



Roj: **STS 3349/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:3349**

Id Cendoj: **28079130032014100197**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **22/07/2014**

Nº de Recurso: **2830/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Julio de dos mil catorce.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 2830/2011 interpuesto por "FRANCE TÉLÉCOM ESPAÑA, S.A.", representada por el Procurador D. Roberto Alonso Verdú, y "TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.", representada por la Procurador D^a. María del Carmen Ortiz Cornago, contra la sentencia dictada con fecha 24 de enero de 2011 por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 119/2008, sobre coste del servicio universal y operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del Servicio Universal; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado, y "TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.", representada por la Procurador D^a. María del Carmen Ortiz Cornago.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- "Telefónica de España, S.A.U." interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 119/2008 contra las siguientes resoluciones:

A) Resolución de 29 de noviembre de 2007, dictada en el expediente MTZ 2007/1015, que acordó:

"Primero. Apreciar el coste neto del servicio universal incurrido por Telefónica de España, S.A., en los ejercicios 2003, 2004 y 2005, descrito en la siguiente tabla (cifras en millones de euros): [...]"

Segundo. Reconocer la existencia de una carga injustificada para Telefónica de España, S.A. como consecuencia de la obligación de prestación del servicio universal.

Tercero. Instar a Telefónica de España, S.A. a que en las propuestas de Coste Neto del 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 presente Resolución.

Cuarto. Abrir procedimiento administrativo para la especificación de los operadores obligados a contribuir al Fondo nacional de servicio universal, los criterios de reparto del coste neto, la cuantía de contribución de cada uno de ellos, y los operadores que estén exentos en relación con los ejercicios a que afecta esta Resolución."

B) Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 8 de mayo de 2008 que, al resolver el recurso de reposición deducido contra la anterior (AJ 2008/7), acordó:



"Primero.- Estimar parcialmente los recursos de reposición interpuestos por France Télécom España, S.A. y Vodafone España, S.A. contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones 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, S.A.U., en el sentido de entender que la carga injusta que le supone su prestación se produce sólo a partir de la entrada en vigor de la nueva LGTel.

Segundo.- En consecuencia, se acuerda modificar el Resuelve Tercero de la resolución recurrida exclusivamente en lo que se refiere al importe del coste neto apreciado en el año 2003, reduciendo su importe según los criterios expuestos en el Fundamento Jurídico Quinto.

En consecuencia, se aprecia el coste neto del servicio universal incurrido por Telefónica de España. S.A. en los ejercicios 2003, 2004 y 2005 y que le supone una carga injustificada, recogido en la siguiente tabla (cifras en millones de euros): [...]"

Segundo.- En su escrito de demanda, de 12 de marzo de 2009, la entidad recurrente alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó que se dictase sentencia "por la que, con expresa imposición de costas a la Administración demandada, anule parcialmente las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 29 de noviembre de 2007 y 8 de mayo de 2008 que se impugnan en este proceso y declare:

1º) Que, de conformidad con lo expuesto en el fundamento jurídico V de esta demanda, ha de reconocerse que la obligación de prestar del servicio universal por parte de TESAU durante la totalidad del ejercicio 2003 supuso una carga injustificada para mi mandante, anulando en consecuencia la estimación parcial del 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, de conformidad con lo expuesto en el fundamento jurídico VI, habrá de decretarse la anulación de la resolución de 8 de mayo de 2008 únicamente en lo que se refiere al ejercicio de 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 para TESAU, tal y como exigía la LGTEL 1998 y el RSU 1998.

3º) En cualquier caso, que, de conformidad con lo expuesto en el fundamento jurídico VII de esta demanda, la CMT ha calculado erróneamente el beneficio no monetario correspondiente al CNSU de los ejercicios 2003, 2004 y 2005, debiendo determinarse ese concepto de conformidad con las bases resultantes de lo alegado en ese fundamento jurídico y de la prueba que se practicará a instancias de esta parte.

4º) Que, de conformidad con lo expuesto en el fundamento jurídico VIII de esta demanda, 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 unos 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".

Por otrosí solicitó el recibimiento a prueba.

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 2 de junio de 2009, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala que dictase sentencia "en cuya virtud desestime el recurso formulado de contrario, con expresa imposición de costas a la parte recurrente".

Cuarto.- "France Télécom España, S.A." contestó a la demanda con fecha 6 de noviembre de 2009 y suplicó a la Sala sentencia "en cuya virtud desestime el recurso formulado de contrario, con expresa imposición de costas a la parte recurrente." Por otrosí solicitó igualmente el recibimiento a prueba.

Quinto.- "Vodafone España, S.A." no presentó escrito de contestación a la demanda.

Sexto.- Practicada la prueba que fue declarada pertinente por auto de 13 de noviembre de 2009 y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava, de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 24 de enero de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue: "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 Telefónica 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."

Séptimo.- "Telefónica de España, S.A.U." interpuso ante esta Sala el recurso de casación número 2830/2011 con fecha 17 de junio de 2011 al amparo del siguiente motivo fundado en el artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional : Único: por "vulneración por la sentencia recurrida del artículo 9.3 de la Constitución , el artículo 24.1 de la LGTEL 2003 y la Disposición transitoria primera - apartado 5- de la LGTEL 2003, en relación con los artículos 22 y 30 del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio , por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el Título III de la Ley General de Telecomunicaciones en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones".

Octavo.- Con fecha 17 de junio de 2011 "France Télécom España, S.A." interpuso igualmente ante esta Sala el presente recurso de casación contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos:

Primero: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del artículo 39.1 de la LGTel 11/1998, de 24 de abril [...]".

Segundo: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del artículo 54.1.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común [...]".

Tercero: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del artículo 27.1 del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio [...], dictado en desarrollo del artículo 39.1 de la LGTel 11/1998, de 24 de abril".

Cuarto: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del artículo 29.2 del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio [...], dictado en desarrollo del artículo 39.1 de la LGTel 11/1998, de 24 de abril".

Quinto: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del artículo 43.1 del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio [...], dictado en desarrollo del artículo 24.1 de la LGTel 32/2003, de 3 de noviembre".

Sexto: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del artículo 45.2 del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio [...], dictado en desarrollo del artículo 24.1 de la LGTel 32/2003, de 3 de noviembre".

Séptimo: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del anexo IV, parte A), de la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002 , relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas [...]".

Octavo: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del artículo 218.2 de la LEC [...], supletoriamente aplicable a la jurisdicción contencioso-administrativa, por la ilógica e irrazonable valoración realizada por la sentencia recurrida de las pruebas periciales practicadas".

Noveno: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del artículo 27.5 del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio ."

Décimo: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del artículo 43.5 Real Decreto 424/2005, de 15 de abril ".

Undécimo: al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del artículo 338.1 y 2 de la LEC , supletoriamente aplicable a la Jurisdicción contencioso-administrativa, por denegación de la práctica de prueba pericial consistente en la aportación por esta parte de dictamen pericial sobre beneficios no monetarios".

Noveno.- El Abogado del Estado interpuso igualmente recurso de casación por escrito de 30 de junio de 2011.

Décimo.- Por auto de 3 de noviembre de 2011 la Sección Primera de esta Sala acordó: "Declarar 1º) la inadmisión del recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la Sentencia de 24 de enero de 2011, de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección 8ª), en el recurso nº



119/2008 , con imposición a la Administración del Estado de las costas procesales causadas en el recurso, señalándose como cantidad máxima a reclamar por 'Telefónica de España, S.A.U.' en concepto de honorarios de letrado la de 1.000 euros y 2º) la admisión a trámite de los recursos interpuestos por France Télécom España, S.A. y por Telefónica España, S.A.U.; remítanse las actuaciones a la Sección Tercera con arreglo a las normas de reparto de asuntos."

Undécimo.- El Abogado del Estado se opuso con fecha 23 de febrero de 2012 al recurso de casación interpuesto por "Telefónica de España, S.A.U." y suplicó su desestimación con imposición de las costas a la parte recurrente.

Duodécimo.- "Telefónica de España, S.A.U.", por escrito de 27 de febrero de 2012, se opuso al recurso interpuesto por "France Télécom España, S.A." y suplicó a la Sala su desestimación con imposición de costas a la parte actora.

Decimotercero.- Por providencia de 2 de junio de 2014 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 15 de julio siguiente, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 24 de enero de 2011 , estimó en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Telefónica de España, S.A.U." contra la resolución de 29 de noviembre de 2007 (parcialmente modificada por la de 8 de mayo de 2008) mediante la cual la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por un lado, fijó el coste neto resultante para "Telefónica de España, S.A.U." de la prestación obligatoria del servicio universal -que permite a todos los ciudadanos conectarse a la red pública de comunicaciones electrónicas y, en concreto, acceso al servicio telefónico- durante los años 2003, 2004 y 2005 y, por otro lado, consideró que dicho operador había soportado una "carga injustificada" al asumirlo.

Las consecuencias económicas de esta doble decisión suponían que el "coste neto" del servicio universal (esto es, del conjunto de servicios mínimos garantizados a todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, lo que incluye a los situados en zonas económicamente no rentables y a aquellos que disfrutaban de tarifas especiales) debía ser no asumido en solitario por el operador encargado de su prestación -"Telefónica de España, S.A.U."- sino repartido entre el resto de operadores de telefonía. Razón por la cual dos de éstos -"Vodafone España, S.A.U." y "France Télécom España, S.A."- alegaron ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones acerca de la improcedencia de la metodología, criterios y cálculos efectuados para fijar aquel coste y se mostraron disconformes con la propia decisión.

De hecho, en el mismo acto objeto de litigio la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ordenó abrir el procedimiento administrativo para determinar cuáles serían los operadores obligados a contribuir a la financiación del coste neto del servicio universal, procedimiento que a su vez culminó con otra resolución (que ya no es objeto de este proceso, sino del recurso número 129/2009, zanjado por sentencia de 16 de mayo de 2011 contra la que pende el recurso de casación número 4696/2011) en cuya virtud "France Télécom España, S.A." debía aportar una determinada cantidad por este concepto.

Segundo.- La sentencia del tribunal de instancia objeto de este litigio acogió las pretensiones de "Telefónica de España, S.A.U." en lo que se refiere a determinadas partidas del "coste neto", pero no en cuanto dicha operadora solicitaba el reconocimiento, para todo el año 2003, de que la obligación de prestar el servicio universal de telecomunicaciones le había supuesto una carga injustificada. En cuanto a esta última pretensión, la anulación parcial, por la Sala, de la resolución de 8 de mayo de 2008 se limitó a exigir que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con retroacción del procedimiento, se pronunciara sobre si efectivamente se había producido, o no, una "desventaja competitiva" para "Telefónica de España, S.A.U." como consecuencia de la obligación de prestar el servicio universal entre el día 1 de enero de 2003 y el día 4 de noviembre de 2003 (esto es, el día anterior a la entrada en vigor de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones).

En los dos recursos de casación que subsisten tras la declaración de inadmisibilidad del propuesto por el Abogado del Estado, las operadoras enfrentadas asumen posiciones contrapuestas:

A) "Telefónica de España, S.A.U." discrepa de la Sala de instancia tan sólo en lo relativo a la, en su opinión, procedencia de aplicar directa e íntegramente la nueva Ley 32/2003 a todo el año 2003 y no sólo a los meses



de noviembre y diciembre (esto es, al período ulterior a la entrada en vigor de aquella Ley). A su recurso de casación se opone el Abogado del Estado.

B) "France Télécom España, S.A.", por su parte, sostiene que la Sala de instancia ni siquiera debió estimar el recurso de "Telefónica de España, S.A.U." en cuanto al período de enero a noviembre de 2013. Y la mayor parte de su recurso de casación va dirigida a combatir las apreciaciones del tribunal sentenciador sobre la metodología (y su resultado) empleada para la cuantificación de ciertas partidas a efectos de valorar el coste neto. A dicho recurso de casación se opone "Telefónica de España, S.A.U."

Tercero.- Es oportuno hacer dos precisiones antes de seguir adelante:

A) La primera es que esta Sala ha resuelto en sentencia de 17 de enero de 2014 el recurso de casación número 1437/2011, interpuesto por "Vodafone España, S.A.U." contra la dictada por la Sala de la Audiencia Nacional el día 19 de enero de 2011 en el recurso contencioso-administrativo número 638/2008, recurso en el que aquel operador de telecomunicaciones impugnaba exactamente los mismos actos de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que ahora están en la base de la presente controversia suscitada por "Telefónica de España, S.A.U." y por "France Télécom España, S.A."

B) La segunda es que con esta misma fecha dictamos sentencia en el recurso de casación número 2628/2011 interpuesto por "France Télécom España, S.A." contra la dictada por la Sala de la Audiencia Nacional el día 14 de enero de 2011 en el recurso contencioso-administrativo número 611/2008, recurso en el que, de nuevo, el referido operador de telecomunicaciones impugnaba las decisiones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 29 de noviembre de 2007 y 8 de mayo de 2008.

Cuarto.- Analizaremos en primer lugar el recurso de casación de "Telefónica de España, S.A.U.", para lo que es necesario transcribir las consideraciones que la Sala de instancia hizo (quinto y sexto fundamentos jurídicos de la sentencia) acerca de las alegaciones formuladas por aquella sociedad en su demanda respecto de la aplicación temporal de la Ley 32/2003 a todo el ejercicio de 2003.

Para responder a esta alegación ("sobre la procedencia de la aplicación de la LGTel de 2003 al CNSU de 2003") en la que "Telefónica de España, S.A.U." invocaba el "carácter anual indivisible del CNSU", la Sala de instancia expuso en primer lugar el régimen jurídico aplicable, sobre la base de la previsión contenida en el artículo 24.1 de la Ley 32/2003. Transcribió, a estos efectos, el artículo 30 del Reglamento por el que se desarrolla el Título III de la Ley 11/1998, aprobado por Real Decreto 1736/1998, el artículo 39 de dicha Ley y el artículo 39, apartados 2 y 3, del Reglamento del Servicio Universal que desarrolla la Ley 32/2003, tanto en su redacción original de 2005 como en la dada por el Real Decreto 329/2009.

A partir de estas coordenadas normativas, el razonamiento del tribunal fue el siguiente: "[...] 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".

Sentada esta premisa, la Sala analizó las normas de derecho intertemporal insertas en las correspondiente disposiciones transitorias de la Ley 32/2003. En concreto, reprodujo los apartados tercero y quinto y décimo de la primera y la décima, cuyo análisis le condujo a las siguientes conclusiones:

"[...] 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 periodo 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.

[...] 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".

Quinto. - El recurso de casación interpuesto por "Telefónica de España, S.A.U." consta de un motivo único, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional . En él sostiene que la sentencia infringe "el artículo 9.3 de la Constitución , el artículo 24.1 de la LGTEL 2003 y la Disposición transitoria primera -apartado 5- de la LGTEL 2003, en relación con los artículos 22 y 30 del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio , por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el Título III de la Ley General de Telecomunicaciones en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones".

La tesis de "Telefónica de España, S.A.U." es que la aplicación del concepto de "carga injustificada" contenido en la Ley 32/2003, a partir del cual se calcula el coste neto del servicio universal, resulta aplicable a todo el ejercicio 2003, sin que proceda la "división y prorrateo" de este año, como acordó la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en su resolución de 8 de mayo de 2008, y aceptó la Sala de instancia, en función de la ley aplicable a cada uno de los dos períodos (el anterior a la entrada en vigor de la Ley 32/2003 y el posterior a dicha entrada en vigor).

A juicio de "Telefónica de España, S.A.U.", debe aplicarse en su integridad únicamente la Ley que estuviera vigente en el momento temporal relevante para fijar el coste neto del servicio universal y, siendo ese momento el 31 de diciembre de 2003 (pues, afirma, "hasta esa fecha, como concepto jurídico el CNSU no existía"), era la Ley 32/2003 la aplicable, sin que ello suponga ningún tipo de retroactividad. El coste neto del servicio universal es, para la recurrente, un concepto único y anual no susceptible de división o prorrateo, que se calcula por referencia a cada año vencido.

Expuesto en estos términos, que coinciden con los del litigio de instancia, el motivo no podrá ser acogido. Ciertamente ninguna de las disposiciones intertemporales de la Ley 32/2003 arroja luz sobre su aplicación transitoria para el año 2003 en este extremo, antes y después de que aquélla entrara en vigor, hasta el punto de servir como elemento clave para zanjar la controversia. Tampoco es determinante la circunstancia, reiterada en las alegaciones de "Telefónica de España, S.A.U.", de que el cálculo del coste neto del servicio universal debiera hacerse tomando como referencia todo el ejercicio 2003, esto es, según la situación contable vigente a



31 de diciembre de aquel año. Que ello fuera así no excluye, a juicio de esta Sala coincidente con la de instancia, que, si en el curso de aquel ejercicio se han sucedido dos regímenes jurídicos diferenciados (el que gira sobre la noción de "carga injustificada" desde noviembre de 2003 y el que lo hacía sobre la noción de "desventaja competitiva" hasta ese mes), no impide, decimos, que puedan aplicarse de modo sucesivo las normas vigentes para cada uno de aquellos períodos temporales, como en definitiva viene a hacer el tribunal sentenciador al acoger la tesis subsidiaria que la propia "Telefónica de España, S.A.U." había propuesto en su demanda.

Ninguna de las normas supuestamente vulneradas por la Sala de instancia ha sido infringida por ésta:

A) No existe, desde luego, infracción del artículo 9 de la Constitución, que sólo se alega como argumento para sostener que la interpretación propuesta por "Telefónica de España, S.A.U." no implicaría aplicación retroactiva de la norma (afirmación sobre la retroactividad que el tribunal de instancia en ningún momento realiza).

B) No vulnera la Sala el artículo 24.1 de la Ley 32/2003, precepto que se limita a exigir que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones determine si la obligación de prestar el servicio universal puede implicar una carga injustificada para los operadores obligados y, caso de que así sea, fije el coste neto de la prestación de dicho servicio. El precepto, en cuanto tal, no arroja ninguna luz sobre el concreto problema intertemporal objeto de este motivo.

C) Tampoco vulnera la Sala el apartado quinto de la Disposición transitoria primera de la Ley 32/2003, en relación con los artículos 22 y 30 del Real Decreto 1736/1998. A tenor de aquella disposición continuaban en vigor, hasta que se aprobara el reglamento que sustituyera al que entonces estaba vigente (lo que tuvo lugar en virtud del Real Decreto 424/2005) tanto lo previsto en el artículo 37.a) de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, como lo dispuesto en el reglamento precedente sobre el servicio universal (esto es, el aprobado por Real Decreto 1763/2008).

Pues bien, precisamente el reconocimiento de la ultraactividad del referido artículo 37.1 de la Ley 11/1998 y de su reglamento, en lo relativo al servicio universal y a las demás obligaciones de servicio público, en cuanto no se opusieran a la nueva Ley 32/2003, va más en la línea mantenida por la Sala de instancia (esto es, en la aplicación dual de ambos regímenes normativos a períodos anteriores y posteriores a la fecha de entrada en vigor de la Ley 32/2003) que en la propugnada por "Telefónica de España, S.A.U."

Afirma "Telefónica de España, S.A.U." para contrarrestar al argumento de la Sala de instancia sobre el significado de la pervivencia del artículo 37.a) de la Ley 11/1998, que este último sólo se refiere a las prestaciones del servicio universal y no a los requisitos para su compensabilidad a cargo del resto de operadores (objeto del artículo 39 de la Ley 11/1998) y que la "nueva" noción clave de la Ley 32/2003 (la concurrencia de una carga injustificada) era aplicable inmediatamente, para todo el año 2003. Su razonamiento, sin embargo, en nada se opone a la solución adoptada por el tribunal de instancia, que nos parece razonable y más adecuada a la innegable existencia de un régimen jurídico no coincidente entre el primer período de 2003 (el transcurrido bajo la vigencia de la Ley 11/1998) y el segundo período (desde noviembre de 2003, ya bajo la aplicación de la Ley 32/2003 pero con la persistencia, por ultraactividad, del reglamento y de algunas normas singulares de la Ley 11/1998).

Sexto.- El recurso de casación interpuesto por "France Télécom España, S.A." consta de once motivos, los diez primeros al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional y el undécimo por el cauce de la letra c) del mismo precepto. La propia recurrente los agrupa en "cinco apartados" o bloques temáticos por razón de la materia:

A) Los motivos primero y segundo se refieren a la misma cuestión suscitada por "Telefónica de España, S.A.U." en su recurso de casación, si bien desde la perspectiva inversa. "France Télécom España, S.A." impugna en ambos (cuya fundamentación es común) el pronunciamiento primero y el contenido de los fundamentos jurídicos quinto y sexto de la sentencia recurrida.

B) Los motivos tercero a octavo versan, en palabras de la recurrente, "sobre la supuesta irrazonabilidad o arbitrariedad de la metodología utilizada por la CMT para el cálculo de determinadas categorías de beneficios no monetarios". En ellos se impugna el pronunciamiento segundo del fallo de la sentencia así como sus fundamentos jurídicos octavo, noveno, décimo y undécimo.

C) Los motivos noveno y décimo se refieren a uno de los componentes del coste neto, el relativo a la terminación de llamadas del servicio 11818.

D) El último motivo (undécimo) reprocha la inadmisión, por la Sala de instancia, de una prueba pericial propuesta por "France Télécom España, S.A."



Como bien alega "Telefónica de España, S.A.U.", en realidad dentro de cada bloque temático los denominados "motivos" formulados al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional carecen de sustantividad específica, consistiendo más bien en cita individualizada de diversos artículos de las normas invocadas.

Séptimo.- Por razones de lógica procesal debemos iniciar el examen del recurso de casación de "France Télécom España, S.A." por el último motivo (motivo undécimo) que propone al amparo de la letra c) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional . Denuncia en él que la negativa del tribunal de instancia a la práctica de una prueba pericial "consistente en la aportación por esta parte de dictamen pericial sobre beneficios no monetarios" ha supuesto el quebrantamiento de las formas del juicio y ha vulnerado el artículo 338 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Las alegaciones de "France Télécom España, S.A." se limitan a insistir (con cita de varias sentencias de Audiencias Provinciales) en que, habiendo presentado su dictamen pericial el día 23 de febrero de 2010 dentro del período de prueba, y como "respuesta" al previo dictamen pericial aportado de contrario (por "Telefónica de España, S.A.U."), no incurrió en la extemporaneidad que apreció el tribunal de instancia y, por el contrario, estaba amparada en artículo 338 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Lo cierto es, sin embargo, que la Sala admitió, por providencia de 20 de enero de 2010, las dos pruebas periciales que habían sido propuestas, respectivamente, por "France Télécom España, S.A." (dictamen pericial del perito señor Ernesto) y por "Telefónica de España, S.A.U." (dictamen del señor Leonardo). La Sala señaló el 23 de febrero de 2010 como fecha para la comparecencia de ambos peritos, cuyos correspondientes informes habían sido aportados a los autos el 23 de diciembre de 2009 (señor Leonardo) y el 28 de diciembre de 2009 (señor Ernesto), siendo conocidos desde entonces por las contrapartes. Fue en la misma fecha de comparecencia (23 de febrero de 2010) cuando "France Télécom España, S.A." intentó presentar, apelando al artículo 338 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , un nuevo informe pericial (esta vez a cargo de otro perito, el señor Carlos Antonio) significando que lo hacía para responder al informe pericial de "Telefónica de España, S.A.U.", aun cuando "a fin de no retrasar la tramitación del pleito, no solicitará que el perito sea examinado". La Sala rechazó, como extemporáneo, este último dictamen presentado el 23 de febrero de 2010 y contra la providencia que así lo había decidido "France Télécom España, S.A." interpuso recurso de súplica en el que, entre otras alegaciones, sostuvo que "Telefónica de España, S.A.U." podría, a su vez, "presentar otro nuevo dictamen en relación con el aportado por esta parte" para no quedar indefensa. El recurso de súplica fue rechazado por el tribunal.

El motivo no puede prosperar pues el plazo para proponer las pruebas había acabado, en el caso de autos, en el mes de diciembre de 2009 (conforme a lo dispuesto en la versión del artículo 60.4 de la Ley Jurisdiccional anterior a la reforma de la Ley 13/2009), de modo que el tribunal no incurrió en ningún quebrantamiento de las formas esenciales del juicio al inadmitir una prueba que se trataba de hacer valer a finales de febrero de 2010, una vez sobrepasado ampliamente aquel período. El artículo 338 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , además de referirse en su apartado primero a los dictámenes cuya necesidad o utilidad se ponga de manifiesto a causa de la contestación a la demanda (lo que no sucedía en este supuesto, pues "France Télécom España, S.A." era precisamente parte codemandada), no puede ser aplicado al margen del peculiar sistema de proposición y práctica de la prueba que, en el momento en que se desarrollaron los actos procesales a debate, regía en este orden jurisdiccional. Sistema que marcaba con claridad el momento para proponer los medios singulares de prueba dentro de un plazo determinado, y no a voluntad de cada parte.

Por lo demás, la tesis de la recurrente se basa en una premisa no aceptable cual es la de que, frente a cada dictamen pericial de una parte, la otra podrá aportar otro de sentido contrario, en relación con el cual, a su vez, la primera podrá contrarreplicar con un nuevo dictamen que, de nuevo, podría igualmente ser objeto de otra dando lugar así a una sucesión interminable -y procesalmente inasumible- de pruebas periciales contradictorias.

En fin, como argumento de cierre, pero no menos relevante, para rechazar el motivo en los términos en que viene expuesto, debemos reseñar que "France Télécom España, S.A.", al criticar en él la actuación de la Sala de instancia, no llega a hacer ninguna mención a la transcendencia real que, en cuanto al fondo, la prueba denegada pudiera tener en la solución final del litigio.

Octavo. - En sus motivos de casación primero y segundo "France Télécom España, S.A." denuncia, respectivamente la infracción del artículo 39.1 de la Ley 11/1998 y del artículo 54.1.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común . Ambos motivos tienen la misma base, como afirma de modo expreso aquella parte al aseverar que "la argumentación del primer y segundo motivo es común".

Considera, en síntesis, "France Télécom España, S.A." que no hacía falta retrotraer las actuaciones a fin de que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se pronunciase sobre la existencia de una desventaja competitiva para el período enero- noviembre de 2003, pues la resolución de 8 de mayo de 2008 ya contenía la



suficiente motivación sobre este extremo, afirmación que infiere del hecho de que en otra resolución anterior, relativa al ejercicio de 2002, aquella Comisión ya había apreciado la inexistencia de desventaja competitiva para "Telefónica de España, S.A.U."

Los dos motivos han de ser desestimados pues es manifiesto que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en su resolución de 8 de mayo de 2008 (al variar su criterio respecto de la anterior de 29 de noviembre de 2007, que modificó en este punto) ninguna consideración expuso sobre el período de enero a noviembre de 2003 en relación con la existencia de desventaja competitiva para "Telefónica de España, S.A.U.". Simplemente se limitó a suscribir la inaplicabilidad de la Ley 32/2003 a los diez primeros meses de 2003, sin que analizara o resolviera si, sentada dicha premisa, el coste neto de la prestación del servicio universal había supuesto para "Telefónica de España, S.A.U." una desventaja competitiva desde enero a noviembre del mismo año 2003.

Este análisis era tanto más pertinente cuanto que la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones había reconocido (en la resolución de 29 de noviembre de 2007) que "Telefónica de España, S.A.U." había soportado una "carga injustificada" durante todo el año 2003, a efectos de la aplicación de la Ley 32/2003. Si el organismo regulador, ahora en la resolución de 8 de mayo de 2008, reconoce que la Ley 32/2003 sólo era aplicable a parte de aquel ejercicio (meses de noviembre y diciembre) y no a los meses transcurridos bajo la vigencia de la Ley de 1988, debió proceder acto seguido -como bien le exige la Sala de instancia- a verificar hasta qué punto, y precisamente bajo el marco normativo de dicha Ley 11/1998, "Telefónica de España, S.A.U." había padecido una "desventaja competitiva" derivada de la prestación del servicio universal. Verificación cuyos resultados, a su vez, debían haber sido explicados -motivados- en la resolución final objeto de litigio, de modo que sobre ellos pudieran trabarse la controversia judicial.

La respuesta que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones hubiera dado en resoluciones anteriores a la misma cuestión (la existencia de desventaja competitiva) para el ejercicio 2002 no tenía por qué ser miméticamente aplicable al año siguiente. Pero incluso si no hubiera habido un cambio de circunstancias y la situación del mercado de las telecomunicaciones hubiera permanecido invariable en los dos años (lo que resulta difícil), era exigible a aquel organismo que así lo reflejase al pronunciarse sobre el coste neto del servicio universal referido al año 2003.

Los dos primeros motivos del recurso de casación de "France Télécom España, S.A." no pueden, por lo expuesto, ser acogidos.

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

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

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

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

Concretamente, señala como errores del método aplicado la valoración de la imagen de marca de todo el Grupo Telefónica, incluyendo toda clase de marcas que no guardan relación alguna con el servicio universal y valores que proceden de toda la historia del grupo, además, se hace una extrapolación anual basada en la evolución del número de registros de marcas y de nombres de dominio que no tienen justificación desde el punto de vista de la valoración de intangibles. Para la identificación de ingresos vinculados a la prestación del servicio universal y la imputación del valor de marca a las líneas deficitarias de TESAU se realiza una simple operación proporcional, considerando que el valor de la marca se reparte uniformemente entre los ingresos del grupo



y las líneas deficitarias, sin analizar cuál puede ser el impacto real que entre los usuarios tiene la prestación de servicio universal para preferir los productos de TESAU frente a otros competidores, que es lo que valora ese intangible, y sin tener en cuenta que una marca tiene un valor como elemento distintivo o diferenciador de una empresa, por lo que ese valor sólo existe en aquellos mercados en los que un comprador puede escoger entre distintos productos con una misma utilidad funcional pero que se ofertan bajo distintas marcas. Los clientes que sólo pueden contratar con TESAU en las zonas no rentables no tienen en cuenta la marca como elemento distintivo, por lo que los beneficios no monetarios asociados a la imagen de marca por la prestación del servicio universal no pueden equivaler al porcentaje de líneas deficitarias a las que se presta el servicio, sino que serán beneficios fundamentalmente derivados del posible reconocimiento o impacto emocional que entre los clientes pueda tener el hecho de que TESAU atienda servicios no rentables, valoración que no hace la CMT.

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

En cuanto al cálculo de las ventajas derivadas de la ubicuidad, se considera errónea la metodología empleada por la CMT, pues establece unos cálculos propios de usuarios que migran de zonas no rentables a zonas rentables, pero no se parte de un estudio real de migraciones de zona rentables a no rentables, sino de flujos migratorios relativos a municipios de menos de 10.000 habitantes, bajo la hipótesis de que son los que en mayor proporción pertenecen a zonas no rentables, lo cual no se ajusta a la realidad. Además, se considera que el beneficio no monetario derivado de la ubicuidad dependerá de la cuota de mercado de TESAU en términos de altas de líneas sobre el total de altas de líneas que se han producido en cada uno de los años, conclusión frontalmente contradictoria con el planteamiento hecho por la propia CMT para calcular este beneficio no monetario. Si el número de hogares que optan por contratar con TESAU después de mudarse a zonas rentables fuese igual a la cuota de mercado habitual, no existiría ningún fenómeno de fidelización y el beneficio no monetario derivado de la ubicuidad sería igual a cero, por el contrario, lo que debe medirse es la existencia de ese efecto fidelización. A ello se añade, que la CMT no ha tenido en cuenta el posible efecto adverso que puede presentar para TESAU ser prestador, en régimen de monopolio, de los servicios integrantes del servicio universal, pues los clientes que migran a zonas rentables pueden verse atraídos por los servicios prestados por otros operadores, al incorporarse como consumidores en el mercado de competencia real de las telecomunicaciones, resultando contrario el efecto de la ubicuidad a la fidelización utilizada por la CMT para reducir el CNSU.

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

Entiende la Sala que la metodología de cálculo propuesta en estos informes está mucho más justificada, en aras a la finalidad que se pretende, en atención a la naturaleza del beneficio no monetario derivado del reconocimiento de la imagen de marca del proveedor del servicio universal, que el sistema de cálculo seguido por el órgano regulador, que acude a un sistema de atribución proporcional del valor de marca asignable al servicio universal -obtenido del valor de marca del Grupo Telefónica y del cálculo de los ingresos obtenidos por TESAU como consecuencia de la prestación del servicio universal, en relación con los ingresos del Grupo- a las líneas de Telefónica generadoras de CNSU. Sin tener en cuenta dicha metodología la influencia que el conocimiento de que es TESAU quien asume las prestaciones integrantes del servicio universal pueda tener



en los usuarios a la hora de contratar los servicios de telefonía con dicho operador. En todo caso, para que tal efecto se produzca es preciso que el consumidor o usuario tenga posibilidad de optar, por lo que esa valoración sólo se puede hacer entre usuarios de zonas rentables, ya que carece de relevancia el impacto emocional que pueda tener tal conocimiento en usuarios de zonas en las que no existe competencia.

Es de destacar que en la resolución de 31 de enero de 2002, sobre el CNSU en el año 2000, la CMT a la hora de valorar los beneficios no monetarios derivados de la prestación del servicio universal sólo contempla los correspondientes a las ventajas derivadas de la ubicuidad, no haciendo valoración de los beneficios derivados del mayor reconocimiento de la marca del operador como consecuencia la prestación del servicio universal. En la resolución de 3 de julio de 2003, sobre el CNSU en el año 2001, se cuantifican los beneficios no monetarios obtenidos por Telefónica en dicho año por la prestación del servicio universal en 34.584 miles de euros, sin precisar con claridad el concepto al que corresponden, si bien de los razonamientos de dicha resolución puede entenderse que se refiere a ventajas derivadas de la ubicuidad. En la resolución de 25 de marzo de 2004, sobre CNSU en el año 2002, se establecen beneficios no monetarios, derivados de la ubicuidad, en 71.414 miles de euros. Por tanto, en ninguno de los ejercicios anteriores al periodo que ahora nos ocupa se han valorado como beneficios no monetarios para TESAU los derivados del mayor reconocimiento de la marca, por la prestación del servicio universal. Es decir, no existe precedente de la aplicación del método de cálculo que se ha seguido en la resolución de 29 de noviembre de 2007, el cual si bien no adolece de falta de transparencia -se expone con claridad la metodología seguida y los datos de los que se parte para su aplicación y se ajusta al expuesto en el Informe de Auditoría- sí se revela carente de la suficiente justificación, pues, por una parte, no se explica ni justifica la adecuación de dicha metodología a la finalidad y naturaleza del beneficio no monetario de que se trata, y, por otra parte, viene desacreditada por contraposición con la metodología propuesta en el informe encargado a Arthur D. Little y en el informe pericial aportado por la recurrente.

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

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

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

Se razona que para estudiar qué clientes han pasado de estar en zonas no rentables a zonas rentables se debería, en primer lugar, observar los flujos migratorios que se han producido desde los municipios que se hallan en zonas no rentables a aquellos otros que se hallan en zonas rentables. Como no resulta posible la obtención de estos datos, se puede realizar una adecuada aproximación partiendo de las estadísticas que reflejan los flujos migratorios desde los municipios españoles de menor número de habitantes (menos de 10.000), que son los que en mayor proporción pertenecen a zonas no rentables, hacia las principales capitales de provincia, que son prácticamente en su totalidad zonas rentables.

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



universal arroja un resultado positivo. En la resolución de 25 de marzo de 2004, en cuanto al CNSU en 2002, se cifran los beneficios no monetarios en 71.414 miles de euros, aplicando el mismo criterio seguido en anualidades anteriores.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



en la obtención y verificación de la información necesaria para la estimación determina que la Comisión no pueda realizar una estimación fiable del mismo.

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

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

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

Entiende el perito que también para realizar esta valoración es necesario que el cliente de la zona no rentable tenga conocimiento de que TESAU le está prestando servicio en una zona no rentable por la obligación de prestación del servicio universal. Llegando a los mismos porcentajes que se fijaron en cuanto a los beneficios no monetarios por ubicuidad, que aplicados a los resultados de incrementos de márgenes contemplados por la CMT, da como resultado que en 2003 no se ha producido beneficio monetario, ascendiendo dicho beneficio para 2004 a 36.863 ? y para 2005 a 83.664,60 ?, como potencial máximo del beneficio por ciclo de vida.

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

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

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

A juicio de "France Télécom España, S.A.", la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podía no atenerse al informe de su empresa consultora, que era facultativo y no vinculante (cita a estos efectos el artículo 83.1 de la Ley 30/1992), habida cuenta de que las normas reguladoras del procedimiento de estimación del coste neto del servicio universal no le atribúan aquellas notas. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, pues, "podía apartarse, libremente y sin incurrir en arbitrariedad alguna, de la metodología



defendida en dicho informe y seguir una distinta, siempre que esta última estuviese debidamente motivada [...]. Censura, por lo demás, el "carácter excesivamente vago e impreciso" del informe de la consultora, a la vez que destaca la falta de colaboración de "Telefónica de España, S.A.U." para facilitar datos que pudieran propiciar una mejor valoración del importe de sus beneficios no monetarios. Y sostiene, por su parte, que el contenido de ambos informes no era bastante para prevalecer sobre la decisión impugnada.

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

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

Hemos defendido en no pocas sentencias sobre esta materia (recursos de casación números 11387/2004 , 123/2005 , 3228/2006 , 592/2007 , 1437/2011) la validez, en términos generales, de la metodología empleada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para la estimación del coste neto del servicio universal, así como el margen de apreciación que ha de reconocerse a este órgano regulador "[...] a partir, claro está, de los parámetros y criterios presentes en la regulación sobre la materia". Hemos añadido asimismo que en el curso de la revisión jurisdiccional de las decisiones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa pueden o bien juzgar que los criterios empleados por el órgano administrativo son conformes a la ley o bien, dentro de la amplitud de ésta, considerarlos no razonables, arbitrarios o discriminatorios. Cuando se trata de un elemento de muy difícil objetivación (también hemos manifestado de modo reiterado que la valoración económica de los activos intangibles suele ser problemática), para llegar a esta última conclusión necesariamente habrá que estar a los informes técnicos obrantes en el expediente y a las eventuales pruebas aportadas durante el litigio, a fin de calificar en su caso como no razonable (o arbitraria) la resolución administrativa sobre este punto. Sin la ausencia de estos elementos de convicción difícilmente una Sala podría juzgar que las decisiones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en estas materias resultan contrarias a derecho.

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

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

Esta Sala no descenderá al análisis de los hechos y de la valoración de las pruebas periciales que propone la recurrente en su recurso. Nos limitaremos a corroborar que, siendo como son discutibles la mayor parte de las apreciaciones de orden económico sobre la valoración "real" de las partidas, positivas y negativas, correspondientes a la prestación de determinados servicios de telecomunicaciones a escala nacional (tanto



más si se trata de beneficios inmateriales), la apreciación de los informes técnicos que constan en el expediente administrativo y en las piezas de prueba llevada a cabo el tribunal de instancia no incurre en ninguno de los defectos que podrían propiciar su revisión casacional. Se trata, por el contrario, de unos juicios admisibles bajo la noción de la sana crítica, que se han formulado tras tomar en cuenta las variadas facetas de unos dictámenes y de otros, incluidos aquellos que por su origen más próximo al órgano administrativo (el emitido por la empresa consultora que había recibido el encargo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de proponer una metodología de cuantificación de costes) no son sospechosos de parcialidad.

Todo ello determina, pues, la desestimación de esta parte del recurso.

Undécimo. - Los motivos de casación noveno y décimo comparten, de nuevo, una "argumentación común". El reproche a la sentencia de instancia lo es ahora por haber vulnerado "el artículo 27.5 del Real Decreto 1736/1998 " y "el artículo 45 del Real Decreto 424/2005 ", en relación con los costes que para "Telefónica de España, S.A.U." supuso la prestación del servicio de información 11818.

La Sala de instancia se pronunció sobre esta cuestión en los siguientes términos del fundamento jurídico undécimo de su sentencia:

"[...] 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 [...]

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".

Estas consideraciones determinaron que en el fallo de la sentencia se disponga que para la determinación del coste neto del servicio universal imputable al servicio de información y de guías han de incluirse "los costes vinculados correspondientes al servicio de terminación en los servicios de operadoras".

Duodécimo.- La discrepancia de "France Télécom España, S.A." con las consideraciones -y el subsiguiente fallo- de la Sala de instancia en relación con este último objeto de controversia (los costes asociados al servicio de información 11818) se expone, en los motivos noveno y décimo de su recurso, de nuevo con una "argumentación común", buena parte de cuyo contenido se limita a transcribir el informe pericial (suscrito por Don Carlos Antonio Castellany) que la Sala de instancia no llegó a admitir, a causa de su extemporaneidad.

No son precisas demasiadas consideraciones para concluir que este planteamiento resulta inviable en casación, basado como está en una prueba que fue expresamente inadmitida en la instancia y sobre cuyo rechazo ya nos hemos pronunciado al desestimar el motivo de casación que denunciaba el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio.

En fin, la crítica de "France Télécom España, S.A." sobre este punto viene a defender que el concepto cuya incorporación exige la Sala ("los costes vinculados correspondientes al servicio de terminación en los servicios de operadoras") ya está incluido dentro de la categoría de costes de interconexión, por lo que no puede computarse entre los costes netos del servicio universal. Invoca a estos efectos tanto el artículo 27.5 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 1736/2008 como el artículo 43.5 del aprobado por el Real Decreto 424/2005. De este último, sin embargo, la recurrente emplea una versión no vigente en el momento de los hechos.

Ocurre, sin embargo, que en el desarrollo de la "argumentación común" a ambos motivos no se lleva a cabo una verdadera crítica de la sentencia, cuyo fallo en este punto está: a) basado, en gran parte, en el informe de los propios servicios técnicos de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y en el hecho de que, en contra de aquél, la resolución final excluyera este coste indirecto sin justificación o explicación adecuada; y b) fundado en que la admisión de ciertas cantidades como "coste indirecto" de la prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonados responde al hecho, probado, de que la terminación en los servicios de las operadoras supuso para "Telefónica de España, S.A.U." un resultado efectivamente negativo.

Las consideraciones del tribunal de instancia deben, una vez más, prevalecer en casación cuando parten de unos datos económicos (la existencia de costes indirectos pero efectivos, soportados por "Telefónica de España, S.A.U." bajo este concepto) que obtiene de las pruebas periciales e informes técnicos de los propios servicios administrativos.

Décimotercero. - No ha lugar, pues, a la estimación de ninguno de los dos recursos de casación planteados.

No habiendo lugar a ninguno de los dos recursos de casación interpuestos, procede imponer las costas a las partes que los han promovido, conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional. A tenor del apartado tercero de este artículo, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". La Sala considera procedente en este supuesto limitar hasta una cifra máxima de seis mil euros la cantidad que, por todos los conceptos enumerados en el artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, "Telefónica de España, S.A.U." deberá satisfacer a favor de la Administración del



Estado que se ha opuesto a su recurso. "France Télécom España, S.A.", por su parte, deberá satisfacer las costas (hasta esa misma cantidad de seis mil euros) de su propio recurso a favor de "Telefónica de España, S.A.U.", que a él se ha opuesto.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Primero.- Desestimar los recursos de casación número 2830/2011 interpuestos por "France Télécom España, S.A." y por "Telefónica de España, S.A.U." contra la sentencia dictada con fecha 24 de enero de 2011 por la Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección Octava, de la Audiencia Nacional en el recurso 119 de 2008 .

Segundo.- Imponemos a las recurrentes las costas de su recurso en los términos precisados en el último de los fundamentos de la sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Pedro Jose Yague Gil.- Manuel Campos Sanchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.