comisión entiende que concurren criterios adicionales que confirman el análisis llevado a cabo anteriormente, ya que, tal y como recoge el 15 Informe de Implementación de la Comisión Europea, en España, a julio de 2009, el 27,4% de los abonados estaban utilizando como proveedor de acceso directo a otro operador distinto del operador incumbente, frente al 24,1% de media en la Unión Europea. Esto unido a la peor situación económico-financiera que debe afrontar el operador, no justificarían en ningún caso que, a diferencia de los ejercicios 2003 a 2008 ambos inclusive, donde esta Comisión determinó que el CNSU suponía una carga injusta, TESAU deba soportar la carga que supone la financiación del mismo sin ver empeorada de manera sensible su situación financiera.

En base a lo anterior, esta Comisión considera que, el coste neto determinado en virtud de la presente Resolución implica para la referida operadora una carga injustificada”.

Como conclusión al análisis efectuado en este Fundamento, los razonamientos expuestos en el presente acto junto con los contenidos en la Resolución objeto de recurso avalan la validez de las actuaciones de esta Comisión en el procedimiento AEM 2011/1982, descartan la infracción del ordenamiento jurídico que resulta de aplicación y aportan una motivación



suficiente de los motivos de la decisión administrativa, por lo que no se aprecia justificación técnica o jurídica alguna para proceder a su modificación o anulación.

Por todo cuanto antecede, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar los recursos de reposición interpuestos por Vodafone España, S.A.U. y France Telecom España, S.A.U. contra la Resolución de esta Comisión, de 21 de diciembre de 2011, sobre la aprobación del coste neto de prestación del servicio universal para el ejercicio 2009 presentado por la primera.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por la Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

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