



Roj: **SAN 2433/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:2433**

Id Cendoj: **28079230082014100376**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **19/05/2014**

Nº de Recurso: **110/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MERCEDES PEDRAZ CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

SENTENCIA

Madrid, a diecinueve de mayo de dos mil catorce.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **110/12**, que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido el Procurador **Sr. Lanchares Perlado** en nombre y representación de **TELFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.(TESAU)**, contra resolución de fecha 21 de diciembre de 2012, dictada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, representada por el Sr. Abogado del Estado, siendo codemandada **VODAFONE ESPAÑA S.A.U.** representada por el Procurador Sr. Hidalgo Senén y **FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A.U.** representada por el Procurador Sr. Alonso Verdú en materia de aprobación del coste neto de prestación del servicio universal para el año 2009 con una cuantía indeterminada y siendo Magistrado Ponente **D^a MERCEDES PEDRAZ CALVO**.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso-administrativo, mediante escrito presentado el 15 de febrero de 2012, contra la resolución antes mencionada.

Por providencia de fecha 21 de marzo de 2012 se acordó su admisión a trámite con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 6 de junio de 2012, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando la estimación del recurso, y se anule en parte la resolución impugnada. Y se declare que la CMT ha calculado erróneamente el beneficio no monetario correspondiente al CNSU del ejercicio 2009 debiendo determinarse ese concepto de conformidad con las bases resultantes de lo alegado en el fundamento jurídico tercero.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 3 de septiembre de 2012, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

Por la codemandada **FRANCE TELECOM ESPAÑA SAU** se presentó escrito el día 17 de octubre de 2012 en el cual, tras exponer cuantos fundamentos de hecho y de derecho consideró de aplicación, terminó suplicando la desestimación del recurso.

CUARTO.- La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la pericial, a instancias de **FRANCE TELECOM ESPAÑA SAU** con el resultado obrante en autos.



Las partes, por su orden, presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO.- Por Providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 14 de mayo de 2014, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en las presentes actuaciones resolución de la COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES (CMT) de 21 de diciembre de 2011 por la que se acuerda:

PRIMERO.- *Apreciar el coste neto del servicio universal incurrido por Telefónica de España, S.A.U. en el ejercicio 2009, descrito en la tabla siguiente (cifras en euros):*

Cifras en unidades de euro Año 2009

Coste Neto en Zonas no rentables 37.831.660

Coste Neto por prestaciones a Usuarios Discapacitados 9.446

Coste Neto derivado de usuarios con tarifas especiales 17.119.053

TOTAL COSTE NETO APRECIADO EN EL AÑO 54.960.159

Menos: BENEFICIOS NO MONETARIOS 8.176.461

COSTE NETO DEL SERVICIO UNIVERSAL 46.783.698

SEGUNDO.- *Reconocer la existencia de una carga injustificada para Telefónica de España, S.A.U. como consecuencia de la obligación de prestación del servicio universal en el ejercicio 2009.*

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

CUARTO.- *Instar a Telefónica de España, S.A.U. a que en próximos ejercicios aporte el detalle de las subvenciones recibidas destinadas al servicio telefónico básico, con desglose de los importes por momento de concesión y cobro como documentación soporte a su propuesta de coste neto del servicio universal. La presentación de esta documentación deberá ser previa comprobación por su auditor externo.*

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

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

1) el procedimiento se abrió con base en la competencia de la CMT para aprobar la determinación del coste neto correspondiente a la prestación del servicio universal, y para determinar si la obligación de prestar este servicio puede implicar una carga injustificada para los operadores obligados a hacerlo, según lo dispuesto en el art. 24 de la ley 32/2003 y los arts. 45 y 46 del Real Decreto 424/2005 de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios.

2) la ahora recurrente presentó una propuesta en la que cifraba el coste neto del servicio universal en 56,24 millones de euros.

3) la metodología para determinar los componentes a tomar en consideración estableció que los costes imputables a dichas obligaciones susceptibles de ser compensados son los siguientes:

a) coste neto de las obligaciones de prestar el servicio universal en zonas no rentables.

b) coste neto de las obligaciones de prestar el servicio universal a usuarios con discapacidad o con necesidades sociales especiales.

c) coste neto de las obligaciones de prestar el servicio telefónico mediante teléfonos públicos de pago.

d) coste neto de la obligación de elaborar y poner a disposición de los abonados del servicio telefónico guías telefónicas.



e) coste neto de las obligaciones de prestar los servicios de información relativa a los números de abonados del servicio telefónico disponible al público.

Los procedimientos para establecer a su vez estos costes deber basarse en criterios objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionales.

TERCERO- La recurrente considera que la CMT ha calculado erróneamente el beneficio no monetario correspondiente al CNSU del ejercicio 2009.

En su escrito de demanda concreta que en particular se ha realizado de forma incorrecta la determinación de los beneficios no monetarios relativos al " *mayor reconocimiento de la imagen de marca* " y las " *ventajas derivadas de la ubicuidad*".

El artículo 40.2 del Reglamento del Servicio Universal , encarga a la CMT la definición y revisión de la metodología para determinar el coste neto, tanto en lo relativo a la imputación de costes, como a la atribución de ingresos.

La discrepancia se cifra no en la imputación de costes, sino en la atribución de los ingresos, y dentro de estos en dos concretas "partidas" las relativas a las ventajas derivadas de la ubicuidad, y al mayor reconocimiento de imagen de marca del operador como consecuencia de la prestación del servicio.

La propuesta de TESAU como resulta de su propio escrito de demanda, folio 4, y de la página 17 de la resolución impugnada, en cuanto al importe del "beneficio no monetario por imagen de marca" fue de 5.845.426 euros, y la CMT tomó en consideración la cifra exacta de 5.845.426 euros. TESAU dejó claro en su propuesta que la metodología utilizada no la consideraba correcta, remitiéndose a la sentencia de esta Sala de 24 de enero de 2011 .

La CMT recuerda que se ha dictado esta sentencia pero explícitamente sostiene que "se aplicará la metodología de forma consistente a como se ha venido aplicando en todos los procedimientos anteriores de determinación del CNSU desde que se aplicara por primera vez la resolución de 29 de noviembre de 2007".

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

La sentencia fue desestimatoria.

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

La metodología comprende los siguientes pasos:

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

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

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

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

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

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

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

- . Escrito de 13 de julio de 2011:

"El cálculo de los beneficios no monetarios del apartado IV el ANEXO se ha realizado siguiendo la metodología instaurada en la Resolución de 29 de noviembre de 2007 sobre el CNSU de los ejercicios 2003, 2004 y 2005 cuyo resuelve tercero insta a Telefónica de España para que en los futuros ejercicios presente, junto a la declaración



del CNSU los correspondientes estudios de estimación de beneficios n monetarios o intangibles conforme con lo dispuesto en el apartado II.2 de esa Resolución."

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

- Escrito de 18 de noviembre de 2011:

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

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

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

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

Y la resolución dice literalmente:

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

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

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

Y la resolución dice literalmente:

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Paso 2: Identificación de los Ingresos del Grupo y de los Ingresos que

estaría Obteniendo Telefónica por los servicios incluidos en el ámbito del

Servicio Universal

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

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

(confidencial)

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

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

[confidencial]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

"II.2.2- UBICUIDAD .

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

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

II.2.2.1- Metodología de estimación

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

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

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

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

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

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

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

líneas no rentables que pasan a ser rentables.

Año 2003, 95.982,

Año 2004, 94.818,

Año 2005, 94.985

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

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

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

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

N^a Líneas no rentables que pasan a rentables:

Año 2003 95.982 Año 2004 94.818 Año 2005 94.985

Cuota de Mercado de TESAU en nuevas altas

Año 2003 64,0%

Año 2004 62,0%

Año 2005 63,5%

Nº Líneas que se quedan con TESAU

Año 2003 61.465

Año 2004 58.774

Año 2005 60.030

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

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

Nº Líneas que se quedan con TESAU

Año 2003 61.465

Año 2004 58.774

Año 2005 60.030

Margen medio (euros/línea/año)

Año 2003 52,1

Año 2004 71,4

Año 2005 89,3

Bº No Monetario por Ubicuidad (euros)

Año 2003 3.200.483

Año 2004 4.195.000

Año 2005 5.360.862"

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

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

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

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

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

Por su parte la CMT razona de otra manera:

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

OCTAVO- . Deben imponerse las costas de este recurso a la parte actora que ha visto totalmente desestimadas sus pretensiones, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la Ley Jurisdiccional . Siendo de aplicación la redacción posterior a la reforma de la ley jurisdiccional en materia de costas procesales, pues se publicó en el BOE de 11 de octubre de 2011, señalando su Disposición Final que entraría en vigor a los veinte días de dicha publicación, y este recurso se interpuso el día 15 de febrero de 2012.

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

FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** el recurso de contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U.** contra la Resolución dictada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el día 21 de diciembre de 2011 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho. Con condena a la parte actora al pago de las costas.

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