



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 06/13 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 14 de febrero de 2013, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el cual se aprueba la

**Resolución relativa a los recursos de reposición interpuestos por Telefónica de España SAU y France Telecom España SA contra la Resolución de 22 de noviembre de 2012 sobre la nueva metodología para el cálculo del coste neto del servicio universal tras la incorporación de la conexión de banda ancha (AJ 2012/2746).**

## I ANTECEDENTES

**PRIMERO.- Competencia de esta Comisión para la fijación de la metodología del cálculo del coste neto del servicio universal.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.2 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 Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el organismo encargado de definir y revisar la metodología para determinar el coste neto del servicio universal, tanto en lo que respecta a la imputación de costes como a la atribución de ingresos.

**SEGUNDO.- Incorporación de la conexión de banda ancha al servicio universal y al cálculo del coste neto del mismo.**

Mediante una serie de modificaciones en la legislación sectorial entre los años 2011 y 2012 ha tenido lugar la incorporación de la conexión de banda ancha al ámbito del servicio universal y por tanto, también y, necesariamente, al cálculo del coste neto del mismo.

El artículo 52 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en lo sucesivo, LES), estableció que la conexión a la red pública de comunicaciones electrónicas con capacidad de acceso funcional a internet, garantizada por el servicio universal de telecomunicaciones, debería permitir comunicaciones de datos en banda ancha a una velocidad en sentido descendente de 1 Mbit por segundo.



En consonancia con la LES, el Real Decreto 726/2011, de 20 de mayo modificó el artículo 28.1 b) RSU, estableciendo que el servicio de conexión a la red pública de telefonía fija debe permitir comunicaciones de datos en banda ancha a una velocidad en sentido descendente de 1 Mbit por segundo.

Finalmente, con fecha 30 de marzo de 2012, se aprobó el Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, que viene a modificar, entre otros, el artículo 22.1.a) de la LGTel, en el que se prevé que la conexión a la red pública de comunicaciones con capacidad de acceso funcional a Internet deberá permitir comunicaciones de datos en banda ancha a una velocidad en sentido descendente de 1Mbit por segundo. El Gobierno podrá actualizar esta velocidad de acuerdo con la evolución social, económica y tecnológica, teniendo en cuenta los servicios utilizados por la mayoría de los usuarios.

### **TERCERO.- Inicio y tramitación del procedimiento MTZ 2012/1273.**

Teniendo en cuenta las sustanciales modificaciones normativas anteriormente referidas, y de conformidad con el artículo 3.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) y el artículo 20.1.h) de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, con fecha de 21 de junio de 2012, esta Comisión inició el procedimiento MTZ 2012/1273, con el fin de revisar la metodología de cálculo del coste neto del servicio universal, abriéndose un trámite de información pública<sup>1</sup> al objeto de conocer la opinión de los distintos agentes del mercado sobre determinados aspectos relacionados con la referida metodología.

Tras haber recibido alegaciones de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU), France Telecom España, S.A.U. (en adelante, ORANGE), Vodafone España, S.A. (en adelante, VODAFONE) y Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U. (TTP), se acordó la ampliación del plazo máximo para resolver en tres meses adicionales mediante escrito del Secretario de esta Comisión de 7 de septiembre de 2012<sup>2</sup>.

Con fecha de 11 de octubre de 2012 se requirió a TESAU la remisión de información relativa al coste incremental que le supondría, en el coste neto del servicio universal de 2012, la prestación del servicio de banda ancha a 1 Mbps, teniendo entrada la información requerida en el Registro de esta Comisión el día 26 de octubre de 2012.

### **CUARTO.- Resolución de 22 de noviembre de 2012.**

Mediante Resolución de 22 de noviembre de 2012 recaída en el procedimiento MTZ 2012/1273 esta Comisión acordó:

*“Primero.- Aprobar la nueva metodología para el cálculo del coste neto del servicio universal tras la incorporación de la conexión de banda ancha de acuerdo con lo establecido en esta Resolución.”*

### **QUINTO.- Recurso de reposición interpuesto por TESAU.**

Con fecha 28 de diciembre de 2012 se recibió en el Registro Electrónico de esta Comisión un escrito presentado por D. Pablo de Carvajal González, en nombre y representación de TESAU por el que dicha entidad interpone recurso potestativo de reposición contra la anteriormente citada Resolución de 22 de noviembre de 2012.

Los motivos de impugnación aducidos por TESAU pueden resumirse, fundamentalmente, en los siguientes:

---

<sup>1</sup> Véase BOE núm. 166, de 12 de julio de 2012.

<sup>2</sup> Véase BOE núm. 225 de 18 de septiembre de 2012



1º.- Se ha infringido el artículo 84 LRJPAC, al no haber dado a TESAU, antes de dictarse la resolución impugnada, el debido traslado de las contestaciones al trámite de audiencia pública remitidas por el resto de operadores, con el fin de poder realizar las oportunas alegaciones a las mismas. Esta infracción ha generado indefensión a la entidad recurrente, siendo el acto anulable en virtud del art.63

2º.- El criterio empleado para definir las zonas rentables o no rentables en la resolución recurrida es contrario a lo previsto en los artículos 41 y 42.3 RSU. Para TESAU, lo importante es preguntarse qué inversiones no habría realizado si no tuviese que cumplir con la obligación de servicio universal, considerando el comportamiento esperado por un operado que busque la máxima eficiencia en la prestación de sus servicios

3º.- La metodología utilizada para el cálculo de costes en las distintas zonas aprobada por la resolución recurrida diluye las pérdidas reales sufridas por TESAU para prestar el servicio universal, a la vez que incluye una excesiva complejidad.

4º.- Determinadas cuentas y costes excluidos del cálculo del coste neto del servicio universal deberían haberse recogido, en la parte proporcional correspondiente, como costes evitables en zonas no rentables.

5º.- La modificación del cálculo del abono social correspondiente a la conexión y a la cuota mensual no resulta consistente desde un punto de vista metodológico y no se halla de acuerdo con el contenido del artículo 39.3 RSU.

6º.- En el apartado de beneficios no monetarios y, concretamente, en el beneficio derivado del reconocimiento de marca, no pueden considerarse incluidos los clientes que ignoran el concepto y existencia de "servicio universal". Tampoco debería fijarse un límite o margen al beneficio intangible generado por el reconocimiento de marca. De lo contrario, se vulneraría el artículo 40 RSU. Por último, a los clientes de zonas no rentables no se les puede aplicar ningún margen medio puesto que, al estar TESAU ofreciendo el servicio a pérdidas, dicho margen medio no existe.

7º.- Con relación al beneficio intangible de la ubicuidad, la operadora recurrente señala que debería modificarse la fórmula contenida en el punto 4 de la resolución impugnada, con el fin de aplicar a la base de clientes migrados el porcentaje de clientes fieles al operador por la ubicuidad del mismo.

#### **SEXTO.- Recurso de reposición interpuesto por ORANGE.**

Con fecha 3 de enero de 2013 se recibió en el Registro Electrónico de esta Comisión un escrito presentado por D. Julio Gómez Cobos, en nombre y representación de ORANGE por el que dicha entidad también interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución de 22 de noviembre de 2012.

Los motivos de impugnación aducidos por ORANGE pueden resumirse, fundamentalmente, en los siguientes:

1º.- La resolución recurrida infringe el artículo 41 RSU, en relación con el tratamiento de las zonas TRAC, de los ingresos de banda ancha, de las subvenciones recibidas por el operador obligado y el estándar de costes.



En cuanto a las zonas TRAC, se considera que su configuración es contraria a la definición reglamentaria prevista y que la forma de cálculo de coste propuesta no da respuesta a la obligación de eficiencia en el cálculo del coste en la prestación de los componentes del servicio universal. Con relación a los ingresos de banda ancha y a la recepción de subvenciones en este ámbito, no se tienen en cuenta los servicios de banda ancha en la determinación del coste neto en las zonas no rentables y tampoco se consideran las subvenciones recibidas por TESAU en años anteriores al ejercicio para el que se calcula el coste neto. Respecto al estándar de costes, ORANGE estima que el estándar de costes corrientes no garantiza el requisito de costes de prestación eficiente del servicio universal contenido en el artículo 41.2 RSU.

**2º.-** Se vulnera el artículo 40.1 RSU en el tratamiento del coste de los usuarios con tarifas especiales. El método aprobado por la resolución impugnada no tiene en cuenta los ingresos por tráfico telefónico que los usuarios con tarifas especiales en zonas rentables (clientes cautivos) dejan al operador prestador del servicio universal, siendo posiblemente el coste incremental de estos usuarios más reducido que el ingreso incremental.

**3º.-** La resolución impugnada infringe el artículo 40.2 RSU en lo relativo al cálculo del beneficio inmaterial de imagen de marca. La realización de una encuesta entre usuarios y hacer depender de la misma la reducción del beneficio inmaterial de la imagen de marca obtenido de manera objetiva – a partir de la diferencia del ingreso- vulnera el principio de objetividad. La falta de objetividad viene causada por los diferentes resultados que podrían obtenerse de la encuesta, dependiendo de las preguntas realizadas, así como de la inconsistencia de la metodología utilizada.

#### **SÉPTIMO.- Notificación del acuerdo de inicio y acumulación del procedimiento AJ 2012/2746.**

Se acordó la acumulación de los recursos de TESAU y ORANGE en un solo procedimiento AJ 2012/2746, habida cuenta de la íntima conexión e identidad sustancial del objeto de los citados recursos, al impugnarse en ambos la misma Resolución de 22 de noviembre de 2012 (MTZ 2012/1273).

Mediante escritos del Secretario de la Comisión, fechados los 8, 10 y 15 de enero de 2013 se notificó a las entidades recurrentes y al resto de interesados el acuerdo de acumulación e inicio del correspondiente procedimiento de tramitación del recurso de reposición, de acuerdo con lo establecido por los artículos 42.4 y 73 LRJPAC.

## **II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.**

### **Primero.- Calificación del escrito.**

El artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) establece que *“contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, 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 esta Ley”*.



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.

Las entidades recurrentes califican expresamente su escrito como recurso potestativo de reposición, aludiendo a la existencia de infracción del ordenamiento jurídico del artículo 63.1 LRJPAC con relación a los artículos 84 LRJPAC<sup>3</sup>, 4 de la LGTel y a los artículos 39<sup>4</sup>, 40<sup>5</sup>, 41<sup>6</sup> y 42<sup>7</sup> del RSU.

Teniendo en cuenta lo anterior, y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), las disposiciones y resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede calificar los escritos presentados por TESAU y ORANGE como recursos potestativos de reposición.

#### **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 en el marco del cual se dictó el acto objeto de impugnación.

En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a TESAU y ORANGE para la interposición de los recursos potestativos de reposición objeto de la presente resolución.

#### **Tercero.- Admisión a trámite.**

Además de los requisitos establecidos en el artículo 107.1 de la LRJPAC ya señalados en el Fundamento procedimental primero, los recursos administrativos que interpongan los interesados deberán contener los elementos formales que requiere el artículo 110 e interponerse en el plazo de un mes desde su notificación al interesado, tal y como dispone el artículo 117.1 de la LRJPAC.

En el presente caso, los recursos de reposición de TESAU y ORANGE cumplen con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y se han presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, por lo que procede su admisión a trámite.

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

De conformidad con el artículo 116.1 LRJPAC, corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la competencia para resolver el recurso de reposición, por ser el acto impugnado una resolución dictada por dicho órgano.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 117.2 de la LRJPAC, el recurso debe ser resuelto y su resolución notificada en el plazo máximo de un mes contado desde el día siguiente al

---

<sup>3</sup> Véanse páginas 7 a 8 del recurso de TESAU.

<sup>4</sup> Véanse páginas 2 a 3 del recurso de TESAU.

<sup>5</sup> Véanse páginas 8 a 12 del recurso de TESAU y 7 a 9 del recurso de ORANGE.

<sup>6</sup> Véanse páginas 3 a 5 del recurso de TESAU y 2 a 6 del recurso de ORANGE.

<sup>7</sup> Véanse páginas 3 a 5 del recurso de TESAU.



de su interposición, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo. Tal como prevé el artículo 43.2 de la misma Ley, en defecto de notificación en plazo de la resolución expresa, el silencio administrativo tendrá efecto desestimatorio, sin perjuicio del deber de la Administración de resolver con posterioridad confirmando o no el sentido del silencio.

### III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

#### **PRIMERO.- Sobre la definición de zonas.**

TESAU considera en su recurso<sup>8</sup> que la definición de zona efectuada en la resolución impugnada no se ajusta a lo establecido en los artículos 41.3 y 42.3 del RSU, que la definen como las demarcaciones territoriales de prestación de servicios que un operador eficiente no cubriría a precio asequible, atendiendo a razones exclusivamente comerciales.

Para TESAU estas demarcaciones territoriales son aquellas en las que no habría realizado inversiones si no tuviese que cumplir con la obligación del Servicio Univeral. Y para determinar cuáles son estas demarcaciones propone analizar la estrategia de coubicación de los operadores entrantes basada en los servicios OBA; en función de la misma, estos operadores no se coubican en las centrales locales de TESAU, sino en los repartidores, que podrán situarse en una central local o en un una central remota.

Concretamente, TESAU indica que en abril de 2012 los operadores alternativos se han coubicado en un total de 1.053 centrales con un tamaño medio de 6.900 clientes por central, si bien en el último año se habían abierto nuevas centrales a coubicación de un tamaño medio muy inferior, concretamente de 3.725 clientes.

Frente a este razonamiento para definir la zona como repartidor, esta Comisión ha partido de la hipótesis de que TESAU tomaría sus decisiones de inversión con base a centrales locales con sus correspondientes centrales remotas que tienen un tamaño medio de 25.000 clientes, sin discernir entre ellos si están en zonas rentables o no rentables, lo cual se considera incorrecto por TESAU porque no se corresponde con el comportamiento de los operadores en el mercado que buscasen la máxima eficiencia en la prestación de los servicios.

Ante estas alegaciones, y como se argumentó en la resolución recurrida<sup>9</sup>, tras la incorporación de la conexión de la banda ancha, esta Comisión considera que para cumplir con la obligación de prestar el servicio de conexión a la red pública de telecomunicaciones que permita el acceso a Internet con una velocidad de 1 Mbps, en la actualidad, la mayoría de los clientes están cubiertos con la red de centrales locales y nodos remotos existentes, y tan sólo una parte marginal debería ser cubierta con tecnología inalámbrica o satelital.

Por otro lado, aunque sea cierta la tendencia de los operadores alternativos a coubicarse en centrales de menor tamaño, debe destacarse, no obstante, que la decisión de dichos operadores de invertir a nivel de repartidores se contempla desde la óptica de ofrecer servicios de banda ancha a velocidades bastante superiores a 1 Mbps, requisito que no contempla, en cambio, la obligación del servicio universal, que sólo requiere la velocidad de 1 Mbps. Por ello, esta Comisión no considera que la alegación de TESAU sea determinante para el cambio en la definición de las zonas hacia los repartidores o MDF<sup>10</sup>. Para la

---

<sup>8</sup> Véanse páginas 3 y 4 del recurso de TESAU de 28 de diciembre de 2012.

<sup>9</sup> Véase la página 22 de la Resolución impugnada MTZ 2012/1273, de 22 de noviembre de 2012.





prestación de los servicios conexión contemplados en las obligaciones del servicio universal, la definición de zona mediante centrales locales se considera válida pues cumple con la definición fijada por el RSU.

### **SEGUNDO.- Sobre el cálculo de costes en las zonas.**

Según TESAU<sup>11</sup> los servicios considerados para determinar la rentabilidad de las zonas son incorrectos porque, según los artículos 41.2 y 42.2 del RSU, el coste neto en las zonas no rentables es la diferencia entre los costes imputables debidos a la prestación eficiente y los ingresos atribuibles al suministro de los servicios. Y esto implica, según la recurrente, que únicamente los ingresos y costes de los servicios de conexión y servicio telefónico disponible al público deben considerarse para evaluar dicha rentabilidad.

TESAU indica que el apartado 3 de los artículos 41 y 42 anteriormente referidos<sup>12</sup> define la demarcación territorial pero no los servicios que deben ser incluidos para el cálculo de su rentabilidad. Según el citado operador, debería considerarse el apartado 2 de los mencionados artículos que, como ya se ha indicado, limita su alcance exclusivamente a los servicios de conexión y al tráfico telefónico.

Además, según TESAU, la metodología aprobada implica que los costes generados por el acceso a zonas no rentables se compensen con el beneficio que obtiene de servicios como la transmisión de datos, el alquiler de circuitos, etc. que no son generados en las partes del territorio donde residen los clientes beneficiados por el servicio universal. Por último, la entidad recurrente alerta sobre la complejidad de las operaciones necesarias para calcular la rentabilidad de las zonas, ya que se deben despromediar ingresos y costes como los de banda ancha que posteriormente no se utilizan para el cálculo del coste neto del servicio universal.

Frente a las anteriores alegaciones, debe señalarse que del análisis de los artículos 41 y 42 del RSU se desprende que no se propone una definición específica de la rentabilidad de las zonas, por lo que esta Comisión atiende a la lógica económica y comercial que indica que un negocio, servicio o territorio es rentable si genera beneficios. Y, con base a ello, esta Comisión se reafirma en que una zona es rentable en términos económicos y comerciales si los servicios en ella prestados (ya sean del servicio universal o no) generan un margen positivo. Y aunque posteriormente, el coste neto del servicio universal se calcule únicamente con los servicios que forman parte de la obligación de dicho servicio, el RSU en ningún momento establece que la rentabilidad de las zonas deba calcularse de igual manera que el coste neto de la obligación del servicio universal.

### **TERCERO.- Sobre los costes considerados y excluidos.**

Para el cálculo de los costes evitables del servicio de conexión a la red y del servicio telefónico disponible al público, esta Comisión considera razonable la eliminación de los CAADS "Otros costes de marketing y publicidad" y "Ventas" debido a que, según su consideración, son originados por la comercialización de servicios de banda ancha. Sin embargo, TESAU indica<sup>13</sup> que sí se corresponden, al menos en parte, con los servicios del servicio universal.

---

<sup>10</sup> Main Distributor Frame.

<sup>11</sup> Véanse las páginas 4 y 5 del recurso de TESAU de 28 de diciembre de 2012.

<sup>12</sup> En los que esta Comisión se basa para determinar el cálculo de la rentabilidad de las zonas.

<sup>13</sup> Véanse las páginas 6 y 7 del recurso de TESAU de 28 de diciembre de 2012.



El hecho de que una parte del coste del CAADS “Ventas” se asigne a los servicios de acceso y conexión a la red telefónica básica en el sistema de contabilidad de costes no implica que se tenga que considerar en el cálculo del coste neto del servicio universal, ya que la metodología aprobada en la resolución recurrida tiene en cuenta sólo los costes evitables, es decir, aquellos costes que se evitarían en el caso de dejar de prestar el servicio universal. Y esta Comisión considera que los costes objeto de esta alegación no son costes evitables, es decir, son costes que no se evitarían en el caso de que TESAU cesara la prestación del mismo, por lo que aunque, contablemente esos costes se asignen a los servicios de conexión y acceso a la red telefónica básica de la contabilidad regulatoria, no se debería asignar coste de Ventas al coste neto del servicio universal, al igual que ocurre con otros costes que se asignan contablemente a estos servicios y tampoco se consideran evitables por lo que no imputan costes al coste neto del servicio universal.

#### **CUARTO.- Sobre el cálculo del coste de los servicios no rentables.**

TESAU considera que la metodología de cálculo del coste neto del servicio no rentable correspondiente al abono social es inconsistente<sup>14</sup>. Según el apartado 3 del artículo 39 del RSU los servicios no rentables son los que un operador no prestaría a precio asequible atendiendo a razones exclusivamente comerciales, bien por disfrutar de tarifas especiales (como ocurre con el abono social) o bien por su alto coste, incluido el coste de acceso.

Concretamente TESAU piensa que atender a “razones exclusivamente comerciales” supone que los servicios de conexión y abono deben valorarse al precio de la oferta minorista y no al coste de prestación del servicio, es decir, el coste neto del abono social debe ser la diferencia entre el precio minorista y el precio del abono social y no la diferencia entre el coste de prestación y el precio del abono social propuesta por la esta Comisión. En este caso se produciría una doble inconsistencia ya que se obligaría a TESAU a prestar un servicio minorista no regulado a precio de coste (lo que es contrario a su prestación sobre la base de “razones exclusivamente comerciales”) ya que no se estaría considerando el coste de oportunidad.

El coste de oportunidad es un concepto económico que en este caso representa la diferencia entre la rentabilidad para TESAU por un cliente a quien se le presta el servicio atendiendo a razones exclusivamente comerciales y la rentabilidad por un cliente al que está obligado a prestar servicio como consecuencia de la obligación del servicio universal. El coste de oportunidad se puede definir como aquello a lo que un agente renuncia cuando hace una elección o toma una decisión, lo que no tiene relación con el coste propiamente dicho, sino con el beneficio o ganancia que deja de percibir con esa elección. Por otro lado, el coste de oportunidad también se puede definir como el valor de la mejor opción no realizada, que en este caso sería el precio dejado por percibir como consecuencia de la obligación existente del servicio universal.

En conclusión, TESAU sostiene en su recurso que, como no se puede obligar a un operador a ofrecer un servicio minorista no regulado a precio estrictamente de coste ni se puede obviar el coste de oportunidad en el que incurre el operador prestador del servicio universal como consecuencia de movilizar recursos de forma no eficiente, la fórmula aprobada por esta Comisión no es consistente con el objetivo declarado en el cálculo del coste neto del

---

<sup>14</sup> Véanse las páginas 7 y 8 del recurso de TESAU de 28 de diciembre de 2012.





servicio universal y debe volverse a la forma de cálculo anteriormente establecida (esto es, la diferencia entre el precio minorista y el precio del abono social).

Frente a las anteriores alegaciones, esta Comisión considera que no se obliga a ningún operador a ofrecer un servicio minorista no regulado a precio estrictamente de coste, puesto que a los clientes con tarifas especiales, TESAU les aplicará el descuento que corresponda a las tarifas nominales existentes, independientemente de los costes del servicio. Otra cosa distinta es el coste neto que se le reconozca a TESAU por la prestación de los servicios de acceso con precio de tarifas especiales. En este sentido, el propio RSU se refiere al cálculo del coste neto en los siguientes términos:

*“El coste neto de las obligaciones del servicio universal se obtendrá hallando la diferencia entre el coste que para el operador designado tiene el operar con dichas obligaciones y el correspondiente a operar sin las mismas.”*

Por ello, siguiendo el espíritu del RSU, se considera razonable tener en cuenta el coste que para TESAU tiene prestar las tarifas especiales como consecuencia de la obligación en lugar del precio de mercado. En este sentido, con la nueva forma de cálculo introducida en la resolución recurrida, se reconoce el coste real que a Telefónica le supone prestar este servicio a los clientes.

## **QUINTO.- Sobre el cálculo de los beneficios no monetarios.**

### **5.1. Debido a la imagen de Marca**

En primer lugar, TESAU propone que el resultado de la encuesta realizada para obtener el porcentaje de usuarios fieles debe corregirse eliminando la desviación típica<sup>15</sup> ya que la desviación, aunque sea pequeña, aplicada al margen de TESAU en los servicios de acceso, tráfico y banda ancha de clientes exclusivos puede distorsionar el coste neto de prestación del SU.

Por otro lado, TESAU muestra su rechazo a varias alegaciones realizadas por otros operadores como las siguientes:

- TESAU resalta que para cuantificar el porcentaje de usuarios fieles sólo deben considerarse los clientes conscientes de la figura del servicio universal, aquéllos que no sean conscientes de la figura del servicio universal deben excluirse.
- TESAU rechaza que se deba establecer un límite mínimo al beneficio no monetario debido al mayor ingreso por cliente de TESAU, ya que según indica dicho operador, este mayor ingreso puede deberse a una mayor calidad del servicio, una mejor atención al cliente o a otras razones.

TESAU hace referencia al artículo 40.2 del RSU que indica que el cálculo del coste neto del servicio universal debe basarse en procedimientos y criterios objetivos y considera que estos no se cumplen, concretamente al proponer que el margen total que percibe un cliente exclusivo de TESAU sea computado, pues buena parte del mismo no es consecuencia de que el cliente esté dispuesto a pagar más por ser el prestador del SU. Por tanto surge aquí

---

<sup>15</sup> Véase página 9 del recurso de TESAU de 28 de diciembre de 2012.



una cuestión relevante que es el margen adicional que obtiene TESAU como prestador del servicio universal y no por otras razones como calidad del servicio o la identificación del cliente con los valores que transmite la marca Movistar. En consecuencia, para restaurar la objetividad del procedimiento, TESAU considera que debe incluirse en la encuesta una pregunta concreta sobre la disposición de los clientes exclusivos de TESAU a pagar un sobreprecio para compensar a la operadora por el hecho de ser el operador prestador del servicio universal. Por último, TESAU propone que el beneficio no monetario sólo se calcule en las zonas rentables ya que en las zonas no rentables carece de sentido aplicar un margen medio por cliente debido a que los servicios se ofrecen en pérdidas.

Frente a las anteriores alegaciones de TESAU, debe señalarse que la realización de la encuesta prevista en la resolución recurrida será responsabilidad de esta Comisión y se basará en criterios objetivos que permitan identificar de una forma razonable el conocimiento que los usuarios tienen de TESAU como prestador del servicio universal y su grado de fidelidad. Por ello, el porcentaje de usuarios fieles se calculará en función de que los usuarios sean conscientes de la figura del servicio universal, no considerándose sin embargo necesario que dichos usuarios conozcan la normativa legal o bien el contenido técnico específico del servicio universal, como si fueran expertos del sector.

En cuanto a la existencia de límites mínimos a este beneficio, esta Comisión considera que su importe será el resultado de los cálculos realizados sin establecer previamente ningún límite inferior, ya que esto no sería consistente con la metodología propuesta.

En cuanto al cálculo del beneficio no monetario de la imagen de marca en las zonas no rentables ha de indicarse que la imagen de marca influye independientemente de si las zonas son rentables o no lo son. Es decir, el que las zonas sean no rentables, no implica que no existan otros operadores prestando servicios en competencia con TESAU, por lo que la imagen de marca de este operador juega también un papel importante en estas zonas. En cuanto a la afirmación de TESAU de que a los clientes en zonas no rentables no se les puede aplicar ningún margen medio porque no existe, cabe indicar que al considerar como universo tanto las zonas rentables como las no rentables en su conjunto, es correcta la aplicación del margen medio obtenido a partir del sistema de contabilidad de costes para el cálculo de este beneficio no monetario.

Por todo ello, esta Comisión considera correcta la aplicación del beneficio no monetario de imagen de marca tanto en zonas rentables como en zonas no rentables y la utilización del margen medio del sistema de contabilidad de costes en el estándar de costes corrientes del ejercicio.

## **5.2 Debido a la Ubicuidad**

TESAU considera incorrecta la fórmula utilizada<sup>16</sup> ya que cuando un cliente de una zona no rentable migra a una zona rentable puede contratar o no una línea telefónica fija y, además, puede o no contratar con el operador prestador del servicio universal. No obstante, a partir de este punto, el cliente puede contratar con el operador prestador del servicio universal por varias razones: publicidad, mejor calidad, imagen de marca, mejor atención comercial, etc. y, finalmente, también puede ser fiel al operador prestador del servicio universal por haber sido beneficiario previamente de dicho servicio.

---

<sup>16</sup> Véase página 12 del recurso de TESAU de 28 de diciembre de 2012.



Por tanto, debido a que el cliente puede contratar por muy diversas razones, a juicio de la entidad recurrente, habría que multiplicar la base de clientes migrados por los que realmente están fidelizados por el operador prestador del servicio universal. En otras palabras, al parecer de TESAU habría que multiplicar por el porcentaje de clientes fieles obtenido en la encuesta del beneficio no monetario de marca; en caso de no hacerlo, se estaría dando por supuesto que todos los clientes que migran y contratan con TESAU lo hacen por la ubicuidad del operador.

En respuesta la alegación de la entidad recurrente, esta Comisión considera correcta la fórmula aplicada ya que el beneficio de la ubicuidad se produce por la prestación del servicio en todo el territorio del Estado, como consecuencia de la obligación del servicio universal, con independencia de la fidelidad del cliente hacia el prestador del servicio universal. Es decir, el hecho de que un cliente que migre a una zona rentable contrate con el operador prestador se produce con independencia de su fidelidad hacia él. En otras palabras, en este beneficio no monetario la concurrencia de la fidelidad del cliente no es necesaria, como sí lo es, en cambio, en la imagen de marca.

#### **SEXTO.- Sobre los Accesos TRAC.**

En opinión de ORANGE<sup>17</sup>, la definición de las zonas TRAC en la resolución impugnada resulta contraria a la regulación del artículo 41 del RSU, no reflejando la forma de cálculo de su coste la obligación de eficiencia en el cálculo del coste neto del servicio universal requerida por el citado precepto<sup>18</sup>.

Según ORANGE, esta Comisión justifica el tratamiento diferenciado de los accesos inalámbricos porque no forman parte de la estructura de la red fija, lo que incumple el principio de neutralidad tecnológica establecido por la LGTel, ya que se da un tratamiento diferenciado a estos accesos, y es incompatible con el artículo 41.3 del RSU. Este artículo establece que la zona es una demarcación territorial que debe ser analizada en términos comerciales, y, sin embargo, las zonas TRAC definidas no se corresponden con demarcaciones territoriales, sino con una agrupación de diversas conexiones dispersas en una provincia. Además, tampoco tiene sentido desde el punto de vista comercial el tratamiento diferenciado propuesto ya que si un operador se plantease la prestación del servicio en una zona geográfica analizaría su rentabilidad global, incluyendo las conexiones inalámbricas.

Por otro lado, ORANGE considera contradictoria esta metodología con el planteamiento del Informe de audiencia y de la resolución definitiva, según el cual, el análisis para determinar la definición de zona se basa en el escenario más probable de un operador integrado con red propia fija y móvil, que desaparece el separar los accesos inalámbricos por no formar parte de la estructura de red de TESAU. Y, en segundo lugar, la afirmación de realizar un análisis según la red de un operador integrado fijo-móvil tampoco se tiene en cuenta al valorar el coste eficiente de prestar servicios inalámbricos, ya que el coste se cuantifica en

<sup>17</sup> Véase las páginas 3 a 5 del recurso de ORANGE de 3 de enero de 2013.

<sup>18</sup> "1. El coste neto de las obligaciones de suministro de la conexión a la red pública de comunicaciones electrónicas se obtendrá sumando el coste neto asociado al suministro de las conexiones para la prestación eficiente de los servicios no rentables, referidos en el artículo 39,3, con el coste neto de suministrar las conexiones en las zonas no rentables, excluyendo posibles duplicidades, y deduciendo los beneficios, incluidos los beneficios no monetarios, debidos a la prestación de este elemento del servicio universal, obtenidos por su prestador. 2. El coste neto en las zonas no rentables se obtendrá hallando la diferencia entre los costes imputables debidos a su prestación eficiente y los ingresos atribuibles al suministro de las conexiones en dichas zonas que reviertan al prestador. 3. A los efectos de lo previsto en este artículo, se considerarán zonas no rentables las demarcaciones territoriales de prestación de conexiones a la red pública de comunicaciones electrónicas que un operador eficiente no cubriría a precio asequible, atendiendo a razones exclusivamente comerciales."



función de un acuerdo privado entre dos empresas (TESAU y Telefónica Móviles de España SAU –en adelante, TME-) del cual no se puede evaluar la razonabilidad. Adicionalmente, la recurrente señala que esta Comisión debe considerar que, habiendo desaparecido la obligación de garantizar la disponibilidad del servicio telefónico durante 4 horas en ausencia de suministro eléctrico, los costes asociados a esta obligación no deben formar parte de los costes eficientes.

Por último, ORANGE también considera que existe una ausencia de garantías en la correcta asignación de ingresos a las zonas TRAC ya que la resolución recurrida señala que, en ausencia de información desagregada por zona, TESAU deberá proponer criterios de imputación objetivos y causales que deberán tener en cuenta que en esas zonas la relevancia de las tarifas planas puede ser menor, lo que afectará a los ingresos.

Frente a las anteriores alegaciones de ORANGE, debe indicarse, en primer lugar, que la definición de las zonas aprobada por esta Comisión se ha basado en un criterio técnico como es la arquitectura de red del operador prestador del servicio universal. Y, concretamente, se ha fundamentado en su arquitectura de medios alámbricos, red de centrales locales de cobre y centrales cabecera de fibra cuya cobertura no coincida con la de las centrales de cobre, y en su arquitectura de medios inalámbricos basada en la subcontratación de accesos por tecnología móvil, satelital o LMDS/WiMAX. Debe destacarse que el uso de tecnología satelital implica que no se pueden considerar estos servicios como prestados por un operador integrado.

De acuerdo con lo anterior, los accesos inalámbricos se consideran zonas independientes, entendidas como las demarcaciones territoriales servidas por tecnologías inalámbricas. En conclusión, en la metodología aprobada de cálculo del coste neto del servicio universal existirán tres tipos de zonas: zonas cubiertas por centrales locales, zonas cubiertas por centrales cabecera de fibra cuya cobertura no coincida con la de centrales de cobre y zonas inalámbricas cubiertas por tecnología móvil, satelital o LMDS/WiMAX.

En segundo lugar, la razonabilidad de los acuerdos alcanzados entre TESAU y los prestadores de los servicios inalámbricos, sean operadores de telefonía móvil, satélite o LMDS/WiMAX, será analizada por esta Comisión. Concretamente, en el proceso de revisión de la declaración anual sobre el coste neto del servicio universal que deberá presentar TESAU, esta Comisión verificará los precios de acceso cobrados por estos operadores a TESAU estimando su razonabilidad, por ejemplo, sobre la base de los precios de otros servicios de carácter similar como los precios de originación facturados por los operadores móviles de red a los operadores móviles virtuales.

Por último, esta Comisión considera necesario aclarar que en este proceso de revisión de la declaración anual del coste neto del servicio universal se verificarán también otros extremos indicados por ORANGE, como la causalidad y objetividad de la imputación de los ingresos y los costes a las zonas definidas, tanto de cobre y fibra como inalámbricas.

### **SÉPTIMO.- Sobre los Ingresos de banda ancha.**

ORANGE considera<sup>19</sup> que los ingresos de banda ancha son atribuibles al coste del servicio universal debido a la obligación de dicho servicio de proveer banda ancha a 1 Mbps. Concretamente, como el servicio de conexión es utilizado para prestar servicios de telefonía

---

<sup>19</sup> Véase la página 5 del recurso de ORANGE de 3 de enero de 2013.



y banda ancha, una proporción de los ingresos de banda ancha debería asignarse para calcular el coste neto directo de las zonas.

De otro lado, ORANGE propone que no se imputen al servicio universal otros costes derivados de nodos de acortamiento del bucle para proveer mejoras de velocidad superiores a 1 Mbps, el coste de los accesos de fibra, ni el coste de bucles de cobre vacantes que hayan sido sustituidos por fibra.

Ante las alegaciones formuladas por la recurrente, debe señalarse que en la metodología aprobada por esta Comisión los ingresos de banda ancha se computan para calcular la rentabilidad de las zonas. Sin embargo, no son ingresos atribuibles para calcular el coste neto del servicio universal ya que el propio servicio de banda ancha no forma parte del servicio universal, como indica el artículo 39.2 del RSU<sup>20</sup>. Y, como, se indica en el artículo 28 de la misma disposición, el servicio de conexión a la red pública de comunicaciones electrónicas deberá permitir comunicaciones de datos en banda ancha a una velocidad de 1 Mbps, pero el propio servicio de banda ancha no forma parte del servicio universal<sup>21</sup>.

Por tanto, en aplicación del RSU la metodología de cálculo del coste neto del servicio universal recoge únicamente el coste de los servicios de conexión a la red y el servicio telefónico disponible al público, y no de los servicios de banda ancha que no forman parte del servicio universal. Por otro lado, actualmente tampoco forman parte del coste neto del servicio universal los accesos por fibra ya que se consideran accesos fundamentalmente para la prestación de servicios de banda ancha de alta velocidad, y no para la prestación de los servicios de conexión a la red y servicio telefónico disponible al público.

En cuanto a los pares vacantes, debe destacarse que TESAU está sujeta a la obligación del artículo 29.4 del RSU<sup>22</sup>, obligación que conlleva que TESAU deba tener disponible la red y, por tanto, los correspondientes pares vacantes para prestar los servicios del servicio universal, aunque aún no tenga clientes dados de alta y no exista demanda real, ya que es materialmente imposible desplegar una red para prestar servicio en menos de los 60 días previstos en el artículo 29.4 del RSU.

Por otro lado, en el momento actual no está incluida la fibra en el cálculo del coste neto. No obstante, si en algún momento, por el grado de despliegue y de sustitución de los pares vacantes por fibra, se hace oportuna la introducción de la misma en el cálculo del coste neto, se procederá a auditar expresamente en las revisiones anuales que no se produce una doble imputación de la fibra y de los pares vacantes en lo que se refiere al cómputo de costes del servicio universal.

## **OCTAVO.- Sobre las subvenciones recibidas por TESAU.**

---

<sup>20</sup> "No se incluirán en el cálculo del coste neto del servicio universal los costes sufridos como consecuencia de la prestación de cualquier servicio que, de acuerdo con lo establecido en este reglamento, quede fuera del ámbito de aplicación de las obligaciones de servicio universal."

<sup>21</sup> "1. La conexión a la red pública de comunicaciones electrónicas [...] deberá ofrecer a sus usuarios finales [...] la posibilidad de: [...] b) Establecer comunicaciones de datos a velocidad suficiente para acceder de forma funcional a Internet. A estos efectos y en virtud de lo establecido en el artículo 52 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, la conexión a la red deberá permitir comunicaciones de datos en banda ancha a una velocidad en sentido descendente de 1Mbit por segundo."

<sup>22</sup> "El operador designado deberá satisfacer cada solicitud razonable de conexión a la red pública de comunicaciones electrónicas, referidas en el punto 1 anterior, en un plazo máximo de 60 días naturales, contados a partir de su recepción. Cuando dicha solicitud se realice conjuntamente con la de acceso al servicio telefónico disponible al público, se deberán satisfacer ambas en el mencionado plazo."



Aunque esta Comisión mantiene en la resolución recurrida el criterio de caja para asignar las subvenciones al cálculo del coste neto del servicio universal, ORANGE lo considera sin embargo incorrecto<sup>23</sup> porque TESAU ha recibido cuantiosas subvenciones para la prestación de banda ancha en zonas remotas que no se tuvieron en cuenta anteriormente porque la banda ancha no formaba parte del servicio universal, pero cuya inversión sí entrará a formar parte de su coste neto a partir de ahora.

Frente a lo anterior, esta Comisión debe reiterar que el coste de los servicios de banda ancha no se computa para calcular el coste neto del servicio universal, ya que el propio servicio de banda ancha no forma parte del SU. No obstante, debe aclararse que, en cualquier caso, las subvenciones recibidas únicamente se considerarán a partir del 1 de enero de 2012 que es el momento de aplicación de la nueva metodología de cálculo del coste neto del servicio universal.

Por otro lado, al aplicarse el criterio de caja, las subvenciones que efectivamente ingrese TESAU a partir de la mencionada fecha, según el criterio de caja, serán descontadas del coste neto del servicio universal.

Esta Comisión estima necesario destacar que las subvenciones recibidas para la prestación de servicios relativos al servicio universal se descontarán del coste neto del servicio universal, continuando con la metodología anterior, y que las subvenciones relativas a la prestación de otros servicios no serán consideradas. Por tanto, se producirá una continuidad en este aspecto que no permitirá que TESAU reciba subvenciones relativas a prestaciones del servicio universal que no sean descontadas del coste neto.

#### **NOVENO.- Sobre el estándar de costes.**

ORANGE alega<sup>24</sup> que el vigente estándar de costes corrientes no garantiza el requisito de calcular unos costes de prestación eficiente de los servicios.

El estándar de costes corrientes fue definido por esta Comisión en la anterior Resolución de 10 de junio de 2010<sup>25</sup> sobre la actualización de los principios, criterios y condiciones del sistema de contabilidad de costes, en la que se indica que:

*“El estándar de costes corrientes permite evaluar los costes en que incurriría un operador eficiente en un mercado competitivo utilizando la última tecnología disponible. [...] los costes corrientes tienen las siguientes características fundamentales:*

*- Reflejan el coste de los activos de un operador eficiente.*

*[...]*

*- Incorporan los cambios tecnológicos de los activos de forma que la mayor eficiencia y productividad de las nuevas tecnologías se reflejen en los costes.”*

Adicionalmente, la Recomendación de la Comisión Europea de 19 de septiembre de 2005<sup>26</sup> relativa a la separación contable y los sistemas de contabilidad de costes dentro del marco regulador de las comunicaciones electrónicas indica en su apartado 3 que:

*“La evaluación de los bienes de red con un valor prospectivo o corriente de un operador eficiente [...] constituye un elemento clave de la metodología de «contabilidad de costes corrientes» (CCA).”*

---

<sup>23</sup> Véase la página 6 del recurso de ORANGE de 3 de enero de 2013.

<sup>24</sup> Véase la página 6 del recurso de ORANGE de 3 de enero de 2013.

<sup>25</sup> AEM 2010/270.

<sup>26</sup> 2005/698/CE.





Por último, la Recomendación de la Comisión de 7 de mayo de 2009<sup>27</sup> sobre el tratamiento normativo de las tarifas de terminación de la telefonía fija y móvil establece en su apartado 2 que:

*“Se recomienda que la evaluación de la eficiencia de los costes se base en costes corrientes”*

Con base a todo lo anterior, esta Comisión considera que el estándar de costes corrientes sí refleja el coste de un operador eficiente siendo plenamente válido para calcular el coste neto del servicio universal y estando de acuerdo con el marco regulador aplicable.

### **DÉCIMO.- Sobre la posible vulneración del artículo 40.1 del RD 726/2011 en el tratamiento del coste de los usuarios con tarifas especiales.**

ORANGE indica en su recurso<sup>28</sup> que, de conformidad con el artículo 40.1 del RSU, el coste de las obligaciones de servicio universal en zonas no rentables debería calcularse conjuntamente con el coste de los usuarios con tarifas especiales, a diferencia de la anterior reglamentación. Por otro lado, dicho operador propone que el coste de las tarifas especiales sea minorado con los ingresos de el tráfico telefónico generados por los clientes de tarifas especiales en zonas rentables, que son clientes cautivos de TESAU, ya que el coste neto directo debería recoger todos los beneficios que la prestación del servicio universal produce.

Frente a estas alegaciones, debemos recordar que el artículo 40.1 del RSU indica que:

*“1. Los costes netos imputables a las obligaciones de servicio universal impuestas a los operadores que son susceptibles de compensación están compuestos por:*

*a) El coste neto de las obligaciones de suministrar la conexión a la red pública de comunicaciones electrónicas, [...]*

*b) El coste neto de las obligaciones de prestar el servicio telefónico disponible al público, [...]*

*En todos los casos, dichas obligaciones se considerarán conjuntamente con las medidas para facilitar la accesibilidad que se establecen en el artículo 33, las condiciones de calidad del artículo 34 y las de asequibilidad del artículo 35, que le sean de aplicación.”*

Como se desprende del último párrafo transcrito, el coste de la obligación de prestar el servicio de conexión y el servicio telefónico disponible al público en zonas no rentables se podrá calcular conjuntamente con las obligaciones de accesibilidad, calidad y asequibilidad (entre las que se encuentra el abono social según indica el artículo 35 del mismo RSU), siempre que le sean de aplicación. En este sentido, el coste de las tarifas sociales consiste en calcular el impacto de unos descuentos en las tarifas para determinados usuarios, mientras que el coste de las zonas no rentables consiste en calcular el déficit que supone al operador la prestación de los servicios de conexión y servicio telefónico disponible al público en zonas deficitarias.

Por todo lo anterior, debido a la naturaleza distinta de ambos costes (déficit en zonas no rentables frente a importe de descuentos) esta Comisión considera que no procede su cálculo conjunto o, como indica el RSU, no es de aplicación el cálculo conjunto de ambos costes.

Abundando en lo anterior, los artículos 41.1 y 42.1 RSU indican que:

*“El coste neto de las obligaciones de suministro de la conexión a la red pública de comunicaciones electrónicas [o STDP según el artículo 42.1] se obtendrá sumando el coste neto asociado al suministro de las conexiones [o STDP según el artículo 42.1] para la prestación eficiente de los servicios no rentables, referidos en el artículo 39,3, con el coste*

<sup>27</sup> 2009/396/CE.

<sup>28</sup> Véanse las páginas 7 y 8 del recurso de ORANGE de 3 de enero de 2013.



*neto de suministrar las conexiones [o STDP según el artículo 42.1] en las zonas no rentables, excluyendo posibles duplicidades”*

Y, finalmente, el artículo 39.3 RSU prevé que:

*“Son susceptibles de ser calificados como servicios no rentables los que deban prestarse [...] y a los colectivos de pensionistas y jubilados”*

En conclusión, como se desprende de los preceptos transcritos, esta Comisión considera que el coste neto se debe obtener de forma separada. Esto es, calculándolo, por un lado, para las zonas no rentables y, por otro, para los servicios no rentables, siendo uno de ellos los servicios prestados a pensionistas y jubilados que se acojan al abono social.

### **UNDÉCIMO.- Sobre la posible vulneración del artículo 40.2 del RD 726/2011 en lo relativo al cálculo del beneficio inmaterial de imagen de marca.**

ORANGE considera en su recurso<sup>29</sup> que la realización de una encuesta para determinar el beneficio no monetario de la imagen de marca quebranta la objetividad del procedimiento para calcular el coste neto del servicio universal porque el resultado dependerá de las preguntas que se realicen y porque resulta subjetivo realizar una valoración económica del conocimiento de los usuarios de la normativa de telecomunicaciones. La operadora propone calcular el beneficio no monetario en función del diferencial de ingresos de TESAU, como única forma de medir objetivamente el impacto de la imagen de marca.

En respuesta al planteamiento de ORANGE, y como se indica en la metodología aprobada, la realización de la encuesta será responsabilidad de esta Comisión y se basará en criterios objetivos que permitirán identificar el conocimiento que los usuarios tienen de TESAU como prestador del servicio universal y su grado de fidelidad.

Esta Comisión considera la encuesta como un método perfectamente válido para objetivar un concepto subjetivo y no fácilmente medible como es la imagen de marca debida a la prestación del servicio universal. Además, se debe destacar que las encuestas son un método generalizado y aceptado para conocer las opiniones o preferencias de una población a la que no se puede analizar en su totalidad. Por ejemplo, tanto en el último Informe Económico Sectorial como en la Memoria Anual de Actividades correspondientes al ejercicio 2011 presentados por esta Comisión en cumplimiento de los artículos 20.1 y 21.2 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, se realizan expresas referencias a encuestas sectoriales<sup>30</sup>. También la entidad impugnante recurre a las encuestas para determinar el grado de satisfacción de sus clientes<sup>31</sup>.

En cuanto al diferencial de ingresos de TESAU frente a otros operadores, esta Comisión considera que se puede deber a otros factores adicionales a la prestación del servicio universal como, por ejemplo, una mayor inversión en publicidad o calidad del servicio, por lo que no sería causal ni objetiva su aplicación como indicador de un mayor reconocimiento de marca por la prestación del servicio universal.

### **DUODÉCIMO.- Sobre la posible concurrencia en la resolución impugnada de causas de nulidad y anulabilidad de los artículos 62 y 63 LRJPAC.**

<sup>29</sup> Véanse las páginas 8 y 9 del recurso de ORANGE de 3 de enero de 2013.

<sup>30</sup> Véanse las páginas 35, 43 y 55 del Informe Económico Sectorial 2011 así como la página 18 de la Memoria Anual de Actividades 2011. En la página 35 del Informe Económico Sectorial se hace referencia a que la Investigación sobre el grado de sustitución entre los servicios de banda ancha fija y de banda ancha móvil de gran pantalla en el segmento residencial se basó en una encuesta personal realizada a 2.248 hogares. Y en la página 18 de la Memoria Anual de Actividades 2011 se indica que el Estudio sobre las características de la demanda que las empresas españolas hacen los servicios de comunicaciones electrónicas y el nivel de competencia presente en este mercado utilizó una encuesta a 1.500 empresas y 300 Administraciones Públicas.

<sup>31</sup> Véase, p.ej., la encuesta efectuada en la división “Orange Business Services”: <http://encuestasobs.com/index.htm>.



En sus recursos, tanto TESAU<sup>32</sup> como ORANGE<sup>33</sup> efectúan expresa referencia a los artículos 62 y 63 LRJPAC, esto es a la existencia de causas de nulidad y anulabilidad en la resolución impugnada, tanto por presunta infracción del artículo 84 LRJPAC (alegada por TESAU) como por posible contravención de determinados artículos del RSU, concretamente de los artículos 39 (alegado por TESAU), 40 y 41 (alegado por TESAU y ORANGE) y 42 (alegado por TESAU).

### 12.1.- Sobre la presunta infracción del artículo 84 LRJPAC.

En la página 2 del recurso de TESAU se dice que:

*“En el presente procedimiento, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha prescindido de un trámite esencial, como es la notificación a los interesados de una propuesta de resolución, a la que poder realizar alegaciones de forma previa a la aprobación de la resolución definitiva.”*

Añade la entidad recurrente que:

*“una vez recibidas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones todas las contestaciones al trámite de información pública (realizadas por TESAU, VODAFONE, ORANGE y TTP), debió ponerlas a disposición de esta parte, otorgando el plazo estipulado en el artículo 84.4 LRJPAC, para que realizara las alegaciones que estimara oportunas, y, tras completarse este trámite, se redactara la propuesta de resolución. Dicha propuesta no ha sido elaborada en el presente caso, sin otorgar a mi representada la posibilidad de rebatir los argumentos de los otros interesados en el procedimiento que finalmente han sido aceptados en la resolución definitiva.”*

Concluyendo la recurrente que:

*“La ausencia de este trámite genera una clara indefensión a mi representante, que se encuentra con modificaciones que le afectan muy negativamente, de forma injusta, no transparente y desproporcionada sobre las que no pudo en su momento hacer aportación alguna.”*

Del texto del recurso se desprende que TESAU está alegando una presunta infracción del artículo 84 LRJPAC con base a la falta de traslado de:

- La propuesta de resolución de esta Comisión, previa a la resolución definitiva de 22 de noviembre de 2012.
- Las alegaciones efectuadas por el resto de operadores en el trámite de audiencia.

A continuación se analizan cada una de las infracciones alegadas por la recurrente. No obstante, antes de entrar en dicho análisis, debemos señalar que en la consulta realizada a los operadores en el procedimiento MTZ 2012/1273 fue aplicado el artículo 86 LRJPAC, relativo a la información pública, y no el precepto indicado por TESAU. Así se desprende del acuerdo de inicio del procedimiento de fecha 21 de junio de 2012, donde se dice que:

*“Por tanto, y en la forma prevista por el artículo 86 de la LRJPAC, se procede a la apertura del trámite de información pública por un plazo de un mes de duración improrrogable a contar desde la fecha de publicación del presente acuerdo en el Boletín Oficial del Estado para que cualquier persona física o jurídica pueda formular las observaciones o sugerencias que tenga por conveniente y todos los interesados puedan alegar y presentar los documentos y*

---

<sup>32</sup> Véase página 3 del recurso de TESAU de 28 de diciembre de 2012.

<sup>33</sup> Véase página 2 del recurso de ORANGE de 3 de enero de 2013.



*justificaciones que estimen pertinentes, sobre la base de la propuesta que se acompaña al presente acto.”*

La jurisprudencia ha venido señalando la diferencia entre los artículos 84 LRJPAC y 86 LRJPC, entre otras, en las SSTs de 16 de mayo<sup>34</sup> y 14 de noviembre<sup>35</sup> de 1997:

*“El trámite de información pública afecta a un grupo indeterminado de personas e intereses, siendo su finalidad totalmente diversa a la del trámite de audiencia, que afecta a personas e intereses singulares.”*

Además, como recuerda la STS de 14 de noviembre de 1997, la omisión del trámite de audiencia sólo da lugar a la anulación del acto recurrido cuando se produce una *“auténtica situación de indefensión de los recurrentes”* que pueda vulnerar lo dispuesto en el artículo 24 CE<sup>36</sup>.

Ello no ocurre cuando los interesados tienen la oportunidad de *“formular alegaciones, presentar documentos, consignar datos y aportar pruebas”*, como en este caso, en el que TESAU presentó un documento en el procedimiento MTZ 2012/1273 de 38 páginas titulado *“respuesta de TESAU a la consulta pública sobre la metodología de cálculo del coste neto del servicio universal”*.

#### **12.1.1.- Sobre la falta de traslado de la propuesta de resolución.**

El procedimiento administrativo general de la LRJCA no prevé el traslado de la propuesta de resolución a los interesados del procedimiento con carácter previo a la adopción de la resolución definitiva. Efectivamente, los trámites de audiencia e información pública de los artículos 84 y 86 LRJPAC no contemplan dicho traslado con carácter preceptivo. Ello ha sido confirmado por los Tribunales y, concretamente, por la STS de 4 de febrero de 2002<sup>37</sup>:

*“En primer término, el artículo 84.1 de dicha Ley (LRJPAC) establece que «instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes...». El trámite de audiencia, por tanto, es anterior a la propuesta, sin que la norma imponga que se dé traslado de ésta.”*

El traslado de la propuesta de resolución al interesado sí se contempla, en cambio y excepcionalmente, para el procedimiento sancionador y, concretamente, en el artículo 19.1 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora.

Sin embargo, el procedimiento MTZ 2012/1273 que ha dado origen a la resolución impugnada no tiene naturaleza sancionadora sino que tiene por finalidad aprobar una nueva metodología para el cálculo del coste neto del servicio universal tras la incorporación de la conexión de banda ancha. Por ello, tampoco resulta exigible por esta razón el traslado a los

---

<sup>34</sup> RJ 1997\4191.

<sup>35</sup> RJ 1997\8461.

<sup>36</sup> En este sentido, el artículo 62.1.a) LRJPAC prevé que: *“Los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: (...) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.”* Y en el artículo 63 LRJPAC mencionado por TESAU en su recurso se señala que: *“1. Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. 2. No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados”.*

<sup>37</sup> RJ 2002\882.



interesados de la propuesta de resolución. Y, a pesar de la falta de obligatoriedad del traslado de la propuesta de resolución, esta Comisión puso a disposición de los interesados una propuesta técnica para que sirviera de base o fundamento a sus alegaciones, tal y como se recoge en el acuerdo de inicio del procedimiento MTZ 2012/1273<sup>38</sup> y en cuyo anexo se contiene la citada propuesta técnica.

### **12.1.2.- Sobre la falta de traslado a TESAU de los escritos de alegaciones del resto de operadores.**

En los apartados 1 y 2 del artículo 84 LRJPAC se prevé, por un lado, la “*puesta de manifiesto*” del expediente a los interesados y, a la vez, la apertura de un periodo de alegaciones y aportación de documentación por parte de los mismos.

La *puesta de manifiesto* significa, de acuerdo con su propia acepción gramatical<sup>39</sup>, poner un expediente al alcance o a disposición de los interesados para que puedan examinarlo.

La puesta de manifiesto, por tanto, no equivale al traslado o remisión de la totalidad de la documentación del expediente a los interesados sino que implica una actividad por parte de los mismos encaminada o dirigida a “acceder” al contenido del citado expediente, como recuerda, por ejemplo, la STS de 27 de junio de 2003<sup>40</sup>. En el supuesto de que dicha actividad no se produzca o tenga lugar de forma indebida o errónea, no puede imputarse a la Administración vulneración alguna de derechos del interesado. Así, en la mencionada STS de 27 de junio de 2003 se señala que:

*“la razón por las que las Concejales del GS no pudieron examinar el expediente fue que en ningún momento se dirigieron a la Sección o Departamento que tramitaba el expediente sino a la Secretaría Delegada de la Gerencia Municipal y que este no era el lugar adecuado.”*

En el supuesto que nos ocupa, no consta en el expediente MTZ 2012/1273, ni durante su tramitación ni una vez cerrado, solicitud alguna de acceso al mismo por parte de TESAU, por lo que no cabe que el operador recurrente denuncie ahora que no ha podido consultar determinada documentación obrante en el mencionado expediente.

### **12.2 Sobre la posible infracción del Reglamento de Servicio Universal.**

Al inicio de este Fundamento se ha dicho que ambos operadores han denunciado en sus respectivos escritos la posible infracción de los artículos 39 a 42 del RSU. Y ORANGE ha asociado dicha infracción al artículo 62 LRJPAC como causa de nulidad radical de la resolución impugnada.

Ante todo debe indicarse que la vulneración de los mencionados preceptos no podría constituir una posible causa de nulidad sino de anulabilidad por infracción del ordenamiento jurídico sectorial. Como viene señalando la jurisprudencia, dentro de la teoría de la invalidez de las resoluciones y actos administrativos, la regla general es la anulabilidad del artículo 63 LRJPAC<sup>41</sup>, constituyendo los casos del artículo 62 LRJPAC una serie de causas tasadas y de interpretación restrictiva<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> “...*todos los interesados puedan alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes, sobre la base de la propuesta que se acompaña al presente acto.*”

<sup>39</sup> Véase en el Diccionario de la RAE, y dentro de la palabra “manifiesto” la segunda acepción (jurídica, de Derecho) de la locución verbal “poner de manifiesto”: *poner de manifiesto algo: 1. loc. verb. Manifestarlo, exponerlo al público. 2. loc. verb. Der. Dejar los autos sobre la mesa de secretaría para que las partes puedan instruirse de ellos.*

<sup>40</sup> RJ 2003\6150.

<sup>41</sup> SSTS de 16 de octubre de 2009 (RC 3879, 2005) y de 19 de marzo de 2001 (RJ 2001, 6602).

<sup>42</sup> Véanse SSTS de 19 de septiembre de 2008 (RJ 2008\7225) y de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2007, 8974).

---





## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el supuesto de la resolución recurrida, las supuestas vulneraciones alegadas por TESAU y ORANGE no encajan en ninguno de los apartados del artículo 62 LRJPAC<sup>43</sup>, por lo que únicamente podrían constituir un posible motivo de anulabilidad infracción del ordenamiento jurídico en el sentido del artículo 63 LRJPAC<sup>44</sup>. No obstante, aquí tampoco se da esta última circunstancia, esto es, no concurre infracción de los artículos 39 a 42 del RSU en relación con el artículo 63 LRJPAC, al haber sido aplicados dichos preceptos del RSU según los criterios técnicos razonables indicados en la resolución recurrida y expuestos en los Fundamentos anteriores de la presente resolución<sup>45</sup>.

A este respecto debe señalarse que los Tribunales han reconocido a esta Comisión el ejercicio de discrecionalidad técnica en la aplicación e interpretación del RSU así como en la integración de sus conceptos jurídicos indeterminados, y entre otras, en las SS AN de 22 de noviembre de 2010<sup>46</sup> y 9 de mayo de 2011<sup>47</sup>.

En el ejercicio de su discrecionalidad técnica, esta Comisión no solamente tiene en cuenta los intereses económicos de los operadores recurrentes sino que, a diferencia de estos últimos, considera también los principios y objetivos de la normativa sectorial, como no podía ser de otra forma<sup>48</sup>. Entre estos objetivos, tal y como se recoge en la página 3 de la resolución recurrida, se halla lo dispuesto en el artículo 3 c) de la LGTel, esto es, garantizar el cumplimiento de las obligaciones de servicio público en la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, en especial las de servicio universal.

<sup>43</sup> La posible causación de indefensión ha sido especialmente descartada anteriormente en este mismo Fundamento, por lo que no resultaría aplicable el apartado a) del artículo 62 LRJPAC. Tampoco nos hallamos ante una resolución dictada por órgano manifiestamente incompetente por razón de materia o territorio, ni tiene un contenido imposible, ni constituye ni ha sido dictada como consecuencia de infracción penal, ni tampoco ha sido dictada prescindiendo total y absolutamente del procedimiento o vulnerando las reglas esenciales para la formación de la voluntad del Consejo de esta Comisión.

<sup>44</sup> "Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder."

<sup>45</sup> Véanse Fundamentos Primero a Undécimo de esta Resolución.

<sup>46</sup> JUR 2010\413793. En su Fundamento Quinto se dice que: "La Sala no puede menos que reiterar lo que en supuestos análogos ha significado, en orden a la apreciación de un claro supuesto de discrecionalidad técnica, que obviamente no puede confundirse con un proceder arbitrario, que sería controlable por esta jurisdicción (por todas, Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1999 , 19 de julio de 2006 y 4 de junio de 2008 ) y que, siempre y cuando pueda colegirse una conculcación del ordenamiento o una decisión ayuna de toda lógica, pudiera dar lugar a una estimación de la impugnación, circunstancias que en el supuesto objeto de ponderación no concurren, cuando, según lo expresado, el acto administrativo se funda en justificaciones objetivas y razonables, tras un estudio concienzudo y unos parámetros que no sólo son acordes con los principios atendibles en esta materia, también responden al principio de eficacia que consagra el artículo 103 de la Constitución, y no es dable atisbar se incurra en arbitrariedad alguna, sin que la entidad actora haya probado tal circunstancia ni que los criterios antes reflejados sean menos razonables que los que preconiza en apoyo de su tesis, ya que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones los ha explicado en forma motivada y en absoluto arbitraria, tras, se insiste, un concienzudo análisis del mercado de las telecomunicaciones y del peso que en él tienen los diferentes operadores."

<sup>47</sup> JUR 2011\184879. En su Fundamento Tercero se señala que: "(...) en el ámbito de los conceptos jurídicos indeterminados, como es el caso del ahora empleado ("carga injustificada"), la Administración puede contar con ciertos márgenes de apreciación a la hora de constatar la concurrencia de los presupuestos normativos. (...) Y más aún, sobre aquellos márgenes de apreciación en la integración del concepto jurídico indeterminado, esto es, sobre la constatación de la concurrencia de los presupuestos normativos, en algunos supuestos como el actual pueden sobreañadirse potestades discrecionales decisorias de naturaleza regulatoria. Y en aplicación de éstas la Autoridad Nacional de Reglamentación puede concluir que la situación del mercado, en un momento preciso, aconseja afrontar aquella distribución del coste neto entre las operadoras; de modo que, por esa misma situación sobrevenida del mercado, no hacerlo puede comportar una injusticia de la carga. En ese punto, como se ve, las potestades discrecionales -verdadera discrecionalidad técnica- de regulación se solapan con el concepto jurídico indeterminado."

<sup>48</sup> En la STSJ de la Comunidad de Madrid de 18 de octubre de 2007 (JUR 2008\94877) con relación a un informe técnico emitido por el organismo regulador se dice que:

*"La discrepancia de la sociedad recurrente respecto de aquella conclusión no permite, sin más, sustituir tal criterio (adoptado en ejercicio de una potestad esencialmente discrecional y amparado en la correspondiente valoración -técnica- de las circunstancias concurrentes) por el sostenido por la actora, que viene lógicamente determinado por la legítima defensa de sus propios intereses económicos y empresariales."*





Por este motivo, y aunque la solución o soluciones alternativas propuestas por los operadores durante el procedimiento MTZ 2012/1273 o, como en este caso, a través de los recursos interpuestos por TESAU y ORANGE, puedan resultar también razonables, los tribunales han reconocido la prevalencia de las soluciones técnicas adoptadas por esta Comisión<sup>49</sup>, salvo que las mismas resulten y se acrediten por parte de los recurrentes, que resultan arbitrarias o desprovistas de cualquier justificación o motivo<sup>50</sup>. Esta doctrina ha sido aplicada por el Tribunal Supremo a las resoluciones técnicas dictadas por esta Comisión, entre otras, en la Sentencia de 30 de noviembre de 2007<sup>51</sup> y en la Sentencia de 19 de julio de 2006<sup>52</sup>, en la que el Tribunal Supremo señala que:

*“En lo que respecta al Acuerdo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, no cabe duda de que es un acto motivado, del que no se aprecia, ni la actora prueba, que incurra en arbitrariedad o irrazonabilidad. Podrá ser discutible en alguno de sus extremos, de carácter marcadamente técnico, pero en defecto de alegación de normas específicas en que pueda fundarse su ilegalidad, no puede en modo alguno hablarse de arbitrariedad o manifiesta irrazonabilidad del acto (...)”*

En este caso, los recurrentes no han acreditado la concurrencia de ninguna de las anteriores circunstancias (arbitrariedad, desviación de poder o ausencia de justificación), por lo que no cabe estimar que se haya producido infracción alguna de las disposiciones del RSU con relación al artículo 63 LRJPAC.

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

## RESUELVE

**ÚNICO.-** Desestimar íntegramente los recursos potestativos de reposición interpuestos por las entidades Telefónica de España SAU y France Telecom España SA contra la Resolución MTZ 2012/1273, de 22 de noviembre de 2012, sobre la nueva metodología para el cálculo del coste neto del servicio universal tras la incorporación de la conexión de banda ancha.

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 22.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

<sup>49</sup> SAN de 23 de diciembre de 2004 (RJCA 2006\141).

<sup>50</sup> Así lo expresa, siguiendo lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Constitucional 39/1983, de 17 de mayo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2007, en su Fundamento Cuarto (RC 49/2006) al decir que:

*“Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad”* (el resaltado es nuestro).

De ello se deduce, como señala el Tribunal Supremo en el mismo Fundamento cuarto que:

*“(..) la discrecionalidad técnica expresada conduce a partir de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos (...). De modo que dicha presunción “iuris tantum” sólo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano (...), bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, entre otros motivos, por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega.”* (el resaltado es nuestro).

<sup>51</sup> Recurso de casación núm. 123/2005.

<sup>52</sup> RJ 2006\4630.



---

COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

aprobado mediante Resolución de su Consejo de 30 de marzo de 2012 (BOE núm. 149, de 22 de junio de 2012), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a que se refiere el presente certificado puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en el artículo 22 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, en la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

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