



Roj: **SAN 732/2015** - ECLI: **ES:AN:2015:732**

Id Cendoj: **28079230082015100124**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **02/03/2015**

Nº de Recurso: **220/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MERCEDES PEDRAZ CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 732/2015,**  
**STS 3641/2017**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**SECCIÓN OCTAVA**

**Núm. de Recurso: 0000220 / 2013**

**Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

**Núm. Registro General: 01649/2013**

**Demandante: TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U. (TESAU)**

**Procurador: SR. LANCHARES PERLADO**

**Demandado: MINISTERIO DE INDUSTRIA, COMERCIO Y TURISMO**

**Codemandado: VODAFONE ESPAÑA S.A.U**

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.: D<sup>a</sup>. MERCEDES PEDRAZ CALVO**

**SENTENCIA N<sup>o</sup>:**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D<sup>a</sup>. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

D<sup>a</sup>. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a dos de marzo de dos mil quince.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **220/13** , que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido **TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U. (TESAU)** , representada por el Procurador **Sr. Lanchares Perlado** contra resolución de fecha 22 de noviembre de 2012, dictada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, representada por el Sr. Abogado del Estado, siendo codemandada **VODAFONE ESPAÑA S.A.U** representada por el Procurador Sr. Hidalgo Martínez en



materia de aprobación del coste neto de prestación del servicio universal para el año 2012 con una cuantía indeterminada y siendo Magistrado Ponente **D<sup>a</sup> MERCEDES PEDRAZ CALVO**.

## I.- ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso-administrativo, mediante escrito presentado el 16 de abril de 2013, contra la resolución antes mencionada.

Por providencia de fecha 30 de abril de 2013 se acordó su admisión a trámite con reclamación del expediente administrativo.

**SEGUNDO.-** En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 3 de septiembre de 2013, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando la estimación del recurso, y se anule en parte la resolución impugnada así como la que la confirma en reposición de fecha 14 de febrero de 2013 en lo relativo a los siguientes aspectos:

- Definición de las zonas en el servicio universal.
- Cálculo del coste neto en las zonas no rentables.
- Cálculo del coste neto de los servicios no rentables en lo referente al abono social.
- Cálculo del reconocimiento de la imagen de marca del operador.
- Cálculo del beneficio de ubicuidad.

**TERCERO.-** El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 20 de noviembre de 2013, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

Por la codemandada VODAFONE ESPAÑA SAU no se presentó escrito de contestación a la demanda.

**CUARTO.-** La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental y la pericial a instancias de la actora, con el resultado obrante en autos.

La Actora y el Abogado del Estado, por su orden, presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

**QUINTO.-** Por Providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 25 de febrero de 2015, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

## II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** Es objeto de impugnación en las presentes actuaciones resolución de la COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES (CMT) de 14 de febrero de 2013 por la que se desestiman los recursos de reposición interpuestos por TELEFONICA DE ESPAÑA SAU hoy actora y FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A contra la resolución de 22 de noviembre de 2012 sobre la nueva metodología para el cálculo del coste neto del servicio universal, tras la incorporación de la conexión de banda ancha. El expediente se identifica como AJ 2012/2746.

**SEGUNDO.-** Son antecedentes relevantes para resolver el presente recurso los siguientes:

- La aprobación de la Directiva 2009/136/CE modificó las obligaciones relativas al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, en el marco común del servicio universal para toda la Unión Europea (DSU).

Dicha Directiva otorga la competencia a los Estados Miembros para determinar la velocidad de transmisión que permita el acceso funcional a Internet, teniendo en cuenta las específicas circunstancias de los mercados nacionales.

- En aplicación de esta facultad, la Ley de Economía Sostenible estableció que la conexión a la red pública de comunicaciones electrónicas con capacidad de acceso funcional a Internet garantizada por el servicio universal de telecomunicaciones deberá permitir comunicaciones de datos en banda ancha a una velocidad en sentido descendente de 1 Mbit por segundo.

- La previsión legal es desarrollada por el Real Decreto 726/2011 que modifica el art. 28.1.b) del Reglamento del Servicio Universal y establece que el servicio de conexión a la red pública de telefonía fija debe permitir comunicaciones de datos en banda ancha a una velocidad en sentido descendente de 1 Mbit por segundo.

- Como consecuencia de estas modificaciones legales la CMT el día 21 de junio de 2012 inició el procedimiento para revisar la metodología de cálculo del coste neto del servicio universal, sometiéndolo al trámite de información pública.

Es igualmente relevante recordar como está regulada en nuestro ordenamiento jurídico la metodología de cálculo del coste neto del servicio universal (CNSU).

El Real Decreto 726/2011 establece en el art. 39 :

*"Artículo 39. Concepto de coste neto.*

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

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

En el art. 40 establece los componentes del CNSU:

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

a) El coste neto de las obligaciones de suministrar la conexión a la red pública de comunicaciones electrónicas, desde una ubicación fija, a la que se refiere el artículo 28.1, con los plazos y las condiciones de razonabilidad establecidas en el artículo 29.

b) El coste neto de las obligaciones de prestar el servicio telefónico disponible al público, referidas en el artículo 28.2.

c) El coste neto de las obligaciones de prestar el servicio telefónico mediante teléfonos públicos de pago, referidas en el artículo 32.

d) El coste neto de la obligación de elaborar y poner a disposición de los abonados del servicio telefónico las guías telefónicas a las que se refiere el artículo 30.

e) El coste neto de las obligaciones de prestar los servicios de información números de abonados del servicio telefónico disponible al público, referidas en el artículo 31.

Este precepto continúa regulando, en el marco de dicho procedimiento, para cuantificar los beneficios no monetarios obtenidos por el operador en su calidad de prestador de un servicio universal, las categorías de potenciales generadores de beneficios no monetarios que como mínimo deberán ser tomadas en consideración:

a) Mayor reconocimiento de la marca del operador, como consecuencia de la prestación del servicio.

b) Ventajas derivadas de la ubicación.

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.

Resulta por tanto que el CNSU es el resultado de restar:

- al Coste Neto Directo por la prestación del Servicio Universal constituido por la conexión a la red pública, el servicio telefónico disponible al público, los teléfonos públicos de pago, las guías de teléfonos y el servicio de información de números de abonados.

- el importe de los beneficios no monetarios por la prestación del Servicio universal, es decir, la imagen de marca, la ubicación, el ciclo de vida, y las ventajas comerciales derivadas del acceso a todo tipo de datos sobre el servicio telefónico.

El citado Real Decreto de 2011 (RSU) en su art. 45 establece una obligación para los operadores con obligaciones de servicio universal, de formular anualmente una declaración a la CMT de los servicios que ofrecen, cuya prestación sólo pueda hacerse con coste neto para ellos, detallando sus distintos componentes de costes e ingresos, de acuerdo con los principios y las normas de este reglamento y siguiendo las instrucciones que dicte la CMT:



*"Para ello, el operador obligado, además de llevar una contabilidad separada que permita la adecuada asignación de los costes e ingresos, deberá encargar a una entidad cualificada e independiente, con una periodicidad anual, que compruebe dicha declaración de coste, y tendrá la obligación de aportar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones antes del 31 de julio del año siguiente el informe correspondiente que contenga una declaración de conformidad."*

**TERCERO-** Las pretensiones ejercitadas en la demanda, como resulta literalmente de dicho escrito, son las siguientes:

- 1) incorrecta definición de las zonas, realizada sin la debida justificación técnica ni regulatoria. La CMT establece sin justificación técnica las mismas zonas para los servicios de conexión y tráfico telefónico pese a que pueden ser diferentes, dado que los elementos técnicos que soportan ambos servicios no son los mismos. Igualmente denuncia que la CMT no analiza cuales de ellos serían evitables en cada caso.
- 2) El método de cálculo de los costes del servicio de conexión y del STDP es incorrecto e injustificado, porque la CMT calcula de forma conjunta los costes netos de la conexión a la red pública y del servicio telefónico disponible al público, siendo así que el RSU separa ambos servicios en sus arts. 41 y 42. Alega que no hay justificación técnica de dicha conclusión que sería por tanto arbitraria e irrazonable.
- 3) Contabilización incorrecta de los ingresos y costes de todos los servicios mayoristas y minoristas para analizar la rentabilidad de una zona. Alega que antes para determinar si una zona es rentable o no, no se tomaban en cuenta la totalidad de los ingresos y los costes de todos los servicios mayoristas y minoristas del operador obligado a prestar el servicio universal, como si se hace ahora, lo que supone un cambio de criterio no sustentado en motivos técnicos.
- 4) Eliminación arbitraria de ciertos costes a la hora de calcular la rentabilidad de las zonas. La CMT elimina la parte de los costes de marketing y de publicidad y de los costes de ventas directamente atribuibles a los servicios de conexión y de acceso a la red telefónica básica, en la resolución inicial por ser costes poco significativos, y en la resolutoria del recurso de reposición porque no se consideran costes evitables, por lo que no deberían imputarse en el coste neto del servicio universal.
- 5) El cálculo del coste asociado a los servicios no rentables de los clientes con tarifas especiales es erróneo y carente de la debida justificación.
- 6) Cálculo incorrecto e irrazonable de ciertos beneficios no monetarios: el procedimiento utilizado por la CMT para calcular este extremo consiste en realizar una encuesta entre los clientes exclusivos del operador que presta el servicio universal, con independencia de si se encuentran en zonas rentables o no rentables, para comprobar qué porcentaje de ellos son fieles al operador precisamente por prestar dicho servicio universal. Esto supone ignorar que los clientes de zonas no rentables no pueden realizar una valoración sobre su fidelidad porque no hay otro que les preste el servicio al no existir competencia. Y en cuanto a la ubicuidad considera que no refleja el hecho de que hay clientes que se mudan de una zona no rentable a otra rentable y continúan con Telefónica por otras razones.

**CUARTO** -. En su escrito de contestación a la demanda el Abogado del Estado opone los siguientes razonamientos, tras exponer por qué considera que existe discrecionalidad técnica de la CMT en la determinación del coste neto del Servicio Universal, con cita de sentencias de esta misma Sala y Sección y del Tribunal Supremo:

- 1) La CMT parte de la distinción establecida en los arts. 41 y 42 del Reglamento de Servicio Universal, en cuanto al servicio de conexión y el servicio de tráfico telefónico. Si existen criterios técnicos, como es el caso, que lo justifiquen, la CMT puede establecer unas mismas zonas para los servicios de conexión y para los servicios de tráfico telefónico, porque la norma no impide que las zonas puedan ser iguales para ambas obligaciones. Y así ocurre en este caso, en que habitualmente ambos servicios son ofrecidos de forma conjunta por los operadores.
- 2) Para la delimitación de zonas rentables y no rentables, la CMT ha utilizado un criterio técnico, el área servida por la propia central local más las áreas de las centrales remotas que dependen de ella, dejando para las zonas de difícil acceso mediante la red convencional de pares de cobre otras soluciones alternativas basadas en tecnologías inalámbricas. La actora pretende sustituirla por su propio criterio, el de ubicación de los operadores entrantes basada en los servicios OBA. En esta misma cuestión, el criterio de la CMT consiste en calcular el CNSU en cada zona, imputando los ingresos y los gastos de todos los servicios prestados por el operador, los que forman parte del servicio universal y los demás. Una vez separadas así las zonas rentables y no rentables, sobre estas vuelve a calcular si el coste neto de los servicios incluidos en el SU es positivo, lo que daría lugar a una zona no rentable, o negativo, y entonces sería zona rentable. El concepto de "rentabilidad" se ha de obtener teniendo en cuenta no solo los servicios propios del SU.



3) En relación con la eliminación para el cálculo de los costes evitables del servicio de conexión a la red y del servicio telefónico disponible al público de los Costes de Marketing y Publicidad y Venta, reitera lo señalado por la CMT: el hecho de que una parte del coste del CAADS "Ventas" se asigne a los servicios de acceso y conexión a la red telefónica básica en el sistema de contabilidad de costes no implica que se tenga que considerar en el cálculo del coste neto del servicio universal porque la metodología aprobada solo tiene en cuenta los costes evitables, es decir, aquellos que se evitarían en el caso de dejar de prestar el servicio universal.

4) En relación con la determinación del coste neto de los servicios no rentables, en concreto el abono social, alega que la CMT ha actuado de conformidad con lo dispuesto en el art. 39 del RSU, siendo servicios no rentables aquellos que un operador no prestaría a precios asequibles por razones comerciales, es decir, servicios de conexión y servicios de transmisión prestados a precios no rentables por las características de los usuarios, jubilados, pensionistas, usuarios ciegos y usuarios sordos, y no porque estén en zonas rentables. Aquí se aplican tarifas especiales que reducen el ingreso y el margen de beneficio del operador, y se toma en consideración lo elevado del coste de prestación o acceso al servicio para usuarios con discapacidades. Se continúa alegando que la nueva metodología se basa en la diferencia entre el coste de prestación del servicio y el precio reducido que se cobra al beneficiario del abono social, porque si se aplica la reducción al precio que tendría el servicio en ausencia de subvención se estaría financiando el margen de beneficio de TESAU.

En cuanto a la pérdida del coste de oportunidad, reitera la consideración de la CMT de que es razonable tomar en consideración el coste que tiene para TESAU prestar las tarifas especiales como consecuencia de la obligación en lugar del precio de mercado, pues es el coste real que le supone prestar el servicio.

5) Respecto de la metodología utilizada por la CMT para la determinación de los beneficios no monetarios por mayor reconocimiento de la marca del operador como consecuencia de la prestación del servicio y por ventajas derivadas de la ubicuidad, el Abogado del Estado recuerda que la estimación del recurso por esta Sala en las sentencias de 24 de enero de 2011 y 14 de enero de 2013 fue por falta de motivación.

En este caso la CMT se ha amparado en el art. 40 del RSU y ha realizado, para valorar el mayor reconocimiento de la imagen de marca del operador, encuestas a los usuarios para obtener una estimación del porcentaje de usuarios fieles al operador prestador del SU precisamente por llevar a cabo este servicio. Eso precisamente defendió la ahora actora en aquellos recursos.

Y en cuanto a la correcta determinación del ajuste del concepto "ventajas derivadas de la ubicuidad" considera que la CMT ha tomado en cuenta que el beneficio en cuestión se produce por la prestación del servicio en todo el territorio del Estado como consecuencia de la obligación del SU con independencia de la fidelidad del cliente hacia el prestador del referido SU. Es decir, que el hecho de que un cliente que migre a una zona rentable contrate con el operador prestador se produce con independencia de su fidelidad hacia él. O en palabras de la CMT "en este beneficio no monetario la concurrencia de la fidelidad del cliente no es necesaria, como si lo es, en cambio, en la imagen de marca".

**QUINTO-** . Antes de continuar con el estudio del recurso, es preciso hacer referencia al hecho de que entre la documentación remitida por ISDEFE había una parte de carácter confidencial, sobre cuyo conocimiento insistió la actora, pese a reconocer que se trata de su propia documentación.

La Sala acordó que, una vez estudiado el recurso para la deliberación y votación y fallo, en caso de considerar necesario efectuar dicho traslado, así se acordaría como diligencia final.

Este Tribunal considera que no procede practicar dicha diligencia sobre la base de que, la referida documentación fue aportada por la propia recurrente, sin que pese a ello, haya explicitado en este recurso, cual es la trascendencia del acceso a dicha documentación de parte para sustentar su pretensión. De hecho la actora pretende una confidencialidad parcial: reconoce que fue ella misma la que solicitó que se declarara la confidencialidad de los documentos, pero solo para evitar el acceso a los mismos de la codemandada. Si reconoce el carácter de secreto comercial e industrial, y reconoce expresamente que "dicha documentación se había basado en datos aportados a ISDEFE por mi representada" no alcanza esta Sala a valorar por qué el que no se reproduzcan en este litigio le produce a la actora indefensión.

Tal ausencia de acreditación se agrava ante la virtual inexistencia de razonamientos, que hubiera podido formular ya que reconoce que en su momento facilitó los referidos documentos, dirigidos a establecer la trascendencia de dicha prueba. En concreto, no se alegado que el conocimiento por TESAU en fase de prueba, puesto que fuera de dicha fase reconoce conocerlos, de los documentos en cuestión sea indispensable para ejercitar su pretensión.

En el auto de fecha 13 de mayo de 2014 el Tribunal Supremo recordaba su doctrina en la materia en los siguientes términos:



" En este punto, nuestra posición jurisprudencial puede resumirse en la que hemos acogido en Auto de 13 de julio de 2006 (recurso 47/2006), reproducido en el de 31 de enero de 2007 (recurso 256/2005). Decíamos en aquel que:

<<A la hora de resolver sobre el posible conflicto entre la confidencialidad de la documentación y las exigencias de los derechos de defensa y tutela judicial efectiva, en una contemplación integral del Ordenamiento Jurídico, hemos de partir de que las decisiones de declaración de confidencialidad efectuadas en sede administrativa no pierden vigor ipso facto por el hecho de que se impugne ante los órganos de la jurisdicción la resolución administrativa en cuyo procedimiento de adopción se realizó tal declaración. No existe previsión normativa alguna que imponga en sede jurisdiccional una automática pérdida de vigencia de la confidencialidad declarada en vía administrativa, pues no resulta lógico que lo que ha permanecido velado durante el procedimiento administrativo por un interés público o privado reconocido en la norma, pueda salir a la luz libremente y sin cortapisa alguna por la mera interposición de un recurso contencioso-administrativo.

Se impone, pues, una valoración circunstanciada de cada caso concretamente examinado, a fin de cohonestar de forma singularizada el derecho a la defensa y la protección de los intereses públicos y privados que conducen a las limitaciones de acceso al expediente administrativo. Por eso, esta Sala, en Auto de seis de octubre de dos mil cinco, recaído en el Recurso Ordinario 533/1994, ha considerado que esta materia debe abordarse "desde la perspectiva conjunta de no provocar indefensión a ninguna de las partes en el proceso y, a la vez, mantener el equilibrio entre el conocimiento procesal de determinados datos relevantes para el éxito de las pretensiones pero simultáneamente amparados, en principio, por el secreto comercial", sin que sea dable una declaración formulada globalmente sobre la pertinencia o impertinencia de que conste en el expediente toda la documentación solicitada.

Esta doctrina no se opone, sino que más bien resulta complementaria de la que se expone en la Sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 17 de diciembre de 1991, recaída en el asunto Hercules Chemicals, a tenor de la cual, "el respeto del derecho de defensa no exige que la empresa implicada en un procedimiento pueda comentar todos los documentos que formen parte del expediente de la Comisión, puesto que no hay disposiciones que impongan a la Comisión la obligación de comunicar sus expedientes a las partes interesadas (sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de enero de 1984, asuntos acumulados 43/82, antes citada, apartado 25)".

En síntesis, la adecuada ponderación entre el derecho a la defensa y el respeto a la confidencialidad, tácita o expresa, de determinados extremos obrantes en el expediente, exige un esfuerzo analítico de las razones por las que se considera pertinente la aportación de documentos de conocimiento limitado, coherente con el principio, de raigambre anglosajona, a tenor del cual el acceso debe ampararse en la llamada "need to know", necesidad que debe justificarse, en este caso concreto, por referencia a cada uno de los documentos solicitados>>.

Proyectada esta doctrina al caso que nos ocupa, concluimos que al no haber manifestado la parte expresión singularizada y razonada del específico motivo por el que habría de prescindirse de los efectos propios de la confidencialidad del documento, en el sentido de no haber hecho una valoración circunstanciada de las razones por las que deba levantarse en aras del derecho de defensa dicha confidencialidad, acordamos que de momento no procede hacer entrega del mismo a la parte actora, debiendo por eso quedar a disposición de la Sala bajo custodia de la Secretaria, como en situación análoga resolvimos en Auto de 20 de enero de 2004 (recurso 38/2003)."

Estos razonamientos entiende esta Sala que son plenamente de aplicación al supuesto de autos, y con este fundamento procede mantener la decisión adoptada en el momento procesal oportuno de no entregar a la recurrente la documentación confidencial aportada por ISDEFE.

**SEXTO-** La recurrente inicia la exposición de sus pretensiones recordando que en anteriores sentencias de esta Sala relativas al coste neto del servicio universal obtuvo resoluciones favorables. Es procedente recordar los siguientes antecedentes:

- 21-X-2004 CNSU ejercicios 1.998 y 1.999: esta Sala anula la parte relativa a que la CMT al calcular el CNSU consideró que la prestación del servicio universal y los costes netos incurridos en esos dos periodos no habían supuesto para la operadora "desventaja competitiva".

- 24-I-2011 CNSU ejercicios 2003, 2004 y 2005: esta Sala anula la parte relativa a la existencia o no de desventaja competitiva como consecuencia de prestar el servicio universal entre el 1 de enero y el 4 de noviembre de 2003. Y en la parte relativa al cálculo del beneficio no monetario correspondiente a 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. Igualmente 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.

- 14-I-2013 CNSU ejercicio 2008, a fin de que por la CMT se realice una valoración de los beneficios no monetarios correspondientes a la imagen de marca y la ubicuidad "con libertad de criterio regulatorio aunque con la pertinente motivación".

La actora dice que " *las citadas sentencias abordan cuestiones estrechamente identificadas con las que se plantean en el presente recurso, si bien estas no llegan a ser idénticas. Ha de tenerse en cuenta que se trata ahora de una nueva metodología impuesta por la CMT, pero que guarda un denominador común con las anteriormente analizadas por la AUDIENCIA NACIONAL en ciertos aspectos carece de la debida justificación mostrándose manifiestamente irrazonable y extralimitándose de esta manera, de la reconocida discrecionalidad técnica que posee la CMT* "

En estas dos últimas sentencias, la Sala estimó en parte el recurso porque el método de cálculo seguido se consideró "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 Pascual y en el informe pericial aportado por la recurrente*». Y " *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 Pascual , no resulta debidamente justificada la metodología aplicada ni la discrepancia con el contenido del Informe de Audiencia*».

Se aportan así a estos autos los informes citados en aquellas sentencias, en concreto el de Pascual de 24 de marzo de 2006 y el de Jose Ángel de 15 de diciembre de 2009.

Esta Sala dictó sentencia, con posterioridad a los escritos de demanda y conclusiones de la actora, el día 19 de mayo de 2014, en el recurso 110/2012 relativa al coste neto del servicio universal para el ejercicio 2009, en la cual se dijo:

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

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

Es preciso poner de relieve la diferencia fundamental entre la situación analizada en las sentencias anteriores y la actual:

1º) mediante al Orden ITC/3808/2008, de 23 de diciembre, se designó a Telefónica de España, SAU, como el operador obligado a prestar, entre otros, el elemento del servicio universal relativo a la conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija y acceso al servicio telefónico disponible al público, para el período comprendido entre el día 1 de enero de 2009 y el día 31 de diciembre de 2010.

Dicho período fue ampliado hasta el 31 de diciembre de 2011 por la Orden ITC/3379/2010, de 28 de diciembre.

2º) Tiene lugar la aprobación de la Directiva 2009/136/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre, por la que se modifica, entre otras, la Directiva 2002/22/CE, que otorga a los Estados miembros la posibilidad de incorporar la banda ancha al servicio universal.

3º) La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible incorpora el requisito de que la conexión a la red pública de comunicaciones electrónicas garantizada por el servicio universal deberá permitir comunicaciones de datos en sentido descendente de 1 Mbps.

4º) El Real Decreto 726/2011, de 20 de mayo, modifica el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril.

5º) la Orden ITC/2464/2011, de 15 de septiembre resume los precedentes que han llevado a un nuevo proceso de designación del operador encargado de prestar este nuevo servicio universal, mediante procedimiento abierto y la convocatoria de un concurso público:



"Este nuevo requisito es desarrollado en la modificación del Reglamento sobre el servicio universal aprobada por el Real Decreto 726/2011, de 20 de mayo, el cual incorpora también la transposición al ordenamiento jurídico interno de los cambios introducidos en el marco del servicio universal por la Directiva 2009/136/CE y el desglose de los distintos elementos de servicio universal para posibilitar una designación separada.

Dentro de este marco, se pone en marcha a través de la presente orden el proceso para la designación de operador encargado de la prestación de los elementos de servicio universal relativos al suministro de la conexión a la red pública de comunicaciones electrónicas y al servicio telefónico disponible al público, con la aprobación del pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas para la designación mediante procedimiento abierto y la convocatoria del correspondiente concurso, de acuerdo lo establecido en el artículo 37 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril.

Asimismo, de acuerdo con lo recogido en el considerando 16 de la Directiva 2009/136/CE y en el preámbulo del Real Decreto 726/2011, de 20 de mayo, por el que se modifica el Reglamento del servicio universal, se incluyen en este procedimiento de designación las siguientes condiciones específicas en aras de una mayor eficiencia del proceso: la agrupación del elemento relativo a la conexión a la red con el relativo al servicio telefónico, el establecimiento de un tamaño mínimo de zona equivalente al de una Comunidad o Ciudad Autónoma y de un período de designación de cinco años.

La designación conjunta de ambos elementos se justifica por el objetivo de minimizar la interferencia en el mercado, dado que actualmente no se están comercializando a los usuarios finales conexiones a la red con capacidad para la prestación del servicio telefónico, pero sin incluir la prestación del mismo."

En el informe pericial presentado por la parte actora, se señala igualmente que ha tenido lugar " un cambio fundamental en la forma en que se define el servicio universal y los criterios de definición de las zonas, que hay que considerar para analizar las sentencias de la AN y el TS habidas en materia del SU , todas ellas en materia de definición de zonas se refieren al marco anterior del RUS de l.998 y en su caso el año 2005 ".(pag. 25)

**SEPTIMO** -. Entrando ya a examinar los concretos motivos de recurso, la actora alega en primer lugar, la incorrecta definición de las zonas, realizada sin la debida justificación técnica. En vía administrativa había alegado TESAU que los servicios considerados para determinar la rentabilidad de las zonas son incorrectos, a tenor de los dispuesto en los arts. 41.2 y 42.2 del RSU.

En el escrito de conclusiones, y una vez practicada la prueba pericial, concreta que ha tenido lugar una "incorrecta definición de zonas" pues la actora considera que los elementos técnicos que configuran por un lado el servicio de conexión y por otro el STDP son diferentes, lo que conlleva decisiones de inversión diferenciadas y por consiguiente distintos costes evitables.

Este extremo es analizado en el informe pericial de parte: en concreto, se emite opinión sobre la metodología empleada por la CMT para definir las zonas en las que se calcula el CNSU que resultan en zonas no rentables a efectos del SU (las ZNR)

En el expediente obra el informe de ISDEFE, en cuya introducción se identifican las comparaciones entre las metodologías de cálculo del CNSU utilizadas en otros Estados Miembros de la UE. y se detallan los componentes:

- 1) coste neto directo de prestación del SU: zonas no rentables, usuarios no rentables en zonas rentables, usuarios con tarifas especiales, cabinas, directorios, guías y servicios de información.
- 2) Beneficios inmateriales asociados: imagen de marca, ubicuidad, ciclo de vida, marketing, publicidad en cabinas.

Obra documento relativo a requerimiento de información para estimar el CNSU de TESAU en la parte correspondiente a conexión a la red y servicio telefónico disponible al público en las zonas no rentables, conexión a la red y servicio telefónico disponible al público para la prestación eficiente de servicios no rentables, y guías. Se detalla cada extremo:

- . Rentabilidad por zona: requerimiento basado en lo acordado entre TESAU, ISDEFE y la CMT en audioconferencia de 22 de diciembre de 2011.
- . Prestación eficiente de servicios no rentables: se recogen las fórmulas a aplicar por TESAU para calcular el coste de estos componentes del SU.
- . Guías: TESAU debe indicar el coste de prestación del servicio de guías.





Obra documento relativo al cálculo del coste adicional incremental que supondrá para TESAU en el coste neto del SU de 2012 la prestación del servicio de banda ancha a 1 Mbps como requiere el reglamento del SU y se señala literalmente:

*" para lo cual se deben estimar en primer lugar, los nuevos clientes del servicio de banda ancha a 1 Mbps en el ámbito del SU que en el momento de la solicitud no tienen la red preparada para esta velocidad de prestación del servicio y, por tanto, debe ser actualizada por TESAU. Y en segundo lugar, se debe calcular el coste incremental de prestación del servicio de banda ancha a 1 Mbps a estos clientes en el ejercicio 2012 "*.

Obra igualmente el documento relativo a la información requerida para estimar el coste neto directo de los teléfonos públicos de pago.

La CMT ha calculado el coste neto de las zonas no rentables según el esquema metodológico que figura en la pág. 12 de la resolución impugnada. Se resume como la diferencia entre los costes evitables y los ingresos atribuibles al servicio de conexión a la red y al STDP en cada una de las zonas no rentables.

A su vez los costes evitables son la diferencia entre actuar con la obligación de SU y los que resultan sin dicha obligación.

La crítica de la actora, basada en la pericial practicada a su instancia, se basa en la denominada "agregación" siendo así que, a juicio de la parte, deja sin reconocer una parte importante de los costes.

La justificación de la CMT es la siguiente: en el concurso público para la prestación del SU, en los pliegos de licitación, se unificó la prestación de los servicios de conexión a la red y tráfico telefónico.

La Orden ITC/2464/2011, de 15 de septiembre, por la que se aprueba el pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas para la designación de operador u operadores encargados de la prestación de los elementos de servicio universal relativos al suministro de la conexión a la red pública de comunicaciones electrónicas y a la prestación del servicio telefónico disponible al público, y se convoca el correspondiente concurso, recoge efectivamente una zona común para definir el cálculo de la rentabilidad: la misma zona para la conexión y el servicio telefónico.

La Orden ITC/3231/2011, de 17 de noviembre, resuelve la licitación convocada por Orden ITC/2464/2011 y designa a Telefónica de España, SAU como operador encargado de la prestación de los elementos de servicio universal relativos al suministro de la conexión a la red pública de comunicaciones electrónicas y a la prestación del servicio telefónico disponible al público, desde una ubicación fija.

Resulta así que la convocatoria contiene un *" Pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas para la designación de operador u operadores encargados de la prestación de los elementos de servicio universal relativos al suministro de la conexión a la red pública de comunicaciones electrónicas y al servicio telefónico disponible al público"*.

Este pliego contiene las obligaciones, y asimismo el derecho del operador a la compensación del coste neto.

La Administración ha tomado en consideración, a juicio de esta Sala, la totalidad de las variables afectadas, si bien no en la forma pretendida por la recurrente: el resumen es, con independencia de otras consideraciones, que una zona es rentable en términos económicos y comerciales, si los servicios que se prestan en ella, tanto el SU como los demás, generan un margen positivo. Y como concreta en la resolución del recurso de Telefónica "Y aunque posteriormente el coste neto del servicio universal se calcule únicamente con los servicios que forman parte de la obligación de dicho servicio, el RSU en ningún momento establece que la rentabilidad de las zonas deba calcularse de igual manera que el coste neto de la obligación del servicio universal". Es correcta la definición de costes evitables como los que resultan de aquellas cifras de coste en que incurriría TESAU sin prestar el SU y los que incurre con la prestación del mismo, y dado que se está estableciendo el coste en el marco de la obligación conjunta de prestar servicio de conexión a la red y el STDP considera la Sala, con la Administración, que deben tomarse ambas en consideración, al igual que para calcular los ingresos.

Continúa la CMT aclarando que el criterio técnico se ajusta mejor que cualquier criterio administrativo en tanto que la decisión de inversión de un operador se aproxima más a este criterio técnico de red, y porque este a la vez toma en consideración otros, como son los demográficos y los socio-económicos. Es igualmente razonable la conclusión de que un operador que cubre un núcleo elevado de demanda mediante el establecimiento de una central telefónica intentará ofrecer todos los servicios posibles, teléfono, internet e incluso televisión, como demuestra la práctica comercial reciente de la recurrente. No hay duda a juicio de esta Sala que la consecuencia extraída por la CMT, definiendo el concepto de zona en relación con la estructura actual de centrales locales incluyendo las remotas es razonable y está justificada: porque una gran mayoría de la red actual de bucles de cobre soportan la velocidad de acceso a internet establecida ahora de 1Mbps, es decir, TESAU podría asegurar



la prestación de los servicios litigiosos mediante la estructura de centrales que ya tenía, cubriendo el resto, considerado por la CMT y no combatido por actora, como "marginal", con tecnologías inalámbricas y satélites.

**OCTAVO-** . Sobre el método de cálculo de los costes del servicio de conexión y del STDP alega la actora que lo procedente es estimar por separado los costes reales evitables asociados a cada uno de los servicios, en congruencia con la modificación del RSU que ha motivado esta nueva metodología.

La Sala no comparte esta alegación: nuevamente es preciso recordar que se ha producido una convocatoria para la designación de operador encargado de la prestación de cualquiera de los elementos integrantes del servicio universal que no quede garantizada por el libre mercado, mediante licitación a través de Orden Ministerial. En concreto se incluyeron en el procedimiento de designación " *en aras de una mayor eficiencia del proceso*" las siguientes condiciones específicas: la agrupación del elemento relativo a la conexión a la red con el relativo al servicio telefónico.

Si bien está claro que, como alega la actora, ambos servicios tienen diferencias sustanciales, el conjunto de la regulación, las propias previsiones del concurso de adjudicación, conllevan el cálculo conjunto desde el punto de vista técnico y regulatorio. Como señala el Abogado del Estado, la distinta regulación en los arts. 41 y 42 del coste neto de las obligaciones de suministrar la conexión a la red pública de comunicaciones electrónicas, y el coste neto de las obligaciones de prestar el servicio telefónico disponible al público, no impide que la CMT establezca unas mismas zonas para unos y otros, siempre que, como es el caso, y justificado por el hecho recordado más arriba, " *TESAU podría asegurar la prestación de los servicios litigiosos mediante la estructura de centrales que ya tenía, cubriendo el resto, considerado por la CMT y no combatido por actora, como "marginal", con tecnologías inalámbricas y satélites*" .

Según el art. 41 el coste neto de las obligaciones de suministrar la conexión a la red pública de comunicaciones electrónicas se obtendrá sumando el coste neto asociado al suministro de las conexiones para la prestación eficiente de los servicios no rentables con el coste neto de suministrar las conexiones en las zonas no rentables deduciendo los beneficios incluidos los no monetarios obtenidos por el operador.

Según el art. 42 el coste neto de las obligaciones de prestar el servicio telefónico disponible al público se obtendrá sumando el coste neto asociado al servicio telefónico disponible al público con el coste neto de suministrar el servicio en cuestión en zonas no rentables deduciendo los beneficios incluidos los no monetarios obtenidos por el operador.

Directamente relacionado con este motivo de recurso se encuentra el siguiente, relativo a la agregación de los ingresos y costes de todos los servicios mayoristas y minoristas para analizar la rentabilidad de una zona: la actora considera que deben distinguirse los incluidos en el servicio universal del resto de servicios comerciales.

La actora trae a colación el voto particular formulado por una Consejera de la CMT la cual a su vez cita una sentencia de esta Sala y Sección, la de 9 de mayo de 2011 dictada en un recurso en el que la ahora actora era codemandada, cita que no guarda relación con la cuestión debatida.

En efecto, se discutía entonces si el beneficio que TESAU obtiene por la elaboración de guías y por la atención al servicio de información 11818 debía minorar los costes soportados por TESAU por la prestación del servicio universal. Y se concluía que según el art. 39.3 del RSU el coste neto de prestación del servicio universal será determinado en función del ahorro neto que el operador conseguiría si no tuviera obligación de prestar el servicio universal. En resumen: el coste neto no requiere compensar las diferentes partidas, sino que el saldo positivo de un concepto no debe minorar los negativos de otro. Cada concepto se calcula por separado, pero como concreta la sentencia no se puede entender que lo que gana en las zonas rentables vaya a enjugar lo que pierde en las zonas no rentables.

En este caso, se debate si es conforme a derecho precisamente el que se vaya delimitando primero zonas rentables y no rentables, y a continuación establecer la rentabilidad de las zonas, concluyendo esta Sala con la CMT que nada obliga a calcular la rentabilidad de las zonas de la misma manera que el coste neto del servicio universal. De la propia redacción de los citados arts. 41 y 42 resulta la inclusión de todos los servicios que el operador puede comercializar en la zona. Una vez determinada las zonas no rentables, a efectos de estimar el coste neto, solo se toman en consideración los servicios de conexión a la red y tráfico telefónico y únicamente sus costes evitables y sus ingresos atribuibles.

La actora considera igualmente arbitraria la eliminación, para calcular la rentabilidad de las zonas, de la parte de los costes de marketing y publicidad, y de los costes de ventas directamente atribuibles a los servicios de conexión y de acceso a la red telefónica básica.

En la resolución desestimatoria del recurso de reposición, la CMT señala que el hecho de que una parte del coste de "Ventas" se asigne a los servicios de acceso y conexión a la red telefónica básica en el sistema de



contabilidad costes no implica que se tenga que considerar en el cálculo del coste neto del servicio universal, pues en la actual metodología se toman en consideración únicamente los costes que se evitarían en el caso de dejar de prestar el servicio universal. Y aunque contablemente los costes de ventas, se asignen a los servicios de conexión y acceso a la red telefónica básica de la contabilidad regulatoria, eso no implica que se asignen al coste neto del servicio universal porque no son evitables.

La Sala comparte esta apreciación: el hecho de que contablemente sea admisible, o incluso obligatoria, la imputación de parte de los costes litigiosos a la prestación del servicio universal, no quiere decir que tengan que tomarse en consideración para calcular el coste neto del mismo. Es razonable excluir aquellos costes en los que la empresa incurriría de no verse en la obligación de prestar el servicio universal, pues resulta claro que no son inherentes a este.

**NOVENO** - La actora considera que el cálculo del coste neto del abono social es arbitrario pues en la anterior metodología de cálculo la CMT consideraba como coste la diferencia entre el precio rebajado que se cobra a cierto colectivo de clientes y el precio al que se le cobraría el servicio en el caso de no estar obligada a prestar dicho abono social. Y alega que ahora sin justificación, la CMT ha establecido que el coste será solo la diferencia entre el precio cobrado a los clientes del abono social y el coste que supone a TESAU prestar el servicio.

El art. 39.3 del RSU establece:

*" Tendrán la consideración de servicios no rentables los solicitados por clientes o grupos de clientes, a los que un operador no se los prestaría a precio asequible, atendiendo a razones exclusivamente comerciales, bien por disfrutar de tarifas especiales, bien por su alto coste, incluido el de su acceso ".*

Según la recurrente, lo decisivo es la frase "atendiendo a razones exclusivamente comerciales" y así ella ofrecería el servicio solo al precio correspondiente a la oferta minorista del servicio que se trate. Por lo tanto no es correcto calcular la diferencia entre el coste de proveer el servicio y el precio reducido del mismo, pues así no se toma en consideración el "coste de oportunidad".

La CMT recuerda que *" el coste de oportunidad es un concepto económico que en este caso representa la diferencia entre la rentabilidad para TESAU por un cliente a quién se le presta el servicio atendiendo a razones exclusivamente comerciales y la rentabilidad por un cliente al que está obligado a prestar servicio como consecuencia de la obligación del servicio universal. El coste de oportunidad se puede definir como aquello a lo que un agente renuncia cuando hace una elección o toma una decisión, lo que no tiene relación con el coste propiamente dicho, sino con el beneficio o ganancia que deja de percibir con esa elección "*

Según el art. 39 RSU citado, son servicios no rentables aquellos que un operador no prestaría a precio asequible por razones comerciales: son servicios que no son rentables aunque se encuentren en zonas rentables, porque se han establecido tarifas especiales que reducen el ingreso y el margen de beneficio del operador, o por el elevado coste de prestación o acceso al servicio para usuarios con discapacidades. Se trata de jubilados y pensionistas, usuarios ciegos y usuarios sordos.

La CMT ha tomado en cuenta la diferencia entre el coste de prestación del servicio y el precio reducido que se cobra al beneficiario, pero, como alegaron en su día los competidores, se trata de que a Telefónica no le cueste dinero no de que se le compense por los beneficios dejados de percibir si se hubieran cobrado las tarifas normales.

**DÉCIMO** - La actora se muestra disconforme con el cálculo del reconocimiento de la imagen de marca del operador y el cálculo del beneficio de ubicuidad.

La cuestión relativa la imagen de marca se vincula a los informes de Pascual y el Sr. Jose Ángel en los que se señala que la encuesta para calcular este beneficio debe hacerse únicamente en zonas rentables. No se aclara a la Sala por qué las conclusiones obtenidas en otro sistema distinto de metodología de cálculo del coste neto del servicio universal hace respectivamente nueve y seis años, deberían aceptarse por la Sala, específicamente, ni se justifica si las razones tomadas entonces en consideración siguen siendo válidas.

En su día esta Sala estimó el recurso en relación con este extremo sobre la base de que la CMT no expresó de forma "clara las razones técnico económicas por las que la administración se separaba de los informes con los que contaba".

No es este el caso. La CMT en las pags. 50 a 53 explica detalladamente como ha establecido sus cálculos:

1) el modelo más adecuado para la cuantificación de este beneficio debe basarse en la realización de encuestas a los usuarios. El objetivo es obtener una estimación del porcentaje de usuarios fieles al operador prestador del SU precisamente por llevar a cabo este servicio.



2) Dado que ahora se incluye la banda ancha, la influencia de la imagen de marca del operador es relevante no solo para los clientes que hasta ahora, debido a su ubicación, podían elegir al prestador de sus servicios, sino también para los clientes que antes no tenían opción de contratar la banda ancha y ahora pueden elegir también al prestador de este servicio.

Para elaborar las encuestas y averiguar así el porcentaje de clientes fieles al operador prestador del SU, se toman en consideración las siguientes cuestiones:

- a) no es cliente de otro operador de telefonía fija ni banda ancha
- b) no está en proceso de cambio de operador para los servicios de telefonía fija ni banda ancha
- c) es consciente de la obligación del SU a cargo del operador prestador, evitando en el cuestionario conceptos excesivamente técnicos relacionados con el lenguaje propio de la normativa de telecomunicaciones
- d) considera la prestación del SU el principal motivo para ser cliente del operador prestador

La encuesta se debe realizar sobre una muestra de población representativa, considerando tanto zonas rentables como no rentables, y, este es uno de los ejes del debate litigioso en este extremo, la CMT señala que en ambas zonas puede existir competencia, es decir, la posibilidad de elegir un operador alternativo para los servicios.

La Administración considera fiable esta metodología sobre la base de que las encuestas deben plantearse de forma que los consumidores conozcan la labor de un operador que presta el SU, "es decir, perciban que es este operador el que presta el servicio telefónico en zonas rurales, ofrece descuentos a jubilados y pensionistas etc."

La actora se limita a señalar que el cliente debe pertenecer a una zona en la que exista oferta de otros competidores para poder elegir, al parecer dando por sentado, sin fundamento probatorio alguno, que en las zonas no rentables solo opera el prestador del servicio universal.

La Sala comparte las apreciaciones de la Administración: los criterios que se recogen en relación con la realización de encuestas son objetivos, y permiten identificar de forma razonable el conocimiento que los usuarios tienen de la actora como prestadora del servicio universal. La imagen de marca influye con independencia de que las zonas sean o no rentables, y así es igualmente conforme a derecho aplicar el margen medio obtenido a partir del sistema de contabilidad de costes para calcular este beneficio no monetario.

En relación con la determinación de las ventajas derivadas de la ubicuidad, nuevamente se hace referencia al informe de Pascual y al dictamen pericial del Sr. Jose Ángel : entiende la actora que si un consumidor que emigra a una zona en competencia sigue exigiendo como operador al prestador del servicio universal, habrá beneficio por ubicuidad solo en el caso de que lo haya elegido por fidelidad o gratitud por los años en los que prestó el servicio que no era económicamente beneficioso. Pero si lo hubiera elegido por razones distintas no se le puede imputar la decisión como beneficio.

La CMT señala que la ubicuidad es el beneficio no monetario derivado de la cobertura geográfica y demográfica del operador prestador del SU, que se produce cuando usuarios del operador de zonas no rentables se mudan a zonas rentables y siguen contratando sus servicios con dicho operador por el hecho de que presta servicios en todo el territorio nacional y tiene mayor capilaridad de red. (pag. 54) La CMT tuvo en cuenta las alegaciones de TESAU y concluyó que solo se considerará como "beneficio intangible" de ubicuidad la contratación por parte del usuario causada porque el operador prestador está presente en todo el territorio nacional. Se detalla en dicho folio 54 y los siguientes el sistema de cálculo. La actora se limita a señalar que "no ofrece mayores explicaciones ni datos que corroboren dicha afirmación" y que ha cambiado de criterio de forma "injustificada y apartándose de todos los informes periciales existentes al respecto".

La Sala no aprecia tal falta de motivación, pues se expone con detalle el método de cálculo, partiendo de la base de considerar el número de líneas de zonas no rentables que tienen todos los servicios del SU con el operador prestador del servicio universal; a estos clientes fieles se les aplica la tasa de migración mediante la estadística del INE de migración desde municipios de menos de 10.000 habitantes hacia las principales capitales de provincia y ciudades de más de 100.000 habitantes, y ello porque se entiende que las zonas no rentables están mayoritariamente en los municipios de este tamaño, y las zonas rentables en las capitales de provincia y ciudades de más de cien mil habitantes.

Como no todos los clientes puros que migran de zonas no rentables a zonas rentables contratan el teléfono fijo, y de estos solo unos cuantos contratan con el operador prestador del SU se aplica una nueva fórmula correctora.

A partir de ahí se identifican los clientes, medidos en términos de líneas, que deciden contratar solo el servicio telefónico o contratar tanto el teléfono como la banda ancha.



No se aprecia la denunciada arbitrariedad ni la falta de motivación ni el apartamiento de un precedente que no es relevante ante el cambio de sistema descrito anteriormente.

**UNDÉCIMO** -. Frente a las consideraciones expuestas en los precedentes fundamentos jurídicos no puede prevalecer la opinión recogida en el informe pericial de parte que elaborado por el Ingeniero Dr. Imanol , se aportó como documento cuatro con la demanda y fue ratificada ante este Tribunal.

En cuanto a los elementos relativos a la regulación son de tomar en consideración únicamente como antecedentes de las conclusiones alcanzadas. En cuanto a la llamada "revisión crítica de la metodología empleada por la CMT".

La prueba pericial habrá de ser apreciada por el Tribunal con subordinación al nivel convincente que encierren los razonamientos que contiene, conforme a las reglas del buen sentido o, en terminología de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de la sana crítica. Y tal valoración, en este concreto extremo, nos conduce a la desestimación del recurso, posibilidad que se inserta dentro de la valoración "por las reglas de la sana crítica" según la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La pericial practicada en estos autos no ha tenido, a juicio de esta Sala, virtualidad para dejar sin efecto las conclusiones obtenidas por la Administración: sostiene las pretensiones de la recurrente frente a las fundadas conclusiones contrarias de las resoluciones administrativas, tal y como se ha detallado en los fundamentos jurídicos de esta sentencia.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del presente recurso y la confirmación, en los extremos objeto de este litigio, de la resolución impugnada.

**DUODÉCIMO** -. Deben imponerse las costas de este recurso a la parte actora que ha visto totalmente desestimadas sus pretensiones, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la Ley Jurisdiccional . Siendo de aplicación la redacción posterior a la reforma de la ley jurisdiccional en materia de costas procesales, pues se publicó en el BOE de 11 de octubre de 2011, señalando su Disposición Final que entraría en vigor a los veinte días de dicha publicación, y este recurso se interpuso el día el 16 de abril de 2013.

En atención a lo expuesto la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

## FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** el recurso de contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U. (TESAU)** , contra resolución de fecha 22 de noviembre de 2012 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho. Con condena a la parte actora al pago de las costas.

Así, por esta nuestra Sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985 , y testimonio de la cual será remitido al Juzgado de origen a los efectos legales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.