



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

CERTIFICA

Que en la Sesión número 09/10 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 25 de marzo de 2010, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución relativa al recurso de reposición interpuesto por France Telecom España, S.A. contra la Resolución de 10 de diciembre de 2009 sobre la aprobación del coste neto de prestación del servicio universal presentado por Telefónica de España, S.A.U. para el ejercicio 2007 (AJ 2010/107).

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Resolución de 10 de diciembre de 2009.

Con fecha 10 de diciembre de 2009 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó Resolución, en el expediente número AEM 2009/763, mediante la cual se aprueba el coste neto de prestación del servicio universal presentado por Telefónica de España, S.A.U. para el ejercicio 2007.

La citada Resolución acordaba en su RESUELVE lo siguiente:

<< PRIMERO.- Appreciar el coste neto del servicio universal incurrido por Telefónica de España, S.A.U. en el ejercicio 2007, descrito en la tabla siguiente (cifras en millones de euros)

cifras en millones de euros	Año 2007
Coste Neto en Zonas no rentables	42,87
Coste Neto por prestaciones a Usuarios Discapacitados	0,02
Coste Neto derivado de usuarios con tarifas especiales	44,47
TOTAL COSTE NETO APRECIADO EN EL AÑO	87,37
<i>Menos: BENEFICIOS NO MONETARIOS</i>	16,27
COSTE NETO DEL SERVICIO UNIVERSAL	71,09



SEGUNDO.- Reconocer la existencia de una carga injustificada para Telefónica de España, S.A.U. como consecuencia de la obligación de prestación del servicio universal en el ejercicio 2007.

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

CUARTO.- Instar a Telefónica de España, S.A.U. a que en próximos ejercicios aporte el detalle de las subvenciones recibidas por sustitución del TRAC, con desglose de los importes por momento de concesión y cobro como documentación soporte a su propuesta de coste neto del servicio universal. Asimismo, si dispone del detalle de inversiones efectuadas por central para sustitución del TRAC también deberá presentarlo como documentación soporte. En ambos casos, la presentación deberá ser previa comprobación por su auditor externo.

QUINTO.- Acordar la publicación de la presente Resolución en el Boletín Oficial del Estado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 59.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones y del Procedimiento Administrativo Común, y 47.1 del Reglamento sobre condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado mediante Real Decreto 424/2005, de 15 de abril. >>

La parte dispositiva y el pie de recurso de la Resolución de 10 de diciembre de 2009 fue publicada en el Boletín Oficial del Estado número 312 del día 28 de diciembre de 2009, concretamente en su Sección V.B "Otros anuncios oficiales", páginas 159.762 y 159.763.

SEGUNDO.- Recurso de reposición interpuesto por FRANCE TELECOM.

Con fecha 21 de enero de 2010 tuvo entrada en el Registro Electrónico de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de la entidad FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. (en adelante, FRANCE TELECOM), en virtud del cual interpone recurso potestativo de reposición contra la mencionada Resolución de 10 de diciembre de 2009 a la que se refiere el antecedente de hecho anterior.

La entidad recurrente muestra su disconformidad con la citada Resolución por considerarla contraria a la legislación vigente y por ser lesiva a sus intereses, sobre la base de, fundamentalmente, las siguientes alegaciones:

2.1.- Incumplimiento de la normativa sectorial en la determinación del déficit de prestación del servicio universal en las zonas no rentables.

La recurrente afirma que los ingresos mayoristas y minoristas que percibe TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TESAU) derivados de la prestación de servicios de banda ancha deberían haberse tenido en cuenta en la delimitación de las zonas no rentables para la prestación del servicio universal, ya que influyen en la decisión comercial de atender o no una zona a un precio asequible. Por tanto, se estaría incumpliendo lo establecido en el artículo 24 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), y en los artículos 41 y 43.1 del



Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, que aprueba el Reglamento sobre condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios (en adelante, RSU).

También se estarían incluyendo como costes de prestación del servicio universal los costes de red relativos a la banda ancha, ya que en la migración de los accesos analógicos inalámbricos mediante el sistema de Telefonía Rural de Acceso Celular (en adelante, TRAC) a accesos que permitan el acceso funcional a Internet, realmente se estaría incurriendo en costes mayores de los estrictamente necesarios para poder proveer servicios de banda ancha (servicios que no estaban incluidos en 2007 en el ámbito del servicio universal). Y tampoco se estarían teniendo en cuenta las subvenciones de extensión de la banda ancha (principalmente el Plan PEBA) recibidas por TESAU, que estarían siendo aplicadas también a la citada migración de accesos TRAC y que, por lo tanto, minoran sus costes de prestación del servicio universal. Por lo tanto se vulneraría lo dispuesto en los artículos 43.6 y 44.4 del RSU.

Por todo ello, FRANCE TELECOM solicita que se consideren los márgenes económicos adicionales de la banda ancha para determinar el carácter de rentable o no de las zonas, y que se delimiten y separen del déficit de la red de acceso los costes imputables a los de banda estrecha respecto de la banda ancha, así como los costes subvencionados para la extensión de la banda ancha.

2.2.- Incumplimiento de la normativa sectorial en lo relativo a los usuarios con "Abono Social".

FRANCE TELECOM alega que se debería restar del déficit del servicio universal el margen de ingresos que TESAU obtiene por el consumo de tráfico de los clientes residenciales con "Abono Social" ya que en su opinión no supone un coste incremental sino una minoración de ingresos comerciales y sugiere además que la eliminación de la obligación de proveer un "Abono Social" posibilitaría que esos clientes puedan migrar a otras opciones más baratas como los servicios prepago de telefonía móvil.

2.3.- Existencia de indefensión por no haberse notificado a la recurrente el inicio del procedimiento administrativo de "auditoría" de la declaración de TESAU del coste neto de las obligaciones del servicio universal en el ejercicio 2007.

FRANCE TELECOM alega que no se le notificó el inicio de la tramitación del procedimiento administrativo de "auditoría" de la declaración de TESAU del coste neto de las obligaciones del servicio universal en el ejercicio 2007, ni su acumulación con el procedimiento de aprobación de la cuantificación del coste neto del servicio universal en el mismo ejercicio, por lo que no pudo efectuar alegaciones y se produjo su indefensión, dada su condición de interesado en ambos procedimientos, vulnerándose lo dispuesto en los artículos 58.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), y del artículo 24 de la Constitución Española, lo que a su juicio conlleva que se haya incurrido en la causa de nulidad establecida en el artículo 62 de la misma LRJPAC.



Por todo lo expuesto anteriormente, FRANCE TELECOM solicita que se estime su recurso y que se modifique la Resolución de 10 de diciembre de 2009 en el sentido expuesto en sus alegaciones.

TERCERO.- Notificación del inicio de la tramitación del recurso al interesado.

Mediante el correspondiente escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, fechado el día 27 de enero de 2010, se informó a la recurrente y a los demás interesados del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación de su recurso de reposición, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC, dando traslado a los demás interesados de una copia del escrito de interposición de FRANCE TELECOM y otorgando un plazo de 10 días para efectuar alegaciones (artículo 112.2 de la LRJPAC).

CUARTO.- Alegaciones de TESAU.

Con fecha 10 de febrero de 2010 tuvo entrada en el Registro Electrónico de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de TESAU mediante el cual manifiesta su oposición al recurso de FRANCE TELECOM y su conformidad con la Resolución recurrida por estimarla ajustada a Derecho.

QUINTO.- Nuevas alegaciones de FRANCE TELECOM.

Con fecha 16 de febrero de 2010 tuvo entrada en el Registro Electrónico de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un nuevo escrito de FRANCE TELECOM mediante el cual solicita que se modifique la metodología de estimación del coste neto del servicio universal para que sea un procedimiento preciso, exacto, determinado y auditable, fundamentando su solicitud en las siguientes razones:

- En otros países europeos el coste neto del servicio universal sería “significativamente inferior” al determinado en España.
- La existencia de subvenciones para la extensión de la banda ancha minorarían el coste neto del despliegue de red para prestar el servicio universal.
- El Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible prevé incluir en el servicio universal, a partir del 1 de enero de 2011, el servicio de acceso a Internet de banda ancha a una velocidad mínima de 1 Mbps, harían necesario modificar y flexibilizar la metodología de estimación del coste neto para incluir los costes correspondientes a este nuevo servicio.
- Existencia de deficiencias relevantes en los procedimientos llevados a cabo para determinar el coste neto del servicio universal en España en los ejercicios 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007, que han ocasionado un perjuicio económico “elevado” a FRANCE TELECOM. Las principales deficiencias de la actual metodología de estimación del coste neto del servicio universal en España serían, a su juicio, las siguientes: por un lado, las que afectan a determinados aspectos del cálculo del coste neto en zonas no rentables y por la prestación del servicio a clientes con tarifas especiales; y por otro lado y con carácter general, la falta de control y auditabilidad general en el proceso, la falta de predictibilidad de la metodología y de rigor en la aplicación del RSU, así como la



arbitrariedad en la determinación de la existencia de una carga injustificada por la prestación del servicio universal y la infravaloración y “falta de objetividad” al establecer los beneficios no monetarios asociados a la prestación del servicio universal.

SEXTO.- Alegaciones de VODAFONE.

Con fecha 19 de febrero de 2010 tuvo entrada en el Registro General de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de la entidad VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, VODAFONE) mediante el cual efectúa alegaciones en la misma línea de las del escrito de FRANCE TELECOM de 16 de febrero de 2010 antes expuestas sobre las deficiencias de la metodología de estimación del coste neto, y utilizando razones y fundamentos similares, solicita igualmente que se modifique la metodología de estimación del coste neto del servicio universal.

II FUNDAMENTOS JURÍDICO PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación del escrito.

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

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

La entidad recurrente califica su escrito como recurso de reposición, y ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la misma Ley; por tanto, y teniendo en cuenta que las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa (artículo 48.17 de la LGTel), procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar el escrito de FRANCE TELECOM presentado el día 21 de enero de 2010 como recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 10 de diciembre de 2009, publicada en el Boletín Oficial del Estado del día 28 de diciembre de 2009, mediante la cual se aprueba el coste neto de prestación del servicio universal presentado por Telefónica de España, S.A.U. para el ejercicio 2007 (AEM 2009/763).

SEGUNDO.- Legitimación de la entidad recurrente.

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. La entidad recurrente



ostenta la condición de interesado por cuanto que ya lo era en el procedimiento número AEM 2009/1021 en el que se dictó la Resolución objeto de impugnación. En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a FRANCE TELECOM para la interposición del recurso potestativo de reposición objeto de la presente Resolución.

TERCERO.- Admisión a trámite.

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

El recurso de reposición interpuesto por la entidad FRANCE TELECOM cumple con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC, que se ha presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, y viene fundamentado en los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la misma Ley; concretamente se invoca: 1) el incumplimiento de la normativa vigente en la determinación del déficit de prestación del servicio universal en las zonas no rentables y en lo relativo a los usuarios con "Abono Social"; 2) la existencia de indefensión por no haberse notificado a la recurrente el inicio del procedimiento administrativo de "auditoría" de la declaración de TESAU del coste neto de las obligaciones del servicio universal en el ejercicio 2007; y 3) también se exponen presuntas deficiencias generales de la metodología de estimación del coste neto del servicio universal; y solicita que se modifique la estimación del coste neto relativo al ejercicio 2007, y la metodología general para ejercicios posteriores.

Por todo lo anterior procede la admisión a trámite del recurso de reposición de FRANCE TELECOM.

CUARTO.- Competencia y plazo para resolver.

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, la competencia para resolver el recurso de reposición de FRANCE TELECOM objeto de la presente Resolución corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

El citado recurso deberá ser resuelto, y su Resolución notificada, en el plazo máximo de un mes contado desde el día siguiente a la interposición del mismo, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley, y siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre el cumplimiento de la normativa sectorial en la determinación del déficit de prestación del servicio universal en las zonas no rentables.

FRANCE TELECOM afirma en su recurso que la Resolución impugnada estaría incumpliendo lo dispuesto en el artículo 24 de la LGTel y en los artículos 41, 43 y 44 del RSU al establecer un coste neto del servicio universal superior al que debería fijarse, ya que



a la hora de fijar el coste neto de la prestación del servicio universal en las zonas no rentables, el mismo se vería incrementado indebidamente por los dos factores cumulativos relativos a la banda ancha que se describen a continuación: A) no se estarían reconociendo ingresos adicionales obtenidos en relación con la banda ancha, que minorarían o anularían el déficit en las zonas no rentables; y B) se estarían incluyendo en el coste neto los costes de red imputables a la prestación de servicios de banda ancha que en algunos casos han sido subvencionados por Planes de extensión de la banda ancha, que están fuera del ámbito del servicio universal en esas mismas zonas no rentables.

- Según la recurrente los ingresos mayoristas y minoristas derivados de la prestación de servicios de banda ancha deberían haberse tenido en cuenta en la delimitación de las zonas no rentables para la prestación del servicio universal, ya que influyen en la decisión comercial de atender o no una zona a un precio asequible, y además es un ingreso que a su juicio remunera y disminuye el déficit de la red de acceso, por lo que su no consideración implicaría que TESAU se vería remunerada por dos vías diferentes: A) por la prestación de servicios no incluidos en el servicio universal, entre ellos los mayoristas y minoristas de banda ancha, y B) por las aportaciones realizadas por otros operadores obligados a financiar el coste neto del servicio universal, aportaciones que serían menores si se tuviesen en cuenta aquellos ingresos.
- También se estarían incluyendo como costes de prestación del servicio universal los costes de red relativos a la prestación de servicios de banda ancha, ya que en la migración de los accesos inalámbricos TRAC a accesos soportados en tecnologías que permitan el acceso funcional a Internet realmente se estaría incurriendo en costes de red mayores de los estrictamente necesarios para proveer ese acceso funcional (acortamiento de par de cobre o accesos inalámbricos LMDS, en casos en los que con accesos inalámbricos GPRS o con los pares de cobre existentes también se puede prestar el servicio universal con menor coste de red) con el fin de poder proveer también servicios de banda ancha (servicios que no estaban incluidos en 2007 en el ámbito del servicio universal). De esta forma, esta Comisión estaría admitiendo la “escalabilidad” como un criterio de eficiencia y explícitamente estaría reconociendo en la Resolución recurrida que podría permitir en un futuro la incorporación de la banda ancha al servicio universal.
- Y relacionado con lo anterior, no se estarían teniendo en cuenta las subvenciones y ayudas públicas a la extensión de la banda ancha (principalmente el Plan “PEBA”) recibidas por TESAU, que estarían siendo aplicadas también a la citada migración de accesos TRAC y que, por tanto, minoran sus costes de prestación del servicio universal. Dichas subvenciones y ayudas minorarían directamente el coste neto del servicio universal (al financiar costes de mejora de la red de acceso que al ser subvencionados no son tales costes, por lo que no deberían computarse como coste neto del servicio universal) y además indirectamente fomentarían la obtención de ingresos adicionales por prestar servicios de banda ancha.

Por todo ello FRANCE TELECOM solicita: 1) que se consideren los márgenes económicos adicionales obtenidos por TESAU derivados de la prestación de servicios de banda ancha para determinar el carácter de rentable o no de las zonas y delimitarlas; y 2) que se separen del déficit de la red de acceso los costes imputables a los de banda estrecha respecto de la



banda ancha, así como los costes subvencionados para la extensión de la banda ancha, minorando por uno y otro concepto el coste neto del servicio universal en esas zonas.

En respuesta a esas alegaciones esta Comisión tiene que poner de manifiesto que la Resolución recurrida se ajusta totalmente a las disposiciones establecidas en el artículo 24 de la LGTel y en los artículos 39 a 46 del RSU. En concreto en su Fundamento de Derecho III “Determinación del coste neto del servicio universal” (páginas 4 a 29) se analiza y determina para el ejercicio 2007 el coste neto del servicio universal en las zonas no rentables de manera ajustada a lo previsto en la citada normativa, ya que el procedimiento establecido no se ha alterado indebidamente ni por la inclusión de costes de red imputables a la prestación de servicios de banda ancha, ni por los ingresos derivados de la prestación de estos servicios. En este sentido las alegaciones de la recurrente son reiterativas de las efectuadas en el procedimiento que ha dado lugar a la aprobación de la Resolución de 10 de diciembre de 2009 [ver su Antecedente de Hecho Decimoquinto (página 3 de la versión no confidencial¹) y su Fundamento de Derecho V.1 (páginas 31 a 33)]. Estas alegaciones ya fueron contestadas adecuadamente en la citada Resolución, no obstante lo cual se procede a contestarlas de nuevo:

III.1.1.- Sobre la influencia de los servicios de banda ancha en las zonas no rentables.

En cuanto a la definición de zonas no rentables, la alegación genérica de la recurrente de que no se ha tenido en cuenta el impacto de la banda ancha en dichas zonas por lo que se incumplirían los artículos 41 y 43.1 del RSU, cabe indicar que no se acompaña de ninguna prueba al respecto, por lo que procede remitirse nuevamente a los fundamentos expuestos en la contestación a la misma alegación que contiene el Fundamento de Derecho V.1 de la Resolución recurrida (página 32).

El artículo 41 del RSU define las zonas no rentables como “*las demarcaciones territoriales de prestación de los servicios que un operador eficiente no cubriría a precio asequible, atendiendo a razones exclusivamente comerciales*”, por lo que la norma indica que cualquier compañía tendrá en cuenta, en el momento de decidir la prestación de los servicios incluidos en el ámbito del servicio universal, la rentabilidad que le pudieran proporcionar la prestación de otros servicios adicionales.

El artículo 43 del mismo RSU establece en su apartado 2 que “*Los costes recuperables de funcionamiento e inversión de las zonas no rentables comprenden, por una parte, los costes de acceso y de gestión de los abonados de la zona y, por otra, los costes de la red de conmutación y transmisión necesarios para prestar el servicio en la zona y el encaminamiento del tráfico entrante y saliente de esta*”, y en su apartado 6 que “*No se incluirán en el cálculo del coste 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*”.

Es decir, que esta Comisión sólo puede incluir en el cómputo del coste neto los conceptos expresamente establecidos en el artículo 43.2 del RSU y no puede incluir los

¹ **Las referencias a los Apartados y páginas de la Resolución** del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 10 de diciembre de 2009 (AEM 2009/763) objeto del recurso de FRANCE TELECOM **lo serán siempre a su versión no confidencial.**



costes derivados de la prestación de otros servicios diferentes a los expresamente determinados como integrantes del servicio universal en cada momento ni tampoco puede considerar márgenes de servicios no incluidos en el ámbito del mismo. Habida cuenta de que los servicios de banda ancha no integraban el servicio universal en el ejercicio 2007, no se han incluido, tal y como consta en la verificación realizada por una firma independiente (SVP Advisors, S.L., ver Antecedente de Hecho Tercero, página 2, de la Resolución recurrida).

De esta manera esta Comisión ha podido verificar que en los costes imputados a las diferentes áreas geográficas se incluyeron exclusivamente los costes de prestación del servicio incluido en el ámbito del servicio universal para ese ejercicio (artículo 22.1.a) de la LGTel: *“conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija y acceder a la prestación del servicio telefónico disponible al público (...) La conexión debe ofrecer al usuario final la posibilidad de efectuar y recibir llamadas telefónicas y permitir comunicaciones de fax y datos a velocidad suficiente para acceder de forma funcional a Internet”*; los citados costes están desglosados en *“costes de acceso y de gestión de los abonados de la zona y los costes de la red de conmutación y transmisión necesarios para prestar el servicio en la zona y el encaminamiento del tráfico entrante y saliente”* (artículo 43.2 del RSU), lo cual se plasma en la Tabla 1 del Fundamento de Derecho III.1.1 de la Resolución recurrida (página 7); y se excluyeron todos aquéllos costes que no se corresponden estrictamente con la prestación de las obligaciones del citado servicio (ver el mismo Fundamento de Derecho III.1.1, páginas 5 a 13).

Por último conviene reiterar que no resulta adecuado corregir el listado de las zonas no rentables, como propone la recurrente, con información de los márgenes que se obtiene en cada zona por banda ancha, ya que se estaría provocando un sesgo al incorporar ingresos directos e indirectos de un servicio que no forma parte del servicio universal (ver Fundamento de Derecho V.1 de la Resolución recurrida, Página 32).

III.1.2.- Sobre la influencia del coste de sustitución del TRAC por otras tecnologías.

FRANCE TELECOM alega que, en la sustitución de los accesos inalámbricos TRAC por accesos soportados en tecnologías que permitan el acceso funcional a Internet, realmente se estaría incurriendo en costes de red mayores de los estrictamente necesarios para proveer ese acceso funcional. Este sobrecoste viene originado, según la recurrente, por emplear tecnologías “escalables” que permitirían también el acceso a servicios de banda ancha (concretamente señala el acortamiento de par de cobre o los accesos inalámbricos LMDS, cuando con accesos inalámbricos GPRS o con los pares de cobre existentes también se puede prestar el servicio universal con menor coste de red), lo que a su juicio confirmaría que TESAU estaría incluyendo costes de despliegue de la banda ancha en el servicio universal, y en cuanto al coste de sustitución por tecnología GSM y GPRS de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TME), insinúa que la imputación de dicho coste podría suponer la subvención indebida de la red móvil de dicho operador con cargo al Fondo Nacional del servicio universal.

Frente a esta alegación hay que reiterar nuevamente lo manifestado por esta Comisión en el Fundamento de Derecho V.1 de la Resolución recurrida (páginas 32 y 33) en el sentido de que no es objeto de esta Comisión valorar cuáles son las soluciones tecnológicas empleadas en el Plan de sustitución de los accesos inalámbricos TRAC



analógicos, aprobado por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y el Gobierno y financiadas fundamentalmente a través del Gran Proyecto Europeo de Sustitución TRAC 2000-2006, aprobado por la Comisión Europea en febrero de 2004 con cargo al Fondo Europeo de Desarrollo Regional-FEDER. El citado Plan contempla la utilización de un “mix” de 4 tecnologías de manera neutral, sin mostrar preferencia sobre una o varias respecto de las otras: el cobre/muxfin, el GSM/GPRS, el LMDS y el satélite; no obstante lo cual esta Comisión entiende que la “escalabilidad” es un factor que se ha de tener en cuenta al valorar la eficiencia de las inversiones en redes, y en ese sentido, la tecnología basada en el cobre es la solución más fácilmente escalable y podría permitir en un futuro la incorporación de la banda ancha al servicio universal². No obstante, reconocer la evidencia técnica de la “escalabilidad” de la tecnología de cobre no supone reconocer que se están incluyendo costes referidos a la banda ancha en el cálculo del coste neto del servicio universal, como insinúa la recurrente.

Frente a la insinuación de que la utilización mayoritaria por parte de TESAU del cobre/muxfin para sustituir los accesos inalámbricos TRAC analógicos buscaría que, a través del Fondo Nacional del servicio universal, otros operadores asuman parte de los costes de despliegue de red no sólo para dar acceso funcional a Internet, sino para dar también acceso a servicios de banda ancha y para financiar indebidamente la red móvil de TME, hay que reiterar que como ya se ha señalado anteriormente dicho riesgo no existe, puesto que en el ejercicio 2007 los servicios de banda ancha no están incluidos en el servicio universal, por lo que la normativa vigente no permite la inclusión de costes de banda ancha en el cálculo del coste neto del servicio universal. Sin perjuicio de lo anterior los accesos GSM-GPRS utilizados para sustituir acceso TRAC tienen un coste que debe ser debidamente remunerado.

Sentado lo anterior, no pueden acogerse favorablemente las alegaciones de la recurrente mostrando su preferencia por la tecnología GSM-GPRS pues, cuando menos, resultan contradictorias con lo argumentado en ejercicios anteriores y en especial en los Recursos de Reposición que planteó la operadora en relación con la determinación del coste neto del servicio universal en los ejercicios 2003, 2004 y 2005³ y de la obligación de contribuir al Fondo Nacional del servicio universal para financiarlo en esos mismos ejercicios⁴. En los citados Recursos alegaba la presunta financiación encubierta al Grupo Telefónica derivada del hecho de que la sustitución de los accesos inalámbricos TRAC mediante accesos inalámbricos GSM/GPRS prestados por TME, entidad del mismo Grupo Empresarial que TESAU, ya que de esta manera el citado Grupo estaría obteniendo beneficios “extraordinarios” y a su juicio “indebidos”.

III.1.3.- Sobre la influencia de las subvenciones para la extensión de la banda ancha.

Respecto a las subvenciones y ayudas públicas a la extensión de la banda ancha (principalmente el Plan “PEBA”) recibidas por TESAU, que según la recurrente estarían

² Ver la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 14 de mayo de 2003, por la que se aprueba el informe a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información sobre el plan de actuación para garantizar el acceso funcional a Internet a los abonados de la red pública fija de Telefónica de España S.A.U. (Expediente número MTZ 2003/675).

³ Ver Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 8 de mayo de 2008 (Expediente número AJ 2008/7, en relación con el Expediente número MTZ 2007/1015).

⁴ Ver Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 29 de enero de 2009 (Expediente número AJ 2008/1893, en relación con el Expediente número MTZ 2007/1459).



siendo aplicadas también a la citada migración de accesos TRAC y que, por tanto, minorarían los costes de prestación del servicio universal, hay que contestar que tal y como se expone en el Fundamento de Derecho III.1.1.4.4 de la Resolución recurrida (páginas 12 y 13), las subvenciones que ha percibido TESAU derivadas de la sustitución de los accesos TRAC analógicos es un elemento de coste que sí se ha tenido en cuenta en la determinación del coste neto del servicio universal. En efecto, al objeto de evitar que TESAU reciba dos remuneraciones por el mismo coste incurrido, las antes citadas subvenciones del Gran Proyecto Europeo de Sustitución TRAC 2000-2006 de la Comisión Europea (aprobado en febrero de 2004 y financiado por los Fondos FEDER) se han cuantificado de la siguiente manera:

- Las subvenciones que ha percibido TESAU derivadas de la sustitución de los accesos TRAC analógicos se cuantifican en el ejercicio 2006 un total de 18.035.642,20 euros (Fundamento de Derecho III.1.1.4.4, página 12).
- El citado importe correspondiente a las subvenciones para la sustitución de accesos TRAC analógicos en el ejercicio 2006 (18,04 millones de euros) es minorado del déficit total por zonas no rentables (60,91 millones de euros en 2006), resultando entonces que la partida de coste neto del servicio universal por zonas no rentables en 2006 es de 42,87 millones de euros (ver Fundamento de Derecho III.1.1.4.4, página 13, en especial la Tabla 7).

Esta forma de cuantificar las subvenciones que ha sido utilizada en otras Resoluciones previas de esta Comisión en relación con la determinación del coste neto del servicio universal para el ejercicio 2006⁵, pone en evidencia que la alegación de FRANCE TELECOM carece de fundamento y debe ser desestimada por no ajustarse a la realidad.

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

FRANCE TELECOM afirma que la Resolución impugnada estaría incumpliendo lo dispuesto en el artículo 24 de la LGTel y en el artículo 43 del RSU ya que, a su juicio, se debería restar del déficit del servicio universal el margen de ingresos que TESAU obtiene por el consumo de tráfico de los clientes residenciales con “Abono Social”, que la recurrente estima “en torno a 10 €/mes”, ya que en su opinión el descuento social no supone un coste incremental sino una minoración de ingresos comerciales y que carece de sentido pensar que si se eliminara la obligación de proveer un “Abono Social” TESAU acabaría ingresando la cuota de línea completa, sino que estima que muchos de estos clientes podrían migrar a otras opciones más baratas como los servicios prepago de telefonía móvil (cuyo gasto medio por línea y mes no superaría los 10 euros/mes en el año 2007), por lo que en su opinión en el caso de eliminar esta obligación TESAU no sólo no ingresaría la cuota de línea sino que además dejaría de percibir el ingreso en concepto de tráfico y el beneficio que ello le reporta.

⁵ Ver la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 12 de marzo de 2009 sobre la aprobación del coste neto de prestación del servicio universal presentado por Telefónica de España, S.A.U. para el ejercicio 2006 (Expediente número AEM 2008-986); y la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 18 de junio de 2009 que resuelve el recurso de reposición contra la anterior (Expediente número AJ 2009/648).



En respuesta a esta alegación hay que reiterar lo indicado en el Fundamento de Derecho III.1.2.2 de la Resolución recurrida (páginas 14 a 16) y poner de manifiesto que para cumplir con lo establecido en los artículos 42 y 43 del RSU, el cálculo de los márgenes por tráfico telefónico se recogen en la metodología que se aplica para el cálculo de los costes por zonas no rentables, y que se recuerda a continuación:

- Para cada zona o demarcación de prestación del servicio se consideran todos los ingresos habidos en el ejercicio: el importe bruto de la cuota de alta y abono, los ingresos por tráfico, y los pseudo-ingresos por interconexión.
- A la suma de ingresos y pseudo-ingresos de cada zona se le restan los costes y pseudo-costes que le son de aplicación, y se obtiene así el margen de la zona. Si el margen es positivo, no se considera que exista coste neto por zona no rentable para esa zona, y si es negativo, sí se considera que existe coste neto.
- Por lo tanto, el coste neto por zonas no rentables es la suma de todas las centrales locales disjuntas que tienen un margen negativo.

La componente de usuarios con tarifas especiales significa que estos usuarios aportan un menor ingreso por cuota de alta y por cuota mensual y el coste que ello supone para TESAU por ese menor ingreso, con independencia de los ingresos por tráfico que generan. Consecuentemente, el objetivo de la metodología es calcular la cantidad que supone ese menor ingreso en cada ejercicio, lo que constituye el coste neto de ese colectivo de usuarios respecto de los ingresos ordinarios por las citadas cuotas de alta y abono mensual.

Sentado lo anterior, FRANCE TELECOM vuelve a mezclar en su planteamiento la metodología empleada para el cálculo del coste neto en zonas no rentables con la usada en el caso de los usuarios con necesidades sociales especiales. Frente a lo anterior hay que responder que si se considerasen en la componente de coste por tarifas especiales los ingresos por tráfico que realizan estos usuarios o sus márgenes, tal y como indica la recurrente, se estarían considerando dos veces estos ingresos, puesto que ya han sido tenidos en cuenta en la componente de coste neto por zonas no rentables, considerándose tanto el tráfico de los abonados que disfrutaban tarifas especiales en zonas rentables (para calificar la zona como tal) como en zonas no rentables (al minorar el coste del déficit de esa zona), resultando así estrictamente el coste neto que supone la bonificación en las cuotas de alta y abono mensual que disfrutaban esos abonados, y consecuentemente evitando una doble contabilización de los citados ingresos de tráfico.

Es decir, en el caso de considerar los ingresos de los usuarios de tarifas especiales dentro del componente de coste neto por usuarios con necesidades especiales (más amplio), se debería excluir a todos estos clientes del cálculo del componente de coste por zonas no rentables, pues en caso contrario se estarían contabilizando dos veces los mismos ingresos. Al mismo tiempo sería necesario calcular en ese caso, en el componente por usuarios con necesidades especiales, los costes que son repercutibles al usuario (de red de acceso, gestión de abonados, centros de actividad de conmutación, centros de actividad de transmisión y transporte y medios especiales de acceso) así como los pseudo-costes, ya que de no hacerlo así se estarían despreciando estos costes.



Lo cierto es que el “Abono Social” es un servicio que se presta a personas con unas características socioeconómicas muy particulares y tasadas, tanto por el nivel de renta como por la edad, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 42 y 35.2.a).1º del RSU, en virtud de los cuales TESAU tiene impuesta la obligación legal y reglamentaria de ofrecer un “Abono Social” para el colectivo de jubilados y pensionistas que no superen el nivel de ingresos que determine la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos (en adelante, CDGAE) en cada momento, y tal y como se expone en la Resolución recurrida (ver Fundamento de Derecho III.1.2.2, página 14). En el ejercicio 2007 se determinó que *“Son considerados de abono social en el año 2007 aquellos abonos instalados en los domicilios habituales de titulares que hayan cumplido sesenta y cuatro años, así como los abonos cuyos titulares, con edad inferior a la mencionada, estén afectados por incapacidad absoluta para ejercer todo tipo de profesión u oficio y que, en ambos casos, reúnan, además, las condiciones económicas de que la renta familiar no supere el 100% del IPREM”*.

En consecuencia, esta Comisión entiende que la forma de calcular el coste neto por este concepto es el que indica la metodología aplicada, según la cual la determinación de este coste se basa en la aplicación de los porcentajes de bonificación de 70% y 95% para las cuotas de conexión y abono respectivamente sobre las tarifas nominales de éstas a los jubilados y pensionistas cuyos ingresos no superen el 100% del IPREM (Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples) determinado por la CDGAE de conformidad con lo establecido en el artículo 35.2.a)1º del RSU, y que TESAU no se ha excedido del citado límite máximo.

Por último, esta Comisión considera que aventurar lo que ocurriría si se eliminase el “Abono Social” del catálogo de servicios integrados en el servicio universal y estos clientes dejaran de percibir este servicio porque TESAU ya no estuviera obligada a prestarlo, no es objeto de este procedimiento, pero quiere poner de manifiesto que la alegación de la recurrente sobre su supuesta migración a otros servicios como el servicio telefónico móvil de prepago no deja de ser una mera especulación no fundamentada en ningún dato objetivo ni medible ni en ninguna encuesta realizada a los potenciales afectados.

TERCERO.- Sobre la alegación de indefensión de la recurrente.

FRANCE TELECOM alega que no se le notificó el inicio de la tramitación procedimiento administrativo de “auditoría” de la declaración de TESAU del coste neto de las obligaciones del servicio universal en el ejercicio 2007, ni su acumulación con el procedimiento de aprobación de la cuantificación del coste neto del servicio universal en el mismo ejercicio, por lo que no pudo efectuar alegaciones, lo que le produjo indefensión dada su condición de interesado en ambos procedimientos pues no pudo efectuar alegaciones en el mismo, por lo que se habría vulnerado lo dispuesto en los artículos 58.1 de la LRJPAC y en el artículo 24 de la Constitución Española y por lo tanto se habría incurrido en la causa de nulidad de pleno derecho establecida en el artículo 62 de la misma LRJPAC.

Concretamente expone que a su juicio la acumulación de esos dos procedimientos en uno y la íntima relación existente entre ellos reconocida por la propia Comisión sería muestra de la obligatoriedad de notificar a los interesados el inicio del procedimiento, sin que entren en juego ninguna de las excepciones recogidas en el artículo 37.5 de la LRJPAC, en especial el



apartado d) que restringe el acceso en los procedimientos relativos a materias protegidas por el secreto comercial o industrial, ya que si esta Comisión hubiera considerado que afectaban a materias protegidas por este tipo de secretos debería haber comunicado el inicio del procedimiento ocultando bajo el epígrafe “confidencial” las partes que así lo fueran, tal y como viene realizando habitualmente.

Frente a la alegación de indefensión de la recurrente basta reiterar, una vez más, los fundamentos jurídicos y jurisprudenciales expuestos en numerosas Resoluciones de esta Comisión en el sentido de negar radicalmente la existencia de indefensión alguna, ya que de conformidad con la doctrina jurisprudencial y constitucional vigente en esta materia⁶, no cabe invocar el principio constitucional del derecho fundamental a la tutela efectiva de los jueces y Tribunales, contenido en el artículo 24.1 de la Constitución Española, en el marco de un procedimiento administrativo de carácter no sancionador ya que la resolución del mismo es impugnabile en vía judicial y serán los jueces y Tribunales los que enjuicien eventuales vulneraciones del ordenamiento jurídico por parte de las Administraciones Públicas. La indefensión se produciría, en su caso, si se impidiese el acceso a la vía judicial.

En el marco de la tramitación del procedimiento administrativo objeto de este recurso, FRANCE TELECOM sí ha sido notificado de todas las actuaciones procedimentales en cada momento, habiendo tenido oportunidad de realizar alegaciones en el procedimiento. De hecho las ha efectuado, tal y como consta en la Resolución impugnada, en concreto en el Antecedente de Hecho Decimoquinto (página 3) y en el Fundamento de Derecho V.1 (páginas 31 a 33). La Resolución recurrida ha sido notificada individualmente a la recurrente el día 21 de diciembre de 2009, y asimismo se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado número 312 de 28 de diciembre de 2009. Por consiguiente, tanto FRANCE TELECOM como los demás interesados han tenido la posibilidad de impugnar potestativamente en vía administrativa y en todo caso en vía contencioso-administrativa (hay que recordar que recurrir en reposición es potestativo, como establece el artículo 116.1 de la LRJPAC) la Resolución recurrida desde que fue notificada la misma, y asimismo la recurrente podrá hacerlo en vía contencioso-administrativa desde que sea notificada de la Resolución del presente recurso potestativo de reposición.

En este sentido hay que poner de manifiesto que, con carácter general, en todos los procedimientos de verificación y aprobación de la contabilidad de costes de los operadores obligados a presentarla anualmente ante esta Comisión (entre ellos la propia recurrente) nunca se ha reconocido la condición de interesados a otros operadores distintos ni se ha dado traslado del inicio del procedimiento de verificación de los resultados de contabilidad de costes a ningún otro operador. Tampoco se les ha remitido el informe de auditoría para que pudiesen formular alegaciones, entendiendo que los datos de la contabilidad de costes de un operador son tan desagregados que su publicidad desvelaría los secretos industriales y comerciales de la empresa, por lo que están amparados por el artículo 37.5.d) de la LRJPAC. En efecto, un procedimiento como el de la declaración de coste neto muestra una información contable que es en algunos puntos incluso más desagregada que la contabilidad de costes de la operadora (por cuanto indica con el grado de desglose de central, qué zonas son rentables y cuáles no, y otros datos similares), siendo una

⁶ Ver, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de junio de 2004 (RJ 2004/7632), y las Sentencias del Tribunal Constitucional número 65/1994, de 28 de febrero (RTC 1994-65), y número 178/1998, de 14 de septiembre (RTC 1998-178).



información extremadamente sensible para TESAU que no se debe hacer pública y debe quedar únicamente bajo la supervisión de una entidad independiente que ha de verificar que no se incluyen costes que no deberían estar incluidos en la misma, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 46 del RSU.

Por esa razón, y con el fin de preservar la confidencialidad de esos datos, en la publicación de las Resoluciones de verificación de la contabilidad de costes de un operador esta Comisión no da más visibilidad que los márgenes de ciertas agrupaciones de costes (datos de interconexión, cliente final, etc) en términos agregados totales y no de forma unitaria, al entender que el hecho de conocer que se ha abierto un procedimiento de auditoría sobre el coste neto, cuando el informe de audiencia, aplicando la práctica habitual en otros procedimientos similares, no se va a hacer público, no le supone ninguna ventaja adicional a otros operadores, salvo que se pretenda ignorar la confidencialidad de los datos contables antes referidos y tener acceso a la contabilidad de TESAU, algo que esta Comisión no puede permitir por imperativo legal.

En definitiva, no resulta procedente atender a la alegación de que haya existido indefensión derivada de la Resolución del Consejo de 10 de diciembre de 2009 recurrida ni de las actuaciones previas tramitadas al efecto, ya que del contenido de lo actuado se aprecia claramente que se ha respetado en todo momento la legalidad vigente y la interpretación jurisprudencial de la misma, tanto a nivel procedimental general como en la aplicación del Derecho sectorial.

CUARTO.- Sobre la solicitud de modificación de la metodología de determinación del coste neto del servicio universal.

VODAFONE y FRANCE TELECOM solicitan que se modifique la metodología de estimación del coste neto del servicio universal para que sea un procedimiento preciso, exacto, determinado y auditable, fundamentando su solicitud en las siguientes razones (ambos operadores plantean sus alegaciones en términos sustancialmente idénticos):

- En otros países (cita a Francia, Italia y Reino Unido) el coste neto del servicio universal es “significativamente inferior” al determinado en España.
- La existencia de planes públicos de subvenciones y ayudas a la extensión de la banda ancha (Plan Avanza 2 y otros) suponen que TESAU ya se beneficia de subvenciones y fondos públicos para sufragar los costes de prestación de ese tipo de servicios, por lo que al estimar el coste neto del servicio universal se debería evitar la duplicidad a la hora de sufragar los costes de despliegue de red.
- La Consulta Pública del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio de 28 de septiembre de 2009 sobre el servicio universal, y el Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible prevé incluir en el servicio universal, a partir del 1 de enero de 2011, el servicio de acceso a Internet de banda ancha a una velocidad mínima de 1 Mbps, hacen necesario modificar y flexibilizar la metodología de estimación del coste neto para incluir los costes correspondientes a este nuevo servicio y, en aras de la transparencia, auditabilidad y causalidad en el modelo, no ceñirse únicamente a la información y datos suministrados por TESAU.



- Existencia de deficiencias relevantes en los procedimientos llevados a cabo para determinar el coste neto del servicio universal en España en los ejercicios 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007, que han ocasionado un perjuicio económico “elevado” a FRANCE TELECOM. Las principales deficiencias de la actual metodología de estimación del coste neto del servicio universal en España serían, a su juicio, las siguientes:

1. Respecto del cálculo del coste neto en zonas no rentables:

- Imprecisión y falta de control de los datos de la asignación de costes de red y de ingresos en cada zona no rentable.
- Falta de garantías de que en los costes imputados a las zonas no rentables no se estén incluyendo costes derivados de la prestación de servicios de banda ancha sobre la misma red de acceso y costes de zonas en las que TESAU esté percibiendo subvenciones y ayudas públicas para la extensión de la banda ancha.
- Ausencia de transparencia de la imputación de costes del sistema TRAC.
- Incoherencia de imputar costes netos crecientes por línea en las zonas no rentables cuando, según el modelo de costes de TESAU, se produce un aumento de eficiencia y un descenso de los costes de red, máxime cuando en los ingresos por interconexión no habrían variado significativamente y no es probable que hayan variado los ingresos procedentes de los abonados de zonas no rentables.

2. Respecto del cálculo del coste neto por la prestación del servicio a clientes con tarifas especiales:

- Falta de auditabilidad y de control de los datos de TESAU sobre la aplicación de los criterios legales que dan derecho a beneficiarse de las tarifas especiales.
- Falta de causalidad al establecer el coste de prestación a partir de la cuantía de la subvención de la cuota de alta y de abono, sin analizar la localización de los clientes beneficiarios (en zonas rentables o no rentables) ni la rentabilidad global de cada cliente, por lo que no se puede conocer el déficit real del servicio ni su coste neto en cada caso.

3. Respecto a las supuestas deficiencias generales de la metodología:

- Falta de control y auditabilidad general en el proceso.
- Falta de predictibilidad de la metodología, pues se utilizan exclusivamente datos aportados por TESAU y no se hace un análisis concreto de cada zona catalogada como no rentable.
- Falta de rigor en la aplicación del RSU ya que no se tendrían en cuenta servicios como el de información y guías, con margen positivo de explotación y que debería tenerse en cuenta para minorar el coste neto del servicio universal.



- Arbitrariedad en la determinación de la existencia de una carga injustificada por la prestación del servicio universal.
- Infravaloración y “falta de objetividad” al establecer los beneficios no monetarios asociados a la prestación del servicio universal.

En respuesta a estas alegaciones hay que decir en primer lugar que, con carácter general, estas cuestiones no deben ser objeto de decisión en el marco de la Resolución del presente recurso de reposición, ya que se cuestiona la metodología aplicada, mientras que en el recurso ha de examinarse si la Resolución recurrida se ajusta a la legalidad, pero principalmente, entre otras cuestiones, si la determinación del coste neto del servicio universal para el ejercicio 2007 se ha ajustado a dicha metodología y a la normativa vigente.

No obstante, en relación con sus alegaciones, que buscan modificar la metodología para reducir o eliminar el importe resultante del coste neto del servicio universal y minorar o eliminar su contribución al Fondo Nacional del servicio universal, hay que poner de manifiesto lo siguiente:

- En relación con el cálculo del coste neto en zonas no rentables no es cierto que haya una imposibilidad de asignación precisa y posterior comprobación de la cuantía de los costes de red e ingresos asignados por TESAU a zonas calificadas como no rentables, ni que haya una ausencia de garantías que permitan afirmar que en las zonas no rentables no se estén incluyendo costes de prestación de servicios de banda ancha, pues como ya se ha expuesto en apartados anteriores, esta Comisión, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 46.2 del RSU, encarga a entidades independientes los trabajos de verificación del coste neto de prestación del servicio universal por parte de TESAU en cada ejercicio y, dada la importancia del montante de esta partida, se presta especial atención a los ingresos y costes computados por zonas no rentables, y se comprueba expresamente que ningún coste imputable a la prestación de servicios de banda ancha se asigne al coste neto del servicio universal, por no ser uno de los servicios incluidos en el ámbito del mismo.
- Respecto al cálculo del coste neto del servicio universal por la prestación del servicio a clientes con tarifas especiales, en los trabajos de verificación del coste neto de prestación del servicio universal por parte de TESAU que realizan las antes citadas entidades independientes en cada ejercicio, también se hace especial hincapié en el ámbito de la auditoría sobre este componente de coste neto por su importante cuantía (en el ejercicio 2007 fue de 44.474.780 euros, ver Fundamento de Derecho III.1.2.2 de la Resolución recurrida, página 16), revisándose el número de líneas netas y de altas relativas al abono, auditando los datos proporcionados por TESAU de sus trabajos de verificación año a año que los usuarios del abono social cumplen las condiciones requeridas para beneficiarse del mismo.
- Respecto a las deficiencias generales de la metodología, la alegación genérica y sin aportar prueba concreta alguna que la sustente de la supuesta falta de control y auditabilidad general en el proceso carece de fundamento objetivo alguno, y respecto a la alegación concreta que señala que la metodología actual no considera el margen positivo en la prestación de una componente del servicio universal (tal y como sucede



con los servicios de información y guías) para minorar el coste neto de la prestación del servicio universal, hay que responder que no existe soporte normativo que respalde dicha alegación ya que el RSU, y en especial sus artículos 43 a 45, establece que *“Los costes deberán imputarse a aquellos servicios que son causa de que se incurra en ellos. La determinación de su cuantía habrá de hacerse en proporción a la correspondiente contribución al coste por cada servicio, mediante la definición de generadores de coste”* (artículo 44.4 del RSU). En ningún caso dice que cuando un servicio de los incluidos en el catálogo de prestación del servicio universal tenga margen positivo se haya de minorar el coste neto del servicio universal en esa misma cuantía o compensarlo con los ingresos de otros servicios, o que se tenga que compensar el déficit de las zonas no rentables con los beneficios de las zonas rentables. De tener en cuenta el criterio propuesto por VODAFONE y FRANCE TELECOM al respecto, en el cálculo del coste neto del servicio universal por zonas no rentables, teniendo en cuenta que el superávit de las zonas rentables es mucho mayor que el déficit de las zonas no rentables, de aceptar sus alegaciones se llegaría al absurdo de que nunca se reconocería la existencia de coste neto alguno en la prestación del servicio universal por tenerlo que asumir TESAU al obtener superavit en otras zonas.

En definitiva, esta Comisión estima que el instrumento para revisar en profundidad la metodología de determinación del coste neto del servicio universal no es el presente procedimiento, sino que esa revisión se llevará a cabo cuando previsiblemente se modifique el catálogo de servicios incluidos en el ámbito del servicio universal y se incluya en el mismo el acceso a Internet de banda ancha; mientras tanto la metodología actualmente vigente se debe mantener sin cambios.

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

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar íntegramente el recurso de reposición interpuesto por la entidad FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 10 de diciembre de 2009, dictada en el expediente número AEM 2009/763, mediante la cual se aprueba el coste neto de prestación del servicio universal presentado por Telefónica de España, S.A.U. para el ejercicio 2007, por estar la misma plenamente ajustada a Derecho.

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



Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Ignacio Redondo Andreu, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.