



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 10/11 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 24 de marzo de 2011, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución relativa a los recursos de reposición interpuestos por Vodafone España, SAU, y France Telecom España, S.A. contra la Resolución relativa a la aprobación del coste neto de prestación del servicio universal presentado por Telefónica de España, S.A.U. para el ejercicio 2008 (AJ 2011/116).

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Resolución de 7 de diciembre de 2010.

Con fecha 7 de diciembre de 2010 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó Resolución, en el expediente número AEM 2010/1738, mediante la cual se aprueba el coste neto de prestación del servicio universal (en adelante, CNSU) presentado por Telefónica de España, SAU (en adelante, TESAU), para el ejercicio 2008.

La citada Resolución acordaba en su RESUELVE lo siguiente:

<< **PRIMERO.-** *Apreciar el coste neto del servicio universal incurrido por Telefónica de España, S.A.U. en el ejercicio 2008, descrito en la tabla siguiente (cifras en millones de euros)*

cifras en millones de	Año 2008
Coste Neto en Zonas no	48,71
Coste Neto por prestaciones a Usuarios	0,02
Coste Neto derivado de usuarios con tarifas especiales	35,58
TOTAL COSTE NETO APRECIADO EN EL	84,30
<i>Menos: BENEFICIOS NO MONETARIOS</i>	9,45
COSTE NETO DEL SERVICIO UNIVERSAL	74,85



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 2008.

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 por sustitución del TRAC, con desglose de los importes por momento de concesión y cobro como documentación soporte a su propuesta de coste neto del servicio universal. Asimismo, si dispone del detalle de inversiones efectuadas por central para sustitución del TRAC también deberá presentarlo como documentación soporte. En ambos casos, la presentación 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, SAU.

Con fecha 20 de enero de 2011 tuvo entrada en el Registro de la Comisión un escrito en nombre y representación de la entidad Vodafone España, SAU (en adelante, VODAFONE), en virtud del cual interpone recurso potestativo de reposición contra la mencionada Resolución de 7 de diciembre de 2010 a la que se refiere el antecedente de hecho primero.

VODAFONE considera que la Resolución recurrida está parcialmente incurso en vicio de nulidad de pleno derecho previsto en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), debido a que infringe las obligaciones de transparencia previstas en los artículos 24.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) y 26.3 y 43, 44.1 y 2 del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios (en adelante, RSU). La recurrente funda su recurso en los siguientes motivos:

- En la falta de transparencia en relación al procedimiento de estimación de las “zonas no rentables” para la determinación del CNSU.
- En la utilización de un estándar de costes corrientes completamente distribuidos por parte de la Comisión que no se ajusta a lo establecido en el RSU.

Sobre la base de los anteriores motivos, solicita que se declare nulo lo dispuesto en los resuelve primero y segundo de la Resolución recurrida o, subsidiariamente, anulables de acuerdo con lo establecido en el artículo 63 de la LRJPAC.



TERCERO.- Recurso de reposición interpuesto por France Telecom España, SA.

Con fecha 21 de enero de 2011 tuvo entrada en el Registro de la Comisión un escrito en nombre y representación de la entidad FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. (en adelante, ORANGE), en virtud del cual interpone recurso potestativo de reposición contra la mencionada Resolución de 7 de diciembre de 2010 a la que se refiere el antecedente de hecho primero.

ORANGE considera que la Resolución recurrida es nula de pleno derecho, según lo previsto en el artículo 62.1 e) de la LRJPAC por carecer de suficiente motivación, y en relación con el artículo 62.2 de la misma Ley debido a que infringe las obligaciones de transparencia previstas en el artículo 24 de la LGTel y en los artículos 41, 43 y 44 RSU. La recurrente funda su recurso en los siguientes motivos:

- En el incumplimiento de la normativa sectorial relativa al cálculo del CNSU en relación con la consideración de zonas no rentables y con la obtención de los ingresos, ahorros y costes para realizar dicho cálculo.
- En el incumplimiento de la normativa sectorial en lo relativo a los usuarios con "Abono Social".
- En la vulneración del principio de objetividad al no incluir los márgenes de banda ancha en la cuantificación de los beneficios inmateriales de ciclo de vida y ubicuidad.
- En la falta de motivación del cambio de criterio de la Comisión ante la posibilidad de cambios en la metodología establecida.

Sobre la base de los anteriores motivos solicita la admisión a trámite y la estimación de su recurso.

CUARTO.- Acumulación de ambos recursos y notificación de inicio de su tramitación.

Mediante el correspondiente escrito del Secretario de la Comisión, fechado el día 27 de enero de 2011, se notificó a los interesados que dada la identidad sustancial e íntima conexión de la Resolución contra la que se dirigen los recursos se acordó la acumulación de ambos, en virtud de lo establecido en el artículo 73 de la LRJPAC, y del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación de los recursos de reposición, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC.

QUINTO.- Alegaciones de TESAU.

Tras haber solicitado TESAU, en fecha 3 de febrero de 2011, una ampliación de plazo para efectuar alegaciones a los recursos interpuestos por VODAFONE y ORANGE, presentó un escrito, en fecha 16 de febrero de 2011, por el que manifiesta, sobre la base de varias alegaciones, su oposición a los motivos de impugnación de ambos recursos y su conformidad con la Resolución recurrida por estimarla ajustada a Derecho.



II FUNDAMENTOS JURÍDICO PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación de los escritos.

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 sus escritos como recursos de reposición, y han sido interpuestos 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 ponen fin a la vía administrativa (artículo 48.17 de la LGTel), procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar los escritos de VODAFONE y ORANGE presentados respectivamente los días 20 y 21 de enero de 2011 como recursos potestativos de reposición interpuestos contra la Resolución del Consejo de la Comisión de 7 de diciembre de 2010 (AEM 2010/1738).

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 interesados por cuanto que ya lo eran en el procedimiento número AEM 2010/1738 en el que se dictó la Resolución objeto de impugnación.

En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a VODAFONE y ORANGE para la interposición de sus respectivos 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 las entidades VODAFONE y ORANGE cumplen con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC, que se han presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, y viene fundamentado en los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la misma Ley.



Por todo lo anterior procede la admisión a trámite de los recursos de reposición de VODAFONE y ORANGE.

CUARTO.- Competencia para resolver.

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

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Falta de transparencia en los criterios de imputabilidad de costes de los centros de actividad de TESAU para determinar el CNSU.

VODAFONE alega que se observa una manifiesta falta de transparencia en la determinación de los costes de prestación del servicio universal en contraposición a lo dispuesto en la Directiva del Servicio Universal¹, en la LGTel², en el RSU³ y por jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)⁴ en donde se señala que el cálculo del coste neto debe basarse en criterios transparentes.

En concreto señala que existe una falta de transparencia en los siguientes aspectos o fases de la determinación del CNSU:

- Los criterios de imputabilidad de costes.
- La determinación de las zonas TRAC como zonas no rentables.
- La determinación de costes en zonas TRAC y la sobrevaloración de los medios especiales de acceso.

Señala que aunque esta Comisión haya contratado un informe a SVP Advisors, SL (en adelante, SVP) para que audite el cálculo del CNSU propuesto por TESAU, resulta imposible verificar si se está aplicando correctamente la metodología prevista para el cálculo, motivo por el que entiende que la Comisión debe adoptar un mecanismo de determinación del CNSU por el que se garantice el grado de transparencia exigido por la citada normativa y necesario para permitir, tanto a la Comisión como al resto de operadores que contribuyen a la financiación del CNSU, verificar que no es utilizado por TESAU con la finalidad de obtener una ventaja económica respecto de las empresas competidoras.

Por los anteriores motivos, a juicio de VODAFONE, la Resolución recurrida está incurso en causa de nulidad de pleno derecho del artículo 62.2 y, subsidiariamente en causa de anulabilidad prevista en el artículo 63.1 de la misma Ley por incumplimiento de la normativa relativa al principio de transparencia que ha de regir la determinación del CNSU.

¹ Artículos 3.2, 12.2 y 14 de la Directiva 2002/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

² Artículo 24.2 de la LGTel.

³ Artículos 26.3 y apartados 1 y 2 del artículo 44 del RSU.

⁴ Sentencia del TJUE, de 24 de junio de 2003, en el asunto C-280-00, Altmark, Rep. I-7747.



Previo a contestar a estas alegaciones hemos de indicar que esta Comisión dio contestación a similares alegaciones relativas a la falta de transparencia de la metodología por no disponer de los resultados de costes y de las conclusiones de la auditoría en la Resolución que aquí se recurre tal y como se desprende de su Fundamento de Derecho V.2.2 (páginas 34-38). No obstante, se procede a contestarlas de nuevo de manera más detallada.

Por otra parte, también procede señalar que el artículo 62.2 de la LRJPAC invocado por la recurrente como infringido, no resulta aplicable en el presente supuesto por cuanto el mismo alude a la nulidad de pleno derecho de 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. No obstante, de acuerdo con el principio antiformalista que rige la actuación de la Administración Pública, tratándose en el presente caso de la impugnación de un acto administrativo de carácter resolutorio (y no de una disposición de carácter general), debe analizarse si el mismo podría resultar anulable por infracción del ordenamiento jurídico, en virtud de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la LRJPAC.

a) Sobre la pretendida vulneración de la normativa vigente relativa a la transparencia en la determinación del CNSU.

La recurrente señala que la Directiva del Servicio Universal, en su artículo 3.2, indica como principio general que la forma en que se determine el coste neto debe respetar los principios de objetividad, transparencia, no discriminación y proporcionalidad, sin concretar qué se considera como transparencia. Así, la propia Directiva del Servicio Universal en su artículo 12.2 señala que *“las cuentas y demás información en que se base el cálculo del coste neto derivado de las obligaciones de servicio universal a que se refiere la letra a) del apartado 1 serán objeto de auditoría o verificación por la autoridad nacional de reglamentación o por un organismo independiente de las partes interesadas y aprobado por la autoridad nacional de reglamentación. Los resultados del cálculo de costes y las conclusiones de la auditoría se pondrán a disposición del público.”*

En relación a que la falta de transparencia supone un incumplimiento normativo, en lo que se refiere a la vulneración del artículo 12.2 de la citada directiva, cabe significar que no ha existido la falta de transparencia alegada por cuanto que esta Comisión hace públicos, tal y como lo establece el artículo transcrito de la Directiva, tanto los resultados del cálculo de costes como las conclusiones de la auditoría. Es esa la publicación a la que está obligada esta Comisión y no, como parece pretender VODAFONE, que se hagan públicos la forma en que se realizan los cálculos así como el procedimiento de auditoría en sí mismo.

En su alusión al artículo 14 de la Directiva del Servicio Universal se debe señalar que este artículo referido a la transparencia, tiene relación con el caso de que en el Estado Miembro se ponga en funcionamiento un mecanismo de reparto del coste neto. Sin embargo, este artículo vuelve a hacer mención a que se indique el coste calculado de las obligaciones, sin hacer mención al detalle del proceso de cálculo y que se detallen las aportaciones efectuadas por todas las empresas interesadas, algo que esta Comisión hace público en la Resolución del procedimiento que tiene como objeto determinar qué operadores están obligados a financiar el coste neto del servicio universal y sus cuantías, así como los operadores que durante ese ejercicio quedan exentos de dicha obligación.



La legislación nacional aplicable al efecto realiza una transposición de la norma comunitaria en el mismo sentido descrito sin profundizar en el procedimiento por el que se debe lograr dicha transparencia.

Sobre la base de lo anterior, esta Comisión no considera que se esté vulnerando ningún precepto legal sobre la transparencia debida de los mecanismos para determinar el CNSU.

Al margen de lo anterior, desde un punto de vista normativo-regulatorio el principio de transparencia debe ser relacionado o interpretado con la trazabilidad de los costes presentados y es, en el ámbito de la imputabilidad de los costes, en el que habrá de valorarse si se ha observado el principio de transparencia en el cálculo del CNSU del ejercicio 2008, que se tratará en el subapartado d).

b) Sobre la falta de transparencia en la determinación de las “zonas TRAC⁵” como “zonas no rentables”.

Vodafone señala, como en otras ocasiones, que *“la identificación de las zonas geográficas en las que ha de dividirse el territorio nacional para poder determinar cuáles de ellas son calificadas como rentables o no, es una metodología obsoleta que no se ajusta a la realidad de prestar el servicio universal a usuarios realmente no rentables.”*

Según la operadora, la forma en que se delimitan las zonas geográficas a efectos del cálculo del CNSU es en “zonas rentables” y “zonas no rentables”, de acuerdo con lo previsto por el artículo 41 del Reglamento del Servicio Universal, así como en las resoluciones de 19 de julio de 2001⁶ y de 31 de enero de 2002⁷, confirmadas por la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2007⁸. No obstante lo anterior, esta Comisión viene definiendo las zonas geográficas no rentables en sus resoluciones relativas a la determinación del CNSU en dos tipos: las zonas TRAC (se consideraron 50 zonas TRAC como deficitarias en 2008) y las no TRAC (estas últimas son las definidas como “zonas no rentables” en la metodología de la Comisión prevista en las Resoluciones citadas en este párrafo. De este tipo, solo se han identificado 3 zonas en 2008).

VODAFONE considera que la definición de las 50 zonas TRAC que se incluyen en la Resolución recurrida no guarda relación alguna con el área correspondiente a las centrales locales de TESAU y, en consecuencia, a su juicio no sólo no encaja con la definición de “zona no rentable” definida por la Comisión en su metodología para la determinación del CNSU sino que tampoco lo hace con la definición que de las mismas hace el Tribunal Supremo. En definitiva, que las zonas denominadas TRAC no cumplen con la definición de “zona” en el sentido de que no responden a una demarcación geográfica real ni a la concreta estructura de red que desplegaría un operador eficiente, tal y como se establece en la Resolución de 19 de julio de 2001. Continúa señalando que las zonas TRAC están formadas por meras agrupaciones provinciales de usuarios con accesos mediante

⁵ **Zonas TRAC** son aquellas en las que los usuarios acceden a la red de telefonía pública con tecnologías alternativas al par de cobre, es decir, con acceso celular, satélite o LMDS.

⁶ Resolución de la CMT sobre el coste neto del servicio universal prestado por Telefónica de España, S.A.U para los años 1998 y 1999. (MTZ 1999/1399)

⁷ Resolución de la CMT sobre el coste neto de prestación del servicio universal prestado en el año 2000 por Telefónica de España, S.A.U. (MTZ 2001/5532)

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de julio de 2007, relativa al recurso de casación interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 21 de octubre de 2004, dictada en recurso contencioso-administrativo nº 1641/2001, sobre el cálculo del coste neto del servicio universal prestado durante los años 1998 y 1999.



tecnologías TRAC en torno a una “central virtual”, usuarios que pueden estar localizados en zonas geográficas y socioeconómicas muy diferentes dentro de cada provincia. Así, en cada zona se incluyen usuarios que viven en zonas remotas de la provincia o con niveles de renta relativamente reducidos con usuarios situados en zonas urbanas de esa misma provincia o con rentas más elevadas.

En definitiva, considera que los usuarios TRAC deberían asignarse a las centrales locales o las centrales remotas asociadas que tuvieran más próximas, puesto que ello se ajustaría a la metodología aplicada por la Comisión.

Pues bien, la forma de determinar las zonas geográficas es la de dividir el territorio nacional en unas áreas o parcelas determinadas en las que se puede agrupar a los usuarios por arco de numeración y donde la realidad de la forma en que TESAU ha desplegado su red, no suponga un aumento del coste neto. Por lo tanto, se realizan agrupaciones de zonas disjuntas que se corresponden con aquellas centrales que tienen el mismo arco de numeración y que se encuentran en un mismo edificio por lo que comparten partes comunes de la red. Con esta forma de realizar las agrupaciones de usuarios para determinar las zonas geográficas siempre ha discrepado TESAU, no obstante, ha decidido adoptar este criterio, razón por la cual no ha sido necesario realizar ningún ajuste al respecto en el cálculo del CNSU que ha presentado para el ejercicio 2008.

Luego, al calcular el coste de cada una de estas zonas, de conformidad con la metodología seguida por esta Comisión y citada por la recurrente, algunas resultan rentables y otras no. Así pues, no son criterios de carácter socioeconómico los que constituyen la base para la determinación de una zona geográfica como “no rentable”, sino que es ese mayor coste en el que incurre el operador obligado a prestar el servicio universal por dar un acceso a la red a unos usuarios debido, en exclusiva, a su situación geográfica o demográfica, independientemente del poder adquisitivo o económico que tengan los titulares de la línea, aspecto éste último que queda recogido dentro del componente de coste neto por usuarios con tarifas especiales para un grupo determinado de usuarios que cumplen con unas condiciones impuestas año a año por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.

En contestación a lo anterior, debe de tenerse en cuenta que la justificación de que se hayan determinado zonas no rentables como “zonas TRAC” radica en que a TESAU, como sujeto obligado a prestar el servicio universal *“a todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada”*, le surge la necesidad de dotar de acceso a unos usuarios a los que en muchos casos por sus condiciones geográficas, o no es posible llegar con el par de cobre o ello resulta muy costoso, razón por la que se les venía prestando un acceso rural analógico, tecnología que no permitía dotarlos de acceso funcional a internet en los términos referidos en la Directiva 2002/22/CE del Servicio Universal (Directiva que introduce la obligación de que el servicio universal garantice a todos los usuarios finales, entre otras, una conexión que permita acceder de forma funcional a internet). Por esta razón se vio obligada a migrar a dichos usuarios a otras tecnologías digitales subcontratadas por TESAU, tecnologías que sí permitían dotar a aquellos usuarios de los servicios de acceso funcional a internet. Debemos remarcar, además, que la decisión de utilizar una u otra tecnología subcontratada no es potestativa sino que está ligada al menor coste y a condiciones orográficas, de cobertura, etc.



Por lo tanto, no debe olvidarse que estos usuarios a los que no es posible llegar con el par de cobre surgen por una obligación regulatoria que tiene impuesta TESAU como prestador del servicio universal y por ello, no se corresponden con la concreta estructura de red que desplegaría un operador como TESAU toda vez, que son clientes que no están utilizando la red de acceso de TESAU y que necesitan utilizar las redes de otros operadores con los que TESAU ha subcontratado este acceso, redes basadas en tecnologías y arquitecturas de red completamente diferente. Por ello, esta Comisión entiende que no es causal dar el mismo tratamiento a estos accesos, originados por una obligación regulatoria posterior a la definición de la metodología y de la Sentencia del Tribunal Supremo a la que continuamente hace referencia VODAFONE en su recurso, que al del resto de usuarios que sí utilizan la red de TESAU para tener acceso a la red pública de telefonía con la calidad determinada. Por esta razón, esta Comisión entiende que, la definición de zona geográfica confirmada en la citada Sentencia nada tiene que ver, por su propia definición, con estas tecnologías y arquitecturas de red de terceros operadores empleadas en la provisión del servicio universal a estos usuarios específicos, sino única y exclusivamente con las zonas cubiertas por la red de TESAU.

Por otra parte, VODAFONE alega que la inclusión de las zonas denominadas TRAC también implica un freno a la tendencia decreciente respecto a la evolución del número de zonas no rentables (del año 2001 respecto al 2000 supone un descenso de 61 zonas y, sin embargo del año 2002 al 2001, supone únicamente un descenso de 2 zonas). Y así, asevera la operadora que *“la introducción de estas zonas “no reales” ha supuesto que la determinación del coste neto de la componente geográfica del servicio universal haya sido ficticiamente incrementado desde el ejercicio 2002 a través del artificio de la inclusión en las “zonas no rentables” de las centrales virtuales en el momento en el que TESAU tuvo que comenzar a migrar sus usuarios TRAC a otras tecnologías digitales.”*

La anterior afirmación de VODAFONE no se ajusta a la realidad, ya que como se ha puesto de manifiesto, la definición de estas zonas es la misma desde el ejercicio 2002, si bien ningún otro operador vio la necesidad de manifestar sus discrepancias mediante la realización de alegaciones en este sentido hasta el 2003, ejercicio que fue el primero en el que se procedió a la apertura del Fondo Nacional del Servicio Universal y por tanto surgieron operadores obligados a contribuir al coste neto en que incurría TESAU por la prestación de la obligación de servicio universal.

Respecto al ejercicio realizado por VODAFONE de poner de manifiesto la evolución de las zonas no rentables desde el ejercicio 2000, esta Comisión considera que la inclusión de las zonas TRAC en el año 2002 es el resultado de haber llegado a un límite determinado por la tecnología y que probablemente tiene que ver con los mayores costes que supone la migración de estos clientes, sin entrar a poner en tela de juicio los temas legales y regulatorios que ha supuesto dicha medida. Algo que puede volver a ocurrir en un futuro próximo con la inclusión de la banda ancha en el ámbito del servicio universal. Esta Comisión entiende que a día de hoy, son precisamente estos clientes los que conforman el servicio universal por sus especiales condiciones geográficas que les hacen provocar un coste superior en la provisión del acceso a la red telefónica pública.



c) Sobre la determinación de costes en zonas TRAC y la sobrevaloración de los medios especiales de acceso.

VODAFONE considera que la consideración de zonas TRAC sin corresponder con una demarcación geográfica real ni con una estructura de red que desplegaría un operador eficiente conlleva un considerable aumento en la estimación del CNSU por considerar el coste de *“las falsamente consideradas provincias TRAC como zonas no rentables”* debido a que no sólo hay costes de centro de actividad “medios especiales de acceso” sino también costes de otros centros de actividad, aumento que se podría evitar, como propone, si los usuarios TRAC se asignasen a las centrales locales o las centrales remotas asociadas que tuvieran más próximas.

Al respecto esta Comisión insiste en que la propuesta de VODAFONE, a efectos del cálculo del coste neto, no es más causal que el método empleado en la actualidad ya que se trata de otro criterio de despromediación para el cual se deberían adoptar igualmente ciertas hipótesis de partida, algunas bastante interpretables, como el hecho de asignar costes de redes distintas a las de TESAU como si se tratara de los costes propios de la red de la operadora (puesto que estos clientes no pertenecen a la red de acceso de TESAU sino de otros operadores), con un resultado, de antemano, incierto en el coste neto si bien parece que esta nueva agrupación podría tener el objetivo finalista de reducción del coste neto por zonas no rentables.

Por otra parte, tanto VODAFONE como ORANGE también muestran su desacuerdo con el modo en que se determinan los costes de las zonas TRAC.

Por su parte, ORANGE, aunque sin ampararlo en una supuesta falta de transparencia sino en la vulneración del artículo 43 del RSU, presenta alegaciones por las que muestra su desacuerdo con los costes asociados a la migración de los accesos TRAC a accesos que permitan el acceso funcional a Internet, entendiendo que TESAU venía obligada a regirse por criterios de coste óptimo para la prestación del servicio que no es otro que un acceso funcional a Internet y no un servicio de banda ancha. La operadora sostiene en este sentido que TESAU es muy libre de realizar la migración como ella lo desee y teniendo en mente la futura prestación de servicios avanzados sobre esta migración, pero lo que está claro y lo que intenta asegurar el artículo 43 del RSU *“es que en el cálculo del coste se incluya estrictamente el coste de prestar los servicios incluidos dentro del servicio universal, prestados de forma eficiente, teniendo que ser prestados de forma eficiente los servicios incluidos dentro del servicio universal y no la migración realizada por el operador obligado. Esta parte no niega que la escalabilidad pueda ser un criterio de eficiencia, a lo que se resiste es a financiar el despliegue de infraestructuras que permiten la prestación en el futuro de servicios avanzados de comunicaciones electrónicas cuyos ingresos serán en exclusiva para TESAU”*.

Por ello, sostiene Orange que *“la metodología establecida supone un quebrantamiento del artículo 43.6 en relación con el artículo 43.1 puesto que no se ha incluido en el cálculo el coste eficiente de prestación de los servicios incluidos dentro del ámbito del servicio universal, sino que se ha incluido el coste eficiente de prestación de servicios no incluidos en dicho ámbito, esto es, de la banda ancha.”*



Esta Comisión estima en este punto que no procede más que redundar en lo señalado en múltiples ocasiones; esto es, que se ha tenido especial cuidado en comprobar que la declaración del coste neto se ha sometido a auditoría independiente, poniendo especial énfasis en comprobar que no se hayan imputado al coste neto costes en los que incurre para la prestación de servicios de banda ancha o derivados de su prestación, sino solamente costes incurridos para la prestación de los servicios que forman parte del servicio universal.

Por su parte, VODAFONE considera que existe una sobrevaloración de los “medios especiales de acceso” y que es a todas luces inaceptable que la más importante componente del coste de prestar el servicio universal a los usuarios TRAC se haya podido acordar entre Telefónica Móviles España, SA, (en adelante, TME) y TESAU sin que sea objeto de verificación y control por parte de la Comisión, máxime cuando son los competidores de TME los que, en el marco de otro expediente, vienen obligados a financiar el coste neto del servicio universal e, indirectamente, la red de TME. Por tal motivo, añade, TME podría estar obteniendo un beneficio extraordinario debido a los servicios de acceso radio GSM que presta a TESAU. Si bien dichos servicios podrían suponer unos elevados costes para TESAU, éstos podrían ser fácilmente recuperados en fraude de Ley debido a las aportaciones de los operadores obligados a financiar el coste neto del servicio universal, *“incurriendo así el Grupo Telefónica en un claro “enriquecimiento injusto” gracias a la perniciosa aplicación de la metodología aprobada por la CMT para determinar el CNSU.”*

Añade VODAFONE que existe otra partida dentro de los referidos “medios especiales de acceso” correspondiente al coste de los servicios prestados mediante tecnología analógica que también podría estar excesivamente valorada. Dichos costes corresponden a la compensación que TESAU realiza a favor de TME por mantener activas sus estaciones base mediante tecnología analógica durante el proceso de migración de los usuarios de esta tecnología a la tecnología GSM/GPRS que permite el acceso funcional a Internet. A su vez, VODAFONE no considera justificado que alrededor de un 30% de las líneas procedentes del TRAC analógico hayan sido migradas mediante el despliegue del par de cobre a centrales locales de TESAU y sin embargo esta tendencia no se ha reflejado en la cuenta “medios especiales de acceso”.

Respecto a la sobrevaloración de los “medios especiales de acceso” esta Comisión debe señalar que el Acuerdo o Contrato para la subcontratación del acceso a TME, es el resultado de un concurso público en el que participó activamente en su diseño la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y al que pudieron presentarse todos los operadores que disponían de las tecnologías consideradas en el Proyecto de Sustitución del TRAC analógico, algunas de las cuales sólo recogieron los pliegos sin presentar posteriormente su oferta. El mencionado Contrato, firmado en 2003, tiene un periodo de vigencia de 10 años por lo que ha de tenerse en cuenta que la rentabilidad prevista por TME no fue la de que siempre sería la misma sino que durante los primeros años fuese bastante escasa, incluso nula o negativa, incrementándose gradualmente según se aumentaba la necesidad de TESAU de utilizar sus servicios de acceso GSM/GPRS.

Además, el hecho de que TME pertenezca al Grupo Telefónica no supone que el mencionado Grupo, en su conjunto, sea quien tiene la obligación de prestar el servicio universal. No puede olvidarse que el servicio universal es prestado únicamente por TESAU, empresa societariamente independiente de TME.



En cuanto a la falta de verificación y control por parte de la Comisión del apartado de “medios especiales de acceso”, esta Comisión ha revisado especialmente en los últimos años y especialmente desde el ejercicio 2006 la evolución de los medios especiales de acceso y zonas TRAC, junto con la componente de coste neto por tarifas especiales. Prueba de ello es el hecho de que por primera vez en ese ejercicio, esta Comisión detrae la totalidad de las subvenciones FEDER cobradas por TESAU para la sustitución de la tecnología rural de acceso celular. En este mismo sentido, en las sesiones de auditoría la firma SVP ha realizado todos los años un especial énfasis en conocer cuáles son los costes así como los criterios de imputación derivados de este acceso y del acuerdo. Esto ha quedado reflejado en los Informes de Auditoría de los datos de las declaraciones de CNSU y como tal han sido tenidos en cuenta por esta Comisión en la aprobación de la verificación de la declaración anual del CNSU.

En relación con la sobrevaloración que se hace, a juicio de VODAFONE, del coste de los servicios prestados mediante tecnología analógica, se debe señalar que también ha sido objeto de auditoría por SVP sin que se haya podido comprobar que los costes por este acceso estén excesivamente valorados. Por otra parte, se debe puntualizar que estos usuarios son los que quedaban a lo largo de los años que ha durado la migración de la tecnología rural de acceso celular analógica, pero que a 31 de diciembre de 2008, fecha en que por normativa termina la migración, estos usuarios habrán pasado a cualquiera de las tecnologías contempladas en el mix de la migración (no siendo necesario que se trate de GSM/GPRS), salvo en el caso de que hayan decidido no continuar siendo beneficiarios del servicio universal.

En lo que se refiere al hecho puesto de manifiesto por VODAFONE de que alrededor de un 30% de las líneas procedentes del TRAC analógico han sido migradas mediante el despliegue del par de cobre a centrales locales de TESAU sin observarse esta tendencia en la cuenta “medios especiales de acceso”, esta Comisión ha de reafirmarse en lo señalado en las Resoluciones de CNSU, a partir del ejercicio 2006. En aquellas se expone que las condiciones para el apagado de las subbandas de frecuencias, que traen como consecuencia el abandono definitivo del TRAC analógico, no permitían, para evitar un perjuicio a los usuarios, el apagado de centrales analógicas mientras que quedara un solo cliente que no se hubiera migrado a otra solución; por ello, el coste de esta partida tenía ciertas duplicidades, que no eran en ningún caso imputables a ineficiencias de TESAU sino que se derivaban de las condiciones legales impuestas para la migración. Por ello, una vez que estas centrales han sido apagadas en el año 2009, no habrá más costes por este concepto.

d) Sobre la imposibilidad para comprobar el criterio de imputabilidad de costes.

VODAFONE insiste en que no puede verificarse la correcta aplicación del criterio de imputabilidad de los costes calculados ya que en la Resolución de la verificación de los resultados de contabilidad de costes presentados por TESAU para el ejercicio 2008, sobre la que se fundamenta la tabla 1 de la Resolución recurrida, sólo contiene datos relativos a los ingresos, costes y márgenes de servicios clasificados por actividades como el acceso, el tráfico, el alquiler de circuitos, etc. Esta limitación implica, según la recurrente, que tanto ella como la Comisión (ya que el Informe de SVP no ha aportado mayor transparencia) se encuentran en la imposibilidad de comprobar que en el modelo empleado por TESAU se están excluyendo todos los costes compartidos por varios generadores de ingresos. Tal es



el caso del acceso al servicio ADSL de las centrales locales que se presta sobre las mismas infraestructuras, por lo que sus costes e ingresos deben estar excluidos del cálculo del coste neto a determinar, al no formar todavía la Banda Ancha parte de las obligaciones incluidas en el servicio universal.

En opinión de Vodafone, sería preciso que se proporcionara un detalle mayor de los datos contables de TESAU en aras a poder verificar la corrección del cálculo de los costes que esta operadora imputa a la prestación del servicio universal y que no pueden ser verificados ni controlados adecuadamente sin un grado de transparencia mayor que el actual. En definitiva, solicita que se levante la confidencialidad de la información proporcionada por TESAU respecto de su contabilidad de costes.

La recurrente efectuó idénticas alegaciones a las ahora expuestas en su recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Comisión, de fecha 5 de mayo de 2008, por la que se estimó en parte los recursos de reposición interpuestos por ORANGE y VODAFONE contra la resolución sobre la estimación del CNSU en los años 2003, 2004 y 2005. A dichas alegaciones la Sala, en su Sentencia de 19 de enero de 2011 (JUR 2011\52345)⁹, previo análisis de la explicación que realiza la Resolución de la Comisión recurrida sobre la metodología utilizada para determinar los costes en las distintas zonas y los ajustes procedentes, concluye que esta Comisión “(...) **aplica criterios de imputación de costes que son prácticamente los mismos que ha venido utilizando la Comisión para evaluar el coste de ejercicios anteriores, y que han sido avalados por la jurisprudencia, y contienen valoraciones técnicas en las que la Comisión goza de libertad estimativa. Y habida cuenta de que el deber de transparencia no implica que la Comisión pueda vulnerar el deber de proteger la confidencialidad de la información que le es suministrada cuando ésta contiene datos que puedan desvelar la estrategia competitiva de la operadora.**”

Es más, la recurrente, como operador declarado con poder significativo en el mercado de terminación de voz y que está sujeto a obligación de presentar una contabilidad de costes regulatoria anualmente a esta Comisión, conoce perfectamente, pues es el mismo tratamiento que a ella se le aplica, que los informes de auditoría contratados por la Comisión para la verificación de sus resultados de contabilidad de costes son siempre tratados como confidenciales y no se ponen a disposición de ningún otro operador.

Por ello, esta Comisión no puede estar de acuerdo con dicha afirmación por cuanto que el Informe de Auditoría, junto con el CD Rom que es soporte a la propuesta de coste neto del servicio universal y los anexos de los escritos que acompañan la misma, han sido declarados confidenciales por escrito del Secretario de fecha 22 de junio de 2010, en el marco del procedimiento de verificación de los datos relativos a la declaración de coste neto del servicio universal del año 2008 (AEM 2010/885), procedimiento anterior al de determinación del coste neto del servicio universal para dicho ejercicio.

Así pues, esta Comisión ha de concluir el hecho de que en las Resoluciones de verificación de resultados de contabilidad de costes no aparezcan más que los datos agregados, se debe¹⁰ a que la Comisión tiene la obligación¹¹ de garantizar la confidencialidad de la

⁹ Sentencia de la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional que desestima el recurso interpuesto por VODAFONE contra la resolución de la Comisión de fecha 5 de mayo de 2008, por la que se estima en parte los recursos de reposición interpuestos por ORANGE y VODAFONE contra la resolución sobre la estimación del CNSU en los años 2003, 2004 y 2005.



información que puede afectar al secreto comercial o industrial de los operadores, información sobre la que se apoyan las resoluciones de contabilidad de costes.

Por lo tanto, sobre la base de la protección del secreto comercial e industrial, no es posible proporcionar un mayor detalle de los datos contables de los operadores, y en este caso de los de TESAU.

Por otra parte, es pertinente recordar que esta Comisión en el ejercicio de sus funciones sí puede garantizar que no se están imputando ni costes ni ingresos de servicios no incluidos en el ámbito del servicio universal.

Sobre la base de todo lo anterior, cabe concluir que la Resolución recurrida es conforme con el principio de transparencia que ha de regir la determinación del CNSU, transparencia del CNSU que está garantizada, tanto por su trazabilidad, como por los procesos de revisión y auditoría al que está sometido.

SEGUNDO.- Sobre la utilización de un estándar de costes corrientes completamente distribuidos por parte de esta Comisión.

VODAFONE alega que la Resolución recurrida está incurso en una de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.2 de la LRJPAC en relación con el artículo 43 del RSU debido a la utilización de un modelo de costes corrientes para la estimación de los costes de red en lugar de un modelo de costes incrementales a largo plazo como, según la recurrente, prevé el citado precepto del RSU, motivo por el que no es posible tener absoluta certeza de que los costes considerados no estén afectados por ineficiencias en que concurra la operadora prestadora del servicio universal.

A priori, debe advertirse lo señalado en el párrafo quinto sobre la invocación, por parte de la recurrente, del artículo 62.2 de la LRJPAC.

VODAFONE entiende que los costes que deberían computarse serían los incrementales, ya que *“si TME dejara de contratar a TESAU el servicio de outsourcing para la prestación de servicios de acceso a usuarios TRAC del servicio universal, los costes que se ahorraría serían únicamente dichos costes incrementales pues TME, para prestar sus otros servicios (que son el principal objeto de su negocio) debería seguir incurriendo en todos los demás costes fijos y demás costes comunes y compartidos con los servicios de outsourcing a TESAU. Por ejemplo, si TME dejara de prestar indirectamente el servicio universal a través del outsourcing con TESAU, no podría ahorrar los costes fijos asociados a las estaciones base que dan cobertura a los usuarios TRAC, pues no son imputables al modelo de coste según el estándar de costes incrementales a largo plazo.”*

La consecuencia de la estimación de las anteriores alegaciones sería la imposición de unas nuevas obligaciones de costes no sólo a TESAU sino también a TME. Sin embargo, no es ajustado a derecho imponer obligaciones de costes a operadores que no son los obligados a prestar el servicio universal como TME o Iberbanda y que su única relación con el mismo, es

¹⁰ SAN de 19 de enero de 2011 (JUR 2011\52345): *“Comparte la Sala el criterio expuesto por la CMT de que los costes de TESAU pertenecen al ámbito de su secreto comercial o industrial, por lo que debe protegerse su confidencialidad, sin que la sustracción de tales datos del conocimiento por otras operadoras les cause una grave indefensión, de la que pueda derivarse la nulidad del procedimiento y de la resolución que pone fin al mismo.”*

¹¹ Art. 9 y Disposición adicional Cuarta de la LGTel.



haber sido adjudicatarios de un concurso para realizar el outsourcing con medios de acceso de los que no disponía TESAU.

Pero aun así, en el caso de que regulatoriamente fuese posible, como paso previo habría que determinar propiamente el servicio ofrecido por estos operadores, ya que no se trata de un servicio de terminación o de originación, los únicos regulados por la Comisión para los operadores móviles después de los análisis de los mercados de comunicaciones electrónicas. Y en caso de considerar esta obligación para TME, también se debería diseñar una obligación en el caso de los operadores que prestan el acceso con LMDS o satélite. En cualquier caso, no podemos estar de acuerdo con VODAFONE cuando sostiene que el estándar de costes de TESAU hace más que posible que estos medios especiales de acceso estén sobrevalorados, cuando la parte fundamental del servicio no se presta sobre la red de TESAU, sino que es un servicio que paga TESAU a terceros operadores.

Ahora bien, respecto a la alegación de que los costes que deberían computarse serían los incrementales, esta Comisión no comparte la idea de que un coste incremental en que incurre un tercero puede ser, a la vez, un coste incremental para TESAU quien subcontrata el servicio a ese tercero. En cualquier caso, y siguiendo este razonamiento del coste incremental, más bien habría que entender que el coste incremental para TESAU sería equivalente al precio pagado a esos terceros por la prestación de sus servicios ya que en ningún caso estos costes serían evitables para TESAU.

Por otra parte, esta Comisión ha de insistir en que TME no es el prestador del servicio universal sino que proporciona una parte del acceso ante la imposibilidad de TESAU de emplear tecnologías inalámbricas como tal. Las obligaciones que se aplican a TESAU, como prestador del servicio universal, no son aplicables a TME sin perjuicio de que en la auditoría de estos costes se pone especial énfasis en garantizar que no se están imputando más costes en la partida de medios especiales de acceso que los que efectivamente se corresponden con el servicio que otros operadores prestan a TESAU.

TERCERO.- Sobre la consideración de los márgenes de banda ancha en la delimitación de las zonas no rentables.

A juicio de ORANGE, la Resolución recurrida está incurso en la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 62.1 e) de la LRJPAC y, subsidiariamente, en la causa de anulabilidad del artículo 63.1 de la misma Ley por vulneración del artículo 24 de la LGTel, en relación con los artículos 41 y 43 RSU, así como por vulneración del artículo 44 del RSU.

ORANGE vuelve a hacer hincapié en considerar que, a la luz del artículo 24¹² de la LGTel, que remite al RSU el cálculo del ahorro que supone la no prestación del servicio universal, han de tenerse en cuenta los márgenes de banda ancha en la delimitación de las zonas no rentables puesto que, según la recurrente, así se desprende del artículo 41 del RSU que *“relaciona necesariamente la caracterización de una zona no rentable con la existencia de razones exclusivamente comerciales como razón para la prestación de los servicios”*, y el artículo 43 del RSU que *“impone obligatoriamente la necesidad de considerar los ingresos directos e indirectos que produce la prestación”*

¹² En el sentido de que el Art. 24 LGTel establece que el CNSU se determinará en función del ahorro neto que el operador obligado conseguiría de no tener la obligación de prestar el servicio universal, ahorro que se determina conforme lo establece el RSU.



La operadora entiende que ello significa, por una parte, determinar si los beneficios obtenidos por la prestación de un servicio de banda ancha sobre la red de acceso, desplegada inicialmente para prestar los servicios de acceso y de telefonía básica, se pueden considerar como un ingreso indirecto consecuencia de la obligación de servicio universal para así cumplir con el artículo 43 del RSU; y por otra parte, qué servicios comerciales consideraría una compañía a la hora de entrar a prestar sus servicios en un área determinada y así, de esta manera, obtener un plan de negocio que indique si esa zona es una zona rentable o no, para así cumplir, a su vez, con el artículo 41 del RSU.

Entendiendo que la respuesta de la Comisión a la primera de las cuestiones es negativa sobre la base de que a efectos del cálculo del CNSU sólo han de considerarse los servicios que forman parte del servicio universal, la recurrente no comparte el hecho de que esta Comisión haya incluido en el cálculo los servicios de la cuenta "Facilidades Adicionales" siendo que dichos servicios no forman parte del servicio universal.

Por otra parte, ORANGE considera contrario al artículo 44 del RSU que, vulnerando el principio de objetividad que dicho artículo propugna, esta Comisión no haya calculado los márgenes de banda ancha en la valoración de los beneficios inmateriales tras haber considerado eficiente la migración de los accesos TRAC basándose en la futura prestación de servicios de banda ancha.

Previo a dar contestación a estas alegaciones, esta Comisión tiene que poner de manifiesto que la Resolución recurrida se ajusta totalmente a las disposiciones establecidas en el artículo 24 de la LGTel y en los artículos 41, 43 y 44 del RSU. En concreto en su Fundamento de Derecho III "Determinación del coste neto del servicio universal" (páginas 3 a 27) se analiza y determina para el ejercicio 2008 el coste neto del servicio universal en las zonas no rentables de manera ajustada a lo previsto en la citada normativa, ya que el procedimiento establecido no se ha alterado indebidamente ni por la inclusión de costes de red imputables a la prestación de servicios de banda ancha, ni por los ingresos derivados de la prestación de estos servicios. En este sentido las alegaciones de la recurrente son reiterativas de las efectuadas en el procedimiento que ha dado lugar a la aprobación de la Resolución de 7 de diciembre de 2010 [ver su Fundamento de Derecho V.1.1 (páginas 30 a 32)]. Estas alegaciones ya fueron contestadas adecuadamente en la citada Resolución, no obstante lo cual se procede a contestarlas de nuevo.

a) Sobre la consideración de los márgenes de banda ancha como ingresos indirectos.

Entiende ORANGE que el artículo 43 del RSU impone la obligación de considerar los ingresos indirectos que produce la prestación del servicio universal. Por esta razón, alega que han de calcularse los beneficios que obtiene TESAU por la prestación de un servicio de banda ancha como ingresos indirectos por la prestación de servicios sobre una red desplegada para prestar servicios de acceso y telefonía básica, servicios incluidos dentro del servicio universal.

Considera que los servicios de banda ancha prestados por TESAU remuneran y disminuyen el déficit de la red de acceso de TESAU en las zonas no rentables, que además, es la misma red que por la que se prestan los servicios incluidos dentro del servicio universal. Por tal motivo, considera ORANGE que no considerar los márgenes de banda ancha significa que TESAU se ve remunerada de manera doble. Por una parte, por la prestación de



servicios que presta en esas zonas entre los que se incluye la banda ancha; y la segunda, por las aportaciones realizadas por los operadores obligados a financiar el servicio universal que serían menores si se tuvieran en cuenta dichos ingresos indirectos de que disfruta TESAU.

Al hilo de esta alegación, añade que también deberían de incorporarse en el cálculo los márgenes de los servicios mayoristas de banda ancha tales como los que se desprenden de las obligaciones previstas en los artículos 18¹³ a), d) y 19¹⁴ c) del RSU.

En este sentido, esta Comisión se reafirma de nuevo en su postura de no considerar los ingresos de banda ancha, al igual que, no considera los costes de banda ancha como ingreso ni directo ni indirecto del servicio universal pues no está incluido a día de hoy en el ámbito del mismo.

Sobre la red de TESAU se prestan multitud de servicios, como ocurre en todas las industrias de red, y la inclusión de los ingresos de banda ancha carecería de lógica, lo mismo que ocurriría en el caso de incluir todos los demás ingresos de servicios que se prestan sobre esa red ya que, tal y como se ha señalado en otras ocasiones, bajo tal enfoque el servicio universal quedaría diluido en los márgenes de las actividades comerciales del operador, lo cual desvirtuaría la esencia del servicio universal.

b) Sobre la consideración de los beneficios inmateriales que genera la prestación de servicios de banda ancha.

ORANGE señala que la Comisión ha entendido como eficiente la migración de los accesos TRAC basándose en la futura prestación de servicios de banda ancha sobre las infraestructuras desplegadas. No obstante no comprende, y por ende no considera objetivo, el hecho de que esta Comisión no haya incluido los márgenes de banda ancha en la valoración de los beneficios inmateriales, especialmente en la categoría de ciclo de vida, en el que siguiendo el mismo razonamiento que realiza la Comisión para considerar eficiente la prestación futura de servicios, también debería considerar viable la prestación futura de servicios de banda ancha, basándose en el diferente crecimiento de los servicios de comunicaciones electrónicas en donde se puede observar que prácticamente el único cambio en el patrón de consumo de servicios prestados a través de una ubicación fija puede venir dado por la contratación de servicios de banda ancha.

Situación similar presenta el beneficio inmaterial de ubicuidad. ORANGE sostiene que la vulneración del principio de objetividad, en este caso, viene dado por que la Comisión únicamente considera los beneficios que le proporciona a TESAU la prestación de los servicios incluidos dentro del servicio universal, cuando a lo que obliga la regulación vigente es a considerar los beneficios tanto directos como indirectos que le produce la prestación.

¹³ **Art. 18.** Condiciones exigibles a los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas.

Las condiciones que deben cumplir los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas serán las siguientes:

- a. Garantizar la interconexión de las redes y el acceso a estas y a los recursos asociados, de conformidad con lo dispuesto en la [Ley 32/2003, de 3 de noviembre](#), y en su normativa de desarrollo.
- d. Cuando así sea preciso conforme a lo dispuesto en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, permitir la ubicación y el uso compartido de las instalaciones.

¹⁴ **Art. 19.** Condiciones exigibles a los operadores que exploten redes telefónicas públicas.

Las condiciones que deben cumplir los operadores que exploten redes telefónicas públicas serán las siguientes:

- a. Prestar las facilidades de marcación por tonos e identificación de la línea llamante, cuando sea técnicamente factible y económicamente viable.



En el mismo sentido que viene manteniendo esta Comisión, los beneficios intangibles que se deben calcular deben estar íntimamente relacionados con los elementos incluidos dentro del servicio universal ya que de otra manera perdería totalmente sentido el coste neto al poder incluir cualquier beneficio no monetario que el operador obtuviera por el hecho de estar presente en cualquier mercado de comunicaciones electrónicas. Si en el servicio universal no está contemplada la prestación de un acceso de Internet de banda ancha y por ello no está permitido introducir costes por este concepto, al parecer de esta Comisión no se deben considerar tampoco ingresos por servicios de banda ancha.

Por tal motivo, no es apropiado considerar como beneficios inmateriales, en las categorías de ubicuidad y ciclos de vida, los márgenes del servicio de banda ancha por cuanto que dicho servicio no hace parte del servicio universal aun cuando comparta como red soporte la misma red de acceso con la que TESAU presta el servicio universal.

c) Sobre la consideración de los servicios a efectos del cálculo del CNSU.

Alega ORANGE que conforme con el artículo 24 de la LGTel, a efectos de calcular el ahorro que supondría la no prestación del servicio universal, han de valorarse los servicios comerciales que consideraría una compañía a la hora de entrar a prestar sus servicios en un área determinada y así, de esta manera, obtener un plan de negocio que indique si esa zona es una zona rentable o no, para así cumplir, a su vez, con el artículo 41 del RSU.

Entiende que si bien esta Comisión viene reiterando que los servicios a tener en cuenta a efectos del CNSU son únicamente aquellos servicios que forman parte del servicio universal, no entiende cómo es posible que ahora incluya en el cálculo ingresos provenientes de servicios no incluidos dentro del servicio universal. En concreto, señala que la Comisión, en el caso de las "Facilidades adicionales de acceso", ya ha incluido ingresos provenientes de servicios no incluidos dentro del servicio universal que son prestados a través de la misma red de acceso. Es decir, siguiendo la doctrina establecida por esta Comisión, se incurre en una contradicción porque en este ejercicio sí se consideran los ingresos de Facilidades Adicionales para el cálculo del coste neto del servicio universal cuando éstos no deberían haber sido tenidos en cuenta.

A su juicio, debería observarse la misma solución adoptada respecto de los ingresos de Facilidades Adicionales a los ingresos de los servicios de banda ancha puesto que considera *"más lógico y racional desde cualquier punto de vista, que a la hora de realizar un plan de negocio cualquier compañía consideraría absolutamente todos los servicios posibles que se pudieran prestar sobre la red que tiene intención de desplegar para conocer si una zona es o no rentable, lo contrario sería una oda a la ineficiencia, y por tanto se incluiría dentro de esos servicios el servicio de banda ancha pues es un servicio que al igual que los servicios incluidos dentro de la cuenta "Facilidades adicionales" se presta sobre la misma red sobre la que se presta la actividad, digamos, principal, que en este caso sería el servicio telefónico básico; aportando de esta manera el resto de servicios unos ingresos indirectos a esa actividad principal"*.

Al respecto, se debe señalar, en primer lugar que la consideración de las Facilidades Adicionales no es un hecho aislado de este ejercicio ya que TESAU, en sus declaraciones de coste neto, siempre incluía los costes de estos servicios dentro del servicio universal por formar parte éstas del servicio telefónico básico. La única diferencia es que el sistema de



contabilidad de costes no las separaba y es en el ejercicio 2007 y 2008 cuando comienzan a verse como dos cuentas de márgenes diferentes. Además, como bien conoce ORANGE, el servicio de Facilidades Adicionales fue incluido por esta Comisión en la definición del mercado 1 de acceso minorista por considerarse que forma parte del mismo mercado de producto que el acceso prestado al usuario.

Esta Comisión ha considerado siempre que las Facilidades Adicionales son un servicio integrante del Servicio Telefónico Básico y como tal, forman parte de los costes que se consideran y se han considerado en el servicio universal. La diferencia es que en el año 2008 TESAU decidió abandonar su política de gratuidad respecto de la Facilidad Adicional de Identificación de Llamadas y al parecer de esta Comisión, dado que ya se estaba incluyendo el coste asociado a esta facilidad, debía reflejarse también el nuevo ingreso asociado a la Identificación de Llamadas ya que ello podía suponer que mejoraran los márgenes por zonas y reconocer a TESAU un coste neto inferior. Por ello, de acuerdo con la comprensión de que las Facilidades Adicionales son parte integrante del acceso telefónico básico, esta Comisión decidió realizar un ajuste e instar a TESAU para que en la declaración anual de coste neto se incluyeran tanto los ingresos como los costes de esas Facilidades Adicionales que resultaran imputables al acceso y así evitar que se produjera un sesgo en la determinación del coste neto, al minusvalorarse el margen de las zonas, resultando un déficit superior al real y que debieran costear el resto de los operadores.

En este sentido, esta Comisión considera que las Facilidades Adicionales forman parte del acceso y su desglose en la contabilidad regulatoria aporta mayor transparencia al cálculo del coste integrante del acceso. Por ejemplo, así ocurre con la separación del acceso del servicio telefónico básico, que se separa en dos cuentas diferenciadas como son la cuota mensual y la de conexión, sin que haya motivos por ello para excluir alguna de las dos del cálculo del servicio universal. Por ello, los ingresos de las Facilidades Adicionales son ingresos directos del servicio universal y no indirectos, como trata de justificar la operadora, para asimilar los ingresos de banda ancha a posibles ingresos indirectos del servicio universal.

CUARTO.- Sobre el cumplimiento de la normativa sectorial en lo relativo a los usuarios con “Abono Social”.

ORANGE muestra su desacuerdo con la forma en que se calcula el abono social. Señala, respecto de la componente de coste de usuarios con tarifas especiales recogido en el artículo 40 b) del RSU, que la Comisión entiende que los ingresos por tráfico de esos usuarios no deben ser contabilizados para determinar el coste de prestación del servicio. En este sentido, la recurrente entiende que ello es directamente contrario a lo establecido en el Anexo IV Parte A II) de la Directiva de servicio universal, en donde se hace mención expresa a los ingresos generados por, entre otros, este tipo de usuarios:

“ii) Los usuarios finales o grupos de usuarios finales específicos que, teniendo en cuenta el coste del suministro de la red y del servicio especificados, los ingresos generados y la eventual fijación de precios mediante promedio geográfico que imponga el Estado miembro, sólo pueden atenderse con pérdidas o en condiciones de costes no conformes a las prácticas comerciales normales”

La operadora insiste en las alegaciones efectuadas en el marco del expediente y solicita que se revise la cuantificación efectuada en lo que respecta al déficit que generan estos clientes. Asimismo, solicita que se inste a TESAU a informar sobre el tráfico generado por estos



clientes con distinción en zonas para proceder a un cálculo riguroso del coste que conlleva esta obligación.

Esta alegación tampoco es nueva. Tal y como se ha indicado en múltiples ocasiones, los ingresos por tráfico se consideran en el componente de coste neto por zonas no rentables, al igual que en dicho componente, se reconocen los ingresos por cuotas de abono y conexión como si las cuotas cobradas fueran las vigentes en el mercado y no las cuotas que se aplican en el abono social. De esta forma, se consideran todos los ingresos tanto de tráfico como de cuotas de acceso y sólo la parte que es menor ingreso, es decir, la diferencia nominal que supone el abono social, se considera como mayor coste en el componente de tarifas especiales, sin hacer un doble recuento de ingresos o costes.

ORANGE entiende, además, que esta Comisión estaría vulnerando la Directiva del Servicio Universal y cita para ello la parte A ii) del Anexo IV de dicha Directiva. Sin embargo, ha omitido que ese mismo anexo señala que se debe evitar el doble recuento de los beneficios y los costes directos o indirectos.

Entiende esta Comisión que la pretensión de ORANGE es que se inste a TESAU a informar sobre el tráfico que generan estos clientes con distinción de zonas. Ello supondría modificar la metodología para detracer del componente de coste neto por zonas no rentables algunos conceptos como los ingresos por tráfico, los ingresos por las cuotas o incluso la imputación de costes de red por cada uno de estos usuarios suscritos al abono social ya que, de otra forma, se estarían imputando doblemente costes e ingresos en el cálculo del coste neto. En definitiva, los cambios propuestos por ORANGE implicarían una modificación metodológica de calado, que entiende esta Comisión, se debe realizar como consecuencia de cambios relevantes en la configuración de los elementos incluidos en el servicio universal y no por la propia evolución de la competencia en el mercado, cuestión esta última que ya se analiza en los correspondientes análisis de mercados.

QUINTO.- Sobre la falta de motivación de no modificar la metodología establecida.

Orange considera que la Resolución recurrida, en cuanto a la contestación a las alegaciones de VODAFONE y ORANGE relativas a los cambios metodológicos necesarios para adecuar el cálculo del CNSU a las exigencias regulatorias y legislativas, está incurso en causa de nulidad de pleno derecho prevista en los apartados a) y e) del artículo 62.1 de la LRJPAC.

En concreto, la recurrente alega que, de conformidad con las disposiciones normativas vigentes, esta Comisión está obligada a un cambio metodológico. No obstante, esta Comisión ha afirmado que dichos cambios se producirán cuando se produzcan cambios en las condiciones del servicio universal, escudándose en el principio de consistencia. La operadora considera que esta motivación sería suficiente para cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 54 de la LRJPAC, pero que sin embargo la Comisión no ha motivado suficientemente el cambio de criterio seguido en actuaciones precedentes en las que sí ha aceptado cambios metodológicos olvidándose del principio de consistencia.

La recurrente alega que a pesar de esto último, no es necesaria la espera a un cambio en las condiciones legislativas o reglamentarias del ámbito del servicio universal en la medida en que éstas no son las únicas variables que tienen efecto en el coste final de la prestación de estos servicios. También les afecta la evolución del mercado y el uso de las redes.



En este sentido, destaca el cambio en el uso de las redes fijas desde la concepción de la metodología en el año 2001, cuando los márgenes de banda ancha eran negativos y ahora dichos márgenes son superiores a los del servicio telefónico. Además, los accesos de TESAU se prestan empaquetados prácticamente en su totalidad. Por ese motivo, entiende la operadora que urge la modificación de la metodología.

Cita también como ejemplo, respecto de los usuarios con tarifas especiales, que la metodología se definió cuando, tanto las cuotas de acceso como de tráfico, estaban reguladas y el déficit de acceso se saldaba con el margen que reportaba el tráfico telefónico. En este sentido, una rebaja adicional en la cuota de abono para usuarios con tarifas especiales supondría, en aquel tiempo, una pérdida adicional. Sin embargo, ORANGE considera que la mejora sustancial de márgenes globales desde esa fecha altera las premisas iniciales de manera fundamental.

ORANGE alega que esta Comisión se ha apartado del principio de consistencia en otros cambios metodológicos sin tan siquiera citar el cambio sobre el que apoya su alegación.

A juicio de esta Comisión, para proceder a una modificación de la metodología para calcular el CNSU, se tendrían que dar cambios de gran calado, tales como la introducción de nuevos servicios en el ámbito del servicio universal, por ejemplo, la introducción de la banda ancha en el mismo.

En relación a la inadecuación de la metodología utilizando como ejemplo los clientes con tarifas especiales, VODAFONE ya denunció la inadecuación, por falta de transparencia, de la metodología utilizada para la determinación del coste neto por la prestación del servicio universal a clientes con tarifas especiales en su recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Comisión, de fecha 5 de mayo de 2008, por la que se estima en parte los recursos de reposición interpuestos por ORANGE y VODAFONE contra la resolución de la Comisión de estimación del coste neto de prestación del servicio universal en los años 2003, 2004 y 2005 propuesto por TESAU. Pues bien, en la citada Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de enero de 2011, que desestima el recurso de VODAFONE, se pronunció respecto a este punto concluyendo lo siguiente:

“no cabe apreciar la denunciada falta de transparencia e inadecuación de la metodología aplicada por la CMT para la determinación del CNSU a clientes con tarifas especiales.”

Por todo ello y en virtud del respeto al principio de consistencia, esta Comisión estima que desde la puesta en funcionamiento del actual servicio universal nada ha aconsejado la revisión de la metodología de cálculo de coste neto y ésta se ha aplicado consistentemente ejercicio tras ejercicio y así debe seguir siendo hasta que cambios de calado, derivados de la propia regulación del mismo como es la introducción de nuevas obligaciones o servicios, lo hagan necesario.

Por lo tanto no cabe apreciar esta discrepancia sobre la actual adecuación de la metodología empleada para determinar el CNSU como un incumplimiento, ni del artículo 54 de la LRJPAC ni de la doctrina jurisprudencial relativa a la motivación de los actos¹⁵ que

¹⁵ Ver las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de fecha 29 de marzo de 2004 (RJ 2004/1849), 10 de diciembre de 2003 (RJ 2003\9526), 19 de febrero de 2002 (RJ 2002/2957), 29 de febrero de 2000 (Ar. 2000/3166), 20 de enero de 1998 (RJ 1998\1418), 25 de mayo de 1998 (RJ 1998\4486); 9



únicamente exige *“una sucinta referencia a los hechos y fundamentos de Derecho que dan lugar a la adopción de la decisión”* para poder permitir a los interesados poder ejercitar debidamente su derecho de defensa, pero *“sin que se requiera una profunda, extensa y detallada exposición de los razonamientos o argumentos determinantes de su adopción”*.

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

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar íntegramente los recursos de reposición interpuestos por las entidades Vodafone España, SAU, y France Telecom España, SA, contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 7 de diciembre de 2010, dictada en el expediente número AEM 2010/1738, mediante la cual se aprueba el coste neto de prestación del servicio universal presentado por Telefónica de España, SAU, para el ejercicio 2008, por estar la misma plenamente ajustada a Derecho.

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 48.17 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, Reinaldo Rodríguez Illera.

de febrero de 1996 (RJ 1996/1105), y 12 de diciembre de 1990 (Ar. 1990/9918), entre otras.