

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE DETERMINAN LOS OPERADORES OBLIGADOS A CONTRIBUIR AL FONDO NACIONAL DEL SERVICIO UNIVERSAL POR EL EJERCICIO 2011.

SU/DTSA/1195/14/FNSU 2011

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 30 de abril de 2015

Visto el expediente relativo a la determinación de los operadores obligados a contribuir al fondo nacional del servicio universal por el ejercicio 2011, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC o Comisión), de fecha 25 de marzo de 2014, se aprobó el coste neto del servicio universal incurrido por Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) en el ejercicio 2011, cuantificado en un importe de 31.938.427 euros. En la referida Resolución, tramitada con número de expediente SU/DTSA/1683/13, se reconoció asimismo la existencia de una carga injustificada para Telefónica como consecuencia de su obligación de prestación del servicio universal.

SEGUNDO.- Con fecha 12 de mayo de 2014 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Telefónica en el que solicita la puesta en marcha del mecanismo de financiación para compartir el coste neto aprobado por la Resolución mencionada anteriormente.

TERCERO.- Por escrito de la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC, de 19 de junio de 2014, se inicia el presente procedimiento administrativo (SU/DTSA/1195/14/FNSU 2011), incluyendo un requerimiento de información sobre los ingresos brutos de explotación así

como sobre los pagos mayoristas relacionados con la prestación de servicios incluidos en el ámbito del servicio universal por el ejercicio 2011. Se requirió a aquellos operadores de comunicaciones electrónicas cuya declaración anual por el pago de la Tasa General de Operadores (en adelante, TGO) en el año 2011 superaba la cuantía de 6.010.121,04 euros.

Dicho requerimiento fue publicado en el BOE número 157 de 28 de junio de 2014, otorgándose a los operadores el plazo de dos meses para remitir la información solicitada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51.4 a) del Reglamento sobre condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado mediante Real Decreto 424/2005, de 15 de abril (en adelante, RSU), habiéndose producido, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 42.5 a) de la LRJPAC, la suspensión del procedimiento hasta el 28 agosto de 2014, momento en el que finalizó el plazo otorgado a los interesados para presentar la documentación requerida.

CUARTO.- Con fecha 15 de diciembre de 2014 se notificó a los interesados del procedimiento la ampliación del plazo de tramitación. Asimismo, dicha ampliación fue publicada en el BOE número 313 de 27 de diciembre de 2014.

QUINTO.- Con fecha 17 de febrero de 2015 se hizo público el Informe de los Servicios que especifica los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del Servicio Universal (en adelante, FNSU) en relación con el ejercicio 2011, para darle trámite de audiencia y otorgando un plazo de 15 días para alegaciones, a contar desde el día siguiente a la publicación en BOE (número 44 de 20 de febrero de 2015).

SEXTO.- Con fechas 9, 10 y 23 de marzo, se han recibido alegaciones a dicho informe por parte de Telefónica, Telefónica Móviles España, S.A.U. (en adelante, Telefónica Móviles), Vodafone España, S.A.U. (en adelante, Vodafone) y Orange Espagne, S.A.U. (en adelante, Orange), respectivamente.

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

I. FUNDAMENTOS JURÍDICO PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Objeto del procedimiento

Este procedimiento tiene su origen en la Resolución de 25 de marzo de 2014 por la que se aprueba el coste neto del servicio universal (en lo sucesivo, CNSU) referido al ejercicio 2011 que ha soportado Telefónica como operador prestador del mismo, reconociéndose la existencia de una carga injustificada como consecuencia de dicha obligación. En dicha Resolución se determina el coste neto incurrido por Telefónica en dicho ejercicio, que se adjunta en la siguiente tabla:

Tabla 1 CNSU aprobado para el ejercicio 2011 (en euros)

Concepto	Año 2011
Coste neto en zonas no rentables	25.737.274
Coste neto por prestaciones a usuarios con discapacidad	8.107
Coste neto derivado de usuarios con tarifas especiales	16.348.758
Total coste neto apreciado en el año	42.094.140
<i>Menos: Beneficios no monetarios</i>	<i>10.155.713</i>
Coste neto del servicio universal	31.938.427

En consecuencia, constituye el objeto del presente procedimiento:

- Poner en marcha el mecanismo de financiación para compartir el CNSU correspondiente al ejercicio 2011.
- Especificar los operadores obligados a contribuir al Fondo nacional de financiación del servicio universal y determinar los operadores que estén exentos en relación con el ejercicio 2011.
- Indicar los principios y criterios aplicables al reparto del Coste Neto.
- Señalar la cuantía de contribución de cada uno de los operadores obligados a compartir la financiación del CNSU del ejercicio 2011.

SEGUNDO.- Habilitación competencial de la CNMC

Las competencias de la CNMC para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial. A este respecto, tal y como señala el artículo 6.5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, corresponde a la CNMC *“realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo”*.

Entre las funciones atribuidas a la CNMC se encuentra, en los artículos 24 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel de 2003), y 45 y 46 del RSU, la de establecer si la obligación de prestar el servicio universal implica una carga injustificada para los operadores obligados a su prestación, así como para, en su caso, determinar las aportaciones que corresponde a cada uno de los operadores con obligaciones de contribución a la financiación del servicio universal. Corresponde a esta Comisión, asimismo, la gestión del FNSU.

El RSU establece asimismo la competencia de esta Comisión para determinar las aportaciones que corresponde realizar a cada uno de los operadores con obligaciones de contribuir a la financiación del servicio universal en su artículo 49.1, así como para exonerar de esta obligación a determinados operadores (artículo 47.3).

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el 11 de mayo de 2014 entró en vigor la nueva Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel de

2014), norma que viene a derogar, entre otras, la LGTel de 2003¹, pero que mantiene, en su artículo 27, la competencia de la CNMC en relación con esta materia; y asimismo en su Disposición Transitoria Primera mantiene la vigencia del RSU en lo que no se oponga a la citada Ley hasta que se apruebe la norma reglamentaria que lo sustituya.

En uso de la habilitación competencial referenciada procede determinar, como paso previo en el presente procedimiento, la normativa aplicable al mismo, para lo que se debe acudir a las normas de derecho intertemporal insertas en la propia LGTel de 2014. De conformidad con las mismas, la referida norma entró en vigor el 11 de mayo de 2014, si bien se reconoce, en su disposición transitoria primera, la vigencia de las normas reglamentarias en materia de telecomunicaciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigor en lo que no se opongan a la nueva Ley, hasta que se apruebe su normativa de desarrollo.

La LGTel de 2014 no prevé su aplicación a un ámbito temporal anterior a su entrada en vigor, de la misma manera que no contempla la posibilidad de ultra actividad de la LGTel de 2003, extendiendo su ámbito de aplicación a un periodo posterior a su vigencia. En el mismo sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo en relación con la irretroactividad de la LGTel de 2003 en su sentencia de 22 de julio de 2014 (recurso de casación número 2830/2011)².

Como consecuencia de lo expuesto, y teniendo en cuenta que el presente procedimiento tiene como objeto la puesta en marcha del mecanismo de reparto del CNSU correspondiente al ejercicio 2011, procede la aplicación de la LGTel de 2003, así como de su normativa de desarrollo, en concreto del RSU.

Por ello, de conformidad con los preceptos anteriores y atendiendo a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y en el artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICO MATERIALES

PRIMERO.- Sobre el procedimiento de obtención de información

De conformidad con el artículo 48.3 del RSU³ y en consonancia con el artículo 24.2 de la LGTel de 2003, cuando el coste neto de las obligaciones de servicio universal se reparte entre los proveedores de servicios y redes de

¹ Disposición Derogatoria Única, apartado b) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

² Especialmente en sus Fundamentos de Derecho cuarto y quinto.

³ Mediante el que se transpone el artículo 13 de la Directiva 2002/22/CE, de 7 de marzo, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (en lo sucesivo, Directiva del Servicio Universal).

comunicaciones electrónicas, los mecanismos de reparto de los costes deberán respetar los principios de objetividad, transparencia, distorsión mínima del mercado, no discriminación y proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad se encuentra recogido en el artículo 49.1 del RSU, en el que expresamente se preceptúa lo siguiente:

“Las aportaciones de los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas obligados a financiar el servicio universal serán proporcionales a la actividad de cada uno y serán determinadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones⁴.”

El criterio de distribución se basará, para cada operador, en la cantidad resultante de deducir de los ingresos brutos de explotación los pagos mayoristas relacionados con la prestación de servicios incluidos en el ámbito del servicio universal y será proporcional al volumen total de negocio en el mercado.”

La financiación del coste neto debe ser compartida, de conformidad con lo establecido en los artículos 17 y 47.2 del RSU, por todos los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. No obstante, tal y como se indica en el artículo 47.3 del referido Reglamento, esta Comisión podrá exonerar de la obligación de contribuir a la financiación del servicio universal a determinados operadores cuando su volumen de negocio a escala nacional se sitúe por debajo del umbral preestablecido por ella.

El reparto de las contribuciones al FNSU se basará, de acuerdo con el artículo 49 del RSU, en la cantidad resultante de deducir de los ingresos brutos de explotación los pagos mayoristas relacionados con la prestación de servicios incluidos en el ámbito del servicio universal y será proporcional al volumen total de negocio en el mercado.

En consonancia con procedimientos de ejercicios anteriores⁵, esta Comisión requirió a los operadores inscritos en el Registro de Operadores que durante el año 2011 hubiesen declarado por el pago de la TGO un importe superior a 6.010.121,04 euros⁶, sobre los ingresos brutos de explotación obtenidos como

⁴ Organismo sectorial integrado en la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de conformidad con lo establecido en la Disposición adicional segunda de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

⁵ Resolución de 25 de septiembre de 2008 sobre la determinación de los operadores obligados a contribuir al Fondo nacional del servicio universal por los ejercicios 2003, 2004 y 2005 (MTZ 2007/1459), Resolución de 10 de diciembre de 2009 para el FNSU del ejercicio 2006 (AEM 2009/1021), Resolución de 8 de Julio de 2010 para el FNSU del ejercicio 2007 (AEM2010/108), Resolución de 27 de septiembre de 2011, para el FNSU del ejercicio 2008 (AEM 2011/10), Resolución de 20 de diciembre de 2012, para el FNSU del ejercicio 2009 (AEM 2012/416) y Resolución de 26 de noviembre de 2013, para el FNSU del ejercicio 2010 (AEM 2013/161).

⁶ Esta Comisión ha tomado la cifra anterior del ámbito tributario como umbral representativo de empresa de un tamaño relevante. La cifra de 6.010.121,04 euros, de conformidad con el artículo 3 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, Reglamento de Gestión e Inspección Tributaria 2007, así como diferentes Órdenes que establecen los modelos a efectos de

consecuencia de la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, así como sobre los pagos mayoristas efectuados relacionados con la prestación de servicios incluidos en el ámbito del servicio universal.

Los operadores que superaron el umbral de ingresos señalado en el párrafo anterior fueron incluidos en la lista de potenciales contribuyentes al Fondo, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 28 de junio de 2014 por parte de esta Comisión, en aplicación de lo establecido en el artículo 47.1 del RSU, y son los siguientes (lista ordenada alfabéticamente):

11811 NUEVA INFORMACIÓN TELEFÓNICA, S.A. UNIPERSONAL
11888 SERVICIO CONSULTA TELEFÓNICA, S.A. UNIPERSONAL
ACN MARKETING Y SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES ESPAÑA, S.L.
ADESAL TELECOM, S.L.
AIRE NETWORKS DEL MEDITERRÁNEO, S.L. UNIPERSONAL
AT & T GLOBAL NETWORK SERVICES ESPAÑA, S.L.
BALALINK, S.A. UNIPERSONAL
BT ESPAÑA COMPAÑÍA DE SERVICIOS GLOBALES DE TELECOMUNICACIONES, S.A. UNIPERSONAL
CABLE & WIRELESS, S.L. UNIPERSONAL
CABLEEUROPA, S.A. UNIPERSONAL
CANARIAS SUBMARINE LINK, S.L.
CARREFOURONLINE, S.L. UNIPERSONAL
COGENT COMMUNICATIONS ESPAÑA, S.L. UNIPERSONAL
COLT TECHNOLOGY SERVICES, S.A. UNIPERSONAL
DADA IBERIA, S.L.
DATATALK COMUNICACIONES, S.L.
DIALOGA SERVICIOS INTERACTIVOS, S.A.
DIGI SPAIN TELECOM, S.L.
ENTIDAD PÚBLICA EMPRESARIAL ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS
EUSKALTEL, S.A.
FINAREA, S.A.
FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. UNIPERSONAL ⁷
GAS NATURAL FENOSA TELECOMUNICACIONES, S.A.
GREEN SERVICIOS 2007, S.L.
GRUPO MRF CARTUJA, S.A.
IBERBANDA, S.A. UNIPERSONAL
IBERDROLA, S.A.

declaración (por ejemplo, Orden EHA 3397/2006) es la que determina la obligación, para las grandes empresas, de presentar determinados formularios con una periodicidad superior al resto de las empresas.

⁷ Con fecha 24 de abril de 2014 France Telecom España, S.A.U. cambió su denominación social a Orange Espagne, S.A.U.

IBM GLOBAL SERVICES ESPAÑA, S.A.
IDT SPAIN, S.L.
INTERDIRECT TEL LIMITED
INTERROUTE IBERIA, S.A.
ITELAZPI, S.A.
JAZZ TELECOM, S.A. UNIPERSONAL
LEBARA LIMITED UK
LEVEL 3 COMMUNICATIONS, S.A.
LEVEL 3 COMMUNICATIONS, S.L. UNIPERSONAL
MÁS MÓVIL TELECOM 3.0, S.A.
NEO-SKY 2002, S.A.
ORANGE BUSINESS SPAIN, S.A.
ORANGE CATALUNYA XARXES DE TELECOMUNICACIONS, S.A.
ORANGE ESPAÑA VIRTUAL, S.L. UNIPERSONAL
PREMIUM NUMBERS, S.L.
PROCONO, S.A.
R CABLE Y TELECOMUNICACIONES GALICIA, S.A.
RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCÍA, S.A.
RED ELÉCTRICA INTERNACIONAL, S.A. UNIPERSONAL
RETEVISIÓN I, S.A. UNIPERSONAL
SERVICIOS AUDIOVISUALES OVERON, S.L. UNIPERSONAL
TATA COMMUNICATIONS (SPAIN), S.L.
TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y REDES PARA LAS ENTIDADES ASEGURADORAS, S.A.
TELECABLE DE ASTURIAS, S.A. UNIPERSONAL
TELECOM ITALIA SPARKLE, S.P.A. (TI SPARKLE)
TELFÓNICA BROADCAST SERVICES, S.L. UNIPERSONAL
TELFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. UNIPERSONAL
TELFÓNICA INTERNATIONAL WHOLESALE SERVICES, S.L. UNIPERSONAL
TELFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A. UNIPERSONAL
TELFÓNICA SERVICIOS AUDIOVISUALES, S.A. UNIPERSONAL
TELFÓNICA TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS, S.A. UNIPERSONAL
TELIASONERA INTERNATIONAL CARRIER SPAIN, S.A. UNIPERSONAL
TENARIA, S.A.
THE PHONE HOUSE MÓVIL, S.L. UNIPERSONAL
TRADIA TELECOM, S.A. UNIPERSONAL
VERIZON SPAIN, S.L.
VODAFONE ESPAÑA, S.A. UNIPERSONAL
XFERA MÓVILES, S.A.
XTRA TELECOM, S.L.

En la misma fecha se hizo público, asimismo, el procedimiento iniciado y el requerimiento de información que debía ser contestado por los operadores en un plazo de dos meses a partir de su publicación en el BOE.

En dicho requerimiento se solicitaba información sobre los ingresos brutos de explotación obtenidos en el año 2011, como consecuencia de la explotación de redes y/o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas con el siguiente nivel de desglose:

1. Servicios minoristas:

- De telefonía fija
- De telefonía móvil
- De Internet
- De alquiler de circuitos (provistos a cliente final)
- De transmisión de datos (provistos a cliente final)
- De servicios de información telefónica
- De servicios audiovisuales
- Otros ingresos de explotación, debiéndose en este caso, especificar tales conceptos.

2. Servicios mayoristas:

- De alquiler de circuitos a otros operadores
- Transmisión de datos a otros operadores
- De interconexión
- De transporte y difusión de la señal audiovisual
- De ADSL mayorista
- Otros servicios mayoristas, debiéndose, en este caso, especificar tales conceptos.

Respecto al importe de los pagos mayoristas efectuados, correspondientes al ejercicio 2011, se requirió a los operadores que indicasen los que provenían de interconexión fija, móvil u otros servicios de interconexión, debiéndose, en este último caso, especificar dichos conceptos. Además, debido a la modificación introducida en el artículo 49 del RSU mediante el Real Decreto 726/2011, de 20 de mayo, se requirió información adicional sobre los pagos mayoristas relacionados con la prestación de servicios incluidos en el ámbito del servicio universal realizados por los operadores⁸.

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

Comprobados los ingresos, procede determinar qué operadores deben contribuir a financiar el CNSU, teniendo en cuenta que, no solo la Comisión

⁸ El Real Decreto 726/2011 introdujo la necesidad de detraer, de los ingresos brutos de explotación, todos los pagos mayoristas relacionados con la prestación de servicios incluidos en el ámbito del servicio universal, frente al anterior Reglamento, que preveía únicamente la posibilidad de detraer los pagos por interconexión.

eximió en ejercicios anteriores a ciertos operadores sino que la exención de determinados operadores también se ha llevado a cabo en otros países de nuestro entorno⁹.

A estos efectos, debe partirse de lo dispuesto en la parte B del Anexo IV de la Directiva del Servicio Universal, en donde expresamente se establece lo siguiente (el subrayado es nuestro):

“La recuperación o financiación de los costes netos derivados de las obligaciones de servicio universal hace referencia a la necesidad de compensar a las empresas designadas que asumen tales obligaciones por los servicios que prestan en condiciones no conformes a las prácticas comerciales normales. Los Estados miembros velarán por que las transferencias de carácter financiero debidas a tal compensación se efectúen de manera objetiva, transparente, no discriminatoria y proporcionada. Lo anterior significa que tales transferencias causen la menor distorsión posible tanto de la competencia como de la demanda por parte de los usuarios.”

Desde la Resolución de 25 de septiembre de 2008 por la que se aprobó por primera vez la lista de operadores que debían contribuir al FNSU para los años 2003 a 2005, se ha realizado una comprobación de los ingresos de los potenciales contribuyentes al mismo. En función de las cuotas de mercado de ingresos se determinaba qué operadores debían contribuir y qué otros operadores podían resultar exentos en cada ejercicio, toda vez que esta Comisión, bajo la LGTel de 2003, tiene la potestad de eximir a la contribución del fondo a aquellos operadores cuyo volumen de negocio a escala nacional se situase por debajo de un umbral establecido por ella.

Hasta la fecha, siempre se ha podido observar que los cuatro primeros operadores en términos de ingresos del mercado de comunicaciones electrónicas detentaban en su conjunto más del 80% de los ingresos declarados del mercado en cada ejercicio. En consecuencia, solo cuatro operadores, Telefónica, Telefónica Móviles, Vodafone y Orange, han contribuido al Fondo desde la apertura del mismo.

Desde la aprobación del procedimiento administrativo para determinar los operadores obligados a contribuir al FNSU del ejercicio 2010, se ha aprobado la LGTel 2014 en la que se establece que deben contribuir al FNSU todos los operadores que superen los 100 millones de ingresos de explotación.

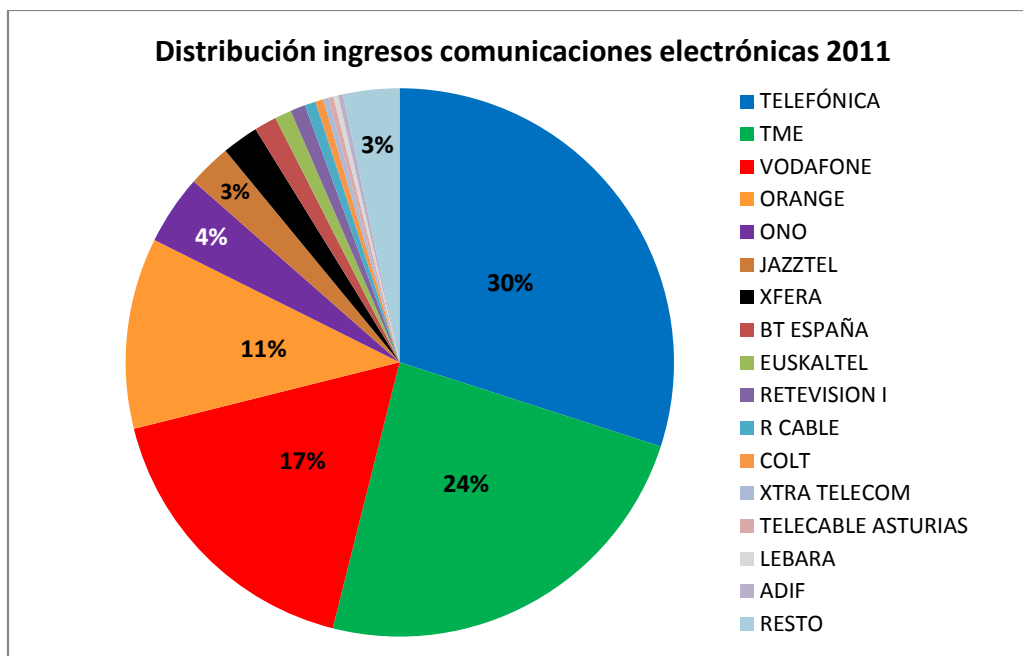
⁹ En el sistema francés, existe legalmente una exención de cinco millones de euros en la cifra de negocios, de tal forma que aquellos operadores cuyos ingresos no superen cinco millones de euros no tienen que contribuir al fondo. En cambio, cualquier operador para el que la cifra de negocios pertinente sea estrictamente superior a cinco millones es contribuyente. No obstante, su cifra de negocios declarada se reduce en dichos cinco millones para obtener una cifra de negocios final corregida, que sirva de base para el cálculo de la contribución de cada operador.

En cambio, en el sistema italiano, la exención está en los operadores que no alcancen el 1% de los ingresos del mercado, lo que implica, de facto, un umbral muy superior al caso francés.

No obstante, aunque la LGTel 2014 ya está aprobada, por los argumentos expuestos en el Fundamento Jurídico Procedimental Segundo, no resulta de aplicación en el presente procedimiento.

Por ello, de conformidad con lo preceptuado en la LGTel de 2003 y en el RSU, esta Comisión considera oportuno hacer uso de su facultad de eximir a determinados operadores basándose en un umbral establecido por ella.

Resulta necesario considerar el orden de magnitud de los ingresos relevantes para el FNSU que obtienen los operadores que superan el umbral de ingresos determinado por esta Comisión y que han sido objeto de comprobación. A continuación se aporta una representación gráfica que pretende ilustrar tal orden de magnitud:



Fuente: Elaboración propia, CNMC.

La anterior gráfica muestra que existe una gran distancia en el nivel de ingresos relevantes para determinar la contribución al FNSU entre los cuatro primeros operadores, esto es Telefónica y los tres operadores móviles de red principales que operaban en el año 2011, Telefónica Móviles, Vodafone y Orange, y el resto de operadores que superan la cifra de negocio de seis millones de euros determinada en el fundamento jurídico material primero.

Así se observa que los cuatro mayores operadores del mercado, esto es, Telefónica, Telefónica Móviles, Vodafone y Orange, suman el 82% de los ingresos del mercado de comunicaciones electrónicas en dicho ejercicio, manteniéndose a casi el mismo nivel que en años anteriores.

Por este motivo, la CNMC no ve procedente modificar el criterio de reparto para el presente ejercicio, por lo que estarán obligados a contribuir al FNSU 2011 los

siguientes cuatro operadores: Telefónica, Telefónica Móviles, Vodafone y Orange.

TERCERO.- Respuesta a las alegaciones efectuadas al Informe de Audiencia de los Servicios

Según se expone en los Antecedentes de hecho, los operadores Telefónica, Telefónica Móviles, Vodafone y Orange han presentado alegaciones al Informe de los Servicios de esta Comisión. A continuación se resumen tales alegaciones y se realiza una valoración de las mismas.

Sobre el régimen jurídico aplicable

Tanto Telefónica como Telefónica Móviles manifiestan que la CNMC no tiene en cuenta criterios objetivos de la LGTel 2014 para determinar los operadores obligados a contribuir al FNSU y exonera de la obligación de contribuir a un número importante de operadores. Opinan que no es conforme a derecho tramitar y resolver un procedimiento administrativo, iniciado con posterioridad a la entrada en vigor de la LGTel 2014, con la norma derogada LGTel 2003. Así mismo no comparten la alusión a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2014, porque fundamenta su decisión en la existencia de unas disposiciones transitorias de la LGTel 2003 que no se recogen en la LGTel 2014.

Por el contrario, Vodafone se manifiesta conforme con el régimen jurídico aplicable, ya que considera que la aplicación de la LGTel 2014 al ejercicio 2011 supondría la aplicación de una Ley no promulgada en ese momento de manera retroactiva a una situación ya existente. La operadora opina que la LGTel 2014 es aplicable única y exclusivamente desde el momento de su entrada en vigor, esto es, desde el 10 de mayo de 2014. Además indica que, la Resolución de la CNMC de 8 de mayo de 2008 por la que se resuelven los recursos potestativos de reposición interpuestos por Orange y Vodafone contra la Resolución de fecha 29 de noviembre de 2007, sobre la estimación del coste neto de prestación de servicio universal en los años 2003, 2004 y 2005 estableció que la regulación del servicio universal establecida por la LGTel 2003 era de aplicación a partir de la entrada en vigor de dicha norma, por lo que Vodafone y Orange estuvieron obligados a contribuir a partir del 5 de noviembre de 2003, fecha de entrada en vigor de la LGTel 2003. Por tanto, la determinación de los operadores obligados a compartir el FNSU 2011 es coherente con la doctrina de la CNMC de los ejercicios anteriores.

Respuesta de esta Comisión

Tal y como se expone en el Fundamento Jurídico Procedimental Segundo, aunque la LGTel 2014 ya está aprobada, no resulta de aplicación en el presente procedimiento. La LGTel de 2014 no prevé su aplicación a un ámbito temporal anterior a su entrada en vigor, de la misma manera que no contempla la posibilidad de ultra actividad de la LGTel de 2003, extendiendo su ámbito de

aplicación a un periodo posterior a su vigencia. En el mismo sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo en relación con la irretroactividad de la LGTel de 2003 en su sentencia de 22 de julio de 2014.

En efecto, en la meritada sentencia analizan las normas de derecho intertemporal insertas en las correspondientes disposiciones transitorias de la LGTel de 2003, señalándose expresamente la vigencia de la normativa reglamentaria existente con anterioridad a su entrada en vigor, en lo que no se opusiera a la misma y hasta que se produjera su correspondiente desarrollo reglamentario. En contra de lo manifestado por Telefónica, la vigente LGTel de 2014 se encuentra redactada en términos similares en su disposición transitoria primera.

Asimismo, ni la LGTel de 2003 ni la LGTel de 2014 contienen disposición alguna que permita avalar su aplicación retroactiva, por lo que, en ausencia de una regulación específica sobre la transitoriedad de una norma debe acudir a los principios generales recogidos tanto en el artículo 9.3 de la Constitución española (irretroactividad de las normas no favorables y seguridad jurídica) como en el artículo 2.3 del Código Civil, en el que se establece expresamente la irretroactividad de las leyes, salvo que las mismas dispusieren lo contrario.

Sobre la facultad de la CNMC de exonerar a determinados operadores

Tanto Telefónica como Telefónica Móviles manifiestan que con la entrada en vigor de la LGTel de 2014, se debe entender que dicha facultad de exención prevista en el RSU, en virtud de la cual se otorgaba al organismo regulador una amplia capacidad discrecional, ha de entenderse limitada por el umbral objetivo que se incluye, a partir del cual se considera que un operador queda obligado a participar en la financiación del fondo del servicio universal, sin que quepa exención alguna.

Respuesta de esta Comisión

Por los motivos ya expuestos, la ley aplicable al ejercicio 2011 es la LGTel de 2003, por lo que esta Comisión mantiene la potestad de eximir a ciertos operadores de la contribución del Fondo por razones de ingresos.

Sobre la base de reparto de las contribuciones al FNSU

Telefónica alega que, según el 2º párrafo del artículo 49.1 del RSU: *“El criterio de distribución se basará, para cada operador, en la cantidad resultante de detracer de los ingresos brutos de explotación los pagos mayoristas relacionados con la prestación de servicios incluidos en el ámbito del servicio universal y será proporcional al volumen total de negocio en el mercado.”* Entiende que solo Telefónica y Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U., por ser los únicos prestadores de actividades incluidas en el ámbito del servicio universal (artículo 27.2 del RSU), pueden minorarse de los ingresos brutos de explotación los pagos de interconexión fija y móvil y demás pagos

mayoristas relacionados con la prestación de servicios incluidos en el ámbito del servicio universal.

Respuesta de esta Comisión

Esta alegación ya fue realizada por Telefónica en la respuesta al requerimiento de información, y fue contestada en el Informe de Audiencia por los Servicios de la Comisión.

La modificación del redactado del artículo 49 del RSU por el Real Decreto 726/201, incluyendo la expresión “*relacionados con la prestación de servicios incluidos en el ámbito del servicio universal*” tenía la intención de concretar que solo se podían minorar los pagos mayoristas de servicios relacionados con los prestados en el servicio universal, y no otro tipo de pagos mayoristas, que no guarden relación con el mismo. Se ampliaba así el concepto más restrictivo anterior de que solo los pagos de interconexión se podían deducir de los ingresos brutos de explotación a efectos de obtener la base de reparto, de forma que se pasaba a reconocer una serie de pagos mayoristas relacionados con la inversión en redes más acordes con el servicio universal actual.

La redacción del artículo se debe interpretar así y no como que solo los operadores prestadores del servicio universal puedan deducir, de sus ingresos brutos, los pagos mayoristas relacionados con el servicio universal.

Sobre los ingresos de SVA¹⁰ y de Ran-Sharing¹¹

Orange realiza una única alegación en la que defiende la no inclusión de los ingresos provenientes de SVA y de Ran-Sharing para el cálculo de la base de reparto.

En relación a los ingresos de SVA, Orange considera que se trata de un ingreso al que le corresponde un coste equivalente por el pago de proveedores de SVA, y además considera que no son ingresos de comunicaciones electrónicas según Directiva Marco 2009/140/CE y del artículo 1 de la LGTel, que en su último párrafo: “*Asimismo, se excluyen del ámbito de esta Ley los servicios que suministren contenidos transmitidos mediante redes y servicios de comunicaciones electrónicas, las actividades que consistan en el ejercicio del control editorial sobre dichos contenidos y los servicios de la Sociedad de la Información*”.

Respecto a los ingresos de Ran-Sharing, Orange manifiesta que se trata de un apunte contable con efecto nulo en resultados, ya que al ingreso le corresponde una partida de coste igual, dejando margen igual a cero.

¹⁰ SVA son Servicios de Valor Añadido (ej. SMS Premium)

¹¹ Ran-Sharing son ingresos procedentes de la compartición de infraestructuras.

Respuesta de esta Comisión

Para el cálculo de la base de reparto, se han considerado tanto los ingresos de SVA como los ingresos de Ran-Sharing, con el objetivo de aplicar un criterio homogéneo con el resto de operadores, que los incluyen y desglosan en ingresos y en costes.

CUARTO.- Sobre los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del Servicio Universal para la financiación del coste neto del año 2011 y su cuantía

El coste neto aprobado por esta Comisión para el año 2011 es de 31.938.427 euros. La propuesta de la CNMC es que este coste se reparta, de acuerdo con el criterio de proporcionalidad, entre Telefónica, Telefónica Móviles, Vodafone y Orange.

La “base de reparto” de las contribuciones al FNSU se determina en relación a los ingresos brutos obtenidos en el ejercicio 2011 por cada uno de estos operadores, una vez comprobados por los Servicios de esta Comisión y tras deducir los pagos mayoristas correspondientes.

Las reglas principales que se aplican al cálculo de la base de reparto son:

- Se excluyen de los ingresos brutos los ingresos derivados de servicios audiovisuales declarados, por no tratarse de ingresos procedentes de servicios de comunicaciones electrónicas.
- Los ingresos brutos se minoran por los pagos de interconexión fija y móvil.
- Los ingresos también se minoran, en aplicación del RD 726/2011, por otros pagos mayoristas relacionados con la prestación de los servicios incluidos en el ámbito del servicio universal.

Como resultado del cálculo descrito y de las conclusiones sobre las alegaciones presentadas por los operadores, la base de reparto así como las contribuciones al FNSU por el ejercicio 2011 quedan establecidas en la siguiente tabla:

Tabla 2 Cuantías a contribuir por los operadores obligados (en euros)

Operador	Base reparto FNSU 2011	FNSU 2011	Distribución (%)
TELEFÓNICA	8.138.752.923	12.024.636	37,6%
TELEFÓNICA MÓVILES	6.440.698.587	9.515.838	29,8%
VODAFONE	4.392.443.197	6.489.634	20,3%
ORANGE ESPAGNE	2.645.306.246	3.908.319	12,2%
TOTAL	21.617.200.953	31.938.427	100,0%

QUINTO.- Sobre el FNSU y la gestión de las aportaciones

El artículo 24.4 *in fine* de la LGTel de 2003 atribuye a esta Comisión la gestión del FNSU. La finalidad del Fondo es, en aplicación de lo dispuesto en dicho artículo, garantizar la financiación del servicio universal, y a tal efecto, el artículo 50.2 del RSU señala como objetivos del referido Fondo los siguientes:

- a) Gestionar el cobro efectivo de las aportaciones de los operadores de comunicaciones electrónicas.
- b) Gestionar los pagos a los operadores con derecho a recibirlos por la prestación del servicio universal.

La normativa aplicable (artículo 24.4 de la LGTel de 2003, en concordancia con el artículo 50 del RSU) establece, asimismo, que si el coste de la prestación del servicio universal fuera de una magnitud reducida que no justificase los costes derivados de la gestión del Fondo, esta Comisión podrá proponer al Gobierno su supresión y, en su caso, el establecimiento de mecanismos de compensación directa entre operadores.

La financiación del coste neto del ejercicio 2011 asciende a 31,94 millones de euros. Esta cantidad es de una magnitud tal que no procede articular un mecanismo de compensación directa, debiendo mantenerse por tanto el Fondo Nacional de financiación del servicio universal constituido tras la Resolución de 25 de septiembre de 2008.

Por otra parte, el citado artículo 24.4, en concordancia con el artículo 51 del RSU, señala como recursos del Fondo nacional de financiación del servicio universal (i) las aportaciones que realicen los operadores obligados a financiar el servicio universal y (ii) las aportaciones realizadas por cualquier persona física o jurídica que desee contribuir desinteresadamente a la financiación de cualquier actividad propia del servicio universal.

Dichas aportaciones se han de depositar en una cuenta restringida abierta a tal efecto en una entidad de crédito, según se recoge en los artículos 24.4 de la LGTel de 2003 y 51.2 del RSU. Al total de los activos se le deducirán los gastos de la gestión del Fondo, y los rendimientos que éste genere, si los hubiere, minorarán la contribución de los aportantes. Por ello, en esta Resolución se incluye la cuenta en la que se deberá realizar la contribución que a cada operador le corresponda, que se deberá hacer en un único pago en el plazo de un mes a partir de la notificación de la Resolución, según se recoge en el artículo 51.4.b) del RSU. Telefónica, como único operador prestador del servicio universal en el ejercicio objeto de financiación en el presente procedimiento, y por tanto, único operador con derecho a compensación, la recibirá dentro del mes siguiente a la finalización del período de pago, de acuerdo con las aportaciones recibidas.

En el caso de que un operador obligado a realizar aportaciones no las llevara a cabo en el plazo establecido, la deuda devengará un interés de demora igual al

interés legal más dos puntos desde el día siguiente al de finalización del plazo de pago. La CNMC podrá ejercer las acciones legales encaminadas al cobro de las cantidades debidas y serán de cuenta del deudor los gastos que ello origine.

SEXTO.- Operadores obligados al pago

El artículo 49.3 del RSU establece expresamente lo siguiente:

“Las aportaciones que los operadores designados para la prestación del servicio universal deban realizar al Fondo nacional de financiación del servicio universal, por estar obligados a financiar dicho servicio, serán minoradas en las cuantías que, en su caso, les corresponda percibir por las obligaciones de servicio universal que tengan impuestas.

La resultante podrá dar lugar a una aportación neta del operador al mecanismo de financiación o una recepción neta de subsidio.”

En el presente caso, dadas las cuantías de las contribuciones que corresponden a Telefónica, que se cifran en un importe inferior al resultante al CNSU del ejercicio 2011, Telefónica será receptora del subsidio de las aportaciones efectuadas por los otros operadores obligados.

En conclusión, serán los restantes operadores los que deban realizar las aportaciones según lo indicado en la **Tabla 2** del Fundamento Jurídico Material Tercero.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del Servicio Universal para el ejercicio 2011 así como sus contribuciones son (en euros):

Operador	FNSU 2011
TELEFÓNICA	12.024.636
TELEFÓNICA MÓVILES	9.515.838
VODAFONE	6.489.634
ORANGE ESPAGNE	3.908.319
TOTAL	31.938.427

SEGUNDO.- Se requiere a Telefónica Móviles España, S.A.U., Vodafone España, S.A.U. y Orange Espagne, S.A.U. para que, en el plazo de un mes desde la notificación de la presente Resolución, procedan en un único pago al ingreso de la cuantía a la que están obligados según el Resuelve Primero. El pago deberá efectuarse mediante el ingreso en la cuenta con número IBAN ES76 2100 5000 5602 0002 9349, abierta al efecto en La Caixa bajo la

denominación FONDO COSTE NETO SERVICIO UNIVERSAL. Una vez efectuado el ingreso, cada uno de los operadores obligados deberá remitir a esta Comisión un ejemplar del recibo de ingreso para su archivo.

En el caso de que alguno de los citados operadores obligado a realizar aportaciones no las llevara a cabo en el plazo establecido, su deuda devengará un interés de demora igual al interés legal más dos puntos desde el día siguiente al de finalización del plazo de pago.

TERCERO.- Al ser Telefónica de España, S.A.U. la operadora prestadora del servicio universal durante el ejercicio de 2011, procede aplicar lo dispuesto en el artículo 49.3 del RSU, en virtud del cual se convierte en receptora neta de las aportaciones que efectúen el resto de los operadores obligados a contribuir al Fondo nacional de financiación del servicio universal.

CUARTO.- Declarar exentos al resto de operadores de contribuir al Fondo Nacional del Servicio Universal correspondiente al ejercicio 2011.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.