



Roj: **SAN 818/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:818**

Id Cendoj: **28079230082016100110**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **04/03/2016**

Nº de Recurso: **480/2014**

Nº de Resolución: **149/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MERCEDES PEDRAZ CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000480 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04687/2014

Demandante: TELEFONICA TELECOMUNICACIONES PUBLICAS SAU

Procurador: SRA. ORTIZ CORNAGO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

SENTENCIA N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a cuatro de marzo de dos mil dieciséis.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo n^o **480/14**, que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido **TELEFONICA TELECOMUNICACIONES PUBLICAS SAU** representada por la Procuradora **Sra. Ortiz Cornago** contra resolución de fecha 17 de julio de 2014 dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en materia de Verificación de los datos relativos a la declaración de coste neto del Servicio Universal realizada por Telefónica Telecomunicaciones Públicas SAU para el ejercicio 2012 expediente SU/DTSA/989/14/CNSU 2012 TTP 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 23 de septiembre de 2014, contra la resolución antes mencionada.

Por providencia de fecha 9 de octubre de 2014 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 8 de enero de 2015, 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 en relación con los siguientes aspectos:

- Definición de las zonas en el servicio universal
- Establecimiento de la obligación de la llevanza de una contabilidad de costes
- Imputación de condición de grupo empresarial
- Cálculo del coste neto
- Imputación y cálculo del beneficio no monetario
- Modificación num. 2
- Modificación núm. 3
- Modificación núm. 4
- Modificación núm. 5
- Modificación núm. 6

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 22 de abril de 2015, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

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

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

QUINTO.- Por Providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 24 de febrero de 2016, 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 DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC) de 17 de julio de 2014 en materia de Verificación de los datos relativos a la declaración de coste neto del Servicio Universal realizada por Telefónica Telecomunicaciones Públicas SAU para el ejercicio 2012 expediente SU/D TSA/989/14/CNSU 2012 TTP

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

- TELEFONICA TELECOMUNICACIONES PUBLICAS SAU presentó a la CNMC la declaración de coste neto del servicio universal relativo al suministro de una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago (conocido como CNSU relativo a cabinas) para el ejercicio 2012. Acompaña dos CD-Rom que contienen el detalle de los cálculos en formato Excel, estudios técnicos y un Informe de Procedimientos Acordados que recoge la comprobación realizada de la declaración de CNSU por una empresa independiente contratada por TTP.
- Con fecha 26 de septiembre de 2013, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) adjudicó a la empresa Axon Partners Group Consulting, S.L. (en adelante, Axon) el contrato para realizar la auditoría externa de aspectos específicos de la propuesta de cálculo del CNSU presentada por TTP, correspondiente al ejercicio acabado el 31 de diciembre de 2012.
- Mediante escrito de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 19 de mayo de 2014, se comunicó a TTP el inicio del presente procedimiento para auditoría externa de la declaración de CNSU realizada por TTP para el ejercicio 2012. Adjunto al citado escrito, se dio traslado a TTP del informe de auditoría elaborado por Axon para que efectuase las alegaciones que estimara oportunas, de conformidad con el artículo 76.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común .



- El día 16 de junio de 2014 tuvo entrada en el Registro de la CNMC un escrito de alegaciones de TTP al informe realizado por Axon.

La resolución impugnada recoge el detalle de los trabajos desarrollados en la auditoria, para verificar el alineamiento de la metodología aplicada por TTP con la establecida en la Resolución correspondiente de la CMT.

Específicamente se ha llevado a cabo la revisión de los municipios que forman parte del servicio universal, la planta de cabinas presentada por TTP, y la verificación de la correcta identificación por la ahora actora de los municipios imputables al CNSU relativo a cabinas.

En segundo lugar se ha revisado el cálculo del coste neto de las cabinas:

- a. Verificación de la correcta identificación de los costes e ingresos atribuibles al CNSU relativo a cabinas
- b. Verificación de los criterios utilizados para el reparto de ingresos y costes a municipios
- c. Revisión de los sistemas de información y gestión utilizados para identificar costes e ingresos a nivel de cabina
- d. Revisión del cálculo del coste neto de teléfonos públicos de pago

En tercer lugar, la revisión de contratos a terceros para la provisión del servicio universal, y en concreto del contrato con Telefónica para el uso de la planta de cabinas, y del contrato con Telefónica para la reventa de tráfico en teléfonos públicos.

En cuarto lugar, se ha revisado el cálculo de los beneficios no monetarios.

Es básico en la valoración efectuada el punto de partida de que *" el término empleado de "cabina" equivale a "línea telefónica" o "terminal telefónico" y que se diferencia del término "mueble" o "soporte", que se refiere a la estructura donde se ubica una o más cabinas."*

TERCERO -. En el escrito de demanda, se resumen en el fundamento tercero, página 7, las pretensiones ejercitadas:

- 1-. No imputación de los costes asociados a la categoría de "gastos personal estructura" y "gastos generales y otros" de la compañía para el cálculo del CN directo relativo a cabinas.
- 2-. Imposición de la obligación de llevar la contabilidad de costes en el estándar de corrientes referentes a los derivados del contrato suscrito por TTP con TESAU de puesta a disposición de las instalaciones en vía pública.
- 3-. Imputación errónea de los beneficios no monetarios asociados a la exposición del logotipo del Grupo Telefónica en los soportes de las cabinas.

Previamente (pag. 6) ha resumido las modificaciones que considera que no se corresponden con obligaciones contempladas en la resolución de la nueva metodología:

Modificación 1: los importes de ingresos y costes imputados al CNSU deberán conciliar con los valores contables auditados y la información de los sistemas internos de gestión deberá usarse como criterio de reparto de costes.

Modificación 2 : los costes de las categorías "Gastos Personal estructura" y "Gastos Generales y otros" no deben imputarse al CNSU. Esta modificación deberá aplicarse para los ejercicios 2012 y siguientes.

Modificación 3: el coste evitable asociado a la puesta a disposición de las cabinas no debe ser mayor que el coste de los activos en el estándar de costes corrientes.

Modificación 4: TTP deberá emplear los valores corregidos de ingreso medio por mueble y año según las indicaciones descritas en esta sección.

Modificación 5: TTP deberá emplear el valor promedio de superficie publicitable por mueble calculado en base a la planta real.

Modificación 6: TTP deberá corregir la incidencia identificada para los ejercicios 2012 y siguientes debiendo utilizar 969,4 m2 como superficie media ocupada por el logo.

Modificación 7: TTP deberá cumplir los requerimientos de información descritos en futuros ejercicios, debiendo presentar su informe de gestión auditado y la conciliación de ingresos y costes imputados al CNSU con respecto a los valores auditados.

Modificación 8: TTP deberá entregar el Manual de Imagen Corporativa que le entregó Telefónica a la firma del contrato de puesta a disposición de las cabinas.



CUARTO -. Constituye un antecedente de esta sentencia la dictada por esta Sala y Sección el día 2 de marzo de 2015 en el recurso contencioso-administrativo num. 220/2013 interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. contra resolución de 22 de noviembre de 2012 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sobre la nueva metodología para el cálculo del coste neto del servicio universal tras la incorporación de la conexión de banda ancha.

En dicha sentencia se recogen como antecedentes relevantes los siguientes:

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

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

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

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

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

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

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

"Artículo 39. Concepto de coste neto.

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

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

En el art. 40 establece los componentes del CNSU:

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

QUINTO - La primera pretensión ejercitada por la recurrente se sostiene sobre la alegación de que es contraria a derecho la no imputación de los costes asociados a la categoría de "gastos personal estructura" y "gastos generales y otros" de la compañía para el cálculo del CN directo relativo a cabinas.

La CNMC considera razonable imputar los costes asociados al personal de publicidad, por consistencia con los ingresos de publicidad imputados, pero no los gastos generales de estructura y personal asociado, al entender que no están directamente asociados a la gestión de las cabinas.

La actora transcribe el art. 44 del Reglamento del Servicio Universal, que regula el coste neto de las obligaciones relativas a los teléfonos públicos de pago:

"1. El coste neto de la obligación de asegurar la prestación del servicio de teléfonos públicos de pago en el dominio público de uso común en un determinado municipio se calculará hallando la diferencia entre los costes imputables soportados por el operador por su instalación, mantenimiento, encaminamiento del tráfico saliente de aquellos y gestión eficiente, y los ingresos atribuibles generados por dichos teléfonos. Cuando el saldo así calculado muestre que en ese municipio los ingresos son superiores a los costes o cuando el número de estos teléfonos sea superior al exigido para cumplir con la oferta mínima referida en el artículo 32, y estos tengan una distribución territorial razonable, se considerará que no existe coste neto de la obligación en ese municipio.

2. El coste neto soportado por un operador designado para su prestación en una determinada zona geográfica, será el resultado de restar a la suma de los costes netos calculados para los municipios abarcados por dicha designación los beneficios, incluidos los beneficios no monetarios, obtenidos por la prestación de este elemento del servicio universal."

De todos los elementos a tomar en consideración, solo uno ha sido objeto de alteración: como recoge la propia actora en su escrito de demanda " la CNMC ha requerido en la RESOLUCIÓN la modificación de los costes asociados a la puesta a disposición de las cabinas y los asociados a la estructura de la compañía.

Según el RSU se consideran imputables a teléfonos públicos de pago los costes de instalación, mantenimiento, encaminamiento de tráfico saliente y gestión eficiente de los mismos.

A continuación se presentan los costes imputados a cabinas comparados con los costes de la contabilidad financiera auditada de TTP:

Aclara la CNMC que el total de costes imputables al servicio universal de cabinas es de 46.173 miles de euros correspondiente a un porcentaje (confidencial) de los costes totales de la compañía.

Detalla igualmente las categorías de coste que se han imputado "en su práctica totalidad" al CNSU relativo a cabinas:

"- **Puesta a disposición** : consiste en el pago anual de TTP a Telefónica por la puesta a disposición de la planta de cabinas en vía pública.

- **Cuotas y tráfico** : se trata de los pagos de TTP a Telefónica en concepto de abono por línea y tráfico telefónico medido.

- **Cánones pagados a ayuntamientos**: pagos a ayuntamientos como canon para la explotación publicitaria de las cabinas en vía pública.

- **Subcontratas** : gastos de las actividades contratadas a terceros asociadas al mantenimiento y conservación, recaudación y gestión de la publicidad.

- **Materiales** : consumo de materiales asociados a reparaciones de cabinas, extraídos del inventario de TTP.

- **Tributos** : son la tasa RTVE y la Tasa de Operadores.

- **Auditoría** : pago por la revisión del cálculo del CNSU relativo a cabinas.

- **Transporte de fondos**: costes asociados al transporte de los fondos recaudados en las cabinas.

- **Personal asociado al negocio de cabinas**: se trata de la retribución del personal propio (plantilla de TTP) asignado al negocio de cabinas."

A continuación recoge las categorías de coste que solo se han imputado parcialmente al CNSU de las cabinas:

- **Personal de publicidad** : se ha imputado coste en función de los ingresos de la publicidad en cabinas sobre el total de ingresos asociados a la publicidad.

Gastos generales y personal de estructura : se ha imputado coste en función de los ingresos asociados a las cabinas sobre el total de los ingresos de la compañía.

La actora considera que todos los costes en los que incurra TTP para prestar el Servicio Universal en una gestión eficiente deben ser imputables y atribuibles para obtener el coste de la prestación del SU. Gira por tanto su argumentación en el concepto de "gestión eficiente", del que se deriva, siempre según su pretensión, la exigencia de comprobar que coste tiene la dicha gestión eficiente, concluyendo que cualquier coste de tal eficiencia debe computarse para calcular el SU.

El examen de las actuaciones y de la resolución impugnada permite constatar que para llegar a las conclusiones alcanzadas y debatidas la CNMC comprueba diferencias por desfases entre la operativa de la compañía y la facturación y contabilización de ingresos y costes.

La CNMC establece que (pag. 11) " Los valores de ingresos y costes imputados al cálculo del CNSU han sido extraídos directamente de los sistemas internos de gestión y no concilian con los resultados de la contabilidad financiera auditada de la compañía. Hay desfases entre la operativa de la compañía y la facturación y contabilización de ingresos y costes ."

Tras detallar las diferencias observadas entre los valores imputados al CNSU y los de la contabilidad financiera auditada concluye que " Se considera que los valores de ingresos y costes tomados para el cálculo del CNSU deben extraerse directamente de la contabilidad financiera auditada y que los valores extraídos de los sistemas internos sean utilizados como criterios de reparto de costes".

La recurrente alegó entonces que no tiene obligación de presentar contabilidad de costes regulatoria, y que por lo tanto el cálculo del CNSU debe basarse en la información interna contable y de gestión.

Efectivamente esta empresa ahora recurrente no tiene obligación de presentar dicha contabilidad de costes, pero como ya señaló la CNMC en la resolución impugnada la propuesta no es que la lleve sino que se extraigan los datos de la contabilidad financiera auditada. En concreto que " el montante total de las categorías de ingreso y coste imputadas al CNSU se deberían extraer de la contabilidad financiera auditada, y luego repartirla entre los municipios/cabinas según los datos extraídos de sus sistemas internos de gestión " Y ello para asegurar que el CNSU se calcule sobre la base de datos que han sido oficialmente auditados .

Y con este punto de partida en concreto se debate si todos los costes en que pueda incurrir TTP deben ser considerados computables para el CNSU como pretende la recurrente. La tesis de la recurrente es que lo crucial es que se trate de una *gestión eficiente* , y alega que la CNMC tiene que desvirtuar la no-eficiencia de la gestión de TTP.

El art. 44 más arriba reproducido menciona exclusivamente los "costes imputables" no todos los costes que exija una gestión eficiente. La inclusión de la totalidad de los costes de la empresa sería ya inicialmente contrario al tenor literal de la norma. La inclusión como imputables de todos los costes ha de venir condicionada no como resulta de la tesis actora a que una gestión eficiente de este servicio exija la totalidad



de la estructura empresarial de la compañía, sino a la toma en consideración de la parte de tales gastos estructurales que soporta el operador solo en relación con la instalación, mantenimiento y encaminamiento del tráfico saliente de los teléfonos públicos de pago, que es lo que dice la norma.

Este motivo de recurso se completa con la alegación actora en relación con el coste neto directo como coste evitable (pag. 26 del escrito de demanda y siguientes).

Reitera lo que ya expuso en vía administrativa, esto es, que la consideración de "costes evitables" recogida en la resolución de la nueva metodología se aplica al servicio de conexión a la red y del servicio telefónico disponible al público y que no está recogida en el apartado correspondiente al cálculo del coste neto directo de los teléfonos públicos de pago. Alega que la auditoria de las cuentas del año 2012 no recoge mención alguna a que los costes que TTP ha imputado no correspondan a una gestión eficiente.

La Sala comparte la conclusión alcanzada por la CNMC: " *Efectivamente la definición de los costes evitables en la Resolución de la Nueva Metodología está situada en la sección asociada al servicio de conexión a la red y del servicio telefónico disponible al público.*" Y dado que no se define específicamente cuales se consideran "costes evitables asociados a los teléfonos públicos de pago" hay que concluir que a estos costes se les debe aplicar la definición que se recoge en la Sección 2.1.1.4.1.

No se aprecia arbitrariedad alguna en tal conclusión, entendiendo esta Sala que por el contrario sería arbitrario concluir, como pretende la actora, que ningún coste es evitable porque todos y cada uno de los costes de TTP deben ser tomados en consideración porque contribuyen a una gestión eficiente.

Por otra parte, la actora no concreta que entiende por "gestión eficiente" ni ha acreditado en forma alguna la trascendencia que la totalidad de sus "gastos personal estructura" y "gastos generales y otros" tiene para la gestión eficiente de los teléfonos públicos de pago.

No se aprecia la alegada falta de motivación, máxime cuando esta resolución se limita a la verificación de datos declarados por TTP.

La precedentes consideraciones conllevan la desestimación de la primera pretensión de la parte actora.

SEXTO- La segunda pretensión ejercitada por la recurrente se sostiene sobre la alegación de que es contraria a derecho la imposición de la obligación de llevar la contabilidad de costes en el estándar de corrientes referentes a los derivados del contrato suscrito por TTP con TESAU de puesta a disposición de las instalaciones en vía pública.

Como expone en la pág. 30 y siguientes del escrito de demanda, entiende la actora que la legislación aplicable y las propias resoluciones de la CNMC no establecen la obligación de TTP de llevanza de una contabilidad de costes, y que las obligaciones establecidas para TESAU no son aplicables al resto de operadores designados para prestar el servicio universal aunque formen parte del mismo grupo empresarial.

Reproduce a continuación el artículo 45 del Real Decreto 726/2011, de 20 de mayo, por el que se modifica el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril:

Artículo 45. Determinación periódica del coste neto, verificación y aprobación administrativa.

1. Los operadores con obligaciones de servicio universal, designados según el procedimiento previsto en el artículo 38, o según el previsto en el artículo 37 siempre que el coste neto efectivo no haya sido determinado en el proceso de designación, formularán anualmente una declaración a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de los servicios que ofrecen, cuya prestación sólo pueda hacerse con coste neto para ellos, detallando sus distintos componentes de costes e ingresos, de acuerdo con los principios y las normas de este reglamento y siguiendo las instrucciones que dicte la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en ejercicio de sus facultades.

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

2. La cuantificación del coste neto contenida en dicha declaración deberá ser aprobada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, previa verificación realizada por ella misma o por la entidad que, a estos efectos, designe. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones publicará las conclusiones sobre el cumplimiento de los criterios de costes por parte de cada uno de los operadores obligados y la cuantificación



del coste neto debidamente aprobada, con el límite de los aspectos confidenciales que puedan revelar una información contable excesivamente desagregada.

Sobre la base de que la recurrente no está obligada a llevar una contabilidad de costes, construye su argumento contra la modificación 3 de la resolución impugnada, según la cual "El coste evitable asociado a la puesta a disposición de las cabinas no debe ser mayor que el coste de los activos ene estándar de costes corrientes."

Alega que según la Administración TESAU ha establecido un precio de 4 millones de euros para la puesta a disposición de las cabinas, mientras que en el sistema de contabilidad de costes de TESAU los costes ascienden a 1,9 millones de euros. Continúa alegando que por lo tanto, el informe concluye, a su juicio equivocadamente, que si TTP instalara sus propias cabinas tendría un coste de 1,9 millones de euros, luego el coste no evitable sería la diferencia entre 4 millones y 1,9 millones.

El argumento de la actora es que dado que ella no tiene esa obligación de contabilidad, y dado que el sistema de costes será de naturaleza multiestándar, costes históricos, costes corrientes o costes incrementales, la cifra de 4 millones de euros es muy razonable porque se encuentra en un promedio entre los tres estándares. Y al tratarse de un servicio no regulado, no es preceptivo considerar obligatoriamente el estándar de costes corrientes, los cuales no incluyen ni los gastos de gestión ni los impuestos.

Como argumento de cierre a su razonamiento suma la alegación de que, en definitiva, el precio acordado por las partes asciende a cuatro millones, y dado que son dos mercantiles independientes debe respetarse lo acordado en un contrato dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes.

La resolución impugnada en la página 17 recoge que Telefónica había sido el prestador del servicio universal relativo a cabinas hasta el año 2011 inclusive, por lo que dispone de una red de cabinas distribuidas por todo el territorio nacional. Desde el 1 de enero de 2012, TTP ha pasado a ser el proveedor del servicio universal relativo a cabinas. Dado que TTP no dispone de cabinas propias, se las alquila a Telefónica según lo establecido en el contrato suscrito entre ambas empresas, que contempla los siguientes servicios a favor de TTP:

- Puesta a disposición de las cabinas y de los muebles que la soportan.
- Explotación comercial de cabinas para explotación publicitaria o prestación de SVA.

La resolución continúa analizando las contraprestaciones pactadas y observa que Telefónica ha cedido a TTP el uso de los teléfonos públicos de pago y sus soportes a cambio del pago de un importe por "puesta a disposición" que en la misma aparece como confidencial y que la demanda recoge como cuatro millones de euros. Y que sin embargo, en el Sistema de Contabilidad de Costes de Telefónica el coste de las cabinas y soportes asociados asciende a una cifra que igualmente aparece como confidencial en la resolución y que la demanda recoge como 1,9 millones de euros. Y concluye con simple lógica que si Telefónica no hubiera externalizado la provisión del servicio de cabinas a TTP el coste soportado sería esta última cifra y no la primera.

Y dado que los costes imputables al CNSU son aquellos que se consideran evitables, resulta que si TTP instalara sus propias cabinas de manera equivalente a las cedidas por TESAU su coste anual sería equivalente al coste en corrientes que dicha mercantil tiene imputados a los referidos elementos, y no el establecido en dicho contrato.

En estos razonamientos no encuentra la Sala que se esté exigiendo a la recurrente, como alega, la obligación de llevar una contabilidad de costes en el estándar de costes corrientes en relación con el coste de la puesta a disposición de las cabinas.

Por otra parte, como recuerda el Abogado del Estado, Telefónica si tiene la obligación de llevar contabilidad de costes y separación contable por la circunstancia de ser el operador con poder significativo de mercado. Y tal contabilidad tiene que llevarla con el estándar costes históricos y el estándar costes corrientes, si bien a los efectos del SU es este último estándar el que se toma en consideración a fin de asegurar que se cumple la finalidad establecida en la normativa de aplicación.

Dado que se trata de establecer los costes imputables al servicio universal, es razonable que, para establecerlos cuando, como es el caso, se esgrime el precio pactado entre dos empresas pertenecientes al mismo grupo empresarial, el auditor busque racionalmente concretar cual sería el coste/precio si la operación en cuestión se realizara entre entidades empresariales independientes. En este caso, el coste eficiente no es el precio pactado de cuatro millones sino el coste para Telefónica de uno con nueve millones. Se respeta en este caso la autonomía de la voluntad de las partes dado que TTP podrá pagar lo convenido a Telefónica, pero tal voluntad no puede imponerse a las previsiones legales sobre como calcular los costes.

Estas consideraciones justifican la desestimación del segundo motivo de recurso.



SÉPTIMO- La demanda contiene a continuación un conjunto de consideraciones sobre los límites de la discrecionalidad técnica de la Administración y la interdicción de la arbitrariedad, con cita y reproducción parcial de distintas sentencias de esta Sala y del Tribunal Supremo y aplicando tales consideraciones alega que la resolución impugnada está "plagada de arbitrariedad y de contradicciones que conducen a la más absoluta indefensión de los operadores en general y de mi mandante en particular".

Como igualmente pone de relieve el Abogado del Estado, la resolución impugnada no hace sino determinar la cuantía que supone el coste neto en la prestación del servicio universal, comprobando la declaración sobre la estimación del CNSU presentada por el operador prestador del servicio. En el ejercicio de la función que le atribuye el art. 70 de la ley 9/2014 no se aprecia por la Sala, tras examinar las concretas alegaciones de la actora, la denunciada arbitrariedad.

El Tribunal Supremo en una sentencia dictada el día 19 de julio de 2006 en un recurso interpuesto contra una sentencia de esta Sala y Sección dictada igualmente en un recurso interpuesto contra un Acuerdo de la CMT en relación con la verificación de los costes de Telefónica, recordaba ante una alegación de arbitrariedad de la CMT:

"En lo que respecta al Acuerdo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, no cabe duda de que es un acto motivado, del que no se aprecia, ni la actora prueba, que incurra en arbitrariedad o irrazonabilidad. Podrá ser discutible en alguno de sus extremos, de carácter marcadamente técnico, pero en defecto de alegación de normas específicas en que pueda fundarse su ilegalidad, no puede en modo alguno hablarse de arbitrariedad o manifiesta irrazonabilidad del acto, ni en general, ni en relación con los aspectos concretos que la actora discute. En cuanto a la propia Sentencia, ni por relación a lo que se afirma del acto impugnado, ni por ella misma y sus propios términos, puede afirmarse que se trate de una resolución judicial que incurra en arbitrariedad. Expone su criterio de que se trata de una cuestión de discrecionalidad técnica y asume que la solución por la que opta la Administración es razonable y que no incurre en ilegalidad. La afirmación sobre la naturaleza de discrecionalidad técnica del asunto podrá ser acertada o no, pero en ningún caso es una afirmación arbitraria o irrazonable. En conclusión, ni por el acto administrativo ni por si misma puede afirmarse que la Sentencia recurrida vulnere los preceptos invocados."

La tercera pretensión ejercitada por la recurrente se fundamenta en su alegación de que se han imputado de forma errónea los beneficios no monetarios asociados a la exposición del logotipo del Grupo Telefónica en los soportes de las cabinas.

En las pags. 46 y siguientes del escrito de demanda, la actora recuerda que en la resolución se identifican dos tipos de beneficios no monetarios que deben ser calculados: el beneficio no monetario por publicidad propia en las cabinas y el beneficio por la exposición de la marca en las cabinas.

Tras recordar que la CNMC en la Resolución de la Nueva Metodología reconoce que el beneficio no monetario de exposición de marca en cabinas se debería repartir entre todas las empresas del grupo, muestra su sorpresa por el hecho de que tal salvedad no se haya tenido en cuenta.

Su alegación se centra en sostener que la imputación del beneficio no monetario por la exposición de la marca debería ser "irrisorio" puesto que tal es la relación entre los importes de ingresos de TTP y los del Grupo Telefónica en España.

Continúa alegando que no procede imputar un beneficio a una sociedad por la exposición de la marca de otra, y que no debería considerarse la exhibición de cualquier marca de cualquier empresa del Grupo Telefónica sino únicamente la marca propia del operador designado, es decir, Movistar, que a su juicio es la marca que le aportaría valor comercial, frente al nulo aporte de la marca institucional que exhibe, Telefónica.

Con carácter previo es preciso recordar que las cuestiones relativas a la valoración de la imagen de marca del operador para establecer el CNSU son ajenas a este concreto litigio, ya que se han debatido en otros litigios relativos a distintos ejercicios, concretamente para el año 2012 en la sentencia citada en el fundamento jurídico cuarto, en la cual se abordó la cuestión relativa al cálculo del reconocimiento de la imagen de marca del operador.

En dicha sentencia la Sala razonó que

La CMT en las pags. 50 a 53 explica detalladamente como ha establecido sus cálculos:

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

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

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

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

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

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

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

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

En este recursos únicamente puede debatirse si la conclusión de la CNMC según la cual los cálculos que ha hecho TTP son conformes a derecho.

En el acto administrativo impugnado se dice:

El beneficio no monetario de la exposición de la marca se corresponde con el beneficio de mostrar el logo del Grupo Telefónica en las cabinas incluidas en el servicio universal. Este beneficio se calcula como el ingreso equivalente que el Grupo Telefónica tendría que abonar para exhibir dicho logo en las cabinas.

TTP obtiene este importe realizando los pasos siguientes:

- Cálculo del precio medio por mueble y metro cuadrado
- Obtención del área útil para la exposición del logo
- Cálculo del beneficio no monetario

....."

En la parte dispositiva, se resuelve:

"4. Sobre el cálculo del precio medio de publicidad: TTP deberá emplear los valores corregidos de ingreso medio por mueble y año, según las indicaciones descritas en esta sección. Esta modificación deberá aplicarse para los ejercicios 2012 y siguientes.

5 Sobre la estimación de la superficie media de publicidad TTP deberá emplear el valor promedio de superficie publicitable por mueble calculado en base a la planta real. Esta modificación deberá aplicarse para los ejercicios 2012 y siguientes.

6 Sobre la superficie media ocupada por el logo TTP deberá corregir la icidencia identificada para el ejercicio 2012 y siguientes.

7 Sobre la información facilitada por TTP TTP deberá cumplir los requerimientos de información descritos en futuros ejercicios.

8 Consideración de logos antiguos para el cálculo de los beneficios no monetarios TTP deberá entregar el Manual de Imagen Corporativa que le entregó Telefónica a la firma del contrato de puesta a disposición de las cabinas."



Esta Sala considera que, habiéndose establecido que la marca del Grupo es la que ha de ser tenida en cuenta para estimar este beneficio, en las fechas relevantes la marca del grupo era Telefónica, y no Movistar. Esta era entonces la marca comercial y Telefónica era la marca institucional.

La CNMC recuerda que en el contrato de puesta a disposición de las cabinas se establece como obligación para TTP utilizar las marcas, logotipos y publicidad en los teléfonos públicos de pago que apruebe en cada momento Telefónica.

La información obrante en la web en relación con la marca permite comprobar que fue en el año 2010 cuando Telefónica establece que la relación comercial con el consumidor se lleve a cabo con la marca Movistar mientras que Telefónica se queda como marca institucional. Dado que lo que está valorando es el beneficio no monetario de la exposición de la marca en las cabinas incluidas en el servicio universal parece lógico que en el año 2012 se tome en consideración la marca institucional y no la comercial.

En relación con los logos antiguos o en desuso, como alega el Abogado del Estado, el auditor realiza una observación: existen muebles con cristalerías serigrafiadas con antiguos logos de Telefónica que representan un número relevante de cabinas que computan para el coste neto. El auditor no ha elaborado ninguna opinión al respecto porque en el marco metodológico de que se dispone no hay indicaciones sobre como valorar estos logos antiguos.

La CNMC se ha limitado a no incluir tales logos en la estimación de los beneficios no monetarios dada la dificultad de valorarlos adecuadamente.

Finalmente, se aporta con el escrito de conclusiones lo que se denomina "Hecho Nuevo" en relación con la comunicación a la actora del inicio de expediente y remisión del informe de auditoría sobre la declaración de coste neto del servicio universal para el 2013.

La Sala no considera que las conclusiones provisionales de la CNMC en relación con el ejercicio 2013 deban imponerse como justificación para la íntegra estimación de este recurso. Las conclusiones que haya podido alcanzar la Administración en relación con otro ejercicio no se pueden aplicar automáticamente a las que estableció la misma CNMC para el ejercicio anterior.

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 .

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 **TELEFÓNICA TELECOMUNICACIONES PUBLICAS SAU** contra la resolución dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el día 17 de julio de 2014 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.