



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

IGNACIO REDONDO ANDREU, 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 nº 17/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 8 de mayo de 2008, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el que se aprueba la:

**RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVEN LOS RECURSOS POTESTATIVOS DE REPOSICIÓN INTERPUESTOS POR FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. Y VODAFONE ESPAÑA, S.A. CONTRA LA RESOLUCIÓN DE FECHA 29 DE NOVIEMBRE DE 2007, SOBRE LA ESTIMACIÓN DEL COSTE NETO DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO UNIVERSAL EN LOS AÑOS 2003, 2004 Y 2005. (AJ 2008/7).**

### ANTECEDENTES DE HECHO

#### **PRIMERO.- Resolución recurrida.**

Por acuerdo de fecha 29 de noviembre de 2007, adoptado en el seno del expediente con referencia MTZ 2007/1015, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la resolución sobre la estimación del coste neto de prestación del servicio universal en los años 2003, 2004 y 2005.

En dicha Resolución se acordó apreciar el coste neto que la prestación del servicio universal había causado a Telefónica de España, S.A. (en adelante TESAU) en los tres ejercicios referenciados en las cantidades que se señalan, se reconocía la existencia de una carga injustificada para el operador como consecuencia de la obligación de prestación del servicio universal, se instaba a TESAU para que aportase los estudios de estimación de beneficios no



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

monetarios en las propuestas de Coste Neto del ejercicios 2007 y siguientes, y se acordaba abrir el procedimiento administrativo para la determinación de los operadores obligados a contribuir a su financiación. Su parte dispositiva establecía:

*Primero. Apreciar el coste neto del servicio universal incurrido por Telefónica de España, S.A., en los ejercicios 2003, 2004 y 2005, descrito en la siguiente tabla (cifras en millones de euros):*

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

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

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

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

### **SEGUNDO.- Recurso interpuesto por France Telecom España, S.A.**

Con fecha 8 de enero de 2008 ha tenido entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante la Comisión) un escrito firmado por D. Miguel Toledano Lanza, en nombre y representación de France Telecom España, S.A. (en adelante France Telecom), por el que se interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución citada.

La recurrente alega la falta de transparencia en la metodología seguida por esta Comisión, y la ausencia de motivación de la Resolución recurrida. A su juicio, los cambios respecto anteriores análisis de otros ejercicios contenidos en la metodología empleada en el expediente sin una justificación suficiente supondrían una quiebra del principio de motivación de las resoluciones administrativas. Así, aun reconociendo que la elección del método de cálculo es una potestad en la que esta Comisión goza de una gran discrecionalidad



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

técnica, y por lo tanto su criterio es insustituible, la motivación de la Resolución recurrida sería insuficiente debido a su especial exigencia por tratarse de una facultad discrecional.

En segundo lugar, rechaza los cálculos efectuados por esta Comisión para el cálculo de los mayores costes de acceso a ciertos abonados, como la telefonía rural de acceso celular (en adelante, TRAC). Argumenta que se ha tomado como base los precios medios de interconexión móvil de Telefónica Móviles, y no el coste medio de interconexión, criterio este último que atendería mejor al verdadero coste real de la prestación del servicio y que evitaría una sobreestimación del mismo. France Telecom señala que, en este caso, es inaplicable la consideración de un operador sustituto debido a la designación legal de Telefónica de España como compañía obligada a la prestación del Servicio Universal. A su juicio, se deberían tener en cuenta los costes reales en que hubiera incurrido Telefónica de haberse comportado de una forma eficiente. Además, entiende que ese hipotético operador sustituto hubiera podido negociar menores costes, incentivo que no concurre en el caso de TESAU.

Semejantes objeciones son alegadas para el caso de la valoración de los *pseudocostes* de interconexión, calculados a partir de los precios medios de interconexión recogidos en la Oferta de Interconexión de Referencia de TESAU. Para la recurrente, la existencia de un margen sobre el coste real en dichos precios supone un sobreprecio que debiera corregirse. Ello contradiría lo establecido en el artículo 44 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).

En cuanto a los costes por la prestación de servicios a clientes con tarifas especiales, France Telecom estima que deberían considerarse los ingresos generados por el tráfico de dichos clientes. Asimismo, entiende que los usuarios comprendidos en zonas no rentables ya habrían sido considerados.

También alega la falta de consideración del beneficio no monetario derivado del ciclo de vida de los clientes. En concreto, sostiene que existe un gran porcentaje de líneas que han pasado de zonas no rentables a zonas rentables, lo que a largo plazo supondría un considerable beneficio para TESAU.

Rechaza la no consideración del beneficio no monetario supuestamente obtenido por TESAU por tener acceso a los datos sobre el servicio telefónico de los clientes a los que presta el servicio universal.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otra parte, se refiere a la valoración de la existencia de la carga injusta contenida en la Resolución recurrida, porque se estaría aplicando el RSU a situaciones anteriores a su entrada en vigor. Para la recurrente, el RSU supuso la inversión de la carga de la prueba, en el sentido de que esta Comisión tenía la obligación de motivar detalladamente los motivos por los cuales entiende que la prestación del servicio universal supone una carga injustificada para Telefónica.

Por último, alega que los resultados de TESAU en los años a que se refiere la Resolución recurrida no han empeorado, lo que evidencia la falta de pérdida de capacidad competitiva que pueda achacarse a la prestación del servicio universal.

### **TERCERO.- Recurso interpuesto por Vodafone España, S.A.**

Con fecha 14 de enero de 2008 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito firmado por D. Pedro José Peña Jiménez, en nombre y representación de Vodafone España, S.A., (en adelante Vodafone) por el que se interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución arriba citada.

El principal de sus motivos de impugnación es la supuesta arbitrariedad incurrida por parte de esta Comisión en la determinación de la existencia de una carga injustificada para Telefónica por la prestación del servicio universal. Denuncia que esta Comisión ha basado su decisión en una interpretación divergente de los conceptos “carga injustificada” (empleado en el actual marco regulador) y “desventaja competitiva”, (usado por la anterior normativa<sup>1</sup>), cuando en realidad se trata de traducciones al castellano de un mismo término inglés (“*unfair burden*”). Además, entiende que la justificación de la existencia de una carga injustificada basada en las cuotas de mercado es insuficiente, pues sobrevalora el impacto de la prestación del servicio universal sobre la disminución de las cuotas de mercado, disminución que, en todo caso, sería muy ligera e insuficiente para justificar la existencia de una desventaja competitiva. Por otra parte, considera que hubiera debido considerarse la totalidad del tráfico del grupo Telefónica (fijo y móvil).

La recurrente pone de manifiesto, además, las siguientes cuestiones como motivos para sostener que Telefónica no soporta una carga injustificada por su prestación: i) el desfase temporal de la resolución recurrida, al referirse a una situación creada hace más de cinco años; ii) las externalidades positivas, no

<sup>1</sup> Particularmente, la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

sólo para al conjunto de operadores, que genera la prestación del servicio universal de telecomunicaciones; iii) el reducido y decreciente coste que supone para el operador que lo presta y iv) la comparación con otros países de nuestro entorno.

### **CUARTO.- Acumulación.**

Mediante escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 18 de enero de 2008, se acordó a acumulación de los anteriores recursos y su tramitación conjunta, por apreciarse íntima conexión entre ellos.

### **QUINTO.- Alegaciones de TESAU.**

Mediante escrito con fecha de entrada 19 de febrero de 2008 en el Registro de esta Comisión, Telefónica de España, S.A.U. presentó alegaciones a los recursos de Vodafone y France Telecom.

En primer lugar, respecto al recurso de Vodafone, entiende que debería inadmitirse por no basarse en ninguno de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la LRJAP y PAC.

TESAU pone de manifiesto que la resolución recurrida se basa en la diferente situación de mercado de los años analizados respecto de anteriores ejercicios. No obstante, entiende que el término empleado por la actual LGTel es más fiel a las directivas europeas y justificaría la diferente valoración respecto al de "desventaja competitiva" realizada en la resolución recurrida.

En cuanto a la definición arbitraria de las cuotas de mercado, alega que las cuotas de mercado tenidas en cuenta para valorar su situación en el mercado han de ser las relativas al de telefonía vocal en su conjunto, donde su cuota es muy inferior al de telefonía fija, y ha ido decreciendo en los años analizados. Asimismo, deberían considerarse exclusivamente la correspondiente a TESAU, y no la totalidad del Grupo Telefónica, que incluiría los servicios telefónicos móviles.

TESAU se refiere también a otra serie de cuestiones relativas al reparto del coste neto, tales como si es más oportuno partir de los resultados financieros o medirse por la participación porcentual sobre los ingresos totales del mercado.

Por último, entiende que el retraso en la determinación del cálculo no es achacable a TESAU, sino que, al contrario, le perjudicaría al haber tenido que anticipar su costes.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En lo que se refiere al recurso de France Telecom, TESAU señala la inconcurrencia de los motivos de anulabilidad a los que se refiere la recurrente. En cuanto a la falta de transparencia, indica que los datos a partir de los cuales se ha realizado el cálculo provienen de la contabilidad de costes auditada por esta Comisión. También pone de manifiesto que los márgenes estimados en su recurso son parecidos a los contenidos en la resolución recurrida, lo que pone de manifiesto la existencia de suficiente información disponible para todos los operadores.

Sobre la supuesta retroactividad de la norma aplicada, sostiene que en la fecha en la que se acordó la resolución recurrida ya estaba aprobada la nueva LGTel, y por lo tanto era la norma vigente. Añade que el anterior Reglamento tenía un contenido muy semejante al actual en los extremos que se refieren a la determinación del coste del servicio universal.

También rechaza que se valore la existencia de una carga injustificada a partir de los resultados financieros del Grupo Telefónica, debiendo hacerse sólo a partir de los obtenidos en el mercado de telefonía fija.

En cuanto al retraso en la constitución del fondo, manifiesta que ello no le es achacable, y que en todo caso, beneficia al resto de operadores, al haber visto retrasado su deber de financiación.

TESAU se opone a que el cálculo se realice sobre la base de los precios medios de interconexión, en lugar de sobre los precios de interconexión de Telefónica que constan en su contrato para la prestación de la Telefonía de Acceso Rural. Asimismo, los precios de interconexión deberían ser los tenidos en cuenta para el cálculo de los *pseudocostes* de interconexión, en aplicación del método de la operadora sustituta.

Sobre la pretensión de France Telecom de que el cálculo de los costes de prestación del servicio a clientes con tarifas especiales, pone de manifiesto que sólo se tiene en cuenta la subvención de la cuota, y no el tráfico, que si es considerado en la valoración de la zona.

Se opone a la valoración de los clientes teniendo en cuenta su ciclo de vida que propone France Telecom. Así, respecto al método de cálculo, considera que no puede basarse en una rentabilidad por línea constante, y, además, estaría calculando su valor neto en el momento actual de los próximos cinco años.

Por todo lo anterior, solicita que se inadmita el recurso de Vodafone y desestime el de France Telecom, por no concurrir ninguna causa de nulidad o anulabilidad de las previstas en la LRJAP y PAC.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### **SEXTO.- Alegaciones France Telecom al recurso de Vodafone y del resto de interesados.**

En cumplimiento del trámite previsto en el artículo 112 de la LRJAP y PAC, a los recursos de France Telecom y Vodafone fueron puestos de manifiesto a los operadores interesados, de los cuales han presentado alegaciones Colt Telecom España, S.A.U. (en adelante, Colt Telecom); Cableuropa, S.A.U. (en adelante Cableuropa) y Jazz Telecom, S.A.U. (en adelante Jazztel).

Estas alegaciones se han tenido en cuenta en la medida en que se refieren a los propios recursos y no añadían cuestiones nuevas, en estricta observancia del citado precepto legal. En líneas generales, los tres operadores coinciden en los argumentos impugnatorios de las recurrentes, solicitando la estimación de los recursos y la reposición de la Resolución recurrida.

En el caso de las alegaciones presentada por Jazztel, ésta alega también la supuesta inconstitucionalidad de la norma legal en que se fundamenta la decisión de esta Comisión para dar inicio al procedimiento administrativo para la especificación de los operadores obligados a contribuir al Fondo nacional de servicio universal, los criterios de reparto del coste neto, la cuantía de contribución de cada uno de ellos y los operadores que estén exentos en relación con los ejercicios a que afecta dicha Resolución. No obstante, la contestación a esta alegación no puede ser objeto de la presente Resolución ya que, esta Comisión no resulta competente para decidir sobre la constitucionalidad de las normas y, en todo caso, mientras no se declare la inconstitucionalidad de la norma alegada en las instancias correspondientes, esta Comisión no puede dejar de aplicar el ordenamiento jurídico vigente.

France Telecom también presentó alegaciones al recurso de Vodafone mediante escrito con fecha de entrada 20 de febrero de 2008. En él se indica que la situación de TESAU en el mercado es lo suficientemente fuerte como para rechazar la justificación empleada en la resolución recurrida relativa a que la situación del mercado en los años analizados evidenciaba un debilitamiento en la posición competitiva de TESAU.

Coincide con la recurrente en que en los años analizados la prestación del servicio universal ha supuesto una carga progresivamente menor para el operador incumbente respecto de sus resultados. Por el contrario, el porcentaje a asumir por el resto de los operadores sería creciente si el criterio de reparto fuere proporcional a los resultados.

Por último, France Telecom señala que el mecanismo de financiación ha de ser equitativo y no discriminatorio, por lo que se debería tener en cuenta el superior



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

margen del que disfruta el Grupo Telefónica debido al menor coste de sus costes de interconexión.

A los anteriores hechos le son de aplicación los siguientes:

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### I.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

##### **PRIMERO.- Calificación del acto.**

El artículo 107.1 de LRJAP y PAC, 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.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJAP y PAC establece 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.

Ambas recurrentes califican expresamente sus escritos como recursos potestativos de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.17 de LGTel, las resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJAP y PAC, calificar los escritos presentados por France Telecom y Vodafone como recursos potestativos de reposición que se interponen contra la resolución de esta Comisión de fecha 29 de noviembre de 2007 por la que se estima el coste neto de prestación del Servicio Universal en los años 2003, 2004 y 2005, propuesto por Telefónica de España, S.A.U.

##### **SEGUNDO.- Admisión a trámite.**

Ambos recursos de reposición han sido interpuestos cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJAP y PAC.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, se han interpuesto dentro del plazo de un mes desde la notificación del acto previsto en el artículo 117 de la misma Ley, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior, procede admitirlos a trámite.

### **TERCERO.- Competencia y plazo para resolver.**

El acto impugnado fue dictado por el Consejo de esta Comisión, por lo que dicho órgano es competente para resolver el presente recurso de reposición en virtud de lo dispuesto en el artículo 116 de la LRJAP y PAC.

El plazo previsto para la notificación de la resolución es de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, según lo establecido en el artículo 117.2 de la LRJAP y PAC y, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo. En todo caso, el transcurso de dicho plazo supondrá la desestimación presunta del recurso, de conformidad con lo establecido en el artículo 43.2, sin perjuicio de la obligación de esta Comisión de resolver.

### **CUARTO.- Legitimación de la entidad recurrente.**

El artículo 107 de la LRJAP y PAC exige 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 por tratarse de operadores de redes personadas en el procedimiento que puso fin la resolución recurrida.

En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a las recurrentes para la interposición del presente recurso potestativo de reposición.

## **II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES**

**PRIMERO.- La necesidad de fundar los recursos administrativos en alguna causa de nulidad o anulabilidad de las recogidas en los artículos 62 y 63 de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.**

La revisión en vía administrativa se configura en nuestro ordenamiento como una revisión basada en motivos de legalidad, no de oportunidad o idoneidad técnica. En este sentido, el artículo 107.1 de la LRJA y PAC establece que la revisión de los actos dictados por las administraciones públicas, como la pretendida por las recurrentes, debe fundamentarse necesariamente en alguna de las causas de nulidad o anulabilidad contenidas en los artículos 62 y 63 de la LRJAP y PAC. Ello impone a las recurrentes la carga de justificar los



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

motivos de nulidad o anulabilidad que pueden concurrir y en que justifiquen sus pretensiones revocatorias.

Tal y como pone de manifiesto TESAU en su alegaciones a los recursos, France Telecom y Vodafone no justifican la concurrencia de ninguna causa de nulidad o anulabilidad de las previstas en los artículos 62 y 63 de la LRJAP y PAC, exigencia impuesta por el artículo 107 de dicho texto legal.

Ahora bien, huyendo de un principio estrictamente rígido y formalista, lo cierto es que la mención a artículos 43 del RSU o 54 de la LRJAP y PAC cuyo contenido se hubiera contradicho en la Resolución recurrida, ha de ser suficiente para cumplir la exigencia del artículo 107 de la LRJAP y PAC citado, en la medida en que ello sea así, por cuanto serían supuestos encuadrables en el artículo 63 de la LRJAP y PAC, por tratarse de supuestas infracciones del ordenamiento jurídico.

### **SEGUNDO.- Sobre la falta de transparencia.**

France Telecom en su recurso, así como Colt Telecom, Cableuropa y Jazztel en sus respectivos escritos de alegaciones, alegan que la metodología de cálculo del coste neto no es lo suficientemente transparente, contraviniendo así lo previsto en el artículo 44 de RSU. Entienden que la confidencialidad de la mayor parte de los datos impide valorar la eficiencia de TESAU o los márgenes de los que disfruta.

Esta Comisión no puede compartir dicho motivo. En primer lugar porque los criterios de imputación de costes han sido prácticamente los mismos que ha venido utilizando para evaluar el coste de ejercicios anteriores, han sido avalados por la jurisprudencia, y contienen valoraciones técnicas en las que esta Comisión goza de libertad estimativa.

Además, no debe pasarse por alto que la Comisión tiene 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. Los costes de TESAU son un dato que debe protegerse mediante su declaración como confidencial por pertenecer al ámbito de su secreto comercial o industrial, y por lo tanto, no han de estar disponibles al resto de interesados, sin que, a juicio de esta Comisión, ello les cause una grave indefensión.

Finalmente, cabe significar que ningún operador, ni tan siquiera France Telecom, señaló en sus alegaciones al informe de audiencia la falta de transparencia en la tramitación del procedimiento. A este respecto, el artículo 112.1 de la LRJAP y PAC establece que no se tendrán en cuenta en la



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

resolución de los recursos las alegaciones del recurrente cuando habiendo podido aportarlas en el trámite de audiencia no lo haya hecho.

### **TERCERO.- Sobre los aspectos de la metodología empleada.**

#### **1. La estimación de los costes derivados de los medios especiales de acceso y los *pseudocostes* de interconexión.**

France Telecom sostiene que debería haberse empleado el coste medio de interconexión, y no el precio de interconexión móvil de Telefónica Móviles para el cálculo de los costes derivados de la utilización de medios especiales de acceso para dar servicio a zonas no rentables, por ser éste un criterio más ajustado al coste real de la prestación del servicio. Para la recurrente, la justificación por parte de esta Comisión sustentada en el método del operador sustituto sería incorrecta por cuanto que Telefónica está obligada legalmente a la prestación del Servicio Universal.

Idénticos motivos opone para rechazar la valoración de los *pseudocostes* de interconexión, ya que según la recurrente los precios tendrían un margen sobre el coste real y, de esta forma, se estaría financiando la planta de Telefónica.

Dicha pretensión ha de ser rechazada. En primer lugar porque, como se explica en la Resolución recurrida, el empleo del método del operador sustituto obliga a la consideración de los precios de interconexión, y no de los propios costes. De igual forma, las llamadas con destino a una zona no rentable se valoran en origen por el importe facturado y en destino a precio de interconexión, y por esa razón esta Comisión ha tomado en cuenta estos ingresos por tráfico de entrada y terminación en la red de cada zona a partir de los eventuales pagos de interconexión valorados a precios de interconexión.

Piénsese que los operadores que en el futuro puedan optar a la prestación del servicio universal no tienen por qué tener la disponibilidad de los medios para cubrir la totalidad de la comunicación, y por lo tanto, deberán utilizar las redes de otros operadores, que les facturarán por esos servicios los correspondientes importes y no sus estrictos costes.

El test de emulación o concursabilidad por una operadora sustituta viene siendo utilizado desde la Resolución de fecha 19 de julio de 2001, sin que la recurrente haya acreditado su incorrección.

Además, se trata de un test hipotético, por cuanto en los años a que se refiere la Resolución recurrida, TESAU estaba obligada por ley a la prestación de dicho servicio, y por lo tanto, ningún otro operador habría podido hacerlo, circunstancia que en nada afecta a la validez de un método teórico.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por último, la aplicación de precios estrictamente ajustados a costes contravendría la previsión del artículo 44.6 del RSU, que prevé una tasa razonable de remuneración de la inversión destinada a la prestación del servicio universal.

### **2. Sobre el cálculo del coste neto del Servicio Universal por la prestación de servicios a clientes con tarifas especiales.**

En lo que se refiere al cálculo del coste neto por la prestación del servicio a clientes con tarifas especiales, tal y como alega France Telecom, no se ha tenido en cuenta el tráfico originado por dichos clientes, sino sólo la subvención de las cuotas fijas. Sin embargo, esto no sería causa de anulabilidad de la resolución recurrida, porque dicho tráfico se tiene en cuenta dentro de la valoración de la zona en la que se encuentra el abonado, dándose la circunstancia de que en este cálculo se considera que el cliente paga la cuota íntegra. De esta manera se evita la doble contabilización.

### **3. Valoración de los clientes teniendo en cuenta su ciclo de vida**

En cuanto a la valoración de los clientes teniendo en cuenta su ciclo de vida, la recurrente pone de manifiesto el importante volumen de clientes en zonas no rentables que habrían pasado a ser rentables en ejercicios siguientes. Entiende que debería estimarse el valor actual neto (VAN) de las líneas no rentables en el 2003 que en el año siguiente son rentables, proponiendo para ello una metodología propia. Al arrojar dicho cálculo un valor positivo, deduce que deberían excluirse esas líneas del coste asociado a las zonas no rentables para ese año en la medida en que ese coste estimado sea menor que el beneficio, evitando así su subestimación.

Frente a ello, debe partirse de que la valoración de los clientes teniendo en cuenta su ciclo de vida se prevé en el artículo 45 del RSU como un potencial generador de beneficios no monetarios obtenidos por el prestador del Servicio Universal originado por la posibilidad de que ciertos clientes que no son rentables en un momento pasen a serlo en el futuro y conserven a su proveedor original. Es decir, TESAU prestaría servicios a clientes no rentables (en áreas rentables) si éstos pudieran llegar a ser rentables en algún momento, y si entendiéndose asumible el riesgo de que cambien de operador cuando ello ocurra, pues sólo deben computarse aquellos clientes que pudiendo elegir otro operador, no lo hacen. Si no hay cambio de zona, un cliente pasa a ser rentable por el cambio en su patrón de consumo o por el incremento de la cuota de abono.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A partir de esta concepción, no queda claro lo que France Telecom plantea en su recurso pues, por un lado, parece proponer un método para estimar el beneficio intangible que supone la valoración de los clientes tendiendo en cuenta su ciclo de vida y, por otro, parece proponer la exclusión en el cálculo del coste neto por zonas no rentables para el año 2003 las líneas no rentables que pasan posteriormente a serlo. La obtención de un supuesto VAN positivo en un escenario plurianual haría que esas líneas fueran rentables desde un punto de vista económico, pero no queda claro si la recurrente pretende que ese valor actual deba ser la cuantificación del beneficio no monetario o, por el contrario, que directamente se excluyan estas líneas del cómputo del coste neto por zonas no rentables para el año 2003. Esto último parece ser así en el razonamiento de la operadora por considerar los ingresos y costes del ejercicio correspondiente, pero valorando que la determinación de un área como rentable o no rentable ha de someterse a la verificación de la rentabilidad de dichas zonas en un plazo superior al propio ejercicio. Además, al calcularlo sólo para el ejercicio 2003, y no para los demás, en los que la Resolución recurrida sí estimó un beneficio no monetario por tal concepto, parece llevar a pensar que lo que pretende la recurrente no es un ajuste en el cálculo, como en el resto de alegaciones, sino un replanteo del método de cálculo del coste neto para las zonas no rentables. El cálculo del VAN no parece, por tanto, una propuesta de metodología para considerar el beneficio no monetario que nos ocupa, y por esta razón ha de rechazarse el motivo impugnatorio.

En todo caso, en cuanto a los ajustes propuestos, se ha de destacar que no parece muy acertado considerar una rentabilidad constante por línea de abonado, ni presuponer que un abonado que pase a ser rentable permanecerá con el operador que le prestaba en servicio universal. Asimismo, la recurrente olvida que el valor actualizado del cliente debería repartirse, en todo caso, entre los años considerados, pues de esta manera se estaría calculando el supuesto beneficio no monetario correspondiente a la totalidad del periodo, y no sólo al ejercicio al que se refiere la resolución recurrida.

Además de lo anterior, no debe olvidarse que el RSU diferencia los beneficios no monetarios, entre los que se encuentran los que se han de tener en cuenta según el ciclo de vida de los clientes, de los ingresos directos o indirectos que componen el coste neto de la obligación del servicio universal y, por lo tanto, su cálculo ha de ser separado del coste neto de los servicios comprendidos dentro de esta obligación.

Todo ello, sin perjuicio de que la recurrente nuevamente ha obviado poner de manifiesto la infracción del ordenamiento jurídico que supondría la nulidad o anulabilidad del acto y que, por tanto, justifique la reposición de la resolución recurrida.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### **4. Sobre la valoración del beneficio no monetario derivado de las ventajas comerciales por tener acceso a todo tipo de datos sobre el servicio telefónico.**

La resolución recurrida no cuantifica un beneficio por el acceso de TESAU a los datos sobre los usuarios a los que presta el servicio universal, fundamentalmente sus patrones de consumo.

France Telecom alega que el elevado número de líneas deficitarias, pese a su escasa rentabilidad, es lo suficientemente justificativo como para suponer un beneficio por este concepto. Por su parte, TESAU no se opone a dicha alegación, si bien en su propuesta no indicó cantidad alguna por este concepto.

Nuevamente, tal y como se hacía en la Resolución recurrida, no se encuentran motivos para entender que deba modificarse el criterio, pues la importancia relativa de estos clientes es reducida y claramente decreciente en los años a que se refiere la resolución de referencia. Además, es lógico pensar que el valor de esos datos, por el bajo perfil de los clientes a los que se refieren, no tiene demasiado valor a los efectos de posibles estrategias comerciales.

Este es el mismo criterio mantenido en la Resolución recurrida (páginas 30 y 31), y por lo tanto, ha de rechazarse el reproche de la falta de suficiente motivación hecho por la recurrente. Nuevamente, la recurrente discute la idoneidad del método empleado por esta Comisión, sin justificar que el que propone sea mejor, en lugar de justificar la concurrencia de motivos de nulidad o anulabilidad, que son los únicos en los que puede basarse la reposición de la resolución.

### **CUARTO.- Sobre la concurrencia de una carga injustificada por la prestación del servicio universal en los años 2003, 2004 y 2005.**

#### **1. Sobre la configuración del término “carga injustificada” como concepto jurídico indeterminado.**

Hasta la fecha, y como es conocido, el Tribunal Supremo y la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional han tenido la oportunidad en varias ocasiones de pronunciarse acerca de las facultades de esta Comisión



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

relativas a la determinación del coste neto por la prestación del Servicio Universal por parte de TESAU.

En la Sentencia más reciente del Tribunal Supremo, de fecha 30 de noviembre de 2007, que confirma la de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 21 de octubre de 2004, entre otras cosas, se define las expresiones “desventaja competitiva” o “carga injustificada” como conceptos jurídicos indeterminados<sup>2</sup> y por lo tanto, en los que la administración encargada de aplicarlos goza de una amplias facultades estimativas en la medida en que la Ley no determina sus límites, pese a querer delimitar un supuesto concreto. Se trata de conceptos que no admiten de forma apriorística una cuantificación o determinación rigurosa, y por lo tanto, han de ser concretados en el momento de su aplicación. Pero además, al referirse a supuestos concretos, su aplicación sólo admite una única solución, pues la indeterminación del enunciado no se traduce en la de sus aplicaciones. Esta solución única le corresponde precisamente a su aplicador, y por lo tanto, a esta Comisión en el caso de los conceptos arriba mencionados.

La doctrina Jurisprudencial ha ido determinando que en los conceptos jurídicos indeterminados se ha de diferenciar un núcleo fijo, o “zona de certeza”, una zona intermedia, zona de incertidumbre o “halo de concepto” y una zona de certeza negativa. Así, por ejemplo, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de fecha 4 de julio de 2007 (RJ 2007/8071). FT, 3º:

*“...Asumir que se está en presencia de una norma que contiene un concepto jurídico indeterminado obliga a aceptar que corresponde al intérprete determinar en el supuesto concreto cuál es la única solución justa en la cuestión enjuiciada teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el supuesto sometido a debate, y, para ello, es preciso desentrañar cuáles son los elementos que componen el concepto jurídico indeterminado y que se integran en un núcleo fijo o “zona de certeza”, con una zona intermedia o de incertidumbre o “halo del concepto”, y, finalmente, contienen una “zona de certeza negativa”; de ahí que su aplicación tropiece con “supuestos de hecho”, con “realidades”, cuya inclusión o cuya exclusión del ámbito del concepto exija prestar una especial atención al exacto significado de éste y a las concretas singularidades o particularidades del “supuesto” o “realidad”. En esos términos que asumimos se expresa la Sentencia de esta Sala de veintitrés de noviembre de dos mil seis”.*

El núcleo fijo se refiere a los datos indubitados del supuesto a aplicar, y por lo tanto incluye todos los supuestos que claramente se integran en el concepto

---

<sup>2</sup> FD 1º: “...Ahora bien, y contrariamente a lo indicado por la CMT, este Tribunal entiende que la CMT no actúa, en tal caso, en el ejercicio de una potestad discrecional, sino que la proposición “desventaja competitiva”, “carga injustificada” u otras similares, es un concepto jurídico indeterminado que actúa como mecanismo de control que permite llegar a que sólo una decisión sea jurídicamente posible siendo injustas o contrarias al ordenamiento jurídico las restantes (entre otras STS 13 de julio de 1984, 15 de octubre de 1985, 11 de junio de 1991 y 19 de julio de 2000)



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

por recoger sus ideas esenciales. La “zona de certeza negativa” también es segura, y acota el concepto jurídico indeterminado excluyendo todos los casos que claramente no puedan subsumirse dentro de él.

Entre ambos extremos existe una zona de duda o incertidumbre más o menos extensa en la medida en que sus límites no resultan con exactitud del propio concepto. El “halo de concepto”, al contrario que el núcleo fijo, sí que contiene un margen de apreciación o *“amplitud de criterio en la decisión”* a favor de la Administración, lo que exige prestar una especial atención al exacto significado del concepto y a las concretas singularidades o particularidades del supuesto de hecho particular. En este margen de apreciación no hay espacio para la voluntad del órgano actuante ni libertad de elección alguna, como en los supuestos de discrecionalidad, sino que se reduce a un ámbito puramente interpretativo, al que se incorporan nociones de experiencia (si se refieren a la apreciación de los hechos) o conceptos de valor (si implican apreciaciones técnicas o de política regulatoria).

El mandato contenido en el artículo 24.1 de la LGTel obliga a esta Comisión a la interpretación del concepto “carga injustificada” teniendo en cuenta lo anterior. Así, se parte de los datos de la contabilidad de costes de TESAU que permiten valorar su situación competitiva en los ejercicios considerados o el importe de los costes que le ha supuesto la prestación del servicio universal, por ser hechos ciertos sobre los que debe partir el análisis del concepto. A partir de aquí, esta Comisión realiza un juicio de valor, al determinar, por ejemplo, qué pérdida de cuota de mercado es un indicio de un empeoramiento de la situación de TESAU que no está justificada, o qué proporción de sus costes de prestación del servicio universal sobre sus ingresos puede ser considerado para justificar su compartición. Estas apreciaciones pertenecen a la “zona de incertidumbre” o “halo de concepto”, y, por lo tanto, el único límite al que estarían sujetas sería la existencia de arbitrariedad o irrazonabilidad y su revisión en vía administrativa ha de limitarse a comprobar que no se han traspasado estos límites.

La otra gran diferencia que distingue los conceptos jurídicos indeterminados del ejercicio de facultades discrecionales es que en el primer caso sólo existe una solución válida, mientras que en el segundo la Administración debe elegir entre varias soluciones igualmente justas. Es decir, esta Comisión no puede elegir entre varias posibilidades, sino que debe interpretar ese concepto y a partir de esa interpretación hallar la única posibilidad válida y justificar por qué es así en cada caso.

Por último, los conceptos jurídicos indeterminados suponen la atribución de la facultad de elaborar su definición a la administración encargada de aplicarlos. En este caso, la LGTel, tanto en el artículo 24 de su redacción actual como en



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el 39 de la anterior, atribuye a esta Comisión la facultad de determinar si el coste del servicio universal constituye una carga injustificada, lo que implica que deberá definir qué debe entenderse por “carga injustificada” y valorar si en cada ejercicio se produce. Sin embargo, no basta concretar el concepto, sino que debe llenarse de contenido mediante la aplicación a las circunstancias específicas. Sólo una aplicación arbitraria, irrazonable o poco justificada convertiría la determinación del concepto y su aplicación en contraria al ordenamiento jurídico y, por lo tanto, las recurrentes habrían de dedicar sus esfuerzos a acreditarlo, cuestión ésta que no han hecho.

### 2. Alcance del concepto “carga injustificada”.

La activación del mecanismo de compensación por la prestación del servicio universal requiere que el coste neto arroje un resultado positivo y posteriormente que esta Comisión determine que si ese coste supone una carga injustificada para el operador encargado de hacerlo. Es decir, puede existir un coste neto sin que ello suponga automáticamente la apertura del mecanismo de financiación.

Al no existir una definición legal de “carga injustificada”, corresponde a la administración aplicadora su definición con base en los elementos de hecho a considerar, especialmente la situación competitiva en el mercado, a la que más adelante se hará referencia.

La LGTel, en su artículo 24.1 establece que *“La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones determinará si la obligación de la prestación del servicio universal puede implicar una carga injustificada para los operadores obligados a su prestación”*. Así, frente a la anterior LGTel<sup>3</sup>, que se refería al término “desventaja competitiva”, en el marco legal actual no es necesario que el coste de prestar el servicio universal merme la capacidad de competir con éxito del operador obligado a su prestación. Dicho en otras palabras, la existencia de una carga injustificada no requiere que el coste de prestar el servicio universal signifique una desventaja competitiva para el operador obligado. Por esta razón, el análisis de esta Comisión no se ha centrado en si se produce o no una disminución en la capacidad de competir del operador designado, sino en si la asunción en solitario de los costes de prestación del servicio universal por TESAU tiene una justificación razonable o no.

Los operadores recurrentes, así como Jazztel, Colt Telecom y Cableuropa, entienden que al no variar la expresión *“unfair burden”* en las directivas europeas, el término deberá interpretarse de igual manera al ser traspuesto al

---

<sup>3</sup> Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ordenamiento interno. Sin embargo, esta Comisión considera que son dos términos que han de interpretarse de forma diferente. En este sentido, la transposición del concepto “unfair burden” a la vigente LGTel es más fiel al original y al propio espíritu de la normativa comunitaria, además de más cercana a la tradicionalmente utilizada de “carga no equitativa”<sup>4</sup>. Aún reconociendo que la anterior expresión “desventaja competitiva” es una traducción del mismo término, la transposición realizada por el legislador obliga a esta Comisión a ajustarse al mismo, pues es el texto traspuesto el que le vincula.

De esta manera, en la anterior ley se preveía un requisito reforzado: que la carga injustificada tenía que suponer, además, una merma apreciable en la capacidad de competir de TESAU. Esa previsión desaparece ahora y basta que nos encontremos ante una carga sin justificación objetiva para que resulte necesario activar el mecanismo de financiación, suponga dicha carga o no una desventaja competitiva.

Así, en el caso de los ejercicios considerados, a juicio de esta Comisión, no está justificado que TESAU deba afrontar en solitario los costes que la prestación del servicio universal le supone, máxime cuando, de ser así, se exige una especial motivación que no se encuentra en la realidad del mercado en los años considerados, en los que la fortaleza de su posición se empezó a ver amenazada por una serie de factores a cuyo análisis realizado en la Resolución recurrida nos remitimos.

En este sentido, la resolución recurrida habla del “nuevo concepto” en sus páginas 34 y 35, en las que se mantiene que no toda carga empeora la situación del operador incumbente, pero es difícil de justificar que sea razonable que un operador, que compite en un mercado de las características competitivas que reunía el de los servicios de telefonía en los años considerados, tenga que soportar en solitario una carga económica por haber sido designado prestador de una obligación de servicio público. Pues bien, el análisis de la concurrencia de motivos que justifiquen la exclusiva asunción del coste del Servicio Universal por parte del operador obligado a su prestación contenido en la resolución recurrida concluye que no hay motivos para ello.

### **3. Situación del mercado en los ejercicios analizados.**

Además de por los cambios operados por la LGTel, en la resolución recurrida esta Comisión hace la consideración de que el operador designado no parte en

---

<sup>4</sup> Art. 5 de la Directiva 97/33/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 30 de Junio de 1997 relativa a la interconexión en las telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la oferta de Red abierta (ONP).



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

los ejercicios objeto de análisis de una situación suficientemente ventajosa como para permanecer indemne y, por lo tanto, se le ha de compensar por la carga injusta que le produce la prestación del servicio universal corriendo con todos los costes en solitario. Para ello, se considera que el mercado de las telecomunicaciones no se encuentra ya en una fase inicial tras su liberación, sino que la concurrencia de nuevos servicios y operadores justifican que TESAU necesite un mayor esfuerzo para mantener su posición competitiva, y por lo tanto, soportar el coste que le genera la prestación del servicio universal le puede suponer una merma efectiva de su capacidad competitiva<sup>5</sup>. Lógicamente, a medida que el mercado se va desarrollando la posición de los operadores es más equilibrada, al diluirse, por los efectos de la intervención reguladora, la ventaja inicial del operador incumbente. En este sentido, la apreciación de la concurrencia de una carga injustificada, ha de irse modificando, pues este concepto se debe referir necesariamente a la situación del mercado en el concreto momento de su análisis.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Resolución recurrida fundamenta la existencia de una carga injustificada para TESAU en motivos que se consideran ajustados a las previsiones legales y que se exponen a continuación.

En primer lugar, porque viene amparada por la Audiencia Nacional. Así, porque si la Sentencia de fecha 21 de octubre de 2004 (recurso 270/2002), recientemente ratificada por Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de noviembre de 2007, establece la presunción de que la existencia de un coste neto es un indicio de la existencia de una desventaja competitiva, siendo la Comisión la que debe analizar ese indicio para apreciar la concurrencia o no de una carga injustificada (Fundamento Jurídico Undécimo), mayor fuerza cobra dicho indicio cuando no es preciso acreditar desventaja competitiva alguna.

La forma en la que se confirma ese indicio no es otra que el análisis de la evolución de los mercados de telecomunicaciones y por eso la Resolución recurrida no fundamenta solamente su decisión en el cambio en la

---

<sup>5</sup> Sobre la situación del mercado en los ejercicios considerados, se ha de tener en cuenta los datos y valoraciones recogidas en los informes anuales que publica esta Comisión. Así, por ejemplo, en lo que se refiere al ejercicio 2003, se pone de manifiesto la madurez alcanzada en el mercado de telefonía fija (*“De los datos contenidos, se desprende que el mercado en cuanto al servicio telefónico fijo es un mercado maduro por lo que respecta a ingresos y está en retroceso en cuanto a la generación de tráfico”* (página 45), la aparición de nuevos operadores competidores (*“La regulación de precios y el control de costes han permitido que se afiance la posición de los operadores instalados y se produzcan nuevas políticas tarifarias y comerciales, que han contribuido a dinamizar la competencia”*(Página 30); la consolidación de los operadores tras una etapa de incertidumbre (página 29) o la relevancia del efecto sustitución fijo-móvil (página 42).



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

interpretación del concepto legal, sino también en la existencia de modificaciones en la situación del mercado de los servicios telefónicos.

En este sentido, y al contrario de lo que pretenden Vodafone, Cableuropa y Colt Telecom, se ha tenido en cuenta el efecto sustitución de la telefonía móvil, tal y como explicó la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 3 de abril de 2006. En efecto, la valoración de la carga que pesa sobre el operador obligado a la prestación del servicio universal ha de hacerse en relación con un mercado definido, y por lo tanto es preciso concretar previamente el mercado respecto del cual se valorará la posición competitiva de una empresa.

En el caso que nos ocupa, el mercado no ha de ser otro que el compuesto conjuntamente por los servicios de telefonía fija y de telefonía móvil. Siguiendo la metodología propia del análisis de competencia, se puede concluir, en lo que se refiere a la intercambiabilidad por el lado de la oferta, que las redes móviles son sustitutivas de las fijas en la prestación del servicio telefónico en muchas zonas y esta situación va en aumento. En cuanto a la sustituibilidad de la demanda, se aprecia que un gran número de usuarios optan por el servicio móvil en detrimento del fijo. En lo que se refiere a la delimitación geográfica, dada la homogeneidad de la oferta y la demanda, deberá considerarse como tal las zonas no rentables, que son aquellas consideradas para el cálculo del coste neto del Servicio Universal. Este mismo razonamiento es el contenido en la motivación *"in aliunde"* de la citada Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 3 de abril de 2006.

Así las cosas, en la página 36 de la Resolución recurrida se pone de manifiesto la disminución progresiva de las cuotas de mercado de TESAU si se valora el mercado de telefonía vocal en su conjunto. Dichas cuotas son marcadamente decrecientes y, en todo caso, suficientemente reducidas (aunque aún considerables) como para justificar, como lo hace esta Comisión, la existencia de un progresivo deterioro de la situación competitiva que no haría justificable, por injusto, que el operador obligado continuara asumiendo en solitario el coste de la prestación del Servicio Universal.

La consideración del efecto sustitución de la telefonía móvil supone el rechazo de las acusaciones de arbitrariedad en la determinación de las cuotas de mercado de Vodafone a las que se suman el resto de operadores que han presentado alegaciones (Colt Telecom y Cableuropa).

Además, se ha de rechazar la alegación sobre la posición conjunta del Grupo Telefónica en el mercado analizado, pues ha de reconocerse que TESAU (Telefónica España, S.A.U.) en los ejercicios considerados, era un operador diferente de Telefónica Móviles España, S.A.U., con independencia de su pertenencia al mismo grupo empresarial. Por tanto, sería ilógico considerar a



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

dos empresas jurídicamente diferenciadas como una sola a estos efectos, bien sea su cuota de mercado o sus resultados empresariales, como pretenden las recurrentes. Por esta misma razón, Telefónica Móviles España, S.A.U. podrá ser obligada a contribuir al Fondo Nacional del Servicio Universal.

La motivación, por tanto, puede no ser compartida, pero por ello no es irracional, arbitraria y ni mucho menos inexistente, únicas razones en las que podría fundamentarse con éxito la reposición solicitada.

### **QUINTO.- Sobre la retroactividad alegada.**

La Resolución recurrida se fundamenta en la aplicación del concepto “carga injustificada” incluido en vigente LGTel aun cuando al hablar de dicho concepto haga referencia al actual RSU, aprobado por Real Decreto 424/2005.

Ambos recurrentes alegan que, habiendo entrado en vigor el RSU el día 17 de abril de 2005, sólo podría ser de aplicación a partir de esa fecha, ya que, el apartado Quinto de la Disposición transitoria primera de la LGTel establece que hasta la aprobación de dicho reglamento estaría vigente el reglamento entonces existente, que era el aprobado por el Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio. Por tanto, según los recurrentes, al referirse la Resolución recurrida a los ejercicios 2003, 2004 y 2005, se estaría empleando una norma que no estaba vigente en ese momento, y por lo tanto aplicando un régimen jurídico de forma retroactiva, sin que se dieran los requisitos legalmente establecidos para ello.

En contestación a lo anterior, se ha de hacer hincapié, en que el cambio al concretar el concepto “carga injustificada” realizado por esta Comisión en la resolución recurrida tiene su justificación en el cambio operado en la LGTel vigente, al recoger el concepto más amplio de “carga injustificada” en lugar del anterior de “desventaja competitiva” como presupuesto para la apertura del mecanismo de financiación del servicio universal. Se trata, por tanto, de un cambio operado por una norma de mayor rango (La Ley General de Telecomunicaciones) y que, por lo tanto, deroga lo previsto en el anterior RSU en lo que le contradiga, previsión que también recoge expresamente la citada Disposición transitoria primera de la LGTel.

Así, lo verdaderamente importante para el caso que nos ocupa es que la actual LGTel, como ya se ha expuesto, determina que es suficiente que la carga que le supone a TESAU la prestación del servicio universal sea injustificada, sin que deba tener, además, un efecto anticompetitivo para que proceda la apertura del mecanismo de financiación. Desde el día 5 de noviembre de 2003, fecha en la que entró en vigor la vigente LGTel, hasta el día 30 de abril de 2005, en la que lo hizo el actual RSU, era de aplicación el régimen previsto en



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el anterior Reglamento, pero aplicando éste de conformidad con lo establecido en la LGTel de 2003, es decir, que no era necesario que la prestación del servicio universal tuviera efectos anticompetitivos para TESAU para que se abriera el mecanismo de financiación, siendo suficiente que se constatará que la carga era injustificada.

Ahora bien, siendo lo anterior cierto, no lo es menos que la vigencia de la anterior LGTel durante la mayor parte del año 2003<sup>6</sup> supone que seguiría siendo plenamente aplicable su artículo 39.1 (en el citado periodo de vigencia), que se refería al concepto de “desventaja competitiva”. Si en ese periodo de tiempo se mantuviese el término “carga injustificada”, con independencia de los efectos en la capacidad de competir de TESAU, se estaría aplicando una ley no promulgada a una situación que ya existía y, por lo tanto, de forma retroactiva, sin que se dieran las circunstancias legales para ello, perjudicando además a los operadores que finalmente tengan que contribuir a la financiación del servicio universal.

Por esa razón, se considera procedente estimar que el coste neto correspondiente al ejercicio 2003 tiene la consideración de carga injustificada sólo a partir del día 5 de noviembre del citado año.

Para el cálculo del coste neto en el periodo comprendido entre el día 5 de noviembre de 2003 y el día 31 de diciembre de 2003 se ha partido del coste aprobado en la Resolución recurrida, prorrateándose de forma directamente proporcional. Así, se ha dividido el coste total de 177,09 millones de euros de coste total durante el 2003 entre 365, y el resultado se ha multiplicado por 57, que es el número de días entre el 5 de noviembre y el 31 de diciembre, contando ambos. Igual operación se ha hecho para calcular los beneficios no monetarios, que se han restado al coste apreciado para el año 2003, para la obtención del coste total a financiar para ese año.

Total coste neto apreciado en el año 2003:	$117,09/365*57$	= 27,65
Beneficios no monetarios:	$56,71/365*57$	= 8,86
<b>TOTAL COSTE NETO AÑO 2003</b>	<b>27,65 – 8,86</b>	<b>= 18,80</b>

A la vista de los antecedentes y fundamentos de Derecho, esta Comisión

---

<sup>6</sup> Concretamente hasta el día 5 de noviembre de 2003, en que entró en vigor la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, día siguiente a su publicación en el BOE, según preveía su Disposición Final Cuarta.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### RESUELVE

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

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

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

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

Contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma 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



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 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.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Reinaldo Rodríguez Illera

Ignacio Redondo Andreu