



Roj: **STS 3099/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3099**

Id Cendoj: **28079130032017100309**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **24/07/2017**

Nº de Recurso: **3084/2014**

Nº de Resolución: **1351/2017**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2433/2014,**
STS 3099/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 24 de julio de 2017

Esta Sala ha visto, constituida en su **Sección Tercera** por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 3084/2014, interpuesto por Telefónica S.A.U., representada por la procuradora D.ª Gloria Teresa Robledo Machuca, contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 19 de mayo de 2014 en el recurso contencioso-administrativo número 110/2012. Son partes recurridas la Administración General del Estado, representada por la Sra. Abogada del Estado, y Orange Espagne, S.A., representada por el procurador D. Roberto Alonso Verdú y bajo la dirección letrada de D. Pablo Mayor Menéndez y D. José Luis Pérez-Campoamor Orejas.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 19 de mayo de 2014, desestimatoria del recurso promovido por Telefónica de España, S.A.U. contra la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 21 de diciembre de 2011 sobre aprobación del coste neto de prestación del servicio universal presentado por Telefónica de España, S.A.U. para el ejercicio 2009 (expte. AEM 2011/1982).

SEGUNDO .- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en diligencia de ordenación de la Secretaria de la Sala de instancia de fecha 9 de septiembre de 2014, que también acordaba emplazar a las partes para comparecer ante esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO .- Emplazadas las partes, la representación procesal de Telefónica S.A.U. ha comparecido en forma en fecha 20 de octubre de 2014 mediante escrito interponiendo el recurso de casación al amparo del apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, que articula en los siguientes motivos:

- 1º, por infracción de los artículos 9.3 y 106.1 de la Constitución, en relación con el artículo 54.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, y con el artículo 24.1 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y los artículos 39.1, 40.2, 40.3 45 y 46 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, y



- 2º, por infracción del artículo 24.1 de la Ley 32/2003 y de los artículos 39.1, 40.2, 40.3 45 y 46 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios.

Termina el escrito suplicando que se dicte sentencia por la que se case la recurrida y resuelva el recurso contencioso-administrativo conforme a los términos en que aparece planteado en la instancia, acordando estimar la pretensión de la recurrente.

El recurso de casación ha sido admitido por providencia de la Sala de fecha 27 de noviembre de 2014.

CUARTO .- Personado la Abogada del Estado, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte resolución desestimándolo en su totalidad, por ser conforme a derecho la resolución judicial impugnada, con imposición de costas en todo caso a la contraparte.

Igualmente se ha opuesto al recurso de casación Orange Espagne, S.A., cuya representación procesal solicita en su escrito que se dicte sentencia en cuya virtud se inadmita o, en su defecto, se desestime el mismo, confirmando la sentencia recurrida, con expresa imposición de las costas causadas a la parte recurrente.

QUINTO .- Por providencia de fecha 8 de marzo de 2017 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 6 de junio de 2017, en que han tenido lugar dichos actos.

SEXTO .- En el presente recurso se han guardado las prescripciones procesales legales, excepto la del plazo para dictar sentencia, a causa de la complejidad jurídica del asunto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Objeto y planteamiento del recurso.

Telefónica de España, S.A.U. (Telefónica o TESAU en adelante) impugna en casación la sentencia dicada el 19 de mayo de 2014 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional. La sentencia impugnada desestimó el recurso contencioso administrativo que la citada mercantil interpuso contra la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 21 de diciembre de 2011, sobre aprobación del coste neto de prestación del servicio universal presentado por Telefónica para el ejercicio 2009.

El recurso se articula mediante dos motivos, ambos amparados en el apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción . En el primero se aduce la infracción de los artículos 9.3 y 106.1 de la Constitución , en relación con el artículo 54.1.f) de la Ley reguladora del procedimiento administrativo (Ley 30/1992, de 26 de noviembre), el 33.1 de la Ley jurisdiccional , 24.1 de la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 32/2003, de 3 de noviembre), y los artículos 39.1 , 40.2 y 3 , 45 y 46 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios (Real Decreto 424/2005, de 15 de abril). Las infracciones se deberían a que la metodología empleada carece de justificación, lo que conduce a resultados arbitrarios respecto de la valoración de determinados beneficios derivados de la prestación del servicio universal.

El segundo motivo se basa en la infracción del artículo 24.1 de la citada Ley General de Telecomunicaciones y de los artículos 39.1, 40.2 y 3, 45 y 46 del también citado Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios. Dichos preceptos legales y reglamentarios habrían sido conculcados como consecuencia de la metodología empleada para valorar los beneficios no monetarios derivados de la prestación del servicio universal.

SEGUNDO .- Sobre el primer motivo, relativo a la falta de justificación de la metodología empleada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

La Sala de instancia rechazaba esta queja con las siguientes consideraciones:

" **CUARTO**-. Es preciso recordar que con fecha 25 de septiembre de 2013 está Sala dictó sentencia en el recurso contencioso- administrativo 366/201 interpuesto por una de las codemandadas, VODAFONE ESPAÑA SA. contra la misma resolución que es objeto de este litigio, y en la que, entre otras alegaciones se formulaban la del cálculo incorrecto de los beneficios no monetarios, al entender que no existió transparencia en su determinación por la declaración de confidencialidad en relación con los datos de negocio de la ahora actora.

La sentencia fue desestimatoria.

Entrando a examinar el primer elemento sobre el que centra su recurso la actora, el cálculo de la imagen de marca del operador, se comprueba que en la resolución impugnada se analiza en el apartado III.3.1 la " valoración de la imagen de marca del operador."



La metodología comprende los siguientes pasos:

Paso 1. valoración de la imagen de marca del Grupo Telefónica .

"TESAU señala que no realiza internamente análisis de estimación de la valoración de la imagen de marca y en consecuencia estima que la forma más idónea para su estimación sería partir de varias valoraciones realizadas por firmas independientes de reconocido prestigio en la estimación de este tipo de activos intangibles.

No obstante, siguiendo el criterio aplicado por la CMT en su acuerdo sobre el coste neto del servicio universal del ejercicio 2006, se propone la aplicación del Informe Eurobrand 2009 del European Brand Institute.

Dicho informe valora las 50 principales marcas europeas corporativas, recogiendo tanto el valor de las principales marcas europeas como el de sus 25 principales marcas individuales.

TESAU señala que "en el primer ranking aparecía valorada la marca del grupo Telefónica por un importe de 22.128 millones de €."

En resumen: la CMT ha aplicado el informe Eurobrand 2009 del European Brand Institute.

En sus propuestas en vía administrativa TESAU se limitó a señalar:

- Escrito de 13 de julio de 2011:

"El cálculo de los beneficios no monetarios del apartado IV el ANEXO se ha realizado siguiendo la metodología instaurada en la Resolución de 29 de noviembre de 2007 sobre el CNSU de los ejercicios 2003, 2004 y 2005 cuyo resuelve tercero insta a Telefónica de España para que en los futuros ejercicios presente, junto a la declaración del CNSU los correspondientes estudios de estimación de beneficios n monetarios o intangibles conforme con lo dispuesto en el apartado II.2 de esa Resolución."

A continuación recuerda el fallo de la sentencia de esta Sala de 24 de enero de 2011 y señala que su estimación de los beneficios "debe entenderse realizada a expensas del pronunciamiento del Tribunal Supremo al resolver el recurso de casación de la CMT contra la sentencia de la Audiencia Nacional".

- Escrito de 18 de noviembre de 2011:

"Con carácter previo a los aspectos específicos relativos al Coste de las Zonas comentados en alegaciones posteriores, mi representada desea, una vez más, manifiesta su disconformidad con la metodología utilizada por la CMT en la determinación del Coste Neto del Servicio Universal y en especial en lo que respecta al cálculo de los Beneficios no Monetarios en los términos que viene argumentando en los procedimientos anteriormente abiertos por la Comisión para la aprobación de las distintas propuestas del CNSU correspondientes a ejercicios pasados"

Y a continuación reproduce el fallo de la sentencia de 24 de enero de 2011 .

La actora en sus escritos en vía administrativa, y en sus escritos ante esta Sala no aclara por qué es erróneo utilizar este informe de una entidad internacional específico para el año 2009, limitando su discrepancia a reproducir lo alegado en relación con las resoluciones anteriores, los informes anteriores, y a la trascendencia de tomar en cuenta el sistema planteado por la empresa Arthur D. Little S.L..

Paso 2: Identificación de los Ingresos del Grupo y de los Ingresos que estaría obteniendo Telefónica por los servicios incluidos en el ámbito del servicio universal

Y la resolución dice literalmente:

"TESAU propone utilizar la cifra de ingresos del Grupo Telefónica para el ejercicio 2009, que se situó en 56.731 millones de euros, respecto de los ingresos asociados al servicio universal para estimar el porcentaje aplicable.

A partir de dicho porcentaje de ingresos asociados al servicio universal respecto de los ingresos del Grupo, se estima el valor de marca imputable al servicio universal para el ejercicio 2009, y por último, aplicándole el WACC vigente para TESAU en dicho ejercicio, se determina cuáles son los beneficios de la imagen de marca derivada del SU."

Paso 3: imputación a las líneas de Telefónica generadoras de coste neto del servicio universal.

Y la resolución dice literalmente:

" Esta Comisión está de acuerdo con la propuesta de beneficio intangible realizada por TESAU puesto que se ha comprobado que los parámetros que ha considerado la operadora son correctos ".

La CMT considera exactamente el beneficio monetario por imagen de marca en la idéntica cifra propuesta por Telefónica, la cifra de 5.845.426 euros.



Resulta así que de los tres pasos seguidos para calcular este apartado, solo en uno, el primero, la CMT no se limita a aceptar íntegramente la propuesta de Telefónica.

El escrito de demanda alega al respecto (pags. 19 y ss):

* En cuanto al primer paso, la premisa de partida es incorrecta. La CMT se basa en el Informe Eurobrand 2009 del European Brand Institute para calcular el valor de la imagen de marca de todo el Grupo Telefónica y no toma en consideración que dicho informe incluye toda clase de marcas que no guardan relación alguna con el servicio universal.

* En cuanto a los pasos 2 y 3 " *la CMT realiza una simple operación proporcional considerando que el valor de una marca se reparte uniformemente entre los ingresos del grupo y las líneas deficitarias. Pero no analiza en ningún momento cual pueda ser el impacto real que entre los usuarios tiene la prestación del servicio universal para preferir los productos de TEASU frente a otros competidores, que es lo que valora ese intangible* " .

El Abogado del Estado opone que, como punto de partida, la CMT ha establecido en la resolución impugnada, pag. 19 que " *unicamente pueden ser reconocidos como beneficios derivados de la imagen de marca aquellos vinculados directamente a la prestación del servicio universal y, en particular, los vinculados a la prestación del servicio universal para aquellas líneas deficitarias* " que es precisamente lo que propugna la parte actora.

Y concreta que la valoración de imagen de marca, en el paso 1, es la aportada por la propia Telefónica, tendencia marcada por la propia empresa que considera a "Telefónica" como la marca principal; así resulta de su informe de responsabilidad corporativa.

Alega que el informe pericial propone un cálculo imposible de llevar a cabo, y para el que no propone un método de aplicación, mientras que la solución aplicada por la CMT permite relacionar el valor de marca y el servicio universal a través de los ingresos de los servicios contenidos en el SU, líneas deficitarias y WACC para analizar el valor de la marca.

Llama la atención sobre el hecho de que el informe pericial aportado con la demanda, reconoce que no cuenta con datos suficientes para evaluar el beneficio no monetario.

QUINTO-. Las alegaciones de la recurrente encuentran su fundamento en lo acontecido en el recurso que finalizó por la sentencia de 24 de enero de 2011 , incorporando los mismos informes periciales que se practicaron entonces, y pretendiendo que se lleve a cabo por esta Sala una suerte de aplicación automática de la doctrina propia.

La sentencia tan reiteradamente citada por la parte actora, señala expresamente que entonces " *no existía precedente de la aplicación del método de cálculo seguido para valorar la imagen de marca en la resolución de 29 de noviembre de 2007* " e indica que el mismo " *no adolece de falta de transparencia - se expone con claridad la metodología seguida y los datos de los que se parte para su aplicación y se ajusta al expuesto en el Informe de auditoría- si se revela carente de la suficiente justificación, pues por una parte, no se explica ni justifica la adecuación de dicha metodología a la finalidad y naturaleza del beneficio no monetario de que se trata, y por otra parte, viene desacreditada por contraposición con la metodología propuesta en el informe encargado a Arthur D. Little y en el informe pericial aportado por la recurrente* " .

La Sala considera que la situación de partida es diferente, y la aplicación automática de estos razonamientos al supuesto enjuiciado no es procedente porque de la comparación de las resoluciones de la CMT afectadas, en este caso la de 21 de diciembre de 2011 y entonces la de noviembre de 2007 (reformada en parte por la impugnada ante esta Sala de 8 d e mayo de 2008) resulta que, si bien se declara que se sigue el método de la resolución de 29 de noviembre de 2007, en los concretos extremos objeto de recurso, se ha justificado la metodología empleada, sin apartarse del informe de Audiencia, y sin haberse propuesto nuevos métodos por la interesada.

No pueden trasladarse automáticamente las conclusiones que esta Sala obtuvo en relación con un acuerdo de la CMT que utiliza parámetros diferentes.

Ya se ha reseñado la utilizada en la resolución impugnada en este litigio para calcular el CNSU del año 2009.

La que se utilizó en la de 2007 para calcular el CNSU de los años 2003 a 2005 en el extremo relativo al reconocimiento de la imagen de marca del operador fue la siguiente.

· *Paso 1: Valoración de la imagen de marca del Grupo Telefónica*

La fuente de información que se toma como referencia son los Informes

Anuales de Responsabilidad Corporativa² para los periodos comprendidos entre 2002 y 2005. En concreto, a partir del valor de la Imagen de Marca de Telefónica referida al año 2002, se calcula el valor de la Imagen de



Marca de Telefónica para los años 2003, 2004 y 2005 teniendo en cuenta la evolución seguida por los registros de marca, el número de dominios y la mayor presencia internacional del Grupo como consecuencia de la adquisición de nuevas operadoras como por ejemplo Cesky Telecom.

En particular, la evolución seguida a lo largo del periodo de estudio por los registros de marca y el número de dominios tal y como se refleja en la siguiente Tabla: [confidencial]

Tabla 13: Evolución de los registros de marca y número de dominios de Telefónica [confidencial]

En consecuencia, de acuerdo con la evolución seguida por estas variables y la mayor presencia internacional de la operadora, el valor de la Imagen de Marca del Grupo Telefónica para los años 2003, 2004 y 2005 serían de 17.109 millones de euros, 17.839 millones de euros, y 19.520 millones de euros respectivamente."

Para este ejercicio litigioso, se utiliza el Informe Eurobrand que para el año 2009 valora las 50 principales marcas europeas corporativas, recogiendo tanto el valor de las principales marcas europeas como el de sus principales marcas individuales.

Como pone de relieve el Abogado del Estado la propia Telefónica SAU considera su imagen de marca como "Telefónica", la marca principal, que valora como tal en su informe de responsabilidad corporativa. No se trata por tanto de que se tome el valor total de todas las marcas del grupo, sino de la principal imagen de marca, que es la vinculada a la prestación del servicio universal.

· Paso 2: Identificación de los Ingresos del Grupo y de los Ingresos que estaría Obteniendo Telefónica por los servicios incluidos en el ámbito del Servicio Universal

A partir de los Ingresos del Grupo Telefónica y de los ingresos que comunica a esta Comisión por la prestación de los servicios incluidos en la Obligación de Servicio Universal, se obtiene el porcentaje que representan los ingresos de los servicios incluidos en las obligaciones de Servicio Universal respecto del total de ingresos del Grupo, tal y como se refleja en la siguiente Tabla: [confidencial]

Tabla 14: Porcentaje que representan los servicios incluidos en la obligación del Servicio Universal sobre los Ingresos del Grupo Telefónica

(confidencial)

A partir de estos porcentajes, y teniendo en cuenta el valor de la marca Telefónica para cada uno de los años 2003, 2004, y 2005, se obtiene una aproximación del valor de marca Telefónica asignable exclusivamente al Servicio Universal.

Teniendo en cuenta que dicho valor representa un activo para Telefónica, y como tal genera una rentabilidad para la referida operadora que esta Comisión evalúa en el WACC aprobado para cada uno de los años de análisis, se obtienen los beneficios que la Operadora estaría obteniendo por el activo imagen de marca tal y como figura en la siguiente Tabla:

[confidencial]

Tabla 15: Beneficios No Monetarios que obtendría Telefónica procedentes de la Imagen de Marca fin confidencial]

De este modo, teniendo en cuenta el porcentaje que representan los ingresos de los servicios incluidos en el Servicio Universal, y el WACC aprobado para los años 2003, 2004 y 2005 por el Consejo de esta Comisión, se obtiene la rentabilidad anual que genera la marca para Telefónica en los servicios incluidos en el ámbito del Servicio Universal.

Para este ejercicio litigioso se acepta lo que propone TESAU tanto respecto de la cifra de ingresos del grupo para estimar el porcentaje aplicable, como en cuanto al valor de marca imputable al servicio universal.

· Paso 3: Imputación a las líneas de Telefónica generadoras de Coste Neto del Servicio Universal

De la información aportada por Telefónica para la estimación del Coste Neto del Servicio Universal por Zonas no Rentables y tras los ajustes realizados por esta Comisión, se obtiene el número de líneas deficitarias en todo el territorio nacional.

A dicho número de líneas habría que añadir aquellas procedentes de las bonificaciones del abono social y que no están incluidas en las anteriores. De este modo, el número de líneas no rentables o deficitarias para los años 2003, 2004 y 2005 asciende a 2.149.049, 1.130.665 y 972.998 respectivamente. Lo que representan un 14,04%; 7,51% y 6,82% del total de líneas en servicio de la Operadora.

En consecuencia, sobre estas líneas se estiman los beneficios no monetarios derivados de la imagen de marca llegando a una cifra de 52,99 millones de euros para el año 2003, 24,76 millones de euros para el año 2004 y 19,26 millones de euros para el año 2005.



En este caso, se acepta la propuesta de TESAU porque los parámetros que ha tenido en cuenta son correctos.

Por su parte TESAU aportó unos datos según la metodología que considera incorrecta, pero no propone datos alternativos con base en la metodología que según su tesis sería conforme a derecho.

Del conjunto de consideraciones expuestas concluye esta Sala, en contra de lo pretendido por la recurrente, que no se ha acreditado en autos la falta de justificación de la resolución impugnada, ni la falta de adecuación de la metodología utilizada." (fundamentos jurídicos cuarto y quinto)

El motivo no puede prosperar. En efecto, la respuesta dada por la sentencia recurrida evidencia que la Comisión aplicó una determinada metodología para valorar los beneficios no monetarios consistentes en el "mayor reconocimiento de marca" y las "ventajas derivadas de la ubicuidad". Que la parte considere que dicha metodología es inadecuada podría ser una crítica fundada, y podría suponer, en tal caso, una infracción de preceptos legales y reglamentarios. La propia parte admite que se aplicó una metodología, aunque considere que "carecía de justificación, entre otras razones, por su falta de adecuación a la finalidad y naturaleza del beneficio que se valora, amén de estar desacreditada (la metodología) por contraposición con el informe encargado por la CMT a la consultora Arthur D. Little ...".

Y aunque es cierto que la parte desarrolla también en el motivo diversas críticas sobre la metodología empleada para la valoración de los citados beneficios no monetarios, la ratio del motivo es la falta de justificación y motivación de dicha valoración por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en una suerte de equivalencia entre inadecuación de la metodología y ausencia de ella y consiguiente decisión arbitraria, concatenación lógica que no es posible asumir. Hubo metodología, discutible sin duda, especialmente a la luz de los precedentes sobre la materia, pero en modo alguno puede afirmarse que la valoración de los citados beneficios por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y su admisión por la Sala de instancia constituyan decisiones arbitrarias.

TERCERO .- Sobre el segundo motivo, relativo a los beneficios del valor de marca y de la ubicuidad.

En el segundo motivo Telefónica discute en concreto los criterios de valoración de los beneficios no monetarios del mayor reconocimiento de la marca del operador que desarrolla el servicio universal y de las ventajas derivadas de la ubicuidad de dicho operador. Como es sabido, el coste del servicio universal que se le ha de compensar al prestador del mismo ha de ser calculado teniendo en cuenta los beneficios que dicho servicio le proporciona. En consecuencia, es preciso establecer la metodología necesaria para determinar dichos beneficios, en particular, en el caso de autos, los citados del valor de la marca y de la ubicuidad. Así, los artículos 39.1 y 40.3 del Reglamento del Servicio Universal, en la redacción vigente en el momento de dictarse la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones impugnada en la instancia, establecen:

" **Artículo 39.** *Concepto de coste neto.*

1. El coste neto de las obligaciones del servicio universal se obtendrá hallando la diferencia entre el coste que para el operador designado tiene el operar con dichas obligaciones y el correspondiente a operar sin las mismas. El cálculo del coste neto tendrá en cuenta los beneficios, incluidos los beneficios no monetarios, que hayan revertido al operador designado." (artículo 39.1)

" **Artículo 40.** *Componentes de coste neto del servicio universal.*

[...]

3. Asimismo, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones establecerá el procedimiento para cuantificar los beneficios no monetarios obtenidos por el operador, en su calidad de prestador de un servicio universal. En dicha valoración se tendrán en cuenta, como mínimo, las siguientes categorías de potenciales generadores de beneficios no monetarios:

- a) Mayor reconocimiento de la marca del operador, como consecuencia de la prestación del servicio.
- b) Ventajas derivadas de la ubicuidad.
- c) Valoración de los clientes o grupos de clientes, teniendo en cuenta su ciclo de vida.
- d) Ventajas comerciales que implica el tener acceso a todo tipo de datos sobre el servicio telefónico." (artículo 40.3)

Veamos separadamente las críticas que la mercantil recurrente formula en cada caso.

a. El mayor reconocimiento de la marca del operador, esto es, el beneficio derivado del mayor conocimiento de la marca que se supone que origina ser el prestador del servicio universal.

La Sentencia impugnada se pronuncia sobre esta cuestión en los siguientes términos:



" **QUINTO-**. Las alegaciones de la recurrente encuentran su fundamento en lo acontecido en el recurso que finalizó por la sentencia de 24 de enero de 2011 , incorporando los mismos informes periciales que se practicaron entonces, y pretendiendo que se lleve a cabo por esta Sala una suerte de aplicación automática de la doctrina propia.

La sentencia tan reiteradamente citada por la parte actora, señala expresamente que entonces " *no existía precedente de la aplicación del método de cálculo seguido para valorar la imagen de marca en la resolución de 29 de noviembre de 2007*" e indica que el mismo " *no adolece de falta de transparencia - se expone con claridad la metodología seguida y los datos de los que se parte para su aplicación y se ajusta al expuesto en el Informe de auditoría- si se revela carente de la suficiente justificación, pues por una parte, no se explica ni justifica la adecuación de dicha metodología a la finalidad y naturaleza del beneficio no monetario de que se trata, y por otra parte, viene desacreditada por contraposición con la metodología propuesta en el informe encargado a Arthur D. Little y en el informe pericial aportado por la recurrente*".

La Sala considera que la situación de partida es diferente, y la aplicación automática de estos razonamientos al supuesto enjuiciado no es procedente porque de la comparación de las resoluciones de la CMT afectadas, en este caso la de 21 de diciembre de 2011 y entonces la de noviembre de 2007 (reformada en parte por la impugnada ante esta Sala de 8 d e mayo de 2008) resulta que, si bien se declara que se sigue el método de la resolución de 29 de noviembre de 2007, en los concretos extremos objeto de recurso, se ha justificado la metodología empleada, sin apartarse del informe de Audiencia, y sin haberse propuesto nuevos métodos por la interesada.

No pueden trasladarse automáticamente las conclusiones que esta Sala obtuvo en relación con un acuerdo de la CMT que utiliza parámetros diferentes.

Ya se ha reseñado la utilizada en la resolución impugnada en este litigio para calcular el CNSU del año 2009.

La que se utilizó en la de 2007 para calcular el CNSU de los años 2003 a 2005 en el extremo relativo al reconocimiento de la imagen de marca del operador fue la siguiente.

· *Paso 1: Valoración de la imagen de marca del Grupo Telefónica*

La fuente de información que se toma como referencia son los Informes

Anuales de Responsabilidad Corporativa² para los periodos comprendidos entre 2002 y 2005. En concreto, a partir del valor de la Imagen de Marca de Telefónica referida al año 2002, se calcula el valor de la Imagen de Marca de Telefónica para los años 2003, 2004 y 2005 teniendo en cuenta la evolución seguida por los registros de marca, el número de dominios y la mayor presencia internacional del Grupo como consecuencia de la adquisición de nuevas operadoras como por ejemplo Cesky Telecom.

En particular, la evolución seguida a lo largo del periodo de estudio por los registros de marca y el número de dominios tal y como se refleja en la siguiente Tabla: [confidencial

Tabla 13: Evolución de los registros de marca y número de dominios de Telefónica [confidencial

En consecuencia, de acuerdo con la evolución seguida por estas variables y la mayor presencia internacional de la operadora, el valor de la Imagen de Marca del Grupo Telefónica para los años 2003, 2004 y 2005 serían de 17.109 millones de euros, 17.839 millones de euros, y 19.520 millones de euros respectivamente."

Para este ejercicio litigioso, se utiliza el Informe Eurobrand que para el año 2009 valora las 50 principales marcas europeas corporativas, recogiendo tanto el valor de las principales marcas europeas como el de sus principales marcas individuales.

Como pone de relieve el Abogado del Estado la propia Telefónica SAU considera su imagen de marca como "Telefónica", la marca principal, que valora como tal en su informe de responsabilidad corporativa. No se trata por tanto de que se tome el valor total de todas las marcas del grupo, sino de la principal imagen de marca, que es la vinculada a la prestación del servicio universal.

· *Paso 2: Identificación de los Ingresos del Grupo y de los Ingresos que estaría Obteniendo Telefónica por los servicios incluidos en el ámbito del Servicio Universal*

A partir de los Ingresos del Grupo Telefónica y de los ingresos que comunica a esta Comisión por la prestación de los servicios incluidos en la Obligación de Servicio Universal, se obtiene el porcentaje que representan los ingresos de los servicios incluidos en las obligaciones de Servicio Universal respecto del total de ingresos del Grupo, tal y como se refleja en la siguiente Tabla: [confidencial

Tabla 14: Porcentaje que representan los servicios incluidos en la obligación del Servicio Universal sobre los Ingresos del Grupo Telefónica



(confidencial]

A partir de estos porcentajes, y teniendo en cuenta el valor de la marca Telefónica para cada uno de los años 2003, 2004, y 2005, se obtiene una aproximación del valor de marca Telefónica asignable exclusivamente al Servicio Universal.

Teniendo en cuenta que dicho valor representa un activo para Telefónica, y como tal genera una rentabilidad para la referida operadora que esta Comisión evalúa en el WACC aprobado para cada uno de los años de análisis, se obtienen los beneficios que la Operadora estaría obteniendo por el activo imagen de marca tal y como figura en la siguiente Tabla:

[confidencial

Tabla 15: Beneficios No Monetarios que obtendría Telefónica procedentes de la Imagen de Marca fin confidencial]

De este modo, teniendo en cuenta el porcentaje que representan los ingresos de los servicios incluidos en el Servicio Universal, y el WACC aprobado para los años 2003, 2004 y 2005 por el Consejo de esta Comisión, se obtiene la rentabilidad anual que genera la marca para Telefónica en los servicios incluidos en el ámbito del Servicio Universal.

Para este ejercicio litigioso se acepta lo que propone TESAU tanto respecto de la cifra de ingresos del grupo para estimar el porcentaje aplicable, como en cuanto al valor de marca imputable al servicio universal.

· Paso 3: Imputación a las líneas de Telefónica generadoras de Coste Neto del Servicio Universal

De la información aportada por Telefónica para la estimación del Coste Neto del Servicio Universal por Zonas no Rentables y tras los ajustes realizados por esta Comisión, se obtiene el número de líneas deficitarias en todo el territorio nacional.

A dicho número de líneas habría que añadir aquellas procedentes de las bonificaciones del abono social y que no están incluidas en las anteriores. De este modo, el número de líneas no rentables o deficitarias para los años 2003, 2004 y 2005 asciende a 2.149.049, 1.130.665 y 972.998 respectivamente. Lo que representan un 14,04%; 7,51% y 6,82% del total de líneas en servicio de la Operadora.

En consecuencia, sobre estas líneas se estiman los beneficios no monetarios derivados de la imagen de marca llegando a una cifra de 52,99 millones de euros para el año 2003, 24,76 millones de euros para el año 2004 y 19,26 millones de euros para el año 2005.

En este caso, se acepta la propuesta de TESAU porque los parámetros que ha tenido en cuenta son correctos.

Por su parte TESAU aportó unos datos según la metodología que considera incorrecta, pero no propone datos alternativos con base en la metodología que según su tesis sería conforme a derecho.

Del conjunto de consideraciones expuestas concluye esta Sala, en contra de lo pretendido por la recurrente, que no se ha acreditado en autos la falta de justificación de la resolución impugnada, ni la falta de adecuación de la metodología utilizada."

La recurrente formula las siguientes críticas. En primer lugar, considera que, en contra de lo dispuesto en el Reglamento del Servicio Universal de 2005, del informe técnico de don Jesús María y de la sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de enero de 2011 (respecto a la que esta Sala rechazó los recursos de casación formulados contra ella), la metodología empleada valora la imagen de marca del grupo Telefónica, no solamente de la propia empresa matriz. Y por otra parte, en relación con los ingresos que estaría obteniendo TESAU por los servicios incluidos en el servicio universal y con la imputación del coste neto del servicio universal a las líneas deficitarias, la recurrente critica que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones considere que el valor de una marca se reparte de manera uniforme entre los ingresos del grupo y las líneas deficitarias, sin analizar el impacto real que tiene entre los usuarios la prestación del servicio universal para preferir los productos de TESAU frente a los de sus competidores. Finalmente, la parte también arguye que no puede valorarse este beneficio en las zonas en las que el usuario no puede escoger entre varias marcas.

Tiene razón la recurrente y hemos de estimar esta alegación. En efecto, tal como alega TESAU, la cuestión se plantea en términos análogos a los resueltos en sentencias anteriores de la Audiencia Nacional, en particular en la de 24 de enero de 2011, que fue confirmada por esta Sala al rechazar el recurso de casación entablado en este punto por France Telecom España, S.A. En la Sentencia de esta Sala de 22 de julio de 2014 (RC 2830/2011) dijimos en relación con el beneficio de la imagen de marca del prestador del servicio universal:

" **Noveno.**- Reconoce "France Télécom España, S.A." que "la argumentación de los motivos de casación tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo es común", lo que justifica que analicemos todos ellos de modo conjunto. Con dicha argumentación trata de demostrar el error de derecho en que, a su juicio, ha incurrido

la Sala de instancia tanto al no validar, en términos generales, el juicio de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sobre los beneficios monetarios como, en particular, al estimar el recurso de "Telefónica de España, S.A.U." en relación con tres de las partidas de dichos beneficios, a las que se refiere el segundo pronunciamiento del fallo (la valoración de la imagen de marca del operador, las ventajas derivadas de la ubicuidad y la valoración de los clientes y grupo de clientes).

El estudio conjunto de estos motivos requiere previamente exponer las detalladas consideraciones en que se basó el pronunciamiento de la Sala de instancia sobre la cuestión debatida. Fueron las que siguen (fundamentos jurídicos séptimo a décimo de la sentencia impugnada, de los que hemos suprimido las transcripciones literales de normas o de sentencias):

"[...] El tercer motivo de impugnación, en relación con la resolución de 29 de noviembre de 2007, hace referencia a la incorrecta valoración del beneficio no monetario.

Entiende la actora que la metodología empleada por la CMT para calcular el beneficio de la imagen de marca de TESAU asociado a la prestación del servicio universal incurre en relevantes errores y carece de base científica y técnica, lo que da lugar a arbitrariedad de los resultados, por otra parte, la CMT no explica por qué la metodología que sigue es adecuada para valorar los beneficios de la imagen de marca ni en qué criterios de la ciencia económica o de racionalidad empresarial se basa para aplicar un método determinado.

Concretamente, señala como errores del método aplicado la valoración de la imagen de marca de todo el Grupo Telefónica, incluyendo toda clase de marcas que no guardan relación alguna con el servicio universal y valores que proceden de toda la historia del grupo, además, se hace una extrapolación anual basada en la evolución del número de registros de marcas y de nombres de dominio que no tienen justificación desde el punto de vista de la valoración de intangibles. Para la identificación de ingresos vinculados a la prestación del servicio universal y la imputación del valor de marca a las líneas deficitarias de TESAU se realiza una simple operación proporcional, considerando que el valor de la marca se reparte uniformemente entre los ingresos del grupo y las líneas deficitarias, sin analizar cuál puede ser el impacto real que entre los usuarios tiene la prestación de servicio universal para preferir los productos de TESAU frente a otros competidores, que es lo que valora ese intangible, y sin tener en cuenta que una marca tiene un valor como elemento distintivo o diferenciador de una empresa, por lo que ese valor sólo existe en aquellos mercados en los que un comprador puede escoger entre distintos productos con una misma utilidad funcional pero que se ofertan bajo distintas marcas. Los clientes que sólo pueden contratar con TESAU en las zonas no rentables no tienen en cuenta la marca como elemento distintivo, por lo que los beneficios no monetarios asociados a la imagen de marca por la prestación del servicio universal no pueden equivaler al porcentaje de líneas deficitarias a las que se presta el servicio, sino que serán beneficios fundamentalmente derivados del posible reconocimiento o impacto emocional que entre los clientes pueda tener el hecho de que TESAU atienda servicios no rentables, valoración que no hace la CMT.

La Comisión se aparta de la metodología propuesta por una empresa con experiencia seleccionada por ella misma, como Arthur D. Little, en cuyo informe (aportado como documento nº 11) se estudia el beneficio no monetario de la imagen de marca aplicando el criterio de considerar la posible existencia de una correlación entre los motivos de compra de los consumidores y la prestación del servicio universal, para lo cual propone la previa determinación de si existe o no conocimiento por parte de los usuarios de telecomunicaciones de las obligaciones del servicio universal, para después determinar si ese conocimiento influye en el proceso de decisión de compra de sus productos o servicios de telecomunicaciones.

En cuanto al cálculo de las ventajas derivadas de la ubicuidad, [...]

En el procedimiento seguido para la determinación del CNSU para los ejercicios 2003, 2004 y 2005, cuya incoación se acordó con fecha 8 de octubre de 2007, obra en el Informe emitido por los Servicios de la CMT, en el que, en relación con la cuestión que ahora nos ocupa, se indica que al no existir en la legislación comunitaria ni en la nacional una definición clara y precisa sobre qué se entiende por beneficios no monetarios, procede que la Comisión establezca las definiciones y procedimiento para cuantificarlos, conforme con artículo 45 RSU.

La CMT, en la resolución impugnada, expone de manera clara, precisa y detallada la metodología seguida, afirmando que parte de datos facilitados por la propia operadora, cuya confidencialidad se ha protegido, por lo que la evidente existencia de otros sistemas o métodos de cálculo no desacreditaría, en principio, la validez del empleado por el órgano regulador competente, salvo que la parte recurrente acredite que la metodología por la que se ha adoptado resulta irrazonable o ha incurrido en arbitrariedad. Por otra parte, es claro que el órgano regulador no está necesariamente vinculado por los informes que sus servicios técnicos hayan elaborado a lo largo del procedimiento, de forma que la discrepancia parcial y puntual que pudiera existir en los criterios reflejados en dichos informes no invalidaría la resolución final, siempre que el cambio de criterio estuviera debidamente razonado y justificado, respetando el deber de transparencia en el procedimiento.



En este sentido, la STS de 24/02/09 , afirma: [...]

En la STS de 25/02/09 se dice: [...]

[...] En cuanto al reconocimiento de la imagen de marca del operador, en el Informe de Audiencia se expone que únicamente pueden ser reconocidos como beneficios derivados de la imagen de marca aquellos vinculados directamente a la prestación de servicio universal, y en particular, los vinculados a la prestación del servicio universal para aquellas líneas deficitarias. La metodología a seguir para la estimación de los beneficios no monetarios derivados de la imagen de marca se expone en el informe, estructurada en diversos pasos: 1) Valoración de la imagen de marca del Grupo Telefónica, para lo que se toma en consideración los informes anuales de responsabilidad corporativa de la empresa, realizando los correspondientes ajustes en función de la evolución seguida por los registros de marca, número de dominios y mayor presencia internacional del grupo como consecuencia de la adquisición de nuevas operadoras. 2) Identificación de los ingresos del grupo y de los ingresos que estaría obteniendo Telefónica por los servicios incluidos en el ámbito el servicio universal, para a partir de ahí obtener el porcentaje que representan los ingresos de los servicios incluidos en las obligaciones de servicio universal respecto del total de ingresos del grupo, obteniendo así una aproximación del valor de marca asignable al servicio universal. La rentabilidad que para la operadora representa tal activo la evalúa la Comisión en el WACC aprobado para cada uno de los años de análisis. La CMT obtiene la rentabilidad anual que genera la marca para Telefónica en los servicios incluidos en el ámbito del servicio universal teniendo en cuenta el porcentaje que representan los ingresos de esos servicios y el WACC. 3) Imputación a las líneas de Telefónica generadoras de Coste Neto del Servicio Universal. El número de líneas deficitarias en todo el territorio nacional se obtiene de la información aportada por Telefónica para la estimación del CNSU, tras los ajustes realizados por la Comisión, y se añaden aquellas líneas procedentes de las bonificaciones del abono social y que no están incluidas en las anteriores. Sobre estas líneas se estiman los beneficios no monetarios derivados de la imagen de marca, en 52'99 millones de euros para el año 2003, 24'76 millones de euros para el año 2004 y 19'26 millones de euros para el año 2005.

Pues bien, en la resolución impugnada se sigue la anterior metodología, que se expone con detalle, explicando que la fuente de información que se toma como referencia son los Informes Anuales de Responsabilidad Corporativa para los periodos comprendidos entre 2002 y 2005. La utilización en el método de cálculo de los ingresos del Grupo Telefónica se explica en la resolución, en el sentido de que a partir de los Ingresos del Grupo Telefónica y de los ingresos que comunica a la Comisión por la prestación de los servicios incluidos en la Obligación de Servicio Universal, se obtiene el porcentaje que representan los ingresos de los servicios incluidos en las obligaciones de Servicio Universal respecto del total de ingresos del Grupo. A partir de estos porcentajes, y teniendo en cuenta el valor de la marca Telefónica para cada uno de los años 2003, 2004, y 2005, se obtiene una aproximación del valor de marca Telefónica asignable exclusivamente al Servicio Universal.

Los beneficios no monetarios derivados de la imagen de marca se estima en 52'99 millones de euros para 2003; 24'76 millones de euros para 2004; 19'26 millones de euros para 2005, por tanto, en plena coincidencia con el Informe de Audiencia.

Alega la actora que las CMT se ha apartado de los criterios fijados por la entidad Arthur D. Little, SL, a la que se le encargó por la propia Comisión la elaboración de un informe sobre la metodología para el cálculo de los beneficios no monetarios y la carga injustificada.

Pues bien en dicho informe, en cuanto a la metodología actual del cálculo del CNSU, se afirma, con carácter general, que '...la metodología es la más adecuada, fiel y objetiva posible, dadas las condiciones de acceso a información que se puede obtener. Además es una metodología de cálculo transparente y plausible. Es una metodología robusta, en la que el cálculo de cada uno de los conceptos que forman parte del CNSU tiene su propia sub-metodología. Todos los datos e informaciones que se requieren para su cálculo se pueden extraer sin ningún tipo de dificultad de la Contabilidad de Costes del operador que presta la Obligación del Servicio Universal. En este sentido es preciso señalar que dicha contabilidad es objeto de dos procesos de auditoría, uno específico realizado por la propia operadora y o adicional realizado por la CMT.'

Sin embargo, sobre el reconocimiento de la imagen de marca del operador, se precisa en el informe que este beneficio asume que la imagen de marca del proveedor del servicio universal se realiza al prestar dicho servicio en zonas y a consumidores no rentables. Por ello, la única manera de poder determinar la existencia de un beneficio no monetario es poder establecer una significativa correlación entre el conocimiento de un cliente de las obligaciones de servicio universal y el valor de los productos y servicios que compra a esa empresa de telecomunicaciones.

Se explica en el informe que es necesario demostrar que existen usuarios de telecomunicaciones que, conociendo el hecho de que existe una operadora que presta el servicio universal, deciden contratar sus servicios de telecomunicaciones con dicha operadora, pese a contar con otras opciones, principalmente



porque considera que la prestación del servicio universal supone un beneficio para la sociedad que debe ser premiado. Por ello, es preciso comenzar determinando si existe o no conocimiento por parte de los usuarios de telecomunicaciones de las obligaciones de servicio universal, en qué consiste y quién lo presta, para a partir de ahí determinar si ese conocimiento influye en el proceso de decisión de compra de sus productos o servicios de telecomunicaciones. Siendo necesario aislar otros factores del componente de la valoración social sobre la prestación del servicio universal. La información necesaria para determinar si existe o no un beneficio de imagen de marca y de reputación corporativa, y para proceder a su cálculo, incluye información sobre el nivel de conocimiento por parte los consumidores de las obligaciones del servicio universal y el operador obligado a prestarlas en zonas no rentables y consumidores no rentables. Para ello es necesaria la elaboración de una encuesta para determinar el nivel de conocimiento de los consumidores respecto a la prestación del servicio universal y sobre el nivel de influencia en su decisión de contratación de servicios de telecomunicaciones.

Concluye el informe, respecto al beneficio intangible derivado de la mejora de la imagen de marca, que no se ha podido determinar al no existir datos o documentos estadísticos (por ejemplo, encuestas) que ayuden a determinar el número de usuarios influidos en el proceso de elección de proveedor de telecomunicaciones por el conocimiento de prestación del servicio universal. No obstante, se afirma que 'basándonos en nuestro conocimiento del sector de las telecomunicaciones creemos que sólo un número muy marginal de usuarios conocería en qué consiste y quien presta la Obligación del Servicio Universal. Adicionalmente, creemos que pocos de estos usuarios conocedores de las prácticas de servicio universal que vivan en zonas competitivas favorecerían a Telefónica por ser la operadora obligada. Por tanto, en base a nuestras propias conclusiones y a los resultados que otros reguladores, creemos que la magnitud de este beneficio será bastante pequeña..., nunca alcanzaría una cifra superior a los 3 millones de euros para cada uno de los años 2003 y 2004.

En este procedimiento se ha aportado por la parte recurrente informe pericial, ratificado por el perito que lo emite, en el que se considera que la valoración que hace la CMT de los beneficios no monetarios resulta irreal. Considera el perito que la metodología de cálculo seguida para el beneficio por mayor reconocimiento de marca del operador como consecuencia de la prestación del servicio universal es errónea al tomar en cuenta la valoración de la imagen de marca del Grupo Telefónica. El perito propone un método para determinar si es cierto que por la obligación de prestación del servicio universal, deslindada de la presencia de TESAU en el mercado español como operador con poder significativo, se produce o no un mayor reconocimiento de la marca TESAU. Para ello se ha de hacer una encuesta entre la población de clientes de zonas rentables de TESAU para identificar el conocimiento que tiene esta población sobre la obligación de prestación del servicio universal, siendo el resultado de dicha encuesta que por lo menos el 97,3% de los clientes rentables de TESAU desconocen la existencia de la obligación de prestación del servicio universal, y una porción relevante de los que dicen conocer su existencia no responde correctamente cuando se les pregunta sobre detalles esenciales de esta obligación. De lo que concluye que es imposible que la obligación de prestación del servicio universal pueda crear algún beneficio intangible de marca para TESAU.

El método de cálculo propuesto por el perito parte de las mismas premisas expuestas en el informe elaborado para la CMT por Arthur D. Little, pues tiene en cuenta el grado de conocimiento por parte de los usuarios de las obligaciones del servicio universal y del operador que las presta, así como la influencia que pueda tener ese conocimiento en el proceso de elección de proveedor de telecomunicaciones en los usuarios de zonas en las que hay posibilidad de optar por uno u otro operador.

Entiende la Sala que la metodología de cálculo propuesta en estos informes está mucho más justificada, en aras a la finalidad que se pretende, en atención a la naturaleza del beneficio no monetario derivado del reconocimiento de la imagen de marca del proveedor del servicio universal, que el sistema de cálculo seguido por el órgano regulador, que acude a un sistema de atribución proporcional del valor de marca asignable al servicio universal -obtenido del valor de marca del Grupo Telefónica y del cálculo de los ingresos obtenidos por TESAU como consecuencia de la prestación del servicio universal, en relación con los ingresos del Grupo a las líneas de Telefónica generadoras de CNSU. Sin tener en cuenta dicha metodología la influencia que el conocimiento de que es TESAU quien asume las prestaciones integrantes del servicio universal pueda tener en los usuarios a la hora de contratar los servicios de telefonía con dicho operador. En todo caso, para que tal efecto se produzca es preciso que el consumidor o usuario tenga posibilidad de optar, por lo que esa valoración sólo se puede hacer entre usuarios de zonas rentables, ya que carece de relevancia el impacto emocional que pueda tener tal conocimiento en usuarios de zonas en las que no existe competencia.

Es de destacar que en la resolución de 31 de enero de 2002, sobre el CNSU en el año 2000, la CMT a la hora de valorar los beneficios no monetarios derivados de la prestación del servicio universal sólo contempla los correspondientes a las ventajas derivadas de la ubicuidad, no haciendo valoración de los beneficios derivados del mayor reconocimiento de la marca del operador como consecuencia la prestación del servicio universal. En la resolución de 3 de julio de 2003, sobre el CNSU en el año 2001, se cuantifican los beneficios no monetarios



obtenidos por Telefónica en dicho año por la prestación del servicio universal en 34.584 miles de euros, sin precisar con claridad el concepto al que corresponden, si bien de los razonamientos de dicha resolución puede entenderse que se refiere a ventajas derivadas de la ubicuidad. En la resolución de 25 de marzo de 2004, sobre CNSU en el año 2002, se establecen beneficios no monetarios, derivados de la ubicuidad, en 71.414 miles de euros. Por tanto, en ninguno de los ejercicios anteriores al periodo que ahora nos ocupa se han valorado como beneficios no monetarios para TESAU los derivados del mayor reconocimiento de la marca, por la prestación del servicio universal. Es decir, no existe precedente de la aplicación del método de cálculo que se ha seguido en la resolución de 29 de noviembre de 2007, el cual si bien no adolece de falta de transparencia -se expone con claridad la metodología seguida y los datos de los que se parte para su aplicación y se ajusta al expuesto en el Informe de Auditoría- sí se revela carente de la suficiente justificación, pues, por una parte, no se explica ni justifica la adecuación de dicha metodología a la finalidad y naturaleza del beneficio no monetario de que se trata, y, por otra parte, viene desacreditada por contraposición con la metodología propuesta en el informe encargado a Arthur D. Little y en el informe pericial aportado por la recurrente. [...]

[...] Procede anular en parte la resolución de 29 de noviembre de 2007 en cuanto al cálculo del beneficio no monetario, concretamente en lo que se refiere a la valoración de la imagen de marca del operador, a las ventajas derivadas de la ubicuidad y a la valoración de los clientes y grupo de clientes teniendo en cuenta su ciclo de vida [...]" (fundamento de derecho noveno)

Pues bien, en aquél caso avalamos el criterio mantenido por la Sala de instancia en los párrafos reproducidos al entender que se basaba en una ponderada valoración de los informes técnicos aportados, que no debíamos revisar so riesgo de convertirnos en una tercera instancia, más que en una sala de casación que debe controlar la aplicación el derecho. Y lo hicimos con las siguientes consideraciones:

" **Décimo.-** Critica "France Télécom España, S.A." en sus motivos casacionales tercero a octavo que la Sala, al analizar y pronunciarse sobre el cómputo de los beneficios no monetarios, se haya inclinado, en parte, por la tesis de la sociedad demandante. La Sala, como ya se ha visto, valoró especialmente el hecho de que la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 29 de noviembre de 2007 no siguiera la metodología sugerida en el informe de la consultora cuyos servicios había requerido el propio organismo para tal fin. "France Télécom España, S.A." expresa también su discrepancia con el acogimiento parcial, por la misma Sala, de las conclusiones del informe pericial (suscrito por el Sr. Jesús María) que "Telefónica de España, S.A.U." había aportado en la fase de prueba.

A juicio de "France Télécom España, S.A.", la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podía no atenerse al informe de su empresa consultora, que era facultativo y no vinculante (cita a estos efectos el artículo 83.1 de la Ley 30/1992), habida cuenta de que las normas reguladoras del procedimiento de estimación del coste neto del servicio universal no le atribuían aquellas notas. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, pues, "podía apartarse, libremente y sin incurrir en arbitrariedad alguna, de la metodología defendida en dicho informe y seguir una distinta, siempre que esta última estuviese debidamente motivada [...]". Censura, por lo demás, el "carácter excesivamente vago e impreciso" del informe de la consultora, a la vez que destaca la falta de colaboración de "Telefónica de España, S.A.U." para facilitar datos que pudieran propiciar una mejor valoración del importe de sus beneficios no monetarios. Y sostiene, por su parte, que el contenido de ambos informes no era bastante para prevalecer sobre la decisión impugnada.

Fácilmente se comprende, tras la lectura de los fundamentos jurídicos de la sentencia antes transcritos, que el debate versaba sobre la apreciación de unos datos económicos (los "beneficios no monetarios" durante un determinado período temporal) y sobre la más adecuada metodología para fijarlos, cuestiones de extremada complejidad y de indudable carácter técnico que requieren, por ello, del concurso de pruebas periciales para dirimir las, una vez que se trasladan a la sede jurisdiccional.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones debía, en efecto, cuantificar los beneficios no monetarios obtenidos por el operador "Telefónica de España, S.A.U." en su calidad de prestador del servicio universal, lo que requería evaluar determinados componentes inmateriales o intangibles, positivos o negativos. Pero es claro que su juicio se somete, en definitiva, al control jurisdiccional ulterior en el seno del cual es factible - con la oportuna aportación de pruebas- poner de manifiesto los errores, inexactitudes o faltas de justificación o razonabilidad, tanto de los datos tomados en consideración cuanto de de las soluciones adoptadas por el organismo regulador.

Hemos defendido en no pocas sentencias sobre esta materia (recursos de casación números 11387/2004 , 123/2005 , 3228/2006 , 592/2007 , 1437/2011) la validez, en términos generales, de la metodología empleada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para la estimación del coste neto del servicio universal, así como el margen de apreciación que ha de reconocerse a este órgano regulador "[...] a partir, claro está, de los parámetros y criterios presentes en la regulación sobre la materia". Hemos añadido

asimismo que en el curso de la revisión jurisdiccional de las decisiones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa pueden o bien juzgar que los criterios empleados por el órgano administrativo son conformes a la ley o bien, dentro de la amplitud de ésta, considerarlos no razonables, arbitrarios o discriminatorios. Cuando se trata de un elemento de muy difícil objetivación (también hemos manifestado de modo reiterado que la valoración económica de los activos intangibles suele ser problemática), para llegar a esta última conclusión necesariamente habrá que estar a los informes técnicos obrantes en el expediente y a las eventuales pruebas aportadas durante el litigio, a fin de calificar en su caso como no razonable (o arbitraria) la resolución administrativa sobre este punto. Sin la ausencia de estos elementos de convicción difícilmente una Sala podría juzgar que las decisiones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en estas materias resultan contrarias a derecho.

Pues bien, las consideraciones del tribunal de instancia sobre los beneficios no monetarios, o ventajas inmateriales, que había disfrutado "Telefónica de España, S.A.U." durante los ejercicios 2003 a 2006 responden a un análisis en profundidad tanto de los informes técnicos en poder de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (incluido el que realizó la empresa consultora encargada, por aquélla, de fijar la metodología correspondiente) como de las ulteriores periciales practicadas en el proceso. El análisis de las pruebas, con el elogiado grado de detalle y pormenorización que se observa a partir de la mera lectura de la sentencia, lleva al tribunal de instancia a concluir que, en relación con tres partidas singulares de los beneficios no monetarios, la resolución final del organismo regulador no resultaba justificada ni razonable. Y lo que pretenden los motivos de casación tercero a octavo de los propuestos por "France Télécom España, S.A." no es, en definitiva, sino que esta Sala proceda a revisar la valoración de las pruebas periciales que ha llevado a cabo la de instancia.

El motivo así planteado está abocado al fracaso en un recurso como el de casación, so pena de que lo convirtiéramos en una tercera instancia para pasar revista a las pruebas periciales, tarea a la que se dedica la mayor parte del contenido de los motivos tercero a octavo del recurso de "France Télécom España, S.A.". Dicha sociedad discrepa de la apreciación del tribunal, obtenida de su examen de los informes periciales, criticando que dé mayor crédito al informe de la consultora Arthur D. Little y al dictamen pericial del técnico señor Jesús María ; trata de "refutar" en casación "la metodología propuesta por ambos y aceptada por la sentencia recurrida" y va, sucesivamente, exponiendo sus propias conclusiones sobre las magnitudes económicas que, a su juicio, debían prevalecer para el cómputo del "mayor reconocimiento de la marca del operador" (páginas 38 a 50 de su recurso), de las "ventajas derivadas de la ubicuidad" (páginas 50 a 58) y de "la valoración de los clientes o grupos de clientes teniendo en cuenta el ciclo de vida" (páginas 59 a 63).

Esta Sala no descenderá al análisis de los hechos y de la valoración de las pruebas periciales que propone la recurrente en su recurso. Nos limitaremos a corroborar que, siendo como son discutibles la mayor parte de las apreciaciones de orden económico sobre la valoración "real" de las partidas, positivas y negativas, correspondientes a la prestación de determinados servicios de telecomunicaciones a escala nacional (tanto más si se trata de beneficios inmateriales), la apreciación de los informes técnicos que constan en el expediente administrativo y en las piezas de prueba llevada a cabo el tribunal de instancia no incurre en ninguno de los defectos que podrían propiciar su revisión casacional. Se trata, por el contrario, de unos juicios admisibles bajo la noción de la sana crítica, que se han formulado tras tomar en cuenta las variadas facetas de unos dictámenes y de otros, incluidos aquellos que por su origen más próximo al órgano administrativo (el emitido por la empresa consultora que había recibido el encargo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de proponer una metodología de cuantificación de costes) no son sospechosos de parcialidad.

Todo ello determina, pues, la desestimación de esta parte del recurso." (fundamento de derecho décimo)

Ahora bien, si en nuestra sentencia de 2014 avalamos la solución dada en la instancia, debemos ahora decidir si mantenemos aquel criterio y, por tanto, estimamos esta alegación del segundo motivo, o bien si respetamos el distinto criterio mantenido ahora por la Sala de instancia y rechazamos dicha alegación. Las razones dadas por la sentencia de instancia para cambiar el sentido de su decisión, pese a reconocer que la metodología empleada ha sido la misma que la aplicada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para calcular el coste del servicio universal de los años 2003 a 2005 (resolución de 29 de noviembre de 2007, parcialmente anulada en la sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de enero de 2011), es que se trata de anualidades distintas, que se ha justificado la metodología empleada, que la Comisión no se ha apartado en este caso del informe de audiencia y que TESAU no ha propuesto nuevos métodos:

"[...] La Sala considera que la situación de partida es diferente, y la aplicación automática de estos razonamientos al supuesto enjuiciado no es procedente porque de la comparación de las resoluciones de la CMT afectadas, en este caso la de 21 de diciembre de 2011 y entonces la de noviembre de 2007 (reformada en parte por la impugnada ante esta Sala de 8 d e mayo de 2008) resulta que, si bien se declara que se sigue



el método de la resolución de 29 de noviembre de 2007, en los concretos extremos objeto de recurso, se ha justificado la metodología empleada, sin apartarse del informe de Audiencia, y sin haberse propuesto nuevos métodos por la interesada.

No pueden trasladarse automáticamente las conclusiones que esta Sala obtuvo en relación con un acuerdo de la CMT que utiliza parámetros diferentes. [...]" (fundamento jurídico quinto)

Tales razones no resultan suficientes para aceptar una solución distinta sobre la misma metodología, tanto más cuanto que las conclusiones a las que había llegado la Sala de la Audiencia Nacional en su sentencia de 24 de enero de 2011 habían sido avaladas por esta Sala. Que se trate de ejercicios distintos no es por sí mismo un factor relevante, salvo que se justifique que concurren diferencias substanciales, lo que la Sala de instancia no hace. En cuanto a que la Comisión haya justificado la metodología empleada sólo evita que la misma sea inmotivada, pero no es por sí misma una circunstancia suficiente, sino que en todo caso obligaría a comprobar si esa justificación desvirtúa las razones dadas en la sentencia de la propia Sala de la Audiencia Nacional de 2011. Que la Comisión no se haya apartado del informe de audiencia solo revela que en esta ocasión dicho informe varió su criterio respecto al emitido con ocasión de los ejercicios de 2003 a 2005. Y, finalmente, no es obligación del operador ofrecer metodologías alternativas a la Comisión, aunque sin duda puede hacerlo. En definitiva, la Sala de instancia no justifica de forma convincente su cambio de criterio, y restan las razones expuestas en su sentencia de 2011 en contra de la metodología empleada respecto a la valoración de la imagen de marca, que debemos confirmar en los mismos términos que hicimos en nuestra sentencia de 22 de julio de 2014, antes reproducidos.

b. El beneficio derivado de la ubicuidad, esto es, el beneficio derivado de la presencia en todo el territorio nacional del operador que presta el servicio universal.

La sentencia impugnada se pronuncia sobre este beneficio no monetario en los siguientes términos:

" **SEXTO.**- El segundo motivo de impugnación se centra en el cálculo de las ventajas derivadas de la ubicuidad, considerando nuevamente errónea la metodología de la CMT porque " *incurre en relevantes errores, como lo demuestra el Informe Pericial aportado* " y porque " *la CMT no explica por qué la metodología que sigue es adecuada para valorar los beneficios de la imagen de marca, concretamente vinculados a la prestación del servicio universal, ni que criterios de la ciencia económica o de racionalidad empresarial se basa para aplicar un método determinado* ".

Al igual que con el anterior motivo de impugnación puesto que la argumentación se basa en lo ocurrido respecto de los ejercicios 2003 a 2005, es preciso recordar como motivó, respectivamente, sus resoluciones la CMT en una y otra ocasión:

En la resolución del año 2007 parcialmente revocada por la de 8 de mayo de 2008 a su vez parcialmente revocada por esta Sala, la CMT dijo:

"II.2.2- UBICUIDAD .

Este beneficio se refiere a las ventajas intangibles derivadas del alcance y economías de escala que proporciona el servicio universal mediante el aumento de cobertura geográfica y demográfica de la red del operador obligado.

El beneficio no monetario de la ubicuidad se produce cuando usuarios del servicio universal que residen en zonas no rentables pasan a ser rentables al mudarse a zonas rentables y permanecen como clientes del operador obligado, en este caso Telefónica, porque no son conscientes de la existencia de competencia en la prestación de esos servicios de telecomunicaciones o siendo conscientes de la existencia de otros operadores prefieren permanecer como clientes de Telefónica en agradecimiento por los años en que Telefónica les prestó un servicio que no era económicamente atractivo (efecto de fidelización).

II.2.2.1- Metodología de estimación

Para medir este beneficio hay que calcular la cantidad de personas que migran de áreas no rentables a áreas rentables con alta competencia y permanecen con el mismo proveedor, es decir, con Telefónica bien por desconocimiento de la existencia de otros operadores capaces de prestarles los mismos servicios de telecomunicaciones, bien por reconocimiento a Telefónica como Operadora prestadora del Servicio Universal.

En consecuencia, la estimación de este beneficio no monetario exige los siguientes pasos:

Paso 1: Identificación de las líneas no rentables que pasan a rentables

Al objeto de estudiar qué clientes han pasado de estar en zonas no rentables a zonas rentables, deberíamos, en primer lugar, observar los flujos migratorios que se han producido desde los municipios que se hallan en zonas no rentables a aquellos otros que se hayan en zonas rentables.

Como no resulta posible la obtención de estos datos, podemos realizar una adecuada aproximación partiendo de los estadísticas que reflejan los flujos migratorios desde los municipios españoles de menor número de habitantes (menos de 10.000), que son los que en mayor proporción pertenecen a zonas no rentables, hacia las principales capitales de provincia, que son prácticamente en su totalidad zonas rentables.

En la siguiente Tabla se muestran los flujos migratorios desde dichos municipios a las diferentes capitales de provincia que anualmente publica el Instituto Nacional de Estadística (A continuación se recoge la pertinente tabla)

Teniendo en cuenta que la composición de la unidad familiar en España según el último censo de población y viviendas publicado por el Instituto Nacional de Estadística⁴ es de 2,9 habitantes, el número de líneas no rentables que migrarían a zonas rentables pasando a ser rentables en cada uno de los años de estudio serían las siguientes:

líneas no rentables que pasan a ser rentables.

Año 2003, 95.982,

Año 2004, 94.818,

Año 2005, 94.985

· Paso 2: Identificación de los hogares que deciden contratar los servicios de Telefónica en la zona rentable por agradecimiento y fidelidad a la Operadora por el hecho de estar obligada a prestar el Servicio Universal

El número de hogares obtenido en todo caso representa un máximo, ya que no todos los clientes que migraron de una zona no rentable a una rentable optaron por mantener a Telefónica como proveedor de servicios de comunicaciones electrónicas.

Por tanto, el número de hogares que efectivamente optaron por continuar con Telefónica tras el proceso de migración dependerá de la cuota de mercado de la referida Operadora en términos de altas de líneas sobre el total de altas de líneas que se han producido en cada uno de los años.

Teniendo en cuenta lo anterior y según los informes anuales de esta Comisión correspondientes a los ejercicios 2003, 2004 y 2005, el número de líneas que se optaría por quedarse con Telefónica sería el siguiente:

Nº Líneas no rentables que pasan a rentables:

Año 2003 95.982 Año 2004 94.818 Año 2005 94.985

Cuota de Mercado de TESAU en nuevas altas

Año 2003 64,0%

Año 2004 62,0%

Año 2005 63,5%

Nº Líneas que se quedan con TESAU

Año 2003 61.465

Año 2004 58.774

Año 2005 60.030

· Paso 3: Estimación de los beneficios no monetarios derivados de la ubicuidad

Finalmente, mediante el producto del número de líneas que pasaron de zonas no rentables a zonas rentables que optaron por continuar con Telefónica y los márgenes medios por línea y año que la referida Operadora está obteniendo según los datos aportados en el expediente de referencia 5, se obtendría Beneficios No Monetarios Ubicuidad

Nº Líneas que se quedan con TESAU

Año 2003 61.465

Año 2004 58.774

Año 2005 60.030

Margen medio (euros/línea/año)

Año 2003 52,1

Año 2004 71,4

Año 2005 89,3

Bº No Monetario por Ubicuidad (euros)

Año 2003 3.200.483

Año 2004 4.195.000

Año 2005 5.360.862"

En la resolución ahora impugnada, la CMT razona como sigue:

- Para medir este beneficio hay que calcular la cantidad de personas que migran de áreas no rentables con alta competencia y permanecen con el mismo proveedor, es decir, con TESAU, bien por desconocimiento de la existencia de otros operadores capaces de prestarles los mismos servicios de telecomunicaciones, bien por reconocimiento de TESAU como operadora que presta el servicio universal.

La propuesta de la CMT se aparta de la formulada por TESAU en un único extremo (pag. 22):

" Tesau propone que para determinar los clientes que pasan de zonas no rentables a zonas rentables se utilice como aproximación las migraciones de poblaciones de menos de 10.000 habitantes hacia municipios de mas de 10.000 habitantes. Dicha información se obtiene a partir de las estadísticas de migraciones de población durante el año 2009 que publica el INE que informa de que el número de personas que migraron en dicho año fue de 199.254.

Partiendo de dicha cifra y del dato de composición de la unidad familiar, según el último Censo de Población y Viviendas del INE del año 2001, que era de 2,9 habitante por hogar, TESAU estima la cifra de líneas no rentables que pasan a ser rentables en el año 2009 en 68.708 líneas."

Por su parte la CMT razona de otra manera:

"Según la información que obra en la CMT para el Informe Anual del año 2009 la cuota de TESAU sobre las nuevas altas en el ejercicio es de 45,90%(1.408.485 altas de líneas por parte de TESAU sobre un total de altas de línea de 3.068.735) por lo que las líneas que permanecerían con la operadora serían 31.536 líneas.

Además se ha ajustado el margen neto agregado de las zonas, al corregir el cálculo del déficit de las zonas no rentables detallado anteriormente.

En el resto de parámetros para el cálculo del Beneficio no monetario por Ubicuidad, esta Comisión coincide con TESAU.

Por tanto, multiplicando el margen medio por línea por el número de líneas ya ajustado que permanece con TESAU después de la migración, resulta una estimación de beneficio intangible por ubicuidad de 2.168.535 euros"

TESAU había calculado 1.888.383 euros, estando la única diferencia en el margen neto agregado, que la CMT ajustó de 891,44 a 892,13 y en el número de líneas que permanece con TESAU que esta cifró en 27.483 y la CMT en 31.536.

Es decir, ambas partes utilizan la misma metodología y llegan a los mismos resultados, salvo en el extremo relativo al método de determinación de clientes que pasan de zonas no rentables a zonas rentables.

En la sentencia de esta Sala de 24 de enero de 2011 , la estimación del recurso en cuanto a la valoración de los beneficios de la ubicuidad , se fundamentó en que " *la resolución ahora impugnada se aparta completamente del criterio del Informe de Audiencia, sin exponer las razones por las que opta por aplicar una metodología de cálculo del beneficio no monetario por ubicuidad, y sin haber sometido a consideración de los interesados la metodología finalmente aplicada, metodología que ha dado lugar a la apreciación de determinadas cantidades correspondientes a tal concepto, cuando en el informe de audiencia no se apreciaba valor alguno para dichos beneficio no monetarios.*"

La actora insiste en que "el método es algo distinto del resultado" pero es igualmente cierto que en este caso no se señala por la recurrente, a quién corresponde acreditar las consecuencias de esa divergencia, por qué en el concreto extremo señalado, margen neto agregado y número de líneas que permanecen con TESAU, el método es erróneo. Por otra parte, la resolución enjuiciada no se aparta del informe de Audiencia, no concurriendo las divergencias que fundamentaron la anterior sentencia de esta Sala.

SEPTIMO- La conclusión que alcanza esta Sala es que, en contra de lo sostenido por la actora, la CMT no ha incurrido en arbitrariedad, ni en infracción de las normas que regulan el cálculo del beneficio no monetario.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2014 dictada en el recurso de casación 1437/2011 que confirma la sentencia dictada por esta Sala el día 19 de enero de 2011 en el recurso 638/2008 sobre la financiación del servicio universal en los años 2003 a 2005 el Alto Tribunal dijo:

"En todo caso, a la vista tanto de la complejidad técnica del cálculo de estos costes netos como del reconocimiento que hemos hecho del margen de apreciación disponible en manos de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para imponer un determinado modelo de contabilidad de costes y verificar los presentados por el operador encargado de la prestación del servicio universal, el éxito de la pretensión actora hubiera requerido algo más que la mera discrepancia con aquel modelo o con los criterios - sin duda discutibles- de apreciación de cada una de las partidas. "

Los enfrentados informes periciales, especialmente el que se aportó por la actora en el litigio resuelto por la sentencia de 24 de enero, versan fundamentalmente sobre la valoración de la imagen de marca y los beneficios de la ubicuidad en base a la realización de encuestas, haciendo hincapié la recurrente en que aún sin realizarlas Arthur D. Little considera que el beneficio intangible nunca alcanzaría una cifra superior a 3 millones de euros para 2003 y para 2004, mientras que la CMT establece 5,84. En este caso en que el resultado se impondría sobre la metodología, no se ofrecen consideraciones sobre la relevancia del hecho de que se trata del ejercicio 2009, mientras que entonces se trataba de 2003 y 2004, con las correlativas diferencias entre el posible conocimiento o desconocimiento por los usuarios de telecomunicaciones de las obligaciones del servicio universal. El método utilizado por la CMT no resulta carente de base científica y técnica al haberse utilizado los valores determinados por expertos en la valoración de activos intangibles como lo es la marca.

En cuanto los beneficios de la ubicuidad, la actora considera que la CMT los centra en la "fidelización" y su propio perito en la "fidelización o agradecimiento".

En cuanto a las cifras utilizadas para calcular los flujos migratorios, la CMT utiliza los datos del Instituto Nacional de Estadística, mientras que la actora considera que debe considerarse el "posible efecto adverso" para TESAU como consecuencia de ser el único prestador del servicio universal, pero no aporta justificación de cómo calcular en este caso tal efecto adverso.

En cuanto al informe de Audiencia en relación con los ejercicios 2003 a 2005 se formuló uno, y respecto del ejercicio 2009 se ha formulado otro, del que la CMT no se ha apartado en este caso, no pudiendo concluirse, como pretende la recurrente un "inexplicado cambio de criterio" en la resolución.

No puede llevarse a cabo, en resumen, la extrapolación de los resultados alcanzados por el informe pericial presentado en relación con los años 2003, 2004 y 2005 al año 2009 sin otro fundamento que la alegada identidad de situaciones cuya concurrencia no se aprecia, como se ha razonado en los fundamentos jurídicos anteriores.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del presente recurso y la confirmación, en los extremos objeto de este litigio, de la resolución impugnada." (fundamentos jurídicos sexto y séptimo)

Así pues, según la Sala de instancia, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y la recurrente están de acuerdo en la valoración de este beneficio no monetario excepto en la cuestión relativa al "método de determinación de clientes que pasan de zonas no rentables a zonas rentables" (fj 6, antepenúltimo párrafo).

Sobre este beneficio, en su sentencia de 24 de enero de 2011, la Sala de la Audiencia Nacional dijo lo siguiente:

"Noveno.- Reconoce "France Télécom España, S.A." que "la argumentación de los motivos de casación tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo es común", lo que justifica que analicemos todos ellos de modo conjunto. Con dicha argumentación trata de demostrar el error de derecho en que, a su juicio, ha incurrido la Sala de instancia tanto al no validar, en términos generales, el juicio de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sobre los beneficios monetarios como, en particular, al estimar el recurso de "Telefónica de España, S.A.U." en relación con tres de las partidas de dichos beneficios, a las que se refiere el segundo pronunciamiento del fallo (la valoración de la imagen de marca del operador, las ventajas derivadas de la ubicuidad y la valoración de los clientes y grupo de clientes).

El estudio conjunto de estos motivos requiere previamente exponer las detalladas consideraciones en que se basó el pronunciamiento de la Sala de instancia sobre la cuestión debatida. Fueron las que siguen (fundamentos jurídicos séptimo a décimo de la sentencia impugnada, de los que hemos suprimido las transcripciones literales de normas o de sentencias): [...]

[...] se considera errónea la metodología empleada por la CMT, pues establece unos cálculos propios de usuarios que migran de zonas no rentables a zonas rentables, pero no se parte de un estudio real de migraciones de zona rentables a no rentables, sino de flujos migratorios relativos a municipios de menos de 10.000 habitantes, bajo la hipótesis de que son los que en mayor proporción pertenecen a zonas no rentables,

lo cual no se ajusta a la realidad. Además, se considera que el beneficio no monetario derivado de la ubicuidad dependerá de la cuota de mercado de TESAU en términos de altas de líneas sobre el total de altas de líneas que se han producido en cada uno de los años, conclusión frontalmente contradictoria con el planteamiento hecho por la propia CMT para calcular este beneficio no monetario. Si el número de hogares que optan por contratar con TESAU después de mudarse a zonas rentables fuese igual a la cuota de mercado habitual, no existiría ningún fenómeno de fidelización y el beneficio no monetario derivado de la ubicuidad sería igual a cero, por el contrario, lo que debe medirse es la existencia de ese efecto fidelización. A ello se añade, que la CMT no ha tenido en cuenta el posible efecto adverso que puede presentar para TESAU ser prestador, en régimen de monopolio, de los servicios integrantes del servicio universal, pues los clientes que migran a zonas rentables pueden verse atraídos por los servicios prestados por otros operadores, al incorporarse como consumidores en el mercado de competencia real de las telecomunicaciones, resultando contrario el efecto de la ubicuidad a la fidelización utilizada por la CMT para reducir el CNSU.

Se añade que, en la resolución de 29 de noviembre de 2007, la CMT se aparta del Informe de Audiencia sin justificarlo ni poner en conocimiento de las partes el cambio de criterio y de la metodología a emplear, por lo que se vulnera lo establecido en artículo 89.1 de la Ley 30/1992 .

Por lo que respecta al cálculo de los clientes o grupo de clientes teniendo en cuenta su ciclo de vida, se considera igualmente errónea la metodología empleada por la Comisión, al calcular las líneas deficitarias que se mantienen en zonas no rentables, descontando las de abono social y, a partir de ahí, considerar que todas esas líneas deficitarias podrían hipotéticamente pasar a ser rentable. Por otra parte, la CMT imputa a estas líneas el margen medio de beneficios netos que TESAU estaría teniendo en el total de sus líneas en cada año, considerando que ese margen neto sería una aproximación a la potencial transformación en rentables de los clientes deficitarios, por lo que se está computando dos veces el mismo ingreso para minorar el coste neto del servicio universal. Asimismo, se está apartando la resolución impugnada del contenido del Informe de audiencia.

Cabe recordar que el artículo 44.1 del RSU dispone que [...]

Siendo el referido artículo 43.1 del siguiente tenor literal: [...]

Por su parte, el artículo 45.2 RSU establece [...] :

En el procedimiento seguido para la determinación del CNSU para los ejercicios 2003, 2004 y 2005, cuya incoación se acordó con fecha 8 de octubre de 2007, obra en el Informe emitido por los Servicios de la CMT, en el que, en relación con la cuestión que ahora nos ocupa, se indica que al no existir en la legislación comunitaria ni en la nacional una definición clara y precisa sobre qué se entiende por beneficios no monetarios, procede que la Comisión establezca las definiciones y procedimiento para cuantificarlos, conforme con artículo 45 RSU.

La CMT, en la resolución impugnada, expone de manera clara, precisa y detallada la metodología seguida, afirmando que parte de datos facilitados por la propia operadora, cuya confidencialidad se ha protegido, por lo que la evidente existencia de otros sistemas o métodos de cálculo no desacreditaría, en principio, la validez del empleado por el órgano regulador competente, salvo que la parte recurrente acredite que la metodología por la que se ha adoptado resulta irrazonable o ha incurrido en arbitrariedad. Por otra parte, es claro que el órgano regulador no está necesariamente vinculado por los informes que sus servicios técnicos hayan elaborado a lo largo del procedimiento, de forma que la discrepancia parcial y puntual que pudiera existir en los criterios reflejados en dichos informes no invalidaría la resolución final, siempre que el cambio de criterio estuviera debidamente razonado y justificado, respetando el deber de transparencia en el procedimiento.

En este sentido, la STS de 24/02/09 , afirma: [...]

En la STS de 25/02/09 se dice: [...]

[...] Respecto a la metodología de estimación del beneficio derivado de la ubicuidad, en la resolución se expone que para medir este beneficio hay que calcular la cantidad de personas que migran de áreas no rentables a áreas rentables con alta competencia y permanecen con el mismo proveedor, es decir, con Telefónica bien por desconocimiento de la existencia de otros operadores capaces de prestarles los mismos servicios de telecomunicaciones, bien por reconocimiento a Telefónica como Operadora prestadora del Servicio Universal.

Para la estimación de este beneficio no monetario se siguen los siguientes pasos:

Paso 1: Identificación de las líneas no rentables que pasan a rentables.

Se razona que para estudiar qué clientes han pasado de estar en zonas no rentables a zonas rentables se debería, en primer lugar, observar los flujos migratorios que se han producido desde los municipios que se hallan en zonas no rentables a aquellos otros que se hallan en zonas rentables. Como no resulta posible la



obtención de estos datos, se puede realizar una adecuada aproximación partiendo de las estadísticas que reflejan los flujos migratorios desde los municipios españoles de menor número de habitantes (menos de 10.000), que son los que en mayor proporción pertenecen a zonas no rentables, hacia las principales capitales de provincia, que son prácticamente en su totalidad zonas rentables.

Paso 2: Identificación de los hogares que deciden contratar los servicios de Telefónica en la zona rentable por agradecimiento y fidelidad a la Operadora por el hecho de estar obligada a prestar el Servicio Universal.

Se tiene en cuenta que el número de hogares obtenido en todo caso representa un máximo, ya que no todos los clientes que migraron de una zona no rentable a una rentable optaron por mantener a Telefónica como proveedor de servicios de comunicaciones electrónicas.

Por tanto, el número de hogares que efectivamente optaron por continuar con Telefónica tras el proceso de migración dependerá de la cuota de mercado de la referida Operadora en términos de altas de líneas sobre el total de altas de líneas que se han producido en cada uno de los años.

Paso 3: Estimación de los beneficios no monetarios derivados de la ubicuidad.

Finalmente, mediante el producto del número de líneas que pasaron de zonas no rentables a zonas rentables que optaron por continuar con Telefónica y los márgenes medios por línea y año que la referida Operadora está obteniendo según los datos aportados en el expediente de referencia, se obtendría una aproximación de los beneficios no monetarios derivados de la ubicuidad.

Los datos tenidos en cuenta son los aportados por la operadora y los obrantes en anteriores informes de la Comisión.

Tras la aplicación del método expuesto, el resultado del beneficio no monetario calculado por ubicuidad es de 3.200.483 € para 2003; 4.195.000 € para 2004 y 5.360.862 € para 2005.

Como hemos dicho, el anterior sistema de cálculo es calificado por la actora como erróneo, y se denuncia que se aparta de lo establecido en el Informe de Audiencia sin justificarlo en la resolución y sin que se haya puesto en conocimiento de las partes el cambio de criterio y de la metodología a emplear, con vulneración de lo establecido en artículo 89.1 de la Ley 30/1992 .

Pues bien, efectivamente, en el Informe de Audiencia, en cuanto a los beneficios por ubicuidad, entendiéndose por tales las ventajas intangibles derivadas del alcance y economías de escala que proporciona el servicio universal mediante el aumento de cobertura geográfica y demográfica de la red del operador obligado, se concluye que hay que calcular la cantidad de personas que migran de áreas no rentables a áreas rentables con alta competencia y permanecen con el mismo proveedor, es decir, con Telefónica. Se indica que la estimación de este beneficio no monetario no es posible a partir de la información aportada por Telefónica y requeriría un estudio ad hoc con información cruzada de los propios competidores de Telefónica en dichas zonas. Se propone una serie de pasos a seguir teniendo en cuenta distintos criterios, pero se afirma que debido a la dificultad en la obtención y verificación de la información necesaria para la estimación, la Comisión no puede realizar una estimación fiable del beneficio no monetario que representa este concepto. Por ello que en dicho informe no se hace cálculo alguno de este beneficio intangible.

Así pues, la resolución ahora impugnada se aparta completamente del criterio del Informe de Audiencia, sin exponer las razones por las que opta por aplicar una metodología de cálculo del beneficio no monetario por ubicuidad, y sin haber sometido a consideración de los interesados la metodología finalmente aplicada, metodología que ha dado lugar a la apreciación de determinadas cantidades correspondientes a tal concepto, cuando en el informe de audiencia no se apreciaba valor alguno para dichos beneficio no monetarios.

En el Informe realizado para la CMT por Arthur D. Little, en cuanto a la metodología para medir el beneficio por ubicuidad, se señala que es preciso calcular la cantidad personas que migran de áreas no rentables a áreas rentables con alta competencia y permanecen con el mismo proveedor, por lo que hay que aislar este hecho de otros motivos por los que el cliente pueda conservar a su antiguo proveedor. Para ello se pueden realizar encuestas a clientes migrados de zonas no rentables a rentables, además, se requiere información de precios de servicios que todos los proveedores en todas las áreas competitivas.

Tras exponer una serie de pasos a seguir en la metodología de cálculo, con el fin de calcular el número de usuarios, tanto los que sólo conocen a Telefónica, como los que se quedan con Telefónica por gratitud u otras razones, y multiplicarlos por su valor actual medio, se concluye que con la información obtenida por parte de Telefónica es imposible calcular objetivamente el valor de este beneficio no monetario. No obstante, considera que con el perfil estático de la población española, este beneficio sería de cuantía pequeña, nunca alcanzaría para el año 2003 una cifra superior 8 millones de euros y una cifra similar para el año 2004.



En el informe pericial aportado por Telefónica, considera el perito que teniendo en cuenta que TESAU contaba con una cuota de mercado de aproximadamente un 64% para el período 2003/2005, según estimación de la propia CMT, para el cálculo de los eventuales beneficios intangibles derivados de la obligación de prestación del servicio universal por efecto de la ubicuidad, tan sólo se podrán computar las contrataciones que se produzcan por encima de la cuota habitual de mercado de TESAU, es decir, para que exista ese beneficio es necesario que se produzca una demanda adicional a la propia cuota de mercado de TESAU generada por el hipotético efecto fidelización o agradecimiento. Considera el perito que la CMT incurre en error al tomar toda la cuota de mercado de TESAU en lugar de tomar el hipotético diferencial de fidelización que se pudiese haber producido. Como metodología a utilizar para estimar este beneficio no monetario existe, a juicio del perito, una premisa previa, que el cliente de la zona no rentable tenga conocimiento o conciencia de que TESAU le está prestando un servicio en una zona no rentable por la obligación de prestación del servicio universal, lo que exige la realización de un estudio de mercado para determinar el porcentaje de clientes de TESAU de zonas no rentables que conocían la existencia la prestación del servicio universal. Llegando a la conclusión de que un 96,4% la población de clientes de TESAU de zona no rentables desconocen la existencia la obligación de prestación del servicio universal, en consecuencia, sólo el 3,6% de los clientes de TESAU podría actuar bajo dinámicas de fidelización, y teniendo en cuenta que los efectos a considerar han de estar por encima de la cuota de mercado habitual (64%) resulta que sólo un 1,3% (3,6% 36%) de la población que dice conocer la obligación de prestación del servicio podría dar origen a este beneficio por ubicuidad. Aplicando los anteriores porcentajes a los cálculos de la CMT el resultado sería de 65.020,80 € para el año 2003, 88.036,20 € para el año 2004 y 109.839 € para el año 2005, siendo este el potencial máximo al que puede llegar el beneficio por ubicuidad.

Como se ha dicho anteriormente, la CMT en su resolución de 31 de enero de 2002, en la que fija el CNSU en el año 2000, valora los beneficios derivados de la ubicuidad en 64.104 miles de euros, valorando 65 zonas aisladas pertenecientes a provincias en las que se obtiene un margen conjunto positivo por la explotación del servicio universal. En la resolución de 3 de julio de 2003, en relación con el CNSU, se aprecian beneficios no monetarios en 34.584 miles de euros, teniendo en cuenta las zonas en las cuales la prestación del servicio universal arroja un resultado positivo. En la resolución de 25 de marzo de 2004, en cuanto al CNSU en 2002, se cifran los beneficios no monetarios en 71.414 miles de euros, aplicando el mismo criterio seguido en anualidades anteriores.

Así pues, en la resolución ahora impugnada se ha aplicado una metodología de cálculo distinta de la empleada en anualidades anteriores, que se aparta del criterio expuesto en el Informe de Audiencia, del que tomaron conocimiento las operadoras, y que no viene avalado ni por el informe encargado por la CMT ni por el informe pericial aportado por TESAU a este procedimiento. Es por ello que, si bien los resultados que arroja el cálculo son de escasa cuantía, notablemente inferiores a la apreciación que, como máximo, se hace en el informe de Arthur D. Little, no resulta debidamente justificada la metodología aplicada ni la discrepancia con el contenido del Informe de Audiencia.

[...] En cuanto a la valoración de los clientes o grupo de clientes, teniendo en cuenta su ciclo de vida, en la resolución de 29 de noviembre de 2007 se explica que la cuantificación de este beneficio no monetario depende de dos variables: (i) el número de líneas no rentables que pasa a convertirse en rentables, y (ii) el diferencial de rentabilidad obtenido para cada una de las líneas. Teniendo en cuenta que sólo se consideran las líneas deficitarias o no rentables, ya que este beneficio no monetario está ligado al hecho de que una línea no rentable o deficitaria pase a ser rentable como consecuencia de un cambio en el patrón de consumo de los consumidores o debido a cambios de precios en la parte de precio fija (cuota de abono). Por tanto, las líneas que ya son rentables no se tienen en cuenta en la cuantificación de este beneficio.

La metodología para identificar las líneas no rentables susceptibles de pasar a ser rentables sin cambio en la ubicación de la misma sería la siguiente:

Paso 1: Eliminar las líneas de abono social, que se caracterizan por tener subvencionada la cuota de abono mensual y la cuota de alta en un 95% y un 70% respectivamente, respondiendo dicha bonificación precisamente al hecho de que sus titulares tienen un bajo poder adquisitivo. Por tanto, dado que no es esperable un aumento del patrón de consumo, ni un incremento en la cuota de abono tendría verdadera significación en los ingresos que aquéllas generan, debe entenderse que el número de líneas de abono social susceptibles de ser rentables es insignificante.

Paso 2: Eliminar las líneas que pasan a ser rentables fruto de un cambio en su ubicación.

Adicionalmente a lo anterior, tampoco habría que tener en cuenta aquellas líneas no rentables que pasan a ser rentables como consecuencia de la migración de sus titulares a otra ubicación, en tanto que son ya consideradas en el anterior apartado.



Se plantea la conveniencia de reducir el valor resultante -valor máximo- en un determinado porcentaje de líneas, sin embargo, se rechaza tal posibilidad porque no existen datos para concretar dicho porcentaje, considerando que tratándose de beneficios intangibles o hipotéticos todas las líneas pueden producirlos, y atendiendo finalmente a que resulta una magnitud menor en relación con el monto total del coste neto del servicio universal, que en todo caso es positivo.

Paso 3: Estimación de los beneficios no monetarios derivados del ciclo de vida del cliente.

Finalmente, para la cuantificación de estos beneficios se considera el diferencial del margen neto por línea que Telefónica está obteniendo para cada uno de los años. Por tanto, mediante el producto de las líneas no rentables que pasan a ser rentables y el diferencial de margen por línea entre un año y otro se estaría obteniendo una aproximación de los beneficios no monetarios que estaría obteniendo la Operadora.

Los resultados que se obtienen por tal concepto y aplicando la metodología expuesta son los siguientes: para el año 2003, 0 €; para el año 2004, 9.274.532 €; para el año 2005, 5.969.538 €.

La recurrente alega que este método de estimación es erróneo, con base en los informes periciales y, además, se aparta sin justificación alguna del Informe de Audiencia.

En el referido Informe de Audiencia se expone que, para calcular los beneficios que se originan en esta categoría, hay que hacer supuestos sobre la evolución de la rentabilidad del grupo de clientes o áreas a las que se identifique como no rentables. Hay que contar con estimaciones de las evoluciones de ingresos y costes generados por el cliente o clientes considerados en el grupo subsidiado. Además, hay que contar con estimaciones del coste de capital para el período considerado y la rentabilidad de proyectos alternativos. Con estos datos se pueden armar cálculos del flujo de fondos y estimar el VAN del usuario o área cubierta por el proveedor del servicio universal. El cálculo se basa en el supuesto de que el usuario conserve su proveedor, pues de no ser así habría que corregir las estimaciones por la probabilidad de que el usuario cambie de prestador de servicio una vez que tenga la posibilidad. También para este concepto se señala que la dificultad en la obtención y verificación de la información necesaria para la estimación determina que la Comisión no pueda realizar una estimación fiable del mismo.

Pues bien, el informe realizado para la CMT por Arthur D. Little respecto del beneficio no monetario en atención a los clientes o grupos de clientes, teniendo en cuenta su ciclo de vida se manifiesta en el mismo sentido expuesto para los beneficios por ubicuidad. Se señala que este beneficio se origina en la posibilidad de que los clientes que no son rentables en la actualidad lo sean en un futuro. Si este tipo de clientes decide conservar a su proveedor original, entonces existe un beneficio derivado de la provisión del servicio universal.

En cuanto a la metodología para la estimación de este beneficio, se señala que es necesario hacer supuestos sobre la evolución de la rentabilidad del grupo de clientes o áreas a las que se identifique como no rentables, debiendo contar con estimaciones sobre las evoluciones de ingresos y costes generados por el cliente o clientes considerados en el grupo subsidiado, y, adicionalmente, hay que contar con estimaciones del coste de capital para el período considerado y la rentabilidad de proyectos alternativos. Todo el cálculo se basa en el supuesto de que el usuario conserve su proveedor, pues de no ser así habría que corregir la estimación por la probabilidad de que el usuario cambie de prestador de servicio una vez que tenga la posibilidad. Se concluye que este beneficio no se puede calcular de una forma precisa pues Telefónica no ha aportado información de clientes que pasan de no rentables a rentables. No obstante, se realiza una estimación en base al descenso del número de líneas no rentables estimada por Telefónica, haciendo un cálculo estimativo que cifra el beneficio en 20 millones de euros para el año 2003 y en 6,5 millones de euros para el año 2004.

Por su parte, en el informe pericial aportado por la actora manifiesta el perito que la metodología empleada por la CMT da como resultado el mayor margen susceptible de ser ganado por TESAU en ese ejercicio si las líneas susceptibles de ser rentables lo hubiesen sido; sin embargo, no se tiene en cuenta que no es cierto que todas las líneas hayan dejado de ser deficitarias. Por otra parte, el hecho de que determinadas líneas hayan dejado de ser deficitarias dentro de la obligación de servicio universal de TESAU, no significa que hayan pasado a ser clientes rentables de esta operadora, pues hay una parte de estas líneas que se dieron de baja porque han pasado a contratar un teléfono móvil o fijo con cualquier compañía, o por cualquier otro motivo. Lo importante es que los beneficios intangibles a considerar son aquéllos derivados exclusivamente la obligación de servicio universal, de manera que sólo si se produce una fidelización hacia TESAU por encima de su cuota real de mercado en las líneas rentables se podría hablar de la existencia beneficios intangibles por ciclo de vida.

Entiende el perito que también para realizar esta valoración es necesario que el cliente de la zona no rentable tenga conocimiento de que TESAU le está prestando servicio en una zona no rentable por la obligación de prestación del servicio universal. Llegando a los mismos porcentajes que se fijaron en cuanto a los beneficios no monetarios por ubicuidad, que aplicados a los resultados de incrementos de márgenes contemplados por



la CMT, da como resultado que en 2003 no se ha producido beneficio monetario, ascendiendo dicho beneficio para 2004 a 36.863 € y para 2005 a 83.664,60 €, como potencial máximo del beneficio por ciclo de vida.

La codemandada France Télécom España, SA, aportó informe pericial, emitido para otro procedimiento en el que dicha sociedad es recurrente, que no entra en contradicción, en lo esencial, con las concretas cuestiones objeto de controversia en el presente recurso, salvo en relación con el beneficio no monetario en atención a los clientes o grupos de clientes, teniendo en cuenta su ciclo de vida, para lo que propone que el cálculo se haga en relación a un periodo superior al año.

[...] Procede anular en parte la resolución de 29 de noviembre de 2007 en cuanto al cálculo del beneficio no monetario, concretamente en lo que se refiere a la valoración de la imagen de marca del operador, a las ventajas derivadas de la ubicuidad y a la valoración de los clientes y grupo de clientes teniendo en cuenta su ciclo de vida [...]" (fundamento de derecho noveno)

La recurrente sostiene que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones realiza unos cálculos de dichos usuarios que, sin embargo, no parten de estudios reales de migraciones de zonas no rentables a zonas rentables, sino de flujos migratorios en los municipios de menos de 10.000 habitantes, bajo la hipótesis no contrastada de que son los que en mayor proporción pertenecen a zonas no rentables, lo que en opinión de TESAU no se ajusta a la realidad.

Pero la crítica más fuerte que realiza la mercantil recurrente es que a continuación la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones evalúa el beneficio intangible derivado de la ubicuidad de la cuota de mercado en función de la cuota de mercado de TESAU en las altas de líneas producidas cada año. Y señala la recurrente que si el número de hogares que contrata a TESAU después de mudarse a zonas rentables es igual a la cuota habitual de mercado de TESAU entre las nuevas altas de líneas, ello querría decir que no ha existido beneficio derivado de la ubicuidad, pues donde se debería producir resulta que tiene el mismo porcentaje de altas que en cualquier otro punto del mercado.

Pues bien, como se ha visto la Sala de instancia llega en el fundamento de derecho séptimo a la conclusión de que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no ha incurrido en arbitrariedad, que la metodología empleada por el regulador no resulta carente de base científica y técnica y que se trata del ejercicio de 2009 (no de los ejercicios 2003 a 2005 sobre los que versaba la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de enero de 2011), pero no realiza examen alguno de las dos críticas concretas y específicas a las que se ha hecho referencia. Y es preciso reconocer, que tiene razón la recurrente. En efecto, si la asunción de que los municipios de menos de 10.00 habitantes son en general los no rentables ya es arriesgada, lo que es evidente es que no puede evaluarse el beneficio de la ubicuidad en la forma efectuada, puesto que de lo que se trata precisamente es de comprobar si en caso de traslado de un usuario de una zona no rentable a una zona rentable donde tiene capacidad de elección de operadora, muestra fidelización al operador que le prestaba el servicio universal en la zona no rentable, y para que pueda hablarse de fidelización debería haber, en principio, un porcentaje de altas superior a la media de altas de TESAU en el mercado de nuevas altas en el conjunto del territorio nacional.

Debemos pues estimar también este punto y, con ello el segundo motivo del recurso de casación.

CUARTO .- Conclusión y costas.

De acuerdo con las consideraciones expuestas en los anteriores fundamentos de derecho, estimamos el segundo motivo y con ello declaramos haber lugar al recurso de casación, por lo que casamos y anulamos la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso administrativo interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 21 de diciembre de 2011 (expte. AEM 2011/1982).

En cuanto al citado recurso contencioso administrativo *a quo*, que hemos de resolver en los términos en que viene planteada la litis, estimamos en parte el mismo en lo que respecta a la valoración de los beneficios no monetarios del valor de la marca y de la ubicuidad. Respecto al mayor valor de la marca, habrá de valorarse sólo la principal imagen marca que se asocia a la prestación del servicio universal (Telefónica) y se deberá aplicar la metodología determinada en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de enero de 2011 (recurso contencioso administrativo 119/2008), que fue confirmada por esta Sala al rechazar los recursos de casación dirigidos contra ella.

Y en lo que se refiere al beneficio de la ubicuidad, habrá de valorarse teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en el apartado b) del fundamento de derecho tercero de esta sentencia, esto es, de forma que pueda cuantificarse la diferencia de cuota de mercado de TESAU en las nuevas altas en las zonas rentables frente a la cuota de mercado de Telefónica en las nuevas altas del conjunto del mercado nacional, así como los



anteriores criterios determinados por la citada sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de enero de 2011 que resulten aplicables.

De conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción , no procede imponer las costas ni en la instancia ni en la casación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido
1. Declarar que ha lugar y, por lo tanto, estimar el recurso de casación interpuesto por Telefónica Nacional de España, S.A.U. contra la sentencia de 21 de diciembre de 2011 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 110/2012.
2. Casar y anular la sentencia recurrida. 3. Estimar en parte el recurso interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 21 de diciembre de 2011 sobre aprobación del coste neto de prestación del servicio universal presentado por Telefónica de España, S.A.U. para el ejercicio 2009. 4. Anular parcialmente la citada resolución administrativa, en los términos expresados en el fundamento de derecho cuarto de esta sentencia. 5. No imponer las costas del recurso contencioso-administrativo ni las del de casación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Pedro Jose Yague Gil Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Maria Isabel Perello Domenech Jose Maria del Riego Valledor Angel Ramon Arozamena Laso PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.