



Roj: **SAN 456/2011** - ECLI: **ES:AN:2011:456**

Id Cendoj: **28079230082011100039**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **24/01/2011**

Nº de Recurso: **119/2008**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **ANA ISABEL GOMEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 456/2011,**
STS 3349/2014

SENTENCIA

Madrid, a veinticuatro de enero de dos mil once.

Visto el presente recurso contencioso administrativo nº 119/08, interpuesto ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la

Audiencia Nacional por la Procuradora D^a. M^a del Carmen Ortiz Cornago, en nombre y representación de TELEFONICA DE

ESPAÑA, SAU, contra las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), de fecha 29 de

noviembre de 2007 y 8 de mayo de 2008, en materia de estimación del coste neto de la prestación del servicio universal, en el

que la Administración demandada ha estado dirigida y representada por el Abogado del Estado; habiéndose personado como

codemandados, FRANCE TELECOM ESPAÑA, SA, representada por el Procurador D. Roberto Alonso Verdú, y VODAFONE

ESPAÑA, SAU, representada por el Procurador D. Cesareo Hidalgo Senen.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a. ANA ISABEL GOMEZ GARCIA, Magistrada de la Sección.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El presente recurso contencioso-administrativo se interpone por la representación procesal de Telefónica de España, SAU (TESAU), contra las resoluciones de la CMT de fecha 29 de noviembre de 2007, sobre la estimación del coste neto de prestación del servicio universal en los años 2003, 2004 y 2005 propuesto por Telefónica de España, SAU, y de 8 de mayo de 2008, por la que se estiman en parte los recursos de reposición interpuestos por France Telecom España, SA, y Vodafone España, SA, contra la anterior resolución.

SEGUNDO: Presentado el recurso, se reclamó el expediente administrativo y se dio traslado de todo ello al actor para que formalizara la demanda, el cual expuso los hechos, invocó los fundamentos de derecho y terminó por suplicar que, previos los tramites legales pertinentes, se dicte sentencia por la que, con expresa imposición de costas a la Administración demandada, anule parcialmente las resoluciones de la CMT de 29 de noviembre de 2007 y 8 de mayo de 2008 y declare:



1º) Que ha de reconocerse que la obligación de prestar el servicio universal por parte de TESAU durante la totalidad del ejercicio 2003 supuso una carga injustificada para la recurrente, anulando, en consecuencia, la estimación parcial del recurso de reposición interpuesto por France Telecom y Vodafone, acordada en la resolución de 8 de mayo de 2008, y declarando la procedencia de desestimar íntegramente dicho recurso de reposición, lo que ha de comportar el mantenimiento en este punto de la inicial resolución de 29 de noviembre de 2007.

2º) Subsidiariamente, se decrete la anulación de la resolución de 8 de mayo de 2008 únicamente en lo que se refiere al ejercicio 2003, por falta de motivación, al declarar el carácter no compensable del CNSU en que habría incurrido TESAU entre los meses de enero y noviembre de 2003, sin haber analizado previamente la CMT si dicho coste supuso o no una desventaja competitiva para TESAU, tal como exigía la LGTel de 1998 y el RSU de 1998.

3º) En cualquier caso, la CMT ha calculado erróneamente el beneficio no monetario correspondiente al CNSU en los ejercicios 2003, 2004 y 2005, debiendo determinarse ese concepto de conformidad con las bases resultantes de lo alegado en el Fundamento Jurídico VII de la demanda y de la prueba practicada a instancia de la parte actora.

4º) Se anule parcialmente la resolución de 29 de noviembre de 2007 por cuanto la CMT ha calculado erróneamente el coste neto relativo al concepto de "servicios de información y guías telefónicas", declarando que procede reconocer que TESAU ha incurrido en los costes vinculados a ese servicio de 5,531 para el ejercicio 2003; 3,29796 para el ejercicio 2004 y 3,73337 para el ejercicio 2005, todo ello en millones de euros.

TERCERO: Formalizada la demanda se dio traslado al Abogado del Estado para que la contestara, el cual expuso los hechos y fundamentos de Derecho y suplicó se dictara sentencia desestimando el recurso, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

CUARTO: La codemandada, France Telecom, SA, contestó a la demanda oponiéndose a la misma, solicitando se dicte sentencia en la que se desestime íntegramente el recurso formulado de contrario, con expresa imposición de costas a parte recurrente.

Por Otrosí solicita que, al amparo de lo dispuesto en artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea, se plantee cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

QUINTO: La codemandada Vodafone España, SA, no presentó escrito de contestación a la demanda.

SEXTO: Habiendo sido solicitado el recibimiento a prueba del procedimiento se practicó la propuesta, con el resultado que obra en la causa, y, evacuado trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos, señalándose para votación y fallo el día 12 de enero del año en curso en que, efectivamente, se votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Son antecedentes fácticos a tener en cuenta para la resolución del presente recurso los siguientes:

1.- Con fecha 16 de octubre de 2007, se publicó en el BOE anuncio de la CMT por el que se iniciaba el procedimiento relativo a la determinación del Coste Neto del Servicio Universal para los años 2003, 2004 y 2005 y se abría el trámite de audiencia. Se personaron en el expediente y formularon alegaciones las operadoras que lo tuvieron por oportuno.

2.- Por acuerdo de fecha 29 de noviembre de 2007, el Consejo de la CMT aprobó la resolución sobre la estimación del coste neto de prestación del servicio universal en los años 2003, 2004 y 2005.

En dicha resolución, además de apreciar el coste neto que la prestación del servicio universal había causado a TESAU en los tres ejercicios de referencia, se reconocía la existencia de una carga injustificada para el operador como consecuencia de la obligación de prestación del servicio universal y se instaba a TESAU para que aportase los estudios de estimación de beneficios no monetarios en las propuestas de Coste Neto del ejercicio 2007 y siguientes, y se acordaba abrir procedimiento administrativo para la determinación de los operadores obligados a contribuir a su financiación.

3.- Contra la anterior resolución las entidades France Telecom y Vodafone España interpusieron sendos recursos de reposición.

La primera de dichas entidades alegaba, en esencia, falta de transparencia en la metodología seguida por la Comisión y ausencia de motivación de la resolución recurrida; asimismo, rechazaba los cálculos efectuados para la determinación de los mayores costes de acceso a ciertos abonados, la valoración de la existencia de la carga injusta contenida en la resolución impugnada por estar aplicando el RSU a situaciones anteriores a



su entrada en vigor, y señalaba que los resultados de TESAU en los años a los que se refiere la resolución recurrida no han empeorado, lo que evidencia falta de pérdida de capacidad competitiva que pueda achacarse a la prestación del servicio universal.

Por su parte, Vodafone España invocaba la supuesta arbitrariedad por parte de la Comisión en la determinación de la existencia de una carga injustificada para Telefónica por la prestación del servicio universal, entendiendo que la decisión se ha basado en una interpretación divergente de los conceptos "carga injustificada" (empleado en el actual marco regulador) y "desventaja competitiva" (usado por la anterior normativa), cuando en realidad se trata de traducciones al castellano de un mismo término inglés (unfair burden), entiendo que la justificación de la existencia de una carga injustificada basada en las cuotas de mercado es insuficiente, pues sobrevalora el impacto de la prestación del servicio universal sobre la disminución de las cuotas de mercado, disminución que, en todo caso, sería muy ligera e insuficiente para justificar la existencia una desventaja competitiva, y que, por otra parte, hubiera debido considerarse la totalidad del tráfico del Grupo Telefónica (fijo y móvil). Sostenía que Telefónica no soporta una carga injustificada por su prestación, existiendo desfase temporal en la resolución recurrida, al referirse a una situación creada hace más de cinco años; por las externalidades positivas que genera la prestación del servicio universal de telecomunicaciones; por el reducido y decreciente coste que supone para el operador que lo presta; por la comparación con otros países de nuestro entorno.

4.- Frente a los anteriores recursos, acumulados, TESAU presentó alegaciones en el siguiente sentido:

- En cuanto al recurso de Vodafone, entiende que no debería admitirse por no basarse en ninguno de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la LRJPA ; alega que la resolución impugnada se basa en la diferente situación de mercado de los años analizados respecto de anteriores ejercicios, entendiendo que el término empleado por la actual LGTel es el más fiel a las directivas europeas y justificaría la diferente valoración respecto al de "desventaja competitiva" realizada en la resolución recurrida; en cuanto a la definición arbitraria de las cuotas de mercado, alega que las cuotas de mercado tenidas en cuenta para valorar su situación en el mercado han de ser las relativas al de telefonía vocal en su conjunto, donde su cuota es muy inferior al de telefonía fija, y ha ido decreciendo en los años analizados, por otra parte, debería considerarse exclusivamente la correspondiente a TESAU y no la totalidad del Grupo Telefónica, que incluiría los servicios telefónicos móviles; por último, además de cuestiones relativas al reparto del coste neto, entiende que el retraso en la determinación del cálculo no es achacable a TESAU sino que, por el contrario, le perjudicaría al haber tenido que anticipar su coste.

- En cuanto al recurso de France Telecom, señala que los datos a partir de los cuales se ha realizado el cálculo provienen de la contabilidad de costes auditada por la Comisión y que los márgenes estimados en su recurso son parecidos a los contenidos en la resolución recurrida, lo que pone de manifiesto la existencia de suficiente información disponible para todos los operadores; en la fecha en la que se acordó la resolución recurrida ya estaba probada la nueva LGTel, y por tanto era la norma vigente; rechaza que se valore la existencia una carga injustificada a partir de los resultados financieros del Grupo Telefónica, debiendo hacerse sólo a partir de los obtenidos en el mercado de telefonía fija; no le es achacable el retraso en la constitución del fondo y, en todo caso, beneficia al resto de operadores, al haber visto retrasado su deber de financiación; se opone a que el cálculo se realice sobre la base de los precios medios de interconexión en lugar de sobre los precios de interconexión de Telefónica que constan en su contrato para la prestación de la Telefonía de Acceso Rural; se opone a la valoración de los clientes teniendo en cuenta su ciclo de vida y sostiene que el método de cálculo no puede basarse en una rentabilidad por línea constante y, además, estaría calculando su valor neto en el momento actual de los próximos cinco años.

5.- Puestos de manifiesto los recursos al resto de operadores, alguno de ellos presentaron alegaciones.

SEGUNDO: En la primera de las resoluciones impugnadas se razona el sistema de cálculo del coste neto de servicio universal en las zonas no rentables, teniendo en cuenta las zonas en que se divide el territorio nacional a tal efecto, el tratamiento de ingresos y costes de las zonas para determinar las que resultan rentables comercialmente y las no rentables, el cálculo del CNSU propuesto por Telefónica y los ajustes de dichos cálculos; se fundamenta la valoración de CNSU por la prestación de servicios a discapacitados, clientes con tarifas especiales, prestación del servicio mediante teléfonos públicos de pago y prestación de los servicios de información y guías; se analiza la aplicación de criterios de interés comercial y beneficios no monetarios y la metodología de estimación, la valoración de los clientes o grupo de clientes teniendo en cuenta su ciclo de vida, las ventajas comerciales derivadas del acceso a todo tipo de datos sobre el servicio telefónico y de tener publicidad y exposición de marca en cabinas de uso público; se analiza la normativa sobre la existencia de una carga injusta y la valoración de la misma; se expone el mecanismo de financiación del coste neto. Finalmente, tras analizar la respuesta a las alegaciones efectuadas al Informe de Audiencia, se resuelve apreciar el coste neto del servicio universal incurrido por Telefónica en los ejercicios de referencia en las siguientes cuantías: para el año 2003 en 120,38 millones de euros, para el año 2004 en 83,85 millones de euros, para el año



2005 en 80,12 millones de euros; se reconoce la existencia de una carga injustificada para Telefónica como consecuencia de la obligación de prestación del servicio universal; se insta a Telefónica a que en las propuestas de coste neto de servicio universal relativas al ejercicio 2007 y siguientes aporte los correspondientes estudios de estimación de beneficios no monetarios o intangibles conforme con lo dispuesto en el apartado II.2 de la resolución; se abre procedimiento administrativo para especificación de los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional de Servicio Universal, los criterios de reparto de coste neto, la cuantía y contribución de cada uno de ellos, y los operadores que estén exentos en relación con los ejercicios a que afecta la resolución.

Los razonamientos de fondo de la resolución de 8 de mayo de 2008 se concretan en las cuestiones referidas a la falta de transparencia, a la metodología empleada para el cálculo del coste neto del servicio universal, a la concurrencia de una carga injustificada por la prestación del servicio universal de los años 2003, 2004 y 2005 y a la alegada retroactividad de la norma aplicada.

Se rechazan las alegaciones sobre la falta de transparencia en la metodología de cálculo del coste neto, razonando la Comisión que los criterios de imputación de costes han sido prácticamente los mismos que se han venido utilizando en los ejercicios anteriores, avalados por la jurisprudencia, y contienen valoraciones técnicas en las que la Comisión goza de libertad estimativa. Por otra parte, la Comisión tiene el deber de proteger la confidencialidad de la información que le es suministrada cuando contiene datos que puedan desvelar la estrategia competitiva del operador, por ello los costes de TESAU deben protegerse mediante su declaración como confidencial, por pertenecer al ámbito de su secreto comercial e industrial, por lo que no han de estar disponibles al resto de interesados, sin que ello les cause una grave indefensión.

En cuanto a la metodología empleada, se responde a las alegaciones de los operadores, señalando que los costes derivados de los medios especiales de acceso y los pseudocostes de interconexión se han calculado empleando el método del operador sustituto que obliga a la consideración de los precios de interconexión y no de los propios costes; de la misma manera, las llamadas con destino a una zona no rentable se valoran en origen por el importe facturado y en destino a precio de interconexión, por lo que la Comisión ha tomado en cuenta los ingresos por tráfico de entrada y terminación en la red de cada zona a partir de los eventuales pagos de interconexión valorados a precios de interconexión; la aplicación de precios estrictamente ajustados a costes contravendría la previsión del artículo 44.6 del RSU. Por lo que se refiere a la prestación de servicios a clientes con tarifas especiales, se señala que el cálculo del coste neto se ha realizado teniendo en cuenta sólo la subvención de las cuotas fijas, lo cual no es causa de anulabilidad de la resolución recurrida pues el tráfico originado por dichos clientes ya se tiene en cuenta dentro de la valoración de la zona en la que se encuentra el abonado, dándose la circunstancia de que en este cálculo se considera que el cliente paga la cuota íntegra, evitando así la doble contabilización. Sobre las alegaciones referidas a la valoración de los clientes teniendo en cuenta su ciclo de vida, se razona que el artículo 45 del RSU prevé tal valoración como un potencial generador de beneficios no monetarios obtenidos por el prestador del servicio universal originado por la posibilidad de que ciertos clientes que no son rentables en un momento pasen a serlo en el futuro y conserven a su proveedor original, rechazando las alegaciones de France Telecom y el cálculo del valor actual neto (VAN) propuesto, por no ser una metodología para considerar el beneficio no monetario de que se trata. Por último, se rechazan las alegaciones sobre valoración del beneficio no monetario derivado de las ventajas comerciales por tener acceso a todo tipo de datos sobre el servicio telefónico.

En cuanto a la concurrencia de una carga injustificada por la prestación del servicio universal en los años de referencia, se razona que, tal como viene declarando la jurisprudencia, la expresión "carga injustificada" es un concepto jurídico indeterminado, gozando la Administración encargada de aplicarlo de amplias facultades estimativas en la medida en que la ley no determina sus límites, por lo que han de ser concretados en el momento de su aplicación. Por otra parte, al referirse a supuestos concretos, su aplicación sólo admite una única solución, que corresponde a la Comisión, conforme con el artículo 24.1 LGTel. Para ello se parte de los datos de la contabilidad de costes de TESAU que permiten valorar su situación competitiva en los ejercicios considerados o el importe de los costes que le ha supuesto la prestación del servicio universal, por ser hechos ciertos sobre los que debe partir el análisis del concepto. A partir de ahí la Comisión realiza un juicio de valor al determinar ciertas cuestiones que se sitúan en la "zona de incertidumbre" y cuyo límite sería la existencia de arbitrariedad o irrazonabilidad y cuya revisión en vía administrativa ha de limitarse a comprobar que no se han traspasado esos límites. La existencia de una carga injustificada no requiere que el coste de prestar el servicio universal signifique una desventaja competitiva para el operador obligado, por lo que el análisis de la Comisión no se ha centrado en si se produce o no una disminución en la capacidad de competir del operador designado, sino si en la asunción en solitario de los costes de prestación del servicio universal por TESAU tiene una justificación razonable o no. A diferencia de la ley anterior, que preveía el requisito de que la carga injustificada tenía que suponer, además, una merma apreciable en la capacidad de competir de TESAU, en la ley actual basta con la existencia de una carga sin justificación objetiva para que resulte necesario activar el mecanismo de financiación, suponga o no dicha carga una desventaja competitiva. Así, en los ejercicios considerados,



entiende la Comisión que no está justificado que TESAU deba afrontar en solitario los costes que la prestación del servicio universal supone, máxime cuando, de ser así, se exige una especial motivación que no se encuentra en la realidad del mercado en los años considerados, en los que la fortaleza de su posición se empezó a ver amenazada por una serie de factores analizados en la resolución recurrida. La existencia de carga injustificada no se fundamenta solamente en el cambio en la interpretación del concepto legal sino también en la existencia de modificaciones en la situación del mercado de los servicios telefónicos, y se ha tenido en cuenta también el efecto sustitución de la telefonía móvil. El mercado que se ha tenido en cuenta es el compuesto conjuntamente por los servicios de telefonía fija y de telefonía móvil, y la consideración del efecto sustitución de la telefonía móvil supone el rechazo de las acusaciones de arbitrariedad en la determinación de las cuotas de mercado de Vodafone. Por otra parte, en los ejercicios considerados TESAU era un operador diferente de Telefónica Móviles España, SAU, con independencia de su pertenencia al mismo grupo empresarial, por lo que no sería lógico considerar a dos empresas jurídicamente diferenciadas como una sola a estos efectos, bien sea su cuota de mercado o sus resultados empresariales, como pretenden las empresas recurrentes, razón por la cual Telefónica Móviles España podrá ser obligado a contribuir al Fondo Nacional del Servicio Universal.

Por último, se analizan las alegaciones sobre la retroactividad, en relación al RSU aprobado por Real Decreto 424/2005, razonando la Comisión que el cambio al concretar el concepto "carga injustificada" tiene su justificación en el cambio operado en la LGTel vigente, al recoger el concepto más amplio de "carga injustificada" en lugar de la anterior de "desventaja competitiva" como presupuesto para la apertura del mecanismo de financiación del servicio universal. Se trata, pues, de un cambio operado por una norma de mayor rango y que, por tanto, deroga lo previsto en el anterior RSU en lo que le contradiga, revisión que recoge expresamente la disposición transitoria primera de la LGTel. Desde el día 5 de noviembre de 2003 en que entró en vigor la vigente LGTel, hasta el 30 de abril de 2005, en que lo hizo la actual RSU, era de aplicación del régimen previsto en el anterior Reglamento, pero aplicando éste de conformidad con establecido en la LGTel de 2003, es decir, no era necesario que la prestación del servicio universal tuviera efectos anticompetitivos para TESAU para que se abriera el mercado de financiación, siendo suficiente que se constatará que la carga era injustificada. No obstante, la vigencia de la anterior LGTel durante la mayor parte del año 2003 supone que seguiría siendo plenamente aplicable su artículo 39.1, que se refería al concepto de desventaja competitiva, razón por la cual se considera procedente estimar que el coste neto correspondiente al ejercicio 2003 tiene la consideración de carga injustificada sólo a partir del día 5 de noviembre del citado año.

Como consecuencia de lo expuesto y de la estimación parcial de los recursos de reposición, se rebajó el coste neto del servicio universal, correspondiente al año 2003, de los 120,38 millones de euros determinados en la resolución de 29 de noviembre de 2007 a 18,80 millones de euros, manteniendo el importe fijado para los otros dos ejercicios

TERCERO: En la demanda del presente recurso la entidad recurrente solicita la anulación parcial de las anteriores resoluciones, en los términos que se han consignado en los antecedentes de hecho de esta sentencia, invocando como motivos de impugnación los siguientes:

1.- Procedencia de la aplicación de la LGTel 2003 al CNSU de 2003. Carácter anual indivisible del CNSU. Reconocimiento del CNSU total de 2003 como "carga injustificada".

Se razona en justificación de este motivo de impugnación que el CNSU es un concepto jurídico único, de carácter anual, cuantificable en el ejercicio siguiente con referencia 31 de diciembre del ejercicio terminado, por lo cual, para su determinación debe aplicarse la norma vigente en el momento en que el coste neto se devenga, el 31 de diciembre de 2003, fecha en la que se encontraba vigente la LGTel 2003, procediendo, pues, declarar con arreglo a dicha ley que la totalidad del CNSU de ese ejercicio supone una carga injustificada para TESAU a los efectos de su compensación, sin que ello suponga la aplicación retroactiva de la ley.

2.- Con carácter subsidiario: falta de motivación de la resolución de 8 de mayo de 2008. La CMT no analiza si el CNSU de los meses de enero a noviembre de 2003 supuso o no una desventaja competitiva para TESAU.

Se alega que la CMT ha incurrido en falta de motivación al excluir 101,58 millones de euros del CNSU compensable del ejercicio 2003 sin motivarlo. Entiende que el planteamiento de la CMT en la resolución de 8 de mayo de 2008 es erróneo, pero, en cualquier caso, tendría que haber aplicado la LGTel de 1998 y el RSU de 1998 al período de enero a 4 de noviembre de 2003, analizando si el coste neto de 2003 ya determinado, en la parte que correspondería a ese período, supuso o no una desventaja competitiva para TESAU, en función de lo cual sería o no compensable.

3.- Incorrecta determinación del beneficio no monetario.

Se justifica este motivo de impugnación en la vulneración de la normativa reguladora del beneficio no monetario, tanto del artículo 27.1 del RSU de 1998 como el artículo 43.1 del RSU de 2005, que disponen que el



beneficio no monetario es un concepto que, en todo caso, se detrae de los costes incurridos por el operador obligado prestar el servicio universal, constituyendo un componente intangible asociado al servicio universal. Sólo son deducibles del CNSU los beneficios no monetarios obtenidos con motivo de la prestación del servicio universal, no pudiendo adicionarse beneficios resultantes de otras actividades del operador. La CMT no ha tenido en cuenta lo anterior, especialmente en lo relativo a la valoración de la imagen de marca, habiendo incurrido en arbitrariedad.

4.- Incorrecta determinación del componente del CNSU relativo a la prestación del servicio de información 11818.

Se señala al respecto que la CMT se aparta de lo informado por los servicios técnicos en el Informe de audiencia, en el que se reconoció unos importes de coste respectivos en cada ejercicio de 12,34; 4,55 y 4,67 millones de euros por este concepto, cantidades que fueron reducidas en la resolución de 29 de noviembre de 2007 sin explicar por qué cambia el criterio, suprimiendo sorpresivamente la imputación al coste neto por servicio de información 11818 del coste del servicio de terminación en los servicios de operadoras, que el Informe de audiencia estimó correctamente que debía incluirse. Se invoca al respecto el artículo 43.5 RSU 2005 y el artículo 27.5 del RSU 1998.

El Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, invoca la inadmisibilidad del recurso por falta de litisconsorcio pasivo necesario, por no haber sido demandadas las entidades Vodafone España, SA, y France Telecom España, SA. Sobre el fondo, se opone a las pretensiones deducidas por la recurrente, solicitando su desestimación.

La entidad codemandada, France Telecom España, SA, se opone al recurso por las razones expuestas en su escrito de contestación a la demanda y, por otro lado, el planteamiento de cuestión prejudicial en relación con el artículo 13.1 de la Directiva 2002/22 /CE .

CUARTO: Planteada por el Abogado del Estado, como motivo de inadmisibilidad del recurso, la falta de litisconsorcio pasivo necesario, se ha de comenzar dando respuesta a tal cuestión de orden procesal.

La Sala no comparte este planteamiento del Abogado del Estado, pues si bien el artículo 21.1.b) LJCA es claro en cuanto a quién debe considerarse parte demandada, también lo es que el artículo 45.1 del mismo cuerpo legal reduce la conducta del recurrente a citar el "acto que se impugne" y a solicitar que "se tenga por interpuesto el recurso", salvo cuando la Ley disponga otra cosa. Siendo esto así, al Tribunal compete cuidar que la Administración llame al proceso a cuantas personas puedan resultar legitimadas pasivamente -ex artículo 49.1 LJCA - evitando situaciones de indefensión. Y esto es lo que sucede en el presente caso, en el que la CMT ha emplazado correctamente a ASTEL y a 24 empresas operadoras de telecomunicaciones, habiéndose personado en el recurso, en condición de codemandadas Vodafone y France Telecom. Por tanto, ha quedado correctamente constituida la relación jurídica procesal.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional, "el emplazamiento tiene por finalidad poner en conocimiento del interesado el término en que ha de comparecer, el objeto y el órgano judicial ante el que debe hacerlo, como datos necesarios para poder defender sus derechos e intereses legítimos, de suerte que sólo la incomparecencia por voluntad expresa o tácita... puede justificar una resolución judicial inaudita parte (STC 117/1990, de 21 de junio)".

QUINTO: Como primer motivo de impugnación, en relación con el fondo de las cuestiones litigiosas, alega la actora la procedencia de la aplicación de la LGTel de 2003 al CNSU de 2003, invocando el carácter anual indivisible del CNSU.

El artículo 24.1 de la Ley 32/2003 establece que "La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones determinará si la obligación de la prestación del servicio universal puede implicar una carga injustificada para los operadores obligados a su prestación. En caso de que se considere que puede existir dicha carga injustificada, el coste neto de prestación del servicio universal será determinado periódicamente de acuerdo con los procedimientos de designación previstos en el artículo 23.2, o en función del ahorro neto que el operador conseguiría si no tuviera la obligación de prestar el servicio universal. Este ahorro neto se calculará de acuerdo con el procedimiento que se establezca reglamentariamente."

El artículo 30 del Reglamento por el que se desarrolla el Título III de la Ley General de Telecomunicaciones en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1736/1998, establecía: "1. Los operadores con obligaciones de servicio universal harán anualmente una declaración a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de los servicios que ofrecen, cuya prestación sólo pueda hacerse con coste neto para los mismos, detallando sus distintos componentes.



2. Todo operador obligado a prestar el servicio universal deberá formular, anualmente, declaración del coste neto de las obligaciones de servicio universal que haya asumido, de acuerdo con los principios y las normas de este Reglamento y siguiendo las instrucciones que dicte la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus facultades. La cuantificación del coste neto contenida en dicha declaración deberá ser aprobada por la Comisión, previa auditoría realizada por ella misma o por la entidad que, a estos efectos, designe. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones elaborará un informe anual sobre el cumplimiento de los criterios de costes para cada uno de los operadores obligados y pondrá a disposición de los interesados, y a petición de éstos, la cuantificación del coste neto debidamente aprobada."

Este precepto venía a desarrollar lo establecido en el art. 39 de la LGTel (Ley 11/1998) que en el párrafo segundo de su apartado 1 disponía: "El cálculo de dicho coste será determinado periódicamente, en función del ahorro neto que el operador conseguiría si no tuviera la obligación de prestar el servicio universal.(...)"

El artículo 39.2 del RSU (2005), en su redacción original, dispone que "En el supuesto al que se refiere el art. 38, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones determinará anualmente si la obligación de la prestación del servicio universal puede implicar una carga injustificada para los operadores obligados a su prestación. En el caso de que exista un coste neto en la prestación del servicio universal pero la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones considere que no constituye una carga injustificada, la resolución que así lo establezca deberá ser motivada." En el apartado 3 del mismo artículo se establece que "El coste neto de prestación del servicio universal será determinado anualmente de acuerdo con los procedimientos de designación previstos en el art. 37, o en función del ahorro neto que el operador conseguiría si no tuviera la obligación de prestar el servicio universal. Este ahorro neto se calculará de acuerdo con el procedimiento que se establece en los artículos siguientes."

En la redacción que a dicho artículo ha dado el RD 329/09, se establece que "La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones determinará anualmente si la obligación de la prestación del servicio universal puede implicar una carga injustificada para los operadores obligados a su prestación. En el caso de que exista un coste neto en la prestación del servicio universal pero la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones considere que no constituye una carga injustificada, la resolución que así lo establezca deberá ser motivada."

Resulta, pues, claro que tanto la existencia de carga injustificada derivada de la prestación del servicio universal como el coste neto de la prestación de dicho servicio han de ser determinados por la CMT anualmente. Ahora bien, dicho esto, podemos constatar que así se ha hecho en cuanto al coste neto del servicio universal de los años 2003, 2004 y 2005. Igualmente, en la resolución de 29 de noviembre de 2007 se determinó que en dichas anualidades la prestación del servicio universal había constituido para TESAU una carga injustificada. Sin embargo, en la resolución de 8 de mayo de 2008, acogiendo la alegación formulada al respecto por Vodafone España, se consideró que tal apreciación de existencia de carga injustificada era aplicable únicamente en el año 2003, desde la entrada en vigor de la Ley 32/2003, sin hacer pronunciamiento alguno sobre la eventual concurrencia de desventaja competitiva para TESAU en los meses de enero a noviembre de 2003.

La Disposición Final 4ª de la Ley 32/2003 establece como fecha de entrada en vigor de la misma el día siguiente de su publicación en el BOE, siendo, en consecuencia, la fecha de su entrada en vigor la de 5 de noviembre de 2003.

Como normas de derecho transitorio, en relación con el servicio universal, la Disposición Transitoria Primera, en su apartado 3, establece:

"Los mercados de referencia actualmente existentes, los operadores dominantes en dichos mercados y las obligaciones que tienen impuestas dichos operadores continuarán en vigor hasta que, en los términos fijados en el título II, se fijen los nuevos mercados de referencia, las empresas con poder significativo en dichos mercados y sus obligaciones.

El Reglamento de desarrollo de la Ley General de Telecomunicaciones actualmente en vigor en lo relativo a interconexión y acceso a las redes públicas y numeración continuará en vigor hasta tanto se aprueben las nuevas normas que desarrollen el título II de esta Ley.

Asimismo, las normas legales y reglamentarias, así como los acuerdos de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos en materia de regulación y fijación de precios de los servicios de telecomunicaciones, continuarán en vigor hasta que se fijen, en los términos establecidos en el párrafo primero, los mercados de referencia, los operadores con poder significativo en dichos mercados y las obligaciones que sean de aplicación en cada uno de dichos mercados a los operadores con poder significativo en ellos."

En su apartado 5, establece:



"Hasta que se apruebe el reglamento que sustituya al actualmente en vigor en lo relativo al servicio universal y a las demás obligaciones de servicio público, continuará en vigor en lo que no se oponga a esta Ley tanto lo previsto en el artículo 37.a de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, como lo dispuesto en dicho reglamento.

En especial, el reglamento que sustituya el anteriormente citado deberá regular la forma en que se efectuará la transición en:

- La designación del operador u operadores para la prestación del servicio universal en aplicación de los nuevos procedimientos previstos en el artículo 23.
- El paso de la aplicación del concepto de servicio universal de la Ley General de Telecomunicaciones al nuevo concepto del artículo 22.

En todo caso, seguirán en vigor hasta la aprobación del nuevo reglamento las normas dictadas al amparo de la Ley General de Telecomunicaciones que regulan los derechos de los consumidores y usuarios, las infraestructuras comunes de telecomunicaciones, así como el resto de disposiciones reglamentarias en desarrollo del título III de dicha Ley."

Y en su apartado 10 dispone:

"Los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de esta ley continuarán tramitándose de conformidad con la normativa anteriormente vigente hasta la aprobación de las disposiciones reglamentarias correspondientes; a partir de dicha fecha deben continuarse los procedimientos en curso, de conformidad con lo dispuesto en esta ley y en especial de lo dispuesto en los apartados anteriores, convalidándose, en su caso, las actuaciones ya realizadas."

La Disposición Transitoria Séptima señala:

"Durante el período transitorio previsto en el apartado 3 de la disposición transitoria primera será de aplicación lo siguiente:

Los operadores que presten el servicio telefónico disponible al público fijo o de líneas susceptibles de arrendamiento, que tengan la consideración de operador con poder significativo en el mercado, presentarán a los Ministerios de Economía y de Ciencia y Tecnología y a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, antes del 31 de julio de cada año, los resultados del sistema de contabilidad de costes del último ejercicio cerrado y del inmediatamente anterior, correspondientes a las áreas de negocio de los servicios telefónico fijo, de líneas susceptibles de arrendamiento y de acceso e interconexión, prestados en el territorio español, así como los de prestación del servicio universal de telecomunicaciones, con el grado de detalle que permita conocer los costes totales y unitarios de cada uno de los servicios, de acuerdo con los principios, criterios y condiciones para el desarrollo del sistema de contabilidad de costes aprobados por dicha Comisión.

Asimismo, los operadores que, no teniendo la consideración de operadores con poder significativo en el mercado, tengan obligaciones de prestación del servicio universal de comunicaciones electrónicas presentarán los resultados del sistema de contabilidad de costes por la prestación de este servicio, en las mismas condiciones y fechas referidas en el párrafo anterior."

En consecuencia, se viene a establecer la vigencia de la normativa reglamentaria anterior hasta la entrada en vigor del reglamento de desarrollo de la Ley 32/03 (RD 424/2005), en lo que no se oponga a lo establecido en la dicha ley. Sin que se establezca norma alguna que permita avalar la aplicación de las disposiciones de la ley a un ámbito temporal anterior a su entrada en vigor. De la misma manera que no se contempla en la vigente LGTel la posibilidad de ultra actividad de la ley anterior, extendiendo su aplicación a un período posterior al de su vigencia.

Razona la recurrente que el CNSU se devenga a 31 de diciembre de cada año, constituyendo un concepto único e indivisible, de manera que la norma aplicable será la que estaba ya en vigor en el momento de producirse el devengo. Sin embargo, tal concepto de devengo, propio del derecho tributario, que viene a significar el momento en el que nace la obligación de pago, no parece tener fácil encaje tratándose del coste neto del servicio universal, que viene determinado, como se ha dicho, en función del ahorro neto que el operador conseguiría si no tuviera la obligación de prestar el servicio universal. Viniendo el servicio universal integrado por una serie de prestaciones de distinto contenido y objeto, prestaciones que en el artículo 22 de la Ley 32/2003 son más amplias que las establecidas en el artículo 37 de la Ley 11/1998. El hecho de que el cálculo del coste total de las distintas prestaciones que integran el servicio universal se realice anualmente no significa que el devengo -obligación de pago- por cada una de las prestaciones no se vaya produciendo a medida que éstas se realizan, aun cuando la determinación o fijación de su coste se realice posteriormente y de manera conjunta con el resto de prestaciones.



Como señala el Abogado del Estado, en su escrito contestación a la demanda, la LGTel no fija un momento de devengo o hecho causante del que nazca el derecho a la obtención de compensación por el CNSU.

Partiendo de tal consideración, y ante la ausencia de norma que permita la aplicación de la Ley 32/2003 a un período anterior a su entrada en vigor, nada impediría que, en el cálculo anual del CNSU correspondiente al año 2003 y en la determinación de la existencia o no de carga injustificada para Telefónica, se tengan en cuenta las dos normas legales vigentes de manera sucesiva en dicho año.

SEXTO: Dicho lo anterior, sin embargo, estima la Sala que la resolución de 8 de mayo de 2008, estimatoria en parte del recurso de reposición formulado contra la resolución de 29 de noviembre de 2007, una vez excluido el período de 1 de enero a 4 de noviembre de 2003 de la apreciación de la existencia de carga injustificada para TESAU por la prestación del servicio universal en dicho año, debió pronunciarse sobre la eventual concurrencia de desventaja competitiva para TESAU, al amparo de la legislación anterior, ya fuese en sentido positivo o en sentido negativo, pues la modificación del pronunciamiento que en la resolución de 2007 se hacía al respecto, apreciando la existencia de carga injustificada para Telefónica por la prestación del servicio universal en el año 2003, en el sentido expuesto, sin que se razone y haga pronunciamiento expreso sobre la concurrencia o no de desventaja competitiva en el periodo excluido de la aplicación de la ley vigente, deja a TESAU en una clara situación de indefensión. A la vez, con tal pronunciamiento, la CMT incumple el deber de determinar si la obligación de la prestación del servicio universal implica una desventaja competitiva, o no, para los operadores que la lleven a cabo, impuesto por el art. 39 de la Ley 11/1998 .

Es por ello que, dada la situación y siendo la CMT el órgano competente y único que debe determinar el CNSU y la existencia o no de desventaja competitiva, se impone que el acogimiento del motivo de impugnación formulado con carácter subsidiario al anterior dé lugar a un pronunciamiento sobre la obligación de la CMT de valorar y determinar si en el período de referencia se ha producido tal desventaja competitiva para la operadora obligada a la prestación del servicio universal. Consecuentemente, procede anular la resolución de 8 de mayo de 2008, para que se pronuncie sobre la concurrencia o no de desventaja competitiva para TESAU por la prestación del servicio universal en el periodo comprendido entre el 1 de enero al 4 de noviembre de 2003, en los términos expuestos.

SÉPTIMO: 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, 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 "El cálculo del coste neto de la prestación del servicio universal se hallará con arreglo al art. 43.1 y deberá basarse en procedimientos y criterios objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionales establecidos por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones."

Siendo el referido artículo 43.1 del siguiente tenor literal:

"El coste neto de prestación del servicio universal se obtendrá hallando la diferencia entre el ahorro a largo plazo que obtendría un operador eficiente si no prestara el servicio y los ingresos directos e indirectos que le produce su prestación, incrementando estos últimos con los beneficios no monetarios derivados de las ventajas inmateriales obtenidas por él, con tal motivo.

(...)"

Por su parte, el artículo 45.2 RSU establece:

"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.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en función de las condiciones del mercado, podrá incluir otras categorías de generadores de beneficios no monetarios."

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: "Debe significarse que la ponderación por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de los beneficios no monetarios obtenidos por el operador, vinculados a la prestación del servicio universal, entre los que se incluyen los conceptos de mayor reconocimiento de la marca del operador, como consecuencia de la prestación del servicio, las ventajas derivadas de la ubicuidad, la valoración de los clientes o grupos de clientes, teniendo en cuenta su ciclo de vida y las ventajas comerciales que implica el tener acceso a todo tipo de datos sobre el servicio telefónico, tiene como finalidad garantizar que el cálculo del coste neto del servicio universal refleje, sobre la base de un procedimiento objetivo y transparente, los gastos, los ingresos y los beneficios indirectos o intangibles, de modo que la obligación del servicio universal no represente una carga injusta o desventaja no equitativa para una empresa, ni suponga una ventaja competitiva que quiebre el principio del establecimiento de condiciones de competencia iguales para los distintos operadores de telecomunicaciones, y, por ello, según se desprende de la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, expuesta en las sentencias de 30 de noviembre de 2000 (C-384/99) y de 6 de diciembre de 2001 (C-146/00), deben incluirse en el método de cálculo del coste del servicio universal."

En la STS de 25/02/09 se dice: "(...) En cuanto a esta última alegación, la falta de una metodología estable mediante la cual la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones pudiera cuantificar los beneficios no monetarios obtenidos por el operador en su calidad de prestador del servicio universal no puede convertirse en argumento para descalificar las conclusiones a las que llegó en este caso. Con o sin tal metodología general, lo cierto es que el organismo regulador debía responder a la propuesta de "Telefónica de España, S.A.U." relativa al coste neto del año 2001 y ello requería sin duda evaluar los componentes inmateriales o intangibles de obligada consideración según el artículo 29.2 del Reglamento de Servicio Universal de 1998 .

No cabe olvidar, además, que dicho organismo se refiere de modo expreso en el acuerdo ahora impugnado a su previa resolución de 19 de julio de 2001 en la que definió ya determinadas pautas generales para el cálculo del coste por zonas no rentables, a partir de las cuales ulteriormente apreciaría los beneficios derivados de la "ubicuidad" de "Telefónica de España, S.A.U.", como factor positivo en el balance costes-beneficios.

En lo que concierne a la única "ventaja" apreciada, la que deriva de la ubicuidad inherente a la prestación del servicio universal, las afirmaciones de la recurrente en su último motivo son respetables pero no pueden determinar la casación de la sentencia. En primer lugar, mal pueden reputarse vulnerados los dos preceptos citados -legal y reglamentario- por razones de fondo cuando no contienen pautas valorativas más detalladas sobre el cálculo de aquel beneficio singular (la tan citada ubicuidad), cuyo eventual desconocimiento permitiera criticar la solución a la que llega la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

En segundo lugar, retomando lo dicho en el fundamento jurídico anterior, no cabe afirmar que la apreciación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sobre un elemento de muy difícil objetivación (la valoración económica de los activos intangibles siempre es problemática) fuera irrazonable o arbitraria. Podrá sin duda ser discutible la solución adoptada pero no incurre en estos defectos el organismo regulador cuando asocia en cierto modo el coste de las zonas no rentables (calculado según la metodología a la que antes hemos hecho referencia) a la determinación de las ventajas derivadas de la implantación de "Telefónica de España, S.A.U." en todas y cada una de las zonas del territorio nacional."

OCTAVO: 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 del 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.

NOVENO: 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.

DÉCIMO: 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 Telecom 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.

UNDÉCIMO: En el cuarto motivo de impugnación se denuncia la incorrecta determinación del componente del CNSU relativo a la prestación del servicio de información 11818.

El artículo 40 del RSU incluye, entre los componentes del coste del servicio universal, el coste de las obligaciones de prestar los servicios de información relativa a los números de abonados del servicio telefónico disponible al público, de acuerdo con lo establecido en el art. 31.

Sobre el cálculo del coste Neto de esta obligación, dispone el artículo 43.5:

"El coste neto de la obligación de prestar los servicios de consulta telefónica sobre números de abonados se obtendrá hallando la diferencia entre los costes y los ingresos, directos e indirectos, atribuibles a dicha obligación. En particular, se considerarán ingresos de estos servicios los correspondientes a ingresos por tarifas de los servicios de consulta, incluido el tráfico inducido y cualesquiera otros ingresos derivados de dichos servicios, tales como los provenientes de la comercialización de ficheros."

En el informe de los servicios de la CMT se señala que, para determinar el coste neto del servicio universal imputable al servicio de información 11818 y de guías, se parte del margen del servicio de información nacional 11818 y del servicio de guías disponible en la contabilidad de costes y se añade el coste del servicio de terminación en los servicios de operadoras, a través del cual un cliente, físicamente conectado al operador interconectado, puede acceder a las operadoras de información nacional e internacional a través de la red de Telefónica. A ello se añaden los ingresos inducidos por las consultas al 11818, partiendo de la hipótesis de que cada consulta al servicio de información produce otra llamada, pudiendo ésta ser metropolitana, provincial o nacional. Como no todas las llamadas se producen por la red de Telefónica, se ha tenido en cuenta la cuota de mercado de Telefónica en cada ámbito.

El cálculo realizado en el Informe de Audiencia arrojaba los siguientes resultados:

Año 2003: -12.340'68 miles de euros.

Año 2004: -4.549'43 miles de euros

Año 2005: -4.673'05 miles de euros.

En la resolución impugnada se expone que para determinar la cuantía de coste neto del servicio universal imputable al servicio de información 11818 y de guías se parte del margen del servicio de información nacional 11818 y del servicio de guías disponible en la Contabilidad de Costes, sin añadir ninguna otra categoría de costes indirectos. Adicionalmente, y en virtud del artículo 27.5 del Reglamento del Servicio Universal (Real Decreto 1736 /1998) habría que tener en cuenta los ingresos inducidos por las consultas al 11818. Para ello se parte de la hipótesis de que cada consulta al servicio de información produce otra llamada, pudiendo ésta



ser metropolitana, provincial o nacional. Como no todas las llamadas se producen por la red de Telefónica, se ha tenido en cuenta la cuota de mercado de Telefónica en cada ámbito.

El resultado de las anteriores operaciones determina el siguiente coste neto por la prestación de este servicio:

2003: -6.809'68 miles de euros

2004: -1.251'47 miles de euros

2005: -939'69 miles de euros

La recurrente alega que la CMT se aparta injustificadamente del Informe de los servicios técnicos, sin explicar por qué cambia el criterio, suprimiendo sorpresivamente la imputación al coste neto por servicio de información 11818 del coste del servicio de terminación en los servicios de operadoras, que el Informe de audiencia estimó correctamente que debía incluirse.

En la resolución impugnada, como hemos dicho, se dispone que se tiene en cuenta el margen del servicio de información nacional 11818 y del servicio de guías disponible en la Contabilidad de Costes, sin añadir ninguna otra categoría de costes indirectos. No se da explicación alguna de por qué no se tiene en cuenta el margen del servicio de terminación en los servicios de operadoras, directamente vinculado al servicio de información, a través del cual un cliente conectado al operador interconectado tiene acceso a las operadoras de información nacional e internacional a través de la red de Telefónica. Teniendo en cuenta que en el Informe de Audiencia se incluía dicho margen, tomando los resultados de la Contabilidad de Costes presentada por Telefónica, su omisión en la resolución recurrida no está en absoluto justificada, pues ni se da razón alguna de dicha omisión, apartándose del criterio de los servicios de la CMT, ni tal omisión viene avalada por el Informe de Arthur D, Little ni por el informe pericial aportado al presente recurso.

En el primero de dichos informes se explica que el coste neto del servicio información y elaboración de guías telefónicas al año 2003 se estima en 12.340.680 €, en la que se incluye el margen del servicio 11818 con un coste negativo de 16.610.990 €, el margen del servicio de terminación en los servicios de operadoras con un coste negativo de 5.531.000 €, el margen del servicio de guías con un coste positivo de 6.305.670 € y el margen total inducido de 3.495.640 €. Para el año 2004 la estimación del coste neto de este servicio asciende a 4.550.549 €, incluyendo los mismos conceptos en las cuantías que se consignan.

Se precisa que la anterior metodología es la forma más adecuada de poder calcular este coste, pues agrupa a todos los conceptos que tienen que ver con ingresos y costes de este componente del CNSU.

DUODÉCIMO: Si bien compete a la CMT, en el ejercicio de las competencias que tiene atribuidas, establecer la metodología de cálculo empleada para la determinación del coste de las distintas obligaciones que integran el servicio universal, el establecimiento de dicha metodología está sujeto a la observancia de las garantías que informan cualquier procedimiento administrativo. Es por ello que la alteración o cambio de los criterios que el propio órgano regulador sometió a la consideración de las entidades interesadas, a través del Informe de Audiencia, exigía la debida justificación en la resolución final. Y ello al margen de que siendo una resolución sometida a control jurisdiccional cuando, como sucede en el presente caso, se interpone contra ella un recurso contencioso administrativo, los criterios seguidos han de resultar justificados y razonables, cuando lo que se discute es precisamente la arbitrariedad o irrazonabilidad que quien recurre imputa a los criterios de la Administración demandada, aportando prueba suficiente para ello.

Es por ello que, en consecuencia con todo lo expuesto en los anteriores fundamentos, a juicio de la Sala procede la estimación parcial del presente recurso, acordando la anulación parcial de la resolución de 8 de mayo de 2008, en relación al ejercicio 2003, a fin de que por la CMT se proceda, con retroacción de procedimiento, a hacer pronunciamiento expreso sobre si la prestación del servicio universal en el periodo comprendido entre el 1 de enero al 4 de noviembre de 2003 ha supuesto, o no, para TESAU desventaja competitiva.

Asimismo, 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; y en la determinación del coste neto del servicio universal imputable al servicio de información y de guías, debiendo realizarse dicho cálculo incluyendo los costes vinculados correspondientes al servicio de terminación en los servicios de operadoras.

DECIMOTERCERO: Por último, procede dar breve respuesta a la petición que formula la codemandada France Telecom sobre el planteamiento de cuestión prejudicial en relación con el artículo 13.1 de la Directiva 2002/22 / CE .



Pues bien, la posición procesal en este recurso de la entidad que formula la solicitud así como la imprecisión de la misma serían de por sí suficientes para denegar tan solicitud. Pero es que en el presente caso tal planteamiento, además de innecesario, no es pertinente en relación con las concretas cuestiones objeto de controversia, cuestiones planteadas por la entidad recurrente.

En todo caso, es preciso recordar que el procedimiento prejudicial está previsto en el Art. 267 CE (antes artículo 234 y antes artículo 177 TCE), que establece lo siguiente:

"El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

- a) sobre la interpretación de los Tratados;
- b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión;

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad. "

La obligatoriedad de someter la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas queda determinada, por tanto, por la existencia de una cuestión "interpretativa cuya solución resulta imprescindible para el enjuiciamiento del fondo del recurso entablado". El TJUE en la Sentencia CILFIT, ha interpretado la norma del art. antes 234 y ahora 267 del Tratado y declarado al respecto que esa obligatoriedad del reenvío está condicionada a que la jurisdicción nacional "haya constatado que la cuestión planteada sea pertinente o que la disposición comunitaria en litigio haya sido objeto de una interpretación por parte del Tribunal o que la aplicación correcta del Derecho comunitario se impone con tal evidencia que no deja lugar a ninguna duda razonable; la existencia de tal eventualidad debe ser valorada en función de las características propias del Derecho Comunitario, de las dificultades particulares que presenta su interpretación y del riesgo de divergencias de jurisprudencia en el interior de la Comunidad".

Es necesario pues que la cuestión interpretativa del Derecho Comunitario sea "pertinente" por ser decisiva para la solución del litigio, excluyéndose en los casos en que no llegue a entrarse en el fondo del litigio por estimación de causa de inadmisibilidad según el Derecho interno, o cuando el asunto puede resolverse sin interpretación de la norma de derecho comunitario, o en los supuestos de "actos claros", o sea cuando la interpretación del Derecho Comunitario no plantee duda razonable, en los términos de la Sentencia del Tribunal de Justicia citado.

DECIMOCUARTO: La Sala, en atención a lo dispuesto en el artículo 139.1 LJCA , no aprecia la concurrencia de méritos que justifiquen la condena en costas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que estimamos en parte el recurso contencioso administrativo nº 119/08, interpuesto por la Procuradora D^a. M^a del Carmen Ortiz Cornago, en nombre y representación de TELEFONICA DE ESPAÑA, SAU, contra las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 29 de noviembre de 2007 y 8 de mayo de 2008, a las que la demanda se contrae. Y ello con los siguientes efectos:

1.- Anulamos en parte la resolución de 8 de mayo de 2008, acordando que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con retroacción del procedimiento, se pronuncie sobre la existencia o no de desventaja competitiva para Telefónica de España, SAU, como consecuencia de la obligación de prestación del servicio universal entre el día 1 de enero de 2003 al 4 de noviembre de 2003.

2.- Anulamos en parte la resolución de 29 de noviembre de 2007, en lo que se refiere al cálculo del beneficio no monetario correspondiente al CNSU en los años 2003, 2004 y 2005, en relación con 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 teniendo en cuenta su ciclo de vida, en los términos expuestos en esta sentencia. Y la anulamos en cuanto a la



determinación del coste neto del servicio universal imputable al servicio de información y de guías, debiendo realizarse dicho cálculo incluyendo los costes vinculados correspondientes al servicio de terminación en los servicios de operadoras.

Todo ello, sin hacer expresa condena en costas.

Así por esta nuestra Sentencia que se notificará a las partes haciendo la indicación de que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo, con arreglo a lo dispuesto en el art. 86.1 de la LJCA , y de la cual será remitido testimonio a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ