RESOLUCIÓN POR LA QUE SE EJECUTA LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 14 DE ENERO DE 2013, RESPECTO A LA ESTIMACIÓN DE CIERTOS BENEFICIOS INTANGIBLES EN LA DETERMINACIÓN DEL COSTE NETO DEL SERVICIO UNIVERSAL DEL EJERCICIO 2008

SU/DTSA/010/16/EJECUCIÓN CNSU 2008

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta
Dª. María Fernández Pérez

Consejeros
D. Eduardo García Matilla
Dª. Clotilde de la Higuera González
D. Diego Rodríguez Rodríguez
Dª. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

Secretario de la Sala
D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 24 de noviembre de 2016

Visto el expediente relativo al procedimiento en ejecución de sentencia sobre ciertos beneficios intangibles en la determinación del coste neto del servicio universal del año 2008, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 7 de diciembre de 2010 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) dictó Resolución, en el marco de la tramitación del expediente número AEM 2010/1738, sobre el cálculo del coste neto del servicio universal (en adelante, CNSU) prestado por Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) durante el ejercicio 2008.

La mencionada Resolución acordó en su parte dispositiva lo siguiente:

> *"**Primero.-** Apreciar el coste neto del servicio universal incurrido por Telefónica de España, S.A.U., en el ejercicio 2008, descrito en la siguiente tabla (cifras en millones de euros):*

cifras en millones de euros	Año 2008
Coste Neto en Zonas no rentables	48,71
Coste Neto por prestaciones a Usuarios Discapacitados	0,02
Coste Neto derivado de usuarios con tarifas especiales	35,58
TOTAL COSTE NETO APRECIADO EN EL AÑO	84,30
Menos: BENEFICIOS NO MONETARIOS	9,45
COSTE NETO DEL SERVICIO UNIVERSAL	74,85

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 2008.*

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 por la sustitución del TRAC, con desglose de los importes por su momento de concesión y cobro como documentación soporte a su propuesta de coste neto del servicio universal. Asimismo, si dispone del detalle de inversiones efectuadas por central para sustitución del TRAC también deberá presentarlos como documentación soporte. En ambos casos, la presentación 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 Públicas 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."*

Vodafone España, S.A.U (en adelante, Vodafone) y France Telecom España, S.A. (en adelante, Orange) plantearon recursos de reposición contra la anterior resolución. El 24 de marzo de 2011, el Consejo de la CMT resolvió dichos recursos, desestimando sus alegaciones y resolviendo:

"ÚNICO.- *Desestimar íntegramente los recursos de reposición interpuestos por las entidades Vodafone España, SAU. y France Telecom España, SA contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 7 de diciembre de 2010, dictada en el expediente número AEM 2010/1738, mediante la cual se aprueba el coste neto de prestación del servicio universal presentado por Telefónica de España, SAU., para el ejercicio 2008, por estar la misma plenamente ajustada a Derecho"*

SEGUNDO.- Telefónica interpuso ante la Audiencia Nacional (en adelante, la AN) un recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la CMT de 7 de diciembre de 2010, tramitado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava de la misma, con el número de recurso 370/2011. En dicho

recurso, Telefónica impugnó el cálculo de los beneficios no monetarios por mejora de la imagen de marca y de ubicuidad.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava, de la AN de fecha 14 de enero de 2013 falló:

> *"**PRIMERO:** Estimamos en parte el recurso contencioso administrativo nº 370/2011, promovido el Procurador de los Tribunales D. Manuel Lanchares Perlado, en representación procesal de Telefónica de España, SAU, en impugnación de la resolución de 7 de diciembre de 2010, por la que se aprobó el Coste Neto de Prestación del Servicio Universal, presentado por aquella propia empresa, para el ejercicio 2008, que anulamos, debiendo por ello realizarse una nueva valoración de los beneficios no monetarios correspondientes a la "imagen de marca" y la "ubicuidad", del ejercicio 2008, con libertad de criterio regulatorio aunque con la pertinente motivación."*

Notificada la sentencia a las partes, las representaciones procesales de la Administración del Estado y de Orange interpusieron recursos de casación contra la sentencia antes indicada, tramitados por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera del Tribunal Supremo (en adelante, TS), con el número de recurso 1490/2013.

La sentencia del TS, de fecha 9 de noviembre de 2015 falló:

> *"1. Ha lugar al recurso de casación nº 1490/2013 interpuesto en representación de France Telecom España, S.A.U. contra la sentencia de la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 14 de enero de 2013 (recurso contencioso-administrativo 370/2011).*
>
> *2. No ha lugar a pronunciarse sobre el recurso de casación interpuesto por la Administración del Estado contra la referida sentencia.*
>
> *3. Estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U. contra la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 7 de diciembre de 2010 (expediente AEM 2010/1738) por la que se aprobó el Coste Neto de Prestación del Servicio Universal, presentado por aquella empresa para el ejercicio 2008, anulando la referida resolución en lo que se refiere a la determinación de los beneficios no monetarios correspondientes a la "imagen de marca" y la "ubicuidad" del ejercicio 2008, debiendo la Comisión -ahora Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia- realizar una nueva valoración de tales partidas motivando debidamente las razones técnico-económicas de la decisión que adopte."*

TERCERO.- Con fecha 10 de marzo de 2016 la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) resolvió ejecutar la sentencia de la AN de 24 de enero de 2011, sobre ciertos aspectos del coste neto del servicio universal de los años

2003 a 2005. Esta resolución guarda una estrecha relación con el procedimiento SU/DTSA/010/16/EJECUCIÓN CNSU 2008.

CUARTO.- Con fecha 28 de julio de 2016 la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC resolvió ejecutar la sentencia del TS de 19 de enero de 2015, respecto a la estimación de ciertos beneficios intangibles en la determinación del coste neto del servicio universal del ejercicio 2006. Esta resolución guarda una estrecha relación con el procedimiento SU/DTSA/010/16/EJECUCIÓN CNSU 2008.

QUINTO.- A la vista de lo dispuesto en los artículos 103 a 113 de la Ley 29/1998, de 10 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA) que regulan la ejecución de las sentencias en el orden contencioso-administrativo, con fecha 30 de septiembre de 2016 se inició el presente procedimiento de ejecución de lo dispuesto en la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN de fecha 14 de enero de 2013, tramitándose con número de expediente SU/DTSA/010/16/EJECUCIÓN CNSU 2008. En esa misma fecha se comunicó por la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC el inicio del procedimiento de ejecución a Telefónica, Telefónica Móviles España, S.A.U. (en adelante, Telefónica Móviles), Vodafone y Orange.

SEXTO.- Con fecha 6 de octubre de 2016 se hizo público el informe de los Servicios sobre el expediente de ejecución de sentencia sobre ciertos aspectos del CNSU del ejercicio 2008, dando trámite de audiencia a los interesados y otorgándoles un plazo de 10 días para alegaciones.

SÉPTIMO.- Los días 21, 25 y 27 de octubre tienen entrada en el registro de esta Comisión alegaciones de Telefónica, Vodafone y Orange, respectivamente.

A los anteriores Antecedentes de hecho le son de aplicación los siguientes:

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

ÚNICO.- Habilitación competencial y objeto del procedimiento

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia es el organismo competente para dar cumplimiento al fallo de la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava, de 14 de enero de 2013, de conformidad con el artículo 104.1 de la LJCA al ser el organismo que ha sucedido en sus funciones regulatorias a la CMT[1] quien dictó

[1] La Disposición Adicional Segunda de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, establece que la constitución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia implicará la extinción, entre otros organismos, de

el acto anulado en virtud de lo previsto en la letra c) del artículo 48.4[2] de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

En concreto, el órgano de la Comisión competente para resolver sobre esta materia es la Sala de Supervisión Regulatoria, de acuerdo con lo establecido en los artículos 20.1 y 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Por lo que se refiere al objeto del presente procedimiento, el mismo consiste en la ejecución de la sentencia de la AN de fecha 14 de enero de 2013 relativa a la estimación del CNSU de 2008.

La secuencia de hitos procedimentales hasta llegar a la sentencia del Tribunal Supremo es la siguiente:

- Resolución de la CMT de 7 de diciembre de 2010 sobre la aprobación del coste neto del servicio universal de Telefónica en el ejercicio 2008.
- Resolución de la CMT de 24 de marzo de 2011 sobre los recursos de reposición planteados por Vodafone y Orange contra la anterior resolución. Telefónica manifiesta, sobre la base de varias alegaciones, su oposición a los motivos de impugnación de ambos recursos.
- Sentencia de la AN de 14 de enero de 2013 por la que se estima en parte el recurso de Telefónica, anulando la resolución de 7 de diciembre de 2010 por la que se aprueba el CNSU de 2008 e instando a la CMT a realizar una nueva valoración de los beneficios no monetarios correspondientes a la imagen de marca y la ubicuidad del ejercicio 2008, *"con libertad de criterio regulatorio aunque con la pertinente motivación"*.
- Sentencia de 9 de noviembre de 2015 del TS, que estima el recurso de casación de Orange así como el recurso contencioso-administrativo de Telefónica, en lo relativo al cálculo de los beneficios por imagen de marca y ubicuidad, confirmando la sentencia de la AN.

En cuanto al recurso de casación de Orange, el TS acepta que el informe pericial presentado por Orange como contestación a la demanda, respecto a la determinación de los beneficios intangibles del ejercicio 2008 *"constituía elemento relevante del debate que la Sala de instancia debió examinar"*. No obstante, tras el estudio realizado del mismo, el Alto Tribunal no encuentra debidamente justificado el análisis efectuado de estos beneficios y tampoco entiende razonada la estimación cuantitativa de los mismos.

la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, y la sucesión por aquella en el ejercicio de las funciones de ésta.

[2] Actualmente esta función de la CNMC viene establecida en el artículo 6.5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en relación con el artículo 70.2, apartados h, i y j de la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones.

Por tanto, aclarado este aspecto, la ejecución de la sentencia de la AN conlleva una nueva estimación de los beneficios intangibles de imagen de marca y ubicuidad durante el año 2008, que es el motivo de recurso de Telefónica.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Aspectos relevantes a considerar en el expediente de ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de enero de 2013

El objeto de este procedimiento es ejecutar la sentencia de la AN en sus justos términos. El tenor de su fallo es:

> *"**PRIMERO:** Estimamos en parte el recurso contencioso administrativo nº 370/2011, promovido el Procurador de los Tribunales D. Manuel Lanchares Perlado, en representación procesal de Telefónica de España, SAU, en impugnación de la resolución de 7 de diciembre de 2010, por la que se aprobó el Coste Neto de Prestación del Servicio Universal, presentado por aquella propia empresa, para el ejercicio 2008, que anulamos, debiendo por ello realizarse una nueva valoración de los beneficios no monetarios correspondientes a la "imagen de marca" y la "ubicuidad", del ejercicio 2008, con libertad de criterio regulatorio aunque con la pertinente motivación."*

Para ejecutar en sus propios términos la sentencia de la AN es preciso hacer mención textual de lo que en ella se señala respecto a la forma de estimar los citados beneficios.

En su fundamento de derecho cuarto, la Sala de la AN señala que gran parte del discurso impugnatorio de la demandante y las demandadas gira en torno a lo decidido por esa misma Sala en su sentencia de 24 de enero de 2011, relativa a los costes netos del 2003 a 2005 y por ello pasa a reproducir los fundamentos de dicha sentencia en lo que se refiere a la estimación del beneficio por mejora en la imagen de marca. Después la propia Sala concluye:

> *"A partir de tales razonamientos, y de la observación del fallo de la Sentencia, cabe concluir que la Sala procedió en aquel momento a estimar el recurso, en lo referente a esta cuestión del beneficio no monetario correspondiente a la "imagen de marca", por falta de expresión clara de las razones técnico-económicas por las que la Administración se separaba de los informes con los que contaba.*
>
> *Ello llevó al Tribunal a la anulación de lo decidido por aquella falta de justificación de la decisión técnica (verdadera discrecionalidad técnica o potestades regulatorias). Cabe sin embargo ver que no se fijó, en aquella Sentencia, unos parámetros concretos conforme a los cuales debía hacerse la nueva valoración ni, menos aún, se ordenó que el proceso valorativo hubiera de realizarse conforme a los criterios descritos por la entidad Arthur D. Little o a los parámetros expuestos en el informe pericial.*

En este sentido (en igualdad de decisión) debe estimarse el presente recurso. Pero ha de hacerse en los mismos términos que en aquella Sentencia de 24 de enero de 2011.

No procede por ello estimar el recurso en lo correspondiente a que el Tribunal precise que el cálculo del intangible deba realizarse conforme a los criterios descritos por la entidad Arthur D. Little o con arreglo en la pericial presentada en aquellas actuaciones."

En lo que respecta al beneficio de ubicuidad, dicha Sala reproduce, asimismo, los fundamentos de la sentencia de 24 de enero de 2011 donde se analiza el beneficio de ubicuidad, señalando a continuación:

"El recurso debe ser por ello estimado también en lo correspondiente a esta segunda cuestión, aunque ha de serlo en los mismos términos que la anterior, esto es, por falta de motivación suficiente de las razones técnico-económicas que fundaron la decisión regulatoria adoptada.

Pero la nueva valoración del intangible, que deriva de la parcial estimación del recurso (en lo que atañe a esta cuestión), habrá de hacerse con plena libertad de criterio y sin ceñirse, necesariamente, a los parámetros o criterios contenidos en los informes realizados."

Por su parte, la sentencia del TS en su fallo tercero señala:

"Estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U. contra la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 7 de diciembre de 2010 (expediente AEM 2010/1738) por la que se aprobó el Coste Neto de Prestación del Servicio Universal, presentado por aquella empresa para el ejercicio 2008, anulando la referida resolución en lo que se refiere a la determinación de los beneficios no monetarios correspondientes a la "imagen de marca" y la "ubicuidad" del ejercicio 2008, debiendo la Comisión -ahora Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia- realizar una nueva valoración de tales partidas motivando debidamente las razones técnico-económicas de la decisión que adopte"

En primer lugar, esta Comisión entiende que la referencia a Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U. es simplemente un error, queriéndose hacer mención a Telefónica de España, S.A.U., que era la empresa prestadora del servicio universal en 2008 y como tal, la que presentó su declaración de coste neto que finalizó en la resolución impugnada.

Hecho este inciso, se considera que el fallo del TS es claro y mantiene el tenor de la sentencia de la AN de 14 de enero de 2013. Por tanto, para ejecutar la sentencia de la AN, la CNMC debe efectuar un nuevo cálculo de los beneficios de imagen de marca y de ubicuidad. A modo de recordatorio, cabe señalar que dichas sentencias de 24 de enero de 2011 y 22 de julio de 2014, entre otros

aspectos, anulaban en parte la resolución de 29 de noviembre de 2007[3], en lo que se refería 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 valoracion de los clientes y grupos de clientes teniendo en cuenta su ciclo de vida.

Pese a que la sentencia actual resulta a priori más abierta al introducirse en el fallo la mención expresa a la *"libertad de criterio regulatorio aunque con la pertinente motivación",* esta Sala considera que la actual sentencia no se separa de lo expuesto en la sentencia de la AN de 24 de enero de 2011[4], y que la sentencia del TS de 22 de julio de 2014 confirmó en casación, en cuanto a la estimación de los beneficios de imagen de marca y de ubicuidad.

De igual forma, las referida sentencias de la AN de 24 de enero de 2011 y del TS de 19 de enero de 2015 se han ejecutado por esta Sala en las resoluciones de los expedientes SU/DTSA/2203/14 EJECUCIÓN CNSU 2003-2005 y SU/DTSA/006/15/EJECUCIÓN CNSU 2006 respectivamente, con el siguiente resultado en cuanto a los apartados que son objeto del actual procedimiento:

- Tras el análisis y valoración de las metodologías expuestas en la sentencia de la AN de 24 de enero de 2011, se estima un nuevo cálculo del beneficio no monetario derivado de la mejora en la imagen de marca para el periodo comprendido entre 2003 y 2005 y, en cambio, respecto al ejercicio 2006 se mantiene el beneficio no monetario aprobado en la resolución impugnada del CNSU 2006 en virtud de la interdicción de la *reformatio in peius.*
- Tras el análisis y valoración de las metodologías expuestas en la sentencia de la AN de 24 de enero (informe pericial de Telefónica e Informe AdL), se confirma el cálculo del beneficio no monetario derivado de la ubicuidad para el periodo 2003-2005 y para el ejercicio 2006, en los términos expuestos en las resoluciones impugnadas[5], toda vez que la metodología del perito de Telefónica no se considera correcta y no se contaba con los datos necesarios para implementar la metodología propuesta por AdL.

[3] Resolución 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. (MTZ 2007/1015), de 29 de noviembre de 2007.
[4] Del procedimiento contencioso-administrativo relativo a la determinación de ciertos aspectos del coste neto del servicio universal de los años 2003 a 2005.
[5] Resolución de 29 de noviembre de 2007 para el CNSU de los años 2003 a 2005 y resolución de 12 de marzo de 2009 para el CNSU del año 2006.

SEGUNDO.- Sobre la valoración de la imagen de marca del operador

Como se ha señalado en el apartado anterior, este beneficio se ha vuelto a recalcular en el procedimiento de ejecución de sentencia del CNSU de los años 2003 a 2005, obteniéndose unos importes diferentes a los aprobados en la resolución de coste neto impugnada para dicho periodo.

Sin embargo, en el ejercicio 2006 se ha mantenido el importe aprobado en la resolución impugnada de dicho año, ya que el empleo de la metodología utilizada en la resolución en ejecución de sentencia de los años 2003-2005, habría supuesto un mayor beneficio intangible para Telefónica, que conllevaría necesariamente un menor coste reconocido a la operadora, por cuanto los beneficios intangibles minoran el importe de coste neto. Y en este sentido, también habrían sido menores las aportaciones recibidas del resto de operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del Servicio Universal (FNSU).

Esta decisión para el ejercicio 2006 se adoptó en virtud de la interdicción de la *reformatio in peius*, que no permite que como consecuencia de un recurso contencioso-administrativo contra una resolución administrativa, el recurrente vea su situación o sus intereses más perjudicados que en la situación inicial, en la sentencia resultante tras dicho procedimiento contencioso-administrativo.

No obstante, en aras de la consistencia, procede en el expediente actual volver a emplear la metodología utilizada en los procedimientos en ejecución de sentencia anteriores.

Conviene en este punto recordar que en el expediente en ejecución de sentencia por los años 2003-2005[6] se hace un amplio análisis tanto de la metodología aprobada en la resolución impugnada (29 de noviembre de 2007) como de las dos metodologías estudiadas en la propia sentencia: la presentada en el informe pericial de Telefónica[7] y la del informe de la consultora Arthur D. Little[8] (en adelante, informe AdL).

Asimismo, se debe dejar constancia de que las sentencias referidas al CNSU del 2008 (AN y TS), objeto del presente procedimiento de ejecución, permiten que esta Sala de Supervisión Regulatoria cuente con libertad de criterio regulatorio para fijar una nueva valoración de los beneficios no monetarios, siempre que incluya la pertinente motivación.

[6] Resolución de 10 de marzo de 2016. SU/DTSA/2203/14 EJECUCIÓN CNSU 2003-2005.
[7] Informe del Dr. Eusebi Nomen (2009). Aportado como informe pericial por Telefónica en el procedimiento contencioso-administrativo por el CNSU de los ejercicios 2003 a 2005.
[8] Informe resultado del contrato de la CMT con dicha consultora para la estimación de una metodología de cálculo del CNSU, estimación de beneficios intangibles y estimación de la existencia de una carga injustificada (2006). Telefónica lo aportó en el procedimiento contencioso-administrativo por el CNSU de los ejercicios 2003 a 2005.

En todo caso, aclarada esta libertad de la CNMC en lo que respecta a la metodología de cálculo, en la sentencia de 24 de enero de 2011, la Sala de la AN señalaba que la metodología propuesta por AdL o por la pericial de Telefónica estaba más justificada que el sistema de cálculo seguido por la CMT en su momento:

> *"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."* (Énfasis añadido)

Y habida cuenta de ello, con el objeto de ejecutar la sentencia en sus propios términos, en la ejecución de sentencia del CNSU de 2003 a 2005 la CNMC realiza un ejercicio para tratar de adecuar la metodología propuesta por AdL a la realidad del mercado en cada uno de los ejercicios objeto de recurso, empleando para ello, por ser la única fuente, la encuesta contratada por la CNMC para la estimación del beneficio de imagen de marca en el coste neto del ejercicio 2012. Asimismo, la CNMC también modificó otras variables de la metodología de AdL como el margen medio por línea.

En el momento actual, y en uso de la *"libertad de criterio regulatorio aunque con la pertinente motivación"*, no hay motivos para separarse de lo resuelto en el procedimiento en ejecución de sentencia por determinados aspectos del CNSU de los años 2003 a 2005 y del ejercicio 2006. En definitiva, la CNMC, en uso de la libertad de criterio establecida en la sentencia, considera que debe volver a utilizar la metodología de cálculo del beneficio de imagen de marca inspirada en la de AdL para el ejercicio 2008.

A modo de recordatorio se expone a continuación la fórmula propuesta por AdL para la estimación de este beneficio. Para ello, se incluye un extracto copiado del apartado de "Información Requerida para la Aplicación de la Metodología" recogido en el Informe de AdL

*BIM= número de clientes BIM * VAN medio de cada usuario*

Cada componente de esta fórmula se calcula de la siguiente forma:

- *BIM significa Beneficio Imagen de Marca*
- *El número de clientes BIM se refiere al número de usuarios que contratan con Telefónica, teniendo otras alternativas, porque saben que provee el Servicio Universal. En nuestro caso, hemos determinado que el 12,40% de los usuarios contratan Telefónica por*

esta razón, es decir, suponiendo que existe 10 millones de líneas, unas 1,2 millones captadas por Telefónica son resultado de la prestación del Servicio Universal. Si suponemos que de esas 1,2 millones de líneas, el 50% no tienen posibilidad de contratar con otro proveedor, tenemos que 0,6 millones de líneas son resultado directo de la OSU

- *VAN medio de cada usuario se refiere al Valor Actual Neto de cada usuario. Este cálculo es el resultado de descontar a valor presente (usando el WACC determinado por la CMT) todos los flujos libres de caja de un usuario asumiendo una duración media de permanencia de 10 años o 10% de "Churn". En base a este cálculo el valor neto Presente de cada usuario sería entorno a 2.500 euros.*

*1.500.000.000 Euros= 600.000 líneas * 2.500 euros/línea*

Obviamente, la principal variable de este cálculo está en el número de usuarios que conocen el Servicio Universal y utilizan este conocimiento como criterio principal de contratación de los servicios de telecomunicaciones. El número utilizado en nuestros cálculos es aleatorio y creemos que en la práctica debería ser considerablemente inferior al utilizado a efectos prácticos para mostrar el uso de la metodología.

A continuación se explican los valores utilizados para emplear esta metodología de estimación del beneficio por mejora de la imagen de marca en el ejercicio 2008.

En primer lugar, se emplearán las líneas totales de Telefónica para 2008, que son 13.851.250 y que habían sido informadas en la resolución impugnada.

Para determinar el porcentaje de clientes que contrata a Telefónica por ser el prestador del servicio universal, se utilizará el 1,9% de la encuesta contratada por esta Comisión y empleado en la resolución por el coste neto del servicio universal incurrido por Telefónica en el ejercicio 2012[9].

Con el objeto de recoger el porcentaje de usuarios que no tienen posibilidad de contratar con otro operador, se consideran las líneas TRAC. Estas son aquellas líneas inalámbricas por las que se provee acceso y servicio telefónico en aquellas zonas donde no es posible llegar por medios cableados y que son, en esencia, líneas de alto coste, a los que un operador sin obligación de prestar el servicio universal no iría en condiciones de libre competencia. Para el ejercicio 2008 estas líneas son 166.525, lo que supone un porcentaje de usuarios que no tienen posibilidad de contratar con otro proveedor de 1,20%.

[9] Expediente SU/DTSA/1746 APROBACIÓN CNSU 2012 TELEFÓNICA, de 21 de mayo de 2015.

A partir de este porcentaje se obtendría así el número de clientes de zonas rentables que son fieles a Telefónica por el hecho de ser el prestador del servicio universal, que vendría a equipararse a lo que AdL denomina "número de clientes BIM".

Al igual que en el procedimiento en ejecución de sentencia del CNSU 2003 a 2005, no se va a considerar el empleo de un valor actual neto propuesto por AdL sino el margen medio por línea y año. En efecto, dado que se está estimando un beneficio anual, el margen por cliente también debe ser anual, en lugar del beneficio total medio por cliente acumulado a lo largo de su vida útil.

A partir de estas justificaciones, la nueva estimación del beneficio por imagen de marca ascendería a 20.166.568 €, como se observa en la siguiente tabla:

Tabla 1 Estimación del beneficio de Imagen de Marca por el ejercicio 2008

	CONCEPTO	2008
A	Líneas totales de Telefónica	13.851.250
B	Encuesta Telefónica 2009	1,9%
C	Líneas en zonas TRAC	166.525
D	Porcentaje usuarios no tienen posibilidad contratar con otro operador = (C/A)	1,20%
E	Número clientes BIM = (A-C)*B	260.010
F	Margen medio (euros/línea/año)	78
	Beneficio Imagen de Marca. Nueva estimación (euros) = (E*F)	20.166.568

TERCERO.- Sobre la valoración de la ubicuidad

Como se ha señalado en el apartado primero, en el procedimiento en ejecución de sentencia del CNSU 2003 a 2005 se confirmó el importe aprobado en las resoluciones impugnadas para el beneficio de ubicuidad.

Conviene aquí recordar que la sentencia de 24 de enero de 2011 no criticaba la concreta metodología empleada en las resoluciones impugnadas, sino el hecho de que en la resolución de 29 de noviembre de 2007 la CMT se separase, sin la debida justificación, tanto del informe de audiencia como de resoluciones anteriores. En este sentido, en el informe de audiencia de los ejercicios 2003 a 2005 la CMT no procedía al cálculo por no disponer de los datos necesarios y finalmente la resolución estimaba un importe. Y respecto a las resoluciones anteriores, hasta el año 2002 la CMT solo calculaba el beneficio por ubicuidad, conforme a un método de cálculo distinto.

Asimismo, el perito de Telefónica propone un ajuste a los cálculos realizados en la resolución impugnada, aplicando una encuesta mal diseñada.

De igual manera, durante el procedimiento en ejecución de sentencia por el periodo 2003-2005 se revisa en profundidad la metodología sugerida por AdL para la estimación de este beneficio, si bien se expone que no se dispone de la información necesaria.

Con el objeto de señalar la información que AdL entendía necesaria para estimar este beneficio se transcribe textual de su informe:

> ***"Información Requerida para la Aplicación de la Metodología"***
>
> *La información que se necesita para calcular este beneficio de ubicuidad es la siguiente:*
>
> - *Número anual de migraciones de líneas de zonas no rentables a zonas rentables con competencia*
> - *Encuesta de estos usuarios respecto a los criterios que le han condicionado a elegir un proveedor u otro en la nueva zona donde reside*
> - *Una encuesta sobre el conocimiento por parte de los usuarios de las operadoras de telecomunicaciones en zonas rentables, zonas rentables con competencia.*
> - *Cuotas de mercado del proveedor de telecomunicaciones en zonas rentables con competencia*
> - *El porcentaje de líneas que se mueven de una zona no rentable a una zona rentable y siguen con Telefónica como proveedor, bien por gratitud bien por desconocimiento de otros operadores.*

- *El porcentaje de líneas que se mueven de una zona no rentable a una zona rentable y no siguen con Telefónica como proveedor.*

En este sentido, no se dispone del número anual de migraciones de líneas de zonas no rentables a zonas rentables, ni de una encuesta a estos concretos usuarios respecto de los criterios que les han condicionado a elegir a un proveedor u otro en la nueva zona donde residen, ni tampoco del grado de conocimiento que tuvieran en esa época los usuarios de las operadoras de comunicaciones que existían en zonas rentables.

Como se indica en la resolución de 10 de marzo en ejecución de la sentencia de la AN de 24 de enero de 2011, para realizar el ejercicio propuesto por AdL habría sido preciso contar con información muy detallada por parte de Telefónica. Para obtener esta información, de carácter interno, habría sido preciso elaborar un estudio de investigación de mercado sobre los distintos criterios que han condicionado a los clientes a elegir un proveedor u otro en la zona en la que residen. Se trataría, por tanto, de información muy distinta a la de la encuesta realizada en el beneficio por imagen de Marca.

Esta falta de información sigue aplicando para el ejercicio 2008, al igual que ocurrió en la resolución en ejecución de sentencia del TS por el ejercicio 2006 por lo que se propone mantener la metodología de cálculo empleada en la Resolución de 10 de diciembre de 2010 impugnada. Es decir, la CNMC, en uso de la libertad establecida en la sentencia, ha explorado la posibilidad de utilizar otra metodología alternativa a la establecida por la CMT en la resolución del CNSU de 2008. Para ello, se ha basado en la metodología propuesta por AdL y como se ha visto, no hay información suficiente para realizar el cálculo. Por ello, la CNMC considera que debe seguir aplicándose la metodología original utilizada por la CMT, entre otras razones por ser factible su cálculo. Por ello, la CNMC confirma el importe aprobado por la CMT de 2.794.062,31 euros para este beneficio.

CUARTO.- Sobre el importe final del CNSU 2008

Como se ha visto, en el apartado segundo se ha realizado una nueva estimación del beneficio de imagen de marca que asciende a 20.166.568 euros. Por su parte, el beneficio aprobado en la resolución impugnada sobre el coste neto del CNSU 2008, de 7 de diciembre de 2010, fue de 5.831.751,21 euros. El importe del beneficio de ubicuidad se ha mantenido inalterado respecto del cálculo.

Es preciso recordar que un mayor beneficio intangible supone un menor importe de coste neto para su prestador, ya que los beneficios intangibles restan del coste total del servicio universal. Como se observa en la siguiente tabla, en el caso de considerar el importe de 20.166.568 euros como beneficio por mejora de la imagen de marca en lugar de los 5.831.751,21 euros de la resolución impugnada, supondría reconocer a Telefónica un coste neto por el

año 2008 de 60,51 millones de euros, frente a los 74,85 millones aprobados originalmente por la CMT. Es decir, el coste neto del servicio universal se reduciría en 14,33 millones de euros. Cuanto menor es el coste neto, menores son las aportaciones que recibe Telefónica del resto de operadores obligados a contribuir al FNSU[10].

Tabla 2 Impacto nueva estimación BIM en CNSU 2008

(Cifras en millones de euros)	Estimación BIM original	Nueva Estimación BIM
+ Coste Neto Apreciado	84,30	84,30
- Beneficio Imagen de Marca	5,83	20,17
- Resto de Beneficios	3,62	3,62
= Coste Neto Apreciado	74,85	60,51

Por tanto, en aplicación del principio de prohibición de la *reformatio in peius*, no sería posible aprobar el importe resultante de la nueva estimación. Ello se debe a que este principio no permite que, como consecuencia de la interposición de un recurso contencioso-administrativo contra una resolución administrativa, el recurrente vea su situación agravada o sus intereses más perjudicados que en la situación inicial, en la sentencia resultante tras dicho procedimiento contencioso-administrativo. Por ello, para el ejercicio 2008 esta Comisión considera que también debe mantenerse el importe aprobado por la imagen de marca en la resolución de la CMT de 7 de diciembre de 2010.

Como consecuencia de todo ello, no procede modificar los importes de los beneficios intangibles por mejora en la imagen de marca y ubicuidad. Por tanto, se mantiene el coste neto original aprobado por la CMT de 75,34 millones de euros.

Por todo cuanto antecede, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

RESUELVE

PRIMERO.- Una vez valorada la utilización de la metodología del informe pericial de Telefónica y del informe de AdL en los términos expuestos por la sentencia de la AN de 24 de enero de 2011, se confirma, en aplicación de la interdicción de la *reformatio in peius*, el importe de 5.831.751,21 euros del beneficio no monetario derivado de la mejora en la imagen de marca aprobado en la resolución de 7 de diciembre de 2010.

[10] Para el CNSU 2008, los operadores obligados a contribuir al FNSU fueron Telefónica, Telefónica Móviles, Vodafone y Orange.

SEGUNDO.- Una vez valorada la utilización de la metodología del informe pericial de Telefónica y del informe de AdL en los términos expuestos por la sentencia de la AN de 24 de enero de 2011, se confirma, ante la falta de los datos necesarios para realizar el cálculo, el importe de 2.794.062,31 euros del beneficio no monetario por ubicuidad aprobado en la resolución de 7 de diciembre de 2010.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.

ANEXO I

RESPUESTAS A LAS ALEGACIONES RECIBIDAS

En este anexo se tratan las alegaciones recibidas a partir del trámite de audiencia, así como la contestación a las mismas.

I.1. Sobre el fallo de la sentencia

Telefónica realiza una alegación previa según la cual el informe de audiencia pretende reabrir el debate sobre el CNSU de 2008, como si la AN no hubiese dictado una sentencia en virtud de la cual valoró las pruebas aportadas y alcanzó determinadas conclusiones sobre las que fundamentó su fallo.

La operadora señala que ejecutar la sentencia consiste en aplicar las metodologías correctas, asumiendo sus consecuencias y sus cálculos, sin que en ningún caso se deba revisar de nuevo cómo deben calcularse los beneficios intangibles ya que ello supone incumplir directamente el fallo.

Entiende así Telefónica que la sentencia de la AN es clara y, a pesar de conceder a la CNMC libertad de criterio regulatorio (aunque con la debida motivación) también le exige que realice una nueva valoración de los beneficios no monetarios correspondientes a la imagen de marca y a la ubicuidad del ejercicio 2008, algo que la CNMC no ha hecho al reafirmarse en los cálculos de la resolución de la CMT de 7 de diciembre de 2010.

En consecuencia, *"la ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional supone, con retroacción de las actuaciones, realizar una nueva valoración de los beneficios no monetarios correspondientes a la imagen de marca y la ubicuidad del ejercicio 2008; esto es, la CNMC debe efectuar un* ***nuevo cálculo*** *de los beneficios de imagen de marca y ubicuidad considerados. Y, sin embargo, ha decidido confirmar el cálculo de los beneficios no monetarios de mejora en la imagen de marca y de la ubicuidad, en los términos expuestos en la Resolución de 7 de diciembre de 2010, y todo ello sin realizar la oportuna motivación que preceptúa la SAN puesto que se ha limitado a reproducir los argumentos y que, no olvidemos, han sido declarado nulos."*

Insiste la operadora en que no tiene sentido volver a utilizar la metodología utilizada por la CMT, amparándose en que no se pueden implementar las propuestas mejor valoradas por el Tribunal (la de la empresa consultora o la del perito de Telefónica).

Por tanto, Telefónica solicita que se utilicen siempre los informes de la consultora o del perito encargado por la operadora para los beneficios intangibles considerados, pues la comparativa que realiza la CNMC en su informe entre la metodología de los informes periciales de Telefónica y de AdL

y la metodología de la Resolución de la CMT de 7 de diciembre de 2010, no supone llevar a puro y debido efecto el fallo de la sentencia de la AN.

Respuesta de esta Sala

Frente a lo expuesto por Telefónica, debe señalarse que esta resolución da cumplimiento a la obligación de ejecutar la sentencia de la AN en sus justos términos.

Así la SAN de 14 de enero de 2013 que se debe ejecutar, señala en su Fundamento Jurídico Cuarto que:

> *"Como cabe ver a partir del extracto de las alegaciones principales de la demandante y demandadas, buena parte de su discurso impugnatorio gira en torno a lo decidido por esta propia Sala y Sección en su Sentencia de 24 de enero de 2011.*
>
> *Por ello se hace oportuno reproducir los Fundamentos de dicha Sentencia en lo que se refiere a esta concreta cuestión. Ello, a su vez, llevará a la aplicación de la misma decisión en el presente caso, y también no a ir más allá, como por ejemplo sucede en el aspecto (solicitado en la demanda) de dar por buenas las bases de cálculo contenidas en el informe pericial que fue aportado en aquellas actuaciones; cosa que el Tribunal no hizo en aquellos autos en los que la pericial se produjo y no debe realizar tampoco ahora."* (Énfasis añadido).

Por tanto esta Sala, a raíz de todos los argumentos indicados en este acuerdo, entiende que cuenta con libertad de criterio para estimar el importe de los dos beneficios impugnados en la resolución de 7 de diciembre de 2010.

Y así, desde la resolución en el pasado mes de marzo del procedimiento en ejecución de sentencia por el CNSU de los años 2003 a 2005, no ha surgido ningún nuevo elemento que deba ser valorado y concurren las mismas circunstancias: no existe una encuesta para dicho ejercicio que permita la estimación del número de usuarios que conocen el SU y valoran a su prestador para la contratación de los servicios de comunicaciones electrónicas y no se tienen datos para calcular el beneficio por ubicuidad en los términos del informe de AdL. Por todo ello, esta Comisión entiende que el criterio más objetivo para ejecutar la sentencia de la AN en sus propios términos consiste en aplicar la misma metodología empleada en la resolución en ejecución de sentencia de la AN de 24 de enero de 2011[11], tanto en lo que se refiere a la estimación del beneficio por imagen de marca como en el de ubicuidad. Esto es lo que se ha expuesto tanto en el informe de los Servicios como en el fundamento jurídico material segundo de esta resolución.

[11] SU/DTSA/2203/14/EJECUCIÓN CNSU 2003-2005, de 10 de marzo de 2016.

Y en el caso concreto del beneficio por imagen de marca, se procede a aplicar la metodología sugerida por AdL, que fue mejor valorada por la AN y el TS que la aplicada en la resolución impugnada. Asimismo, esta metodología ha sido aplicada de forma consistente en anteriores resoluciones en ejecución de sentencia y su uso ha sido ampliamente justificado en la resolución en ejecución de sentencia de los años 2003 a 2005. No obstante, aplicar esa metodología a los datos del ejercicio 2008 que se calcula, al igual que ocurría en el ejercicio 2006, supondría para Telefónica un mayor beneficio que el aprobado en la resolución impugnada. En este caso, y en virtud de la interdicción de la *reformatio in peius,* no es posible aprobar un nuevo importe de beneficio por mejora en la imagen de marca, por importe de 20,17 millones de euros y se hace preciso confirmar el importe aprobado en la resolución recurrida, esto es, 5,83 millones de euros.

Asimismo, en lo que se refiere al beneficio por ubicuidad, una vez más procede señalar que ante las deficiencias del informe pericial de Telefónica para la estimación de este beneficio y la inexistencia de los datos necesarios para aplicar la metodología sugerida por el informe de AdL, se ha optado por mantener, de forma consistente con resoluciones en ejecución de sentencia anteriores, el importe aprobado en la resolución impugnada.

I.2 Cálculo de los beneficios no monetarios. Imagen de marca

Telefónica entiende que dentro de la libertad de criterio regulatorio de que dispone la CNMC debe seguirse la línea marcada por la sentencia de la AN de 24 de enero de 2011 relativa al CNSU de los ejercicios 2003, 2004 y 2005, y dicha sentencia señala que está más justificado el cálculo realizado por el perito de Telefónica que la metodología seguida por la CMT, a la que se refiere como carente de la suficiente justificación.

Según la operadora, en el informe de su perito se realiza la aplicación empírica concreta de la metodología común de los dos informes señalados por la SAN como más justificados, que consisten en la realización de encuestas sobre el conocimiento de la obligación del servicio unviersal entre los usuarios, concluyendo que el beneficio intangible referido a la imagen de marca era nulo o igual a cero.

Así señala que en la encuesta solicitada por el perito para identificar el grado de conomiento de la obligación de SU, el 97,3% de los encuestados respondió que no, por lo que con este grado de desconocimiento por parte de los usuarios se llegó a la conclusión de que la prestación del servicio universal no suponía un beneficio intangible para Telefónica. Y por ello, Telefónica entiende que ha de atribuirse un valor nulo al beneficio intangible referido a la imagen de marca.

De forma subsidiaria, dado que la CNMC procede a aplicar la metodología propuesta por el informe pericial elaborado por Arthur D. Little, donde el

parámetro esencial que toma en consideración es el número de clientes que son fieles a Telefónica por ser el prestador del SU, la operadora entiende importante realizar una consideración acerca de la encuesta que proporciona el porcentaje de clientes fieles: el 1,90%.

Discrepa de la utilización de la cifra del 1,9% como clientes de Telefónica a los que les ha influido mucho la prestación de las obligaciones del SU, que resulta de la encuesta llevada a cabo por IKERFEL contratada por la CNMC para realizar el cálculo del CNSU del ejercicio 2012 cuando existe una encuesta anterior, del año 2009 (la de su perito), que resulta más próxima al ejercicio 2006. Asimismo, la operadora informa que la resolución del cálculo del CNSU 2012 ha sido recurrida por Telefónica en vía contencioso-administrativa.

Emplear dicha encuesta arrojaría un valor de 1,11%, considerando que del 2,7% de los clientes que según la misma parecen conocer la existencia del SU, un 73,2% concede valor al hecho de que Telefónica presta servicios en zonas no rentables y da una bonificación a clientes sin recursos y que el 56,1% de los encuestados prefiere Telefónica a otros operadores por prestar el SU.

Por ello, de forma subsidiaria solicita que en caso de utilizarse la metodología de AdL, el valor a utilizar sea el 1,11% en vez del 1,9% de la encuesta contratada por la CNMC.

Respuesta de esta Sala

Esta Comisión se reitera en lo señalado en la resoluciones de 10 de marzo y 28 de julio de 2016 en ejecución de sentencias de la AN y del TS, por cuanto considera que la encuesta efectuada para el informe pericial de Telefónica no está bien diseñada al emplear un cuestionario ambiguo.

Por ello, esta Comisión entiende que, ante la necesidad de ejecutar la sentencia en sus propios términos y, dado que para ello es necesario emplear una encuesta, esta sea aquella que haga unas preguntas que permitan discernir el real conocimiento que tiene la población encuestada de la obligación del servicio universal, evitando tecnicismos propios del ámbito de las telecomunicaciones. En este sentido, en el marco de este procedimiento la única opción disponible que cumple esta premisa es la encuesta contratada por la CNMC.

Habida cuenta de la repercusión que puede tener para el mercado el porcentaje resultante de la encuesta, esta Comisión sigue considerando, como ya hizo en la resolución de la nueva metodología del CNSU, que es preciso que esta sea llevada a cabo por una empresa de investigación de mercados contratada por el organismo regulador, al objeto de garantizar la objetividad e independencia que no se lograría con una encuesta realizada a instancia de

parte, como podría ser la del operador prestador del SU o las sugeridas por los operadores contribuyentes al Fondo Nacional del Servicio Universal.

Por otra parte, siendo cierto que el CNSU del año 2012 está recurrido en vía contencioso-administrativa por Telefónica de España y aunque la metodología y resultado concreto de la encuesta sea uno de los aspectos principales del recurso, hasta que los tribunales no se pronuncien al respecto, la encuesta contratada por esta Comisión es válida y por tanto de aplicación en este caso.

I.3 Sobre la valoración de la ubicuidad

Telefónica señala que de acuerdo con el fundamento jurídico noveno de la SAN de 24 de enero de 2011 para medir el beneficio de la ubicuidad hay que calcular la cantidad de personas que migran de áreas no rentables a áreas rentables con alta competencia y permanecen con el proveedor del SU, bien por desconocimiento de la existencia de otros opeadores capaces de prestarles los mismos servicios de telecomunicaciones, bien por reconocimiento al prestador del SU.

La operadora indica que *"dado que existe una eficaz competencia entre los operadores de telecomunicaciones y un amplio conocimiento del operador Telefónica por parte de los usuarios de este país, sólo cabe centrarse, de las dos posibles opciones indicadas en el párrafo precedente para calcular el beneficio de la ubicuidad, en la segunda de ellas, esto es, cuantificar cuántos usuarios han permanecido con Telefónica por el hecho de ser ésta quien presta el Servicio Universal."*

Asimismo, Telefónica incide en que la SAN de 24 de enero de 2011 ya valoró el Informe Pericial aportado por Telefónica y lo encontró adecuado, por lo que solicita que se aplique por la CNMC dicho criterio que genera el siguiente cálculo:

CONCEPTO		
Nº de líneas que pasan de ZNR[12] a ZR[13]	67.817	líneas
% de líneas susceptibles de ubicuidad	1,3	%
Margen medio por línea	77,56	euros
TOTAL	**68.378,52**	**euros**

[12] Zonas no rentables.
[13] Zonas rentables.

Respuesta de esta Sala

En la resolución impugnada de 7 de diciembre de 2010, el beneficio no monetario por ubicuidad supuso 2.794.062,31 euros.

Esta Comisión quiere resaltar que la operadora, a diferencia del procedimiento ejecución de sentencia por el ejercicio 2006 en que omitió cálculos y reclamó un beneficio nulo por ubicuidad, vuelve a asumir los cálculos de su informe pericial en el procedimiento contencioso-administrativo por los años 2003 a 2005, actualizándolos al ejercicio 2008 y reflejando un importe de 68.378,52 euros.

Frente a ello, esta Comisión se reafirma en los argumentos esgrimidos en la resolución de 10 de marzo de 2016, al señalar que los cálculos incorporados en el informe pericial no son correctos, que solo tienen por efecto minorar aún más el importe aprobado de beneficio no monetario por ubicuidad y que, para ello, se ha empleado una encuesta mal diseñada.

Por tanto, ante la imposibilidad de contar con la información necesaria para estimar este beneficio según la metodología propuesta por AdL, se confirman los importes aprobados en la resolución impugnada de 7 de diciembre de 2010.

I.4 Sobre la necesidad de confirmar el cálculo de los beneficios no monetarios de la resolución de 7 de diciembre de 2010

Vodafone viene a reproducir las alegaciones realizadas en el marco del procedimiento en ejecución de sentencia por el ejercicio 2006 y coincide con el informe de los Servicios en que se debe confirmar el cálculo de los beneficios no monetarios derivados de la mejora en la imagen de marca y de la ubicuidad según los términos expuestos en la resolución impugnada.

Vodafone considera que *"la aplicación de los criterios para el cálculo del coste en el Informe de Audiencia es coherente con la realizada en las Resoluciones de la CNMC precedentes, esto es, la Resolución de 10 de marzo de 2016 de ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de enero de 2011 sobre ciertos aspectos del coste neto del servicio universal de los años 2003 a 2005, y la Resolución de 28 de julio de 2016 de ejecución de la STS de 19 de enero de 2015 sobre ciertos beneficios intangibles del coste neto del servicio universal del ejercicio 2006. La idéntica aplicación de los criterios es un hecho absolutamente exigible a la CNMC en aras de garantizar el principio de seguridad jurídica."*

Sin embargo, la operadora señala que los motivos por los que coincide con la CNMC en que se debe confirmar el coste neto en los términos expuestos en la resolución recurrida son distintos.

Así, hace hincapié en sus alegaciones para el procedimiento en ejecución de sentencia por los años 2003 a 2005 y para el procedimiento del ejercicio 2006, sosteniendo que "*aunque resulta irrefutable la obligación de ejecutar la Sentencia en sus propios términos, la inexistencia de la información necesaria para poder calcular las partidas en el sentido pretendido por los informes periciales y la propia Sentencia hacían imposible su ejecución de forma rigurosa.*"

Entiende la operadora que no existía la información necesaria para poder aplicar la sentencia porque habría que realizar una encuesta a pasado, lo cual es imposible. Y además reitera su argumento de que en caso de considerarse cuantificable la mejora de imagen de marca, en ningún caso se deberían haber utilizado los datos de una encuesta con ocasión del cálculo del CNSU de 2012 para valorar el beneficio por imagen de marca de los años 2003 a 2005 y del año 2006.

Por ello, solicita que se confirme el cálculo de los beneficios no monetarios en los términos expuestos en las resoluciones recurridas.

Respuesta de esta Sala

Esta Comisión debe reafirmarse en lo expuesto en las resoluciones de 10 de marzo y 28 de julio de 2016 frente a una alegación de Vodafone en similares términos: dado que tanto la AN como el TS entendían que la metodología de cálculo propuesta en los informes de Eusebi Nomen y AdL resultaba más justificada que la utilizada por el regulador y que el empleo de la encuesta para el año 2012 es el mejor método disponible en manos de esta Comisión, ya que la encuesta del año 2009 utilizada por el perito contratado por Telefónica adolece de los serios defectos, este es el método que se debe aplicar para ejecutar la sentencia en el año 2008.

Por otra parte, debido a que la aplicación de esta metododología en el año 2008 supone un beneficio por imagen de marca superior al aprobado en las resoluciones impugnadas del CNSU del año 2008, debe mantenerse el importe aprobado en virtud de la interdicción de la *reformatio in peius*.

I.5 Sobre la aplicabilidad del principio de prohibición de la *"reformatio in peius"* en el actual procedimiento

Al igual que en el procedimiento en ejecución de sentencia del CNSU 2006 Orange no comparte la visión del informe de audiencia según la cual no se modifica la cifra resultante del beneficio intangible por imagen de marca respecto a la aprobada inicialmente porque el nuevo beneficio sería superior y se reduciría la cifra final de coste neto, conllevando una situación más perjudicial para Telefónica, algo contrario al principio de la prohibición de la *reformatio in peius*.

En este sentido, reitera su argumento de que este principio solo opera en la resolución de recursos administrativos y en los procedimientos administrativos a instancia de parte, y fuera de estos supuestos este principio no es de aplicación.

Orange entiende que este procedimiento no es a instancia de parte, sino un procedimiento de oficio tal y como se describe en el artículo 58 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP) que delimita los procedimientos según su origen:

> "*Artículo 58. Iniciación de oficio.*
>
> 1. *Los procedimientos se iniciarán de oficio por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia."*

La operadora entiende que este nuevo procedimiento se inicia por esta Comisión como consecuencia de las previsiones recogidas en la sentencia del TS que le solicitaba proceder a *"elaborar y aplicar una metodología sobre el cálculo del beneficio no monetario del coste neto del servicio universal prestado por Telefónica de España, S.A.U. correspondiente al ejercicio 2006, en relación con la cuantificación de las partidas de imagen de marca del proveedor del servicio universal y ventajas derivadas de la ubicuidad, que sea adecuada a la naturaleza y finalidad de los beneficios intangibles considerados"* y que, por tanto, ha sido iniciado de oficio.

Asimismo, señala que el actual procedimiento es totalmente nuevo y que en su sentencia el TS hubiera podido aplicar la metodología para determinar el coste final a ser considerado. Sin embargo, sostiene que para el Alto Tribunal ha primado el principio de legalidad frente al de seguridad jurídica que el principio de prohibición de la *"reformatio in peius"* trata de proteger. Además, su actuación hace suponer que ha tenido en cuenta la presencia de otros interesados y afectados por la decisión tomada.

Orange señala que en el CNSU hay una pluralidad de interesados y ello debe ser ponderado de forma adecuada por esta Comisión:

> *"Frente al estudio de la cuestión de aplicabilidad de la "reformatio in peius" de una forma clásica, esto es, de una relación directa entre el administrado y la Administración, en el que la aplicabilidad de la "reformatio in peius" ante un recurso del administrado únicamente perjudica a la Administración y es consecuencia de una errónea aplicación de la legislación por parte de la Administración, se encuentra el caso actual de existencia de una pluralidad de interesados dónde se debe considerar el perjuicio causado a estas terceras partes y escuchar las alegaciones planteadas por dichos*

interesados, de hecho la "reformatio in peius" no opera si son aceptadas las alegaciones y argumentos de las otras partes interesadas, así lo reconocía la Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1989, de 3 de julio:

> *«Lo decisivo al respecto es que el recurrente se vea perjudicado por su propio recurso, pero no se infringe este principio [de non reformatio in peius] cuando la condición del recurrente se agrava en base a otras apelaciones planteadas de forma concurrente, o incluso incidental, que permitieron al recurrente oponerse y utilizar los medios de defensa que estimase oportunos»"*

Orange indica que en este procedimiento se dan las dos circunstancias descritas: nos encontramos ante un nuevo pronunciamiento y no una continuación del recurso iniciado por Telefónica en un principio ante la Audiencia Nacional y el espíritu de aplicación del principio de interdicción de la *reformatio in peius* es el de tener en cuenta las alegaciones de otros operadores, que son el resto de obligados a contribuir al coste neto del servicio universal. De otro modo, el CNSU definitivo para los años que haya que recalcular dicho coste, se dejaría a la suerte de la presentación de recursos en el orden jurisdiccional por parte de los diferentes interesados.

<u>Respuesta de esta Sala</u>

En primer lugar, esta Sala debe dejar constancia de que este procedimiento se inicia en ejecución de una sentencia de la AN, que posteriormente el TS confirma en casación.

Una vez matizado el origen, caber remarcar que el principio de prohibición de la *reformatio in peius* resulta de aplicación tanto en via judicial como en via administrativa. No se trata, por tanto, como sostiene Orange, de un principio que resulte aplicable *"únicamente en la resolución de recursos administrativos y en los procedimientos administrativos a instancia de parte".*

Como se señaló en el procedimiento en ejecución de sentencia del CNSU 2006, el principio de la prohibición de la *reformatio in peius* es un principio de origen procesal tradicionalmente expresado con el brocardo *tantum devolutum quantum apellatum,* aplicable al Derecho administrativo, que tiene como objeto impedir que la resolución de un procedimiento iniciado a instancia de parte agrave la situación inicial del solicitante.

En el ámbito administrativo este principio aparece enunciado en la LRJPAC[14], en sus artículos 89.2[15], relativo al contenido de la resolución de los

[14] Ley que resulta de aplicación en este procedimiento por haberse iniciado antes de la entrada en vigor de la LPACAP.

[15] *"2. En los procedimientos tramitados a solicitud del interesado, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación*

procedimientos, y 113.3[16], relativo a la resolución de los recursos administrativos.

No obstante, el contenido de este principio ha sido desarrollado principalmente por la jurisprudencia. Puede citarse la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2008, en cuyo Fundamento de Derecho Cuarto se establece:

> *"Está consolidado en la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional que la "reformatio in peius" tiene lugar cuando el recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación jurídica creada o declarada en la resolución jurídica impugnada, de modo que lo obtenido con el pronunciamiento que decide el recurso es un efecto contrario al perseguido, que era precisamente, eliminar o aminorar el gravamen sufrido por la resolución impugnada (Cfr.SSTC 9/1998, 232/2001, de 11 de diciembre). En este sentido, la reformatio in peius es una modalidad de incongruencia procesal producida en la segunda instancia que se produce* ***cuando la situación del recurrente se empeora a consecuencia exclusiva de su propio recurso*** *y no a consecuencia de los recursos, directos o adhesivos, de la parte contraria o de alegaciones concurrentes e incidentales que hayan sido formuladas por ésta en condiciones que permitan reconocerles eficacia devolutiva, y cuya prohibición se inserta asimismo en el derecho fundamental a la tutela judicial a través de la interdicción de la indefensión consagrada en el artículo 24.1 de la Constitución (SSTC 20/1982, de 5 de mayo; 54/1985, de 18 de abril; 115/1986, de 6 de octubre; 116/1988, de 20 de junio, y 143/1988, de 12 de julio, entre otras muchas)".*[La negrita es nuestra].
>
> *"Se reputa, por tanto, una garantía del régimen de los recursos fuere en vía jurisdiccional como administrativa que encuentra su apoyo en el principio dispositivo e, incluso en la interdicción de la indefensión y en el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE). Es evidente que si se aceptase que los órganos competentes para resolver los recursos pueden modificar de oficio en perjuicio de los recurrentes, la resolución impugnada por éstos, se introduciría un elemento disuasorio para el ejercicio del derecho a los recursos legalmente establecidos".*

Asimismo, el TC entiende que hay *reformatio in peius* cuando *"**la parte recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación jurídica creada o declarada en la resolución impugnada** de modo que lo obtenido con la decisión judicial que resuelve el recurso es un efecto contrario al perseguido por el recurrente"* (SSTC 9/1998, de 13 de enero, FJ2º;

inicial y sin perjuicio de la potestad de la Administración de incoar de oficio un nuevo procedimiento, si procede."

[16] *"3. El órgano que resuelva el recurso decidirá cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados. En este último caso se les oirá previamente. No obstante, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por el recurrente, sin que en ningún caso pueda agravarse su situación inicial,"*

232/2001, DE 10 de diciembre, FJ 5º; 310/2005, de 12 de diciembre, FJ 2º; 204/2007, de 24 de septiembre, FJ 3º; etc).

Dicho esto, resulta preciso señalar que en el presente caso nos encontramos ante la ejecución de una sentencia de la AN, confirmada por el TS, ante el oportuno recurso contencioso-administrativo interpuesto en su día por Telefónica ante la AN, por lo que la situación de la operadora no puede verse empeorada como consecuencia de la interposición en su día del correspondiente recurso en vía jurisdiccional.

Sin embargo, según Orange, el presente procedimiento (de ejecución) es iniciado de oficio, por lo que no resultaría posible la aplicación del principio de prohibición de la *reformatio in peius.*

Orange interpreta de forma errónea el principio: si bien es cierto que solamente resulta aplicable en los procedimientos iniciados a instancia de parte, no puede entenderse que nos encontremos en esta fase de ejecución ante un procedimiento iniciado de oficio. En sentido estricto, nos encontramos ante un procedimiento cuya tramitación no es facultativa para la Administración sino obligatoria en la medida en que un órgano jurisdiccional, en el presente caso, la AN, ordena la ejecución de su sentencia.

Según el artículo 118 de la Constitución española "*Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto".* En el ámbito del Derecho administrativo, debe señalarse que en los mismos términos se pronuncia también la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su artículo 103.2, que dispone que *"Las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que en éstas se consignen"*.

En cualquier caso, el carácter a instancia de parte al que se refiere el principio de prohibición de la *reformatio in peius* no alude al procedimiento de ejecución propiamente dicho sino al previo contencioso-administrativo que, evidentemente, sí tuvo lugar a instancia de parte. La aplicación de dicho principio supone en este caso que la posición de Telefónica no puede verse empeorada como consecuencia del recurso interpuesto en su día por la operadora ante la AN.

Debe, por tanto, rechazarse esta alegación de Orange.