Roj: **SAN 4774/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:4774**

Id Cendoj: **28079230082018100632**
Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **8**
Fecha: **05/12/2018**
Nº de Recurso: **42/2017**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **Procedimiento ordinario**
Ponente: **ERNESTO MANGAS GONZALEZ**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

A U D I E N C I A N A C I O N A L

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000042 /2017

Tipo de Recurso: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Núm. Registro General: **00605/2017**

Demandante: "TELEFONICA DE ESPAÑA, S. A. U."

Procurador: **Dª MARÍA DEL CARMEN ORTIZ CORNAGO**

Demandado: **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA**

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: **D. ERNESTO MANGAS GONZÁLEZ**

S E N T E N C I A Nº:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. ERNESTO MANGAS GONZÁLEZ

Ilmos. Sres. Magistrados:

Dª. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

Dª. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a cinco de diciembre de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional [Sección Octava] ha pronunciado la siguiente Sentencia en el **recurso contencioso-administrativo núm. 42/2017**, interpuesto por " **TELEFONICA DE ESPAÑA, S. A. U.**", representada por la Procuradora de los Tribunales **Dª María del Carmen Ortiz Cornago**, con asistencia letrada, frente a la resolución de 01 de diciembre de 2016 [Expediente: NUM000 /APROBACIÓN CNSU 2014 TELEFÓNICA], de la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia; habiendo intervenido como parte demandada la **ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO**, representada y asistida por la Abogacía del Estado, así como " **VOFAFONE ESPAÑA, S. A. U**.", representada por la Procuradora de los Tribunales doña Ascensión de Gracia López-Orcera, con asistencia letrada. Cuantía: indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Interposición del recurso jurisdiccional.

Mediante escrito de 31 de enero de 2017, la Procuradora de los Tribunales Dª Mª del Carmen Ortiz Cornago, actuando en nombre y representación de por "TELEFONICA DE ESPAÑA, S. A. U." [TESAU], interpuso recurso contencioso-administrativo frente a la resolución de la de la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia descrita en el encabezamiento de esta sentencia, siendo admitido a trámite mediante providencia de 14 de febrero de 2017 [Procedimiento Ordinario 42/2017 - Sala de lo Cont. Admvo. de la Audiencia Nacional, Sección Octava].

SEGUNDO: Formalización de la demanda.

Mediante diligencia de ordenación de 31 de marzo de 2017 se tuvo por personada y parte a la Administración demandada, así como a la Procuradora de los Tribunales Dª. Ascensión Gracia López Orcera, en nombre y representación de "VOFAFONE ESPAÑA, S. A. U.", como codemandada y, al mismo tiempo, se dio traslado del expediente administrativo a la parte actora para que formalizara la **demanda**, lo que efectuó mediante escrito de 12 de julio de 2017 en el que, tras la exposición de los hechos y de los correspondientes fundamentos de derecho, terminó suplicando a la Sala la anulación de la resolución impugnada y que, en su lugar, declare:

"i) de conformidad con lo expuesto en el Fundamento Jurídico Segundo de esta demanda, que la CNMC ha calculado erróneamente el **beneficio no monetario correspondiente al CNSU del ejercicio 2014**, debiendo determinarse ese concepto de acuerdo con las bases resultantes de lo alegado en dicho Fundamento Jurídico; ii) de conformidad con lo expuesto en el Fundamento Jurídico Tercero de esta demanda, que la **subvención de la Xunta de Galicia percibida por Telefónica de España, S.A.U**. no debe detraerse del cálculo del CNSU del ejercicio 2014; y (iii) que, en base a lo anterior, el **CNSU correspondiente al ejercicio 2014** asciende a 20.867.587,01 euros."

TERCERO:Contestación a la demanda.

A continuación se dio traslado a la Abogacía del Estado para la **contestación** a la demanda, lo que realizó mediante escrito de 28 de septiembre de 2017, suplicando que se dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso-administrativo, con imposición de costas a la parte recurrente.

Mediante diligencia de ordenación de 22 de febrero de 2018 se tuvo por precluido el trámite de contestación a la demanda respecto de la codemandada "VOFAFONE ESPAÑA, S. A. U."

CUARTO:Prueba yConclusiones. **Terminación del proceso.**

Mediante auto de 12 de abril de 2018 se recibió el pleito a prueba, admitiendo los medios de prueba propuestos en la demanda, consistentes en el **expedienteadministrativo** y en los **informes periciales** adjuntados con la demanda [Doc. 3 y 4], más los restantes **documentos** adjuntados con la misma, según auto de rectificación de 03 de mayo de 2018. Y una vez formalizado por las partes actora y demandada el trámite de conclusiones, mediante diligencia de ordenación de 03 de septiembre de 2018 se tuvo por precluido el trámite de conclusiones respecto de la parte codemandada, quedando conclusas las actuaciones procesales. Por lo que mediante providencia de 19 de septiembre de 2018 se señaló para que tuviera lugar la **votación y fallo** el día 10 de octubre siguiente, fecha en la que tuvo lugar la deliberación del recurso contencioso-administrativo, quedando visto para sentencia.

En la tramitación del proceso contencioso-administrativo se han observado las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia, dado el cúmulo de asuntos a despachar durante dicho plazo. Habiendo sido Ponente el Magistrado D. ERNESTO MANGAS GONZÁLEZ, quien expresa el parecer de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Objeto del recurso contencioso-administrativo.

Es **objeto de impugnación** [art. 25, Ley 29/1998, de 13 de julio] la resolución de 01 de diciembre de 2016 [Expediente: NUM000 /APROBACIÓN CNSU 2014 TELEFÓNICA], de la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se procedió a:

"PRIMERO.- Determinar que el **coste neto del servicio universal** incurrido por Telefónica de España, S.A.U. en el ejercicio 2014 asciende a 17.443.886 euros, con el detalle de la tabla siguiente (cifras en euros):

AÑO 2014 IMPORTE EN EUROS

Coste neto en zonas no rentables (subvenciones minorista) 15.457.295

Coste neto por prestaciones a usuarios con discapacidad 16.032

Coste neto derivado de usuarios con tarifas especiales 7.846.752

TOTAL COSTE NETO APRECIADO EN EL AÑO 23.320.079

Menos: TOTAL BENEFICIOS NO MONETARIOS 5.876.193

COSTE NETO DEL SERVICIO UNIVERSAL 17.443.886

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 **2014**."

SEGUNDO: Planteamiento del recurso contencioso-administrativo.

Con la **pretensión** deducida en la demanda, reseñada en el antecedente de hecho segundo, los **motivos de impugnación** de la resolución administrativa objeto del recurso jurisdiccional, consignados asimismo en la demanda, después de hacer unas consideraciones generales sobre el servicio universal y su financiación, son los siguientes:

" **La resolución recurrida incurre en la arbitrariedad que proscribe el artículo 9.3 de la Constitución en la determinación del beneficio no monetario**"

1.- Se plantea en la demanda la ilegalidad de la metodología de cálculo de los denominados beneficios no monetarios, por **reconocimiento de la imagen de marca del operador**, como consecuencia de la prestación del servicio universal [art. 40.3 RSU], por considerar la demandante que los criterios metodológicos que sustentan el cálculo de dichos beneficios -y en especial las encuestas realizadas por las empresas IKERFEL [junio de 2013] y GFK [noviembre de 2015] a instancias de la extinta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones [CMT] son contrarios a Derecho. Para acreditar el cálculo erróneo del beneficio no monetario por imagen de marca llevado a cabo por la CNMC, se adjunta con la demanda informe pericial sobre la encuesta de IKERFEL [Doc. nº 3] e informe pericial sobre la encuesta de GKK [Doc. nº 4], elaborados por el Director de la Oficina de Madrid del Instituto DYM Market Research, D. Marco Antonio , licenciado en Investigación de Mercados y diplomado en Ciencias Empresariales.

2.- Pues, para la demandante, la **encuesta realizada por IKERFIEL** presenta errores relacionados con el diseño metodológico, con el diseño del cuestionario y con el cálculo de la fórmula de usuarios fieles.

-Así, se dice que la encuesta realizada por IKERFIEL presenta errores relacionados con el **diseño metodológico**, ya que en el informe pericial sobre dicha encuesta adjuntado con la demanda, se estima que: "la información contenida en el Informe de la "Encuesta realizada por IKERFEL", en concreto en su Apartado A.2 denominado "Ficha Técnica" aporta una **información básica e incompleta sobre el diseño metodológico** seguido por IKERFEL, sin terminar de precisar -o haciéndolo de una manera confusa o incorrecta- **aspectos esenciales** para **abordar y analizar adecuadamente el fenómeno objeto de estudio tales como una definición precisa del universo y del interlocutor concreto que ha de responder a la encuesta dentro del hogar, el diseño muestral o los criterios de elevación/ponderación a aplicar**."

Concretamente, para el perito informante, en la definición del **universo de referencia** habrían de cumplirse criterios adicionales de verificación en el cuestionario, tales como verificar la exclusividad con telefónica, o que la persona encuestada no se encuentra en proceso de cambio de operador; la ficha técnica de la encuesta no refleja quién ha sido el interlocutor de la entrevista dentro del hogar; y con el diseño aproporcional de la distribución muestral de la encuesta de IKERFEL ["...sin que la distribución de la muestra por zonas se corresponda con la proporción de clientes de la base de datos proporcionada por la CMT"], se están introduciendo sesgos a la muestra por encima del indicado en la ficha técnica de la mencionada encuesta, además de aplicar la fórmula de cálculo de error muestral para encuestas proporcionales, en lugar de aplicar la fórmula de cálculo de error muestral para encuestas aproporcionales, y de que la muestra aproporcional obliga a una corrección mediante coeficientes de ponderación muy diferenciados, según qué zonas, lo que para el perito informante es un factor de inestabilidad de la muestra e incrementa el error estadístico de la muestra recogida.

-Se dice en la demanda que la encuesta realizada por IKERFIEL presenta errores relacionados con el **diseño del cuestionario,** en cuanto que el perito observa distintos aspectos del mismo que suponen la introducción de sesgos que conducen a que los resultados no reflejen la realidad a analizar. Concretamente, los errores encontrados afectarían a la **tipología y redacción de las preguntas** y al **flujo del cuestionario**.

Pues para el perito informante, el uso exclusivo de preguntas con respuestas sugeridas, complementada por el tipo de redacción de las mimas, no permite tener una visión de la notoriedad real del servicio objeto de análisis, para lo que hubiera sido más adecuado incorporar también preguntas con respuesta de tipo espontáneo por parte del entrevistado. Y también para el perito informante, las preguntas de la encuesta elaborada por

IKERFEL contienen un redactado sesgado o no neutro, que predispone a una respuesta afirmativa, provoca que individuos que realmente no tienen conocimiento de ese aspecto declaren que sí lo conocen, elevando los porcentajes de notoriedad obtenidos por encima de la realidad. Con lo cual, según la demanda, las preguntas contenidas en la encuesta de IKERFEL no miden, pues, de forma objetiva, tal y como exige la Resolución Nueva Metodología, la fidelización a TESAU por la prestación del Servicio Universal.

Del mismo modo, considera el perito que el **flujo del cuestionario** [orden en que se realizan las preguntas] planteado en la encuesta de IKERFEL ["1º Conocimiento sugerido de aspectos del servicio universal" - "2º Asociación sugerida a una operadora" - "3º Influencia del servicio universal en la contratación con TESAU"] introduce un sesgo claro al encontrarse la pregunta base para el análisis en el módulo final del cuestionario y, en definitiva, que la información aportada por el propio cuestionario supone un factor de influencia claro en las respuestas del entrevistado.

-Finalmente, en lo que respecta al cálculo de la fórmula de usuarios fieles, el perito considera que, en la encuesta de que se trata, que dio como resultado un 1,90% de usuarios fieles, sí queda reflejado el primero de sus componentes [% conocimiento 5 componentes SU], pero que el resto de componentes de la fórmula [% conocimiento operador designado; % influencia en contratación] presenta dudas sobre su cálculo o procedencia.

Por todo lo cual, respecto de la encuesta de IKERFEL, concluye la demanda que: "En definitiva, no se cuestiona el método que discrecionalmente ha elegido la CNMC para calcular el beneficio no monetario de la imagen de marca, sino que se discute que, so pretexto de dicha discrecionalidad, la Administración cometa errores tan graves como los manifestados en el presente escrito de demanda, donde se ha acreditado que la encuesta realizada adolece de una total falta de rigor técnico en lo que a una adecuada técnica de investigación de mercados se refiere. Por ello, y sin lugar a dudas, se pueden tildar los resultados obtenidos como arbitrarios y manifiestamente improcedentes."

3.- También para la demanda, la **encuesta realizada por GFK** presenta errores relacionados con el diseño metodológico, con el diseño del cuestionario y con los criterios de aplicación de la fórmula, la inestabilidad de los datos obtenidos, el error muestral de los mismos y el impacto final en el resultado.

-En cuanto al **diseño metodológico**, la demandante aduce errores en los universos de referencia [selección de personas a entrevistar], coincidentes con los detectados por el perito en la encuesta de IKERFEL. Aduce también ["diseño muestral"] que, según el perito, la Ficha Técnica no aporta información que permita validar la correcta representatividad de la muestra, ya que aunque sí se cuenta con información sobre la distribución final en el apartado "Muestra", no se cuenta con la información de partida de la distribución del universo que permita verificar que el proceso de campo (recogida de información) no ha introducido sesgos. También para el perito, la ficha técnica de la encuesta de GFK no indica que se haya sometido a la muestra a ningún criterio de equilibraje o ponderación.

-En lo que respecta al **diseño del cuestionario**, la demanda pone de manifiesto la existencia de aspectos que, para el perito informante, suponen la introducción de sesgos que conducen a que los resultados no reflejen la realidad a analizar. Concretamente, los errores detectados en el informe pericial afectarían a la tipología y redacción de las preguntas, y al denominado flujo del cuestionario, al considerar que las preguntas de la encuesta elaborada por GFK no miden de forma objetiva la fidelización a TESAU por la prestación del Servicio Universal, como exige la Resolución Nueva Metodología. Y al considerar también que la información proporcionada por el propio cuestionario supone un factor influenciador claro en las respuestas del entrevistado, sobre todo en las variables claves del estudio, con un impacto de sobre-representación de los individuos que declaran algún tipo de influencia en la contratación con TESAU.

-Y en cuanto a los **errores relacionados con los criterios de aplicación de la fórmula, la inestabilidad de los datos obtenidos, el error muestral de los mismos y el impacto final en el resultado**, la demanda destaca la conclusión establecida por el perito, en el sentido de que la fórmula aplicada contiene componentes de limitada fiabilidad y alto impacto en el cálculo del resultado final que ponen en duda la validez del mismo para medir este fenómeno de manera fiable y consistente.

4.- Finalmente, la demanda hace valer la metodología que considera correcta, y las consecuencias de su aplicación al beneficio no monetario de que se trata, señalando que:

"Tanto el Informe Pericial sobre la encuesta de IKERFEL como el Informe Pericial sobre la encuesta de GFK afirman que, **de haberse realizado la encuesta conforme a los criterios de una adecuada técnica** de elaboración de este tipo de estudios, los resultados obtenidos habrían sido totalmente diferentes. Así, consideran que de haber seguido unos criterios adecuados en el diseño metodológico, así como en el diseño del cuestionario, utilizando preguntas objetivas y neutras, y con una fórmula que no contenga componentes de

limitada fiabilidad que conlleven una alta inestabilidad y un elevado impacto en el cálculo del resultado final, **el porcentaje de clientes fieles habría sido de un 0,90%, y no un 1,90%, como indica la encuesta de IKERFEL, ni un 2,6%, que recoge la encuesta de GFK**. Para sustentar el 0,90% de usuarios fieles, el Instituto DYM llevó a cabo, entre los días 17 y 25 de septiembre de 2015, una encuesta conforme a los criterios anteriormente señalados. Los resultados de dicha encuesta se adjuntan como DOCUMENTO Nº 5 (...) A la vista del resultado obtenido en la encuesta, es evidente la sobrevaloración del beneficio no monetario de la imagen de marca contenida en la Resolución aquí recurrida. Esta sobre-representación no es ni mucho menos una cuestión baladí, dado que se trata de un 1% de diferencia respecto de la encuesta de IKERFEL y de un 1,7% de diferencia con la encuesta de GFK. Tomando como base este resultado del 0,90%, obtenido conforme a los cálculos realizados por la CNMC en la Resolución recurrida, **el beneficio no monetario de la imagen de marca ascendería a 2.419.782 euros frente a los 5.726.819 euros calculados en base al 2,13% (ponderación entre 1,90% y 2,6%) de usuarios fieles contabilizados en la Resolución** (...) Se concluye, pues, que la CNMC valora la imagen de marca de TESAU aplicando una **metodología arbitraria** y que, como confirman tanto el Informe Pericial sobre la encuesta de IKERFEL como el Informe Pericial sobre la encuesta de GFK, adolece de graves errores y carece de cualquier rigor desde el punto de vista de una adecuada técnica de análisis de mercados."

" **Errónea detracción de una subvención de la Xunta de Galicia del CSNU del ejercicio 2014 por no estar relacionada con los componentes del servicio universal. Inseguridad jurídica**"

Discrepa la demandante del tratamiento dispensado por la CNMC a una de las subvenciones recibidas por TESAU para calcular el CNSU por "zonas no rentables". Se trata de una subvención concedida por la *Xunta de Galicia* a TESAU por importe de 116.664,01 Euros [Doc. 6, 7 y 8 de la demanda] y que, a juicio de la demandante, no debería haber sido detraída del cálculo del CNSU para el ejercicio 2014, por no estar la actividad financiada con ella dentro de las correspondientes al servicio universal. Pues, en función de lo establecido en la "Resolución Nueva Metodología" [pág. 14] y en la Resolución de la CMT 2011/1982 sobre la aprobación del CNSU presentado por TESAU para el ejercicio 2009, para la demandante, "...la subvención de la Xunta de Galicia sólo sería imputable al CNSU si ésta se hubiera utilizado para satisfacer aquellos costes en los que Telefónica de España, S.A.U. hubiera incurrido para provisionar el acceso de banda ancha; circunstancia ésta que en modo alguno ha tenido lugar, dado que la subvención recibida por Telefónica de España, S.A.U. estuvo destinada al equipamiento de transporte; elemento éste que no forma parte del Servicio Universal". Al respecto, la demanda hace valer la ficha justificativa del gasto [Doc. 8 de la demanda] y el art. 19 del Anexo I de la Resolución de la Xunta de Galicia [Doc. 7, ídem]. Y termina señalando que, al entender la CNMC que el equipamiento de transporte es imputable al Servicio Universal, se está apartando del criterio que estableció su predecesora la CMT, con la consiguiente inseguridad jurídica que dicha actuación genera a su representada.

En el trámite de **conclusiones**, la parte actora dio por reproducidos cuantos hechos y fundamentos de Derecho fueron expuestos en el escrito de demanda, por considerar que no habían sido desvirtuados de contrario, insistiendo en las cuestiones planteadas en la demanda y solicitando que se dicte sentencia de conformidad con lo pedido en la misma.

TERCERO: Oposición al recurso contencioso-administrativo.

1.- La Administración **demandada** se opone al recurso contencioso-administrativo. Para lo cual, después de hacer referencia al objeto del recurso y a las pretensiones de la parte recurrente, viene a hacer las siguientes alegaciones:

" **La resolución recurrida no incurre en arbitrariedad en la determinación del beneficio no monetario**"

La Abogacía del Estado hace una introducción, apuntando la metodología de cálculo aplicada para la determinación del beneficio no monetario de imagen de marca y del porcentaje de usuarios fieles al operador del servicio universal, para exponer seguidamente los argumentos de TESAU y la respuesta de la CNMC.

Respecto de los **argumentos de TESAU**, en la contestación a la demanda se anotan, en primer término, los **aspectos** de las **encuestas** empleadas por la CNMC para la estimación del porcentaje de usuarios fieles, **cuestionados** mediante la información pericial ofrecida por TESAU. Y en segundo término, se procede a anotar la metodología alternativa propuesta en tal información pericial y las consecuencias de su aplicación, consistente en que el beneficio no monetario de la imagen de marca ascendería a 2.419.782 Euros, frente a los 5.726.819 Euros calculados en base al 2,13% de usuarios fieles contabilizados en la resolución impugnada.

Y al exponer la **respuesta de la CNMC**, la contestación a la demanda rechaza la existencia de errores relacionados con el diseño metodológico de las encuestas y con el diseño de los respectivos cuestionarios, y sin cuestionar el criterio técnico de la encuesta alternativa propuesta por TESAU, sí que pone objeción a su resultado, por deberse principalmente a uno de los componentes, el del conocimiento del operador designado

para prestar el servicio universal, y por haberse planteado tal cuestión en la encuesta alternativa a un grupo reducido de encuestados.

" **De la alegada errónea detracción de la subvención de la Xunta de Galicia del CSNU 2014, puesto que la misma no está relacionada con los componentes del servicio universal. La detracción es correcta**"

Una vez expuestos los argumentos de la entidad demandante y de la CNMC, se hacen en la contestación a la demanda las siguientes consideraciones:

"En resumen, no compartimos los argumentos de Telefónica de que la red de transporte es independiente de la red de acceso en el caso de un nuevo despliegue de redes y tampoco compartimos que solo se podrían considerar redes de tecnologías que soporten como mucho 1 M Mbit/s. En cambio, reiteramos que conforme el objeto de la línea de subvención de la Xunta de Galicia, se financió una extensión de la cobertura (acceso) de las redes de banda ancha a zonas antes no cubiertas, en línea con las obligaciones del servicio universal. Nótese que si se admitiera el argumento de Telefónica, para reconocer que una subvención está vinculada al servicio universal se deberían cumplir dos condiciones:

-Nuevas inversiones en tecnología que permitan velocidades no superiores a 1 Mbit/s: tecnologías inalámbricas antiguas, la sección de la línea de cobre que conecta al cliente final que supere una distancia (aprox. 4 km) que imposibilite velocidades superiores a 1 Mbit/s, la instalación de nuevos nodos remotos que acorten actuales cables de cobre de más de que 4 km, etc

-Exclusivamente la parte final de la red que une el cliente final con la red general de Telefónica: lo que implicaría no considerar todo el resto de red que es necesario para que el acceso a la banda ancha fuera funcional, como el transporte y diversos equipamientos.

A efectos prácticos, estas condiciones expuestas por Telefónica reflejan una visión excesivamente restrictiva que excluiría la práctica totalidad de las inversiones actuales que Telefónica realiza para expandir sus redes de banda ancha. Por último, Telefónica alega incongruencia y falta de motivación. Tampoco podemos compartir este criterio porque esta alegación fue tratada en el trámite de audiencia de la resolución recurrida y Telefónica tuvo la oportunidad de justificar si alguna de las nuevas zonas cubiertas correspondían a alguna población que tuviera con anterioridad acceso a banda ancha con otra tecnología. En dicho caso se hubiera sustraído la parte correspondiente de la subvención".

" **Conclusiones**"

A modo de conclusión, la contestación a la demanda se opone a los motivos de impugnación alegados en la demanda, por las siguientes razones:

"Es falsa la afirmación de Telefónica de que no se filtrasen los encuestados según el perfil".

"Es falsa la afirmación de Telefónica de la presencia de sesgo no corregido en las preguntas de la encuesta de Ikerfel y es falsa la afirmación de Telefónica de presencia de sesgo en la encuesta de GKF".

"Las encuestas realizadas por encargo de la CNMC tienen la solvencia técnica acreditada por dos empresas de prestigio (Ikerfel y GFK)".

"La subvención que Telefónica afirma que no está relacionada con el SU, eran parte indivisible y necesaria de una subvención cuyo objeto era ampliar la cobertura de la banda ancha en Galicia".

" **Sen**te **ncia de la Sección 8 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, desestimatoria en el recurso interpuesto por TESAU contra la resolución de la CNMC de 21 de mayo de 2015**"

Por último, la contestación a la demanda hace referencia a la sentencia dictada por este órgano judicial en el recurso contencioso-administrativo núm. 340/2015, en materia de coste neto de la prestación del servicio universal, ejercicio 2012, señalando que muchas de las cuestiones debatidas en aquel pleito coinciden con las alegadas en este.

2.- En el trámite de **conclusiones**, la Abogacía del Estado vino a manifestar que los argumentos de la demanda ya han sido rechazados por la Sala en sentencia de 04 de marzo de 2016 [Rec.480/2014], por lo que daba por reproducidos los fundamentos jurídicos de la contestación, haciendo hincapié en las dos cuestiones planteadas en la demanda, es decir, en el método de cálculo seguido por la CNMC y en la detracción de la subvención de la Xunta de Galicia.

CUARTO: Sobre los motivos de la demanda rectora del recurso jurisdiccional.

1.- La **resolución administrativa** a la que se contrae el recurso jurisdiccional, de 01 de diciembre de 2016, procede de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia [CNMC] y tiene por **objeto** la aprobación

del coste neto del servicio universal [CNSU] presentado por TELEFONICA DE ESPAÑA SAU [TESAU] respecto del ejercicio 2014.

Pues el 04 de agosto de 2015 presentó ante dicho organismo regulador los resultados del Sistema de Contabilidad de Costes y los del CNSU del ejercicio 2014, incluyendo un Informe de Procedimientos Acordados sobre determinados aspectos específicos del cálculo del CNSU, realizado por empresa dependiente contratada por TESAU. La CNMC procedió a la verificación de los datos proporcionados, recabando de TESAU la realización de determinados ajustes sobre la propuesta de CNSU/2014, tras cuya cumplimentación procedió el 22 de junio de 2016 a la **incoación de oficio del procedimiento** encaminado a determinar el CNSU de 2014 y, en su caso, si ello había supuesto una carga injustificada para el operador prestador del mismo [TESAU]. Al término de cuyo procedimiento, se dictó la expresada **resolución de 01 de diciembre de 2016**, en base a la **competencia** deferida por el art. 6 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, en relación con el art. 24 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y con los arts.45 y 46 del Reglamento aprobado por RD 424/2005, de 15 de abril [RSU], en el que precisamente se regula el servicio universal, habiendo entrado en vigor el 11 de mayo de 2014 la nueva Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, que mantuvo la competencia de la CNMC en la materia [art. 27], y manteniendo también la vigencia de las normas reglamentarias precedentes. Ante cuya circunstancia, la CNMC procedió a la aplicación de la **LGT de 2003** para el CNSU del período de 01 de enero a 10 de mayo de 2014, y de la **LGT de 2014** para el CNSU del período restante de 2014, además del RSU [arts. 39 a 46]. Y como se apunta en la resolución impugnada, precisamente el art. 40.2 del RSU atribuye a la CNMC la definición y revisión de la metodología para determinar el coste neto, en base a procedimientos y **criterios objetivos, transparentes, no discriminatorios, y proporcionales**. Competencia conforme a la cual, mediante resolución de la CMT de 22 de noviembre de 2012, se aprobó la nueva **Metodología** para el cálculo del CNSU tras la incorporación de la conexión de banda ancha, **de aplicación al CNSU del ejercicio 2012 y siguientes**.

2.- En los **fundamentos jurídicos materiales de la resolución impugnada** se hace constar, **en primer término**, el **coste neto declarado** por TESAU por el ejercicio 2014, previo a la aplicación de beneficios no monetarios y subvenciones, luego de los ajustes recabados por el organismo regulador.

En segundo término, se describen los **componentes del coste del servicio universal y la metodología para su cálcul**o, deteniéndose específicamente en: A) El **cálculo del CNSU por zonas no rentables**, en función de definición de zonas, de los requisitos de rentabilidad, del coste de la banda ancha por medios satelitales, y de las **subvenciones** percibidas por TESAU. B) La valoración del CNSU por la prestación de servicio a **usuarios con discapacidad, clientes con tarifas especiales y prestación de los servicios de información y guías**, con especial atención a los costes del servicio a usuarios con discapacidad [arts. 33, 35 y 42 RSU], partiendo de la calificación de servicios no rentables contenida en la Metodología aprobada por la CNMC el 22 de noviembre de 2012.

En tercer término, se hace constar el **cálculo de los beneficios no monetarios** obtenidos por el operador como prestador de un servicio universal de telecomunicaciones [art. 40.3 RSU], señalando que en el **Anexo I** de la resolución de que se trata, aparece el **desglose de los parámetros utilizados para el cálculo** de cada beneficio no monetario a tomar en consideración, y que son: 1) Reconocimiento de la **imagen de marca** del operador. 2) Ventajas derivadas de la **ubicuidad**. 3) Valoración de los **clientes** teniendo en cuenta su ciclo de vida. 4) Ventajas comerciales por **publicidad** y exposición de marca en cabinas de uso público.

Con lo cual, se llegó a la **cuantificación del CNSU** incurrido por TESAU en el ejercicio **2014** [17.443.886 Euros]. Y en función de dicho importe del CNSU, de su impacto financiero y de la evolución de la situación competitiva de TESAU, la CNMC llegó a la conclusión de que "...no está justificado que Telefónica deba afrontar en solitario los costes que la prestación del servicio universal le ha supuesto, por lo que se considera que el coste neto determinado en virtud del procedimiento implica para la referida operadora una **carga injustificada**".

3.- Ello así, **discrepa la parte actora** de la determinación del beneficio no monetario que sirve para calcular el CNSU y, más concretamente, el **beneficio no monetario por reconocimiento de la imagen de marca**, por las razones expuestas anteriormente, al exponer el planteamiento del recurso jurisdiccional. Razones esencialmente coincidentes con las formuladas al impugnar la determinación del CNSU de los ejercicios 2012 [P. O. 340/2015] y 2013 [P, O. 212/2016], y que fueron desestimadas por sentencias de esta Sala y Sección de 20 de septiembre de 2017 [PO 340/2015] y de 12 de marzo de 2018 [PO 212/2016].

3.1.- En efecto, se plantea en la **demanda** rectora del presente recurso jurisdiccional la ilegalidad de la metodología de cálculo de los denominados beneficios no monetarios, por **reconocimiento de la imagen de marca del operador**, como consecuencia de la prestación del servicio universal [art. 40.3 RSU, aprobado por RD 424/2005, de 15 de abril, modificado por el art. único del Real Decreto 726/2011, de 20 de mayo].

Pues, para la demandante, la **encuesta realizada por IKERFIEL** presenta errores relacionados con el diseño metodológico [a falta de "...una definición precisa del universo y del interlocutor concreto que ha de responder a la encuesta dentro del hogar, el diseño muestral o los criterios de elevación/ponderación a aplicar"], con el diseño del cuestionario ["...los errores encontrados afectarían a la tipología y redacción de las preguntas y al flujo del cuestionario"] y con el cálculo de la fórmula de usuarios fieles.

También para la demanda, la **encuesta realizada por GFK** presenta errores relacionados con el diseño metodológico ["...errores en los universos de referencia (...) coincidentes con los detectados por el perito en la encuesta de IKERFEL"], con el diseño del cuestionario ["...los errores detectados en el informe pericial afectarían a la tipología y redacción de las preguntas, y al denominado flujo del cuestionario"], y con los criterios de aplicación de la fórmula, la inestabilidad de los datos obtenidos, el error muestral de los mismos y el impacto final en el resultado ["...la fórmula aplicada contiene componentes de limitada fiabilidad y alto impacto en el cálculo del resultado final que ponen en duda la validez del mismo"].

Y frente a la metodología de cálculo en que se basa la resolución administrativa impugnada, la **demanda** hace valer la metodología que considera correcta, y las consecuencias de su aplicación al beneficio no monetario de que se trata. Metodología que habría sido aplicada en la encuesta realizada por el Instituto DYM entre los días 17 y 25 de septiembre de 2015, y cuyos resultados se adjuntan como Documento nº 5 de la demanda.

3.2.- Sin embargo, al examinar la impugnación de la determinación del CNSU del ejercicio 2012 [P. O. 340/2015], esta Sala y Sección ya rechazó tal planteamiento, en **sentencia de 20 de septiembre de 2017** , haciendo para ello, sustancialmente, las consideraciones que seguidamente se transcriben:

" (...) TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U. no está conforme con la metodología utilizada para calcular el beneficio no monetario de la imagen de marca del operador que presta el SU. Señala específicamente que "de las cuatro categorías que eventualmente pueden generar un beneficio no monetario, esta parte no está conforme con el método de cálculo seguido por la CNMC en relación al mayor reconocimiento de la marca del operador." Para determinar el beneficio no monetario de la imagen de marca la CNMC encargó a la empresa de estudios de mercado IKERFEL la elaboración de una encuesta encaminada a determinar el porcentaje de usuarios fieles, que finalmente fue estimado en un 1,90%. La actora considera arbitrario que la CNMC, utilice los resultados de esta encuesta, dado que la misma, a su juicio, "adolece de graves errores conforme una adecuada técnica de investigación de mercados y se aparta de las pautas de objetividad señaladas en la Resolución Nueva Metodología".

(...) El primer motivo de recurso se sustenta en que la CNMC ha actuado de forma arbitraria al determinar el beneficio no monetario. El alegato en la valoración del mayor reconocimiento de la imagen de marca, se efectúa con fundamento en lo establecido en el artículo 43 del Reglamento del Servicio Universal . Este precepto dice: "El coste neto de prestación del servicio universal se obtendrá hallando la diferencia entre el ahorro a largo plazo que obtendría un operador eficiente si no prestara el servicio y los ingresos directos e indirectos que le produce su prestación, incrementando estos últimos con los beneficios no monetarios derivados de las ventajas inmateriales obtenidas por él, con tal motivo". Con carácter previo al análisis de las alegaciones de la demandante, es preciso recordar cuales son las ***fases de cálculo del CNSU*** *tal y como se definen en la* ***Resolución sobre la nueva metodología*** *para el cálculo del coste neto del servicio universal tras la incorporación de la conexión de banda ancha (Expediente NUM001). La determinación del CNSU se realiza calculando en primer lugar el Coste neto directo de los servicios que forman el SU, y en segundo lugar, los beneficios no monetarios. El* ***coste neto directo*** *por la prestación de los servicios que conforman el SU menos los beneficios no monetarios obtenidos por la prestación de dichos servicios dará como resultado el CNSU. Para determinar su importe se calcularán los siguientes componentes: Coste neto directo del SU= la suma de : a) Coste neto de la conexión a la red pública y del servicio telefónico disponible al público; b) Coste neto de las guías telefónicas y c) Coste neto de los teléfonos de pago. Los* ***beneficios no monetarios*** *están integrados por a) la imagen de marca; b) la ubicuidad; c) el ciclo de vida; d) las ventajas comerciales por acceso a datos sobre el servicio telefónico; y e) las ventajas comerciales por publicidad y exposición de marcas en cabinas. El coste neto directo menos los beneficios no monetarios arroja el resultado del CNSU. De todos estos elementos tomados en consideración, la actora cree que no se ha valorado debidamente la* ***imagen de marca****.*

La actora considera que la encuesta *realizada por encargo de la Administración y cuyos resultados han sido tomados en consideración para llegar a las conclusiones impugnadas, que ha venido a arrojar un porcentaje de usuarios fieles del 1,90%,* ***adolece de relevantes errores****, porque en la Encuesta realizada por IKERFEL se han identificado una serie de aspectos que invalidan a la misma como herramienta precisa de medición de la realidad objeto de estudio.*

Estos errores serían en primer lugar de ***diseño metodológico****: a) Respecto del universo de referencia: IKERFEL tomó como referencia una base de datos proporcionada por la CMT pero, tal y como indica el perito, esto no es*

suficiente ya que han de cumplirse adicionalmente otros criterios de verificación en el cuestionarlo, tales como verificar la exclusividad con Telefónica o que la persona encuestada no se encuentra inmersa en un cambio de operador (portabilidad). b) Respecto del interlocutor: en un hogar con varios miembros, resulta fundamental entrevistar a la persona que decide sobre la contratación de servicios de comunicaciones y no a cualquier miembro de la familia. La encuesta de IKERFEL se ha realizado sobre la población en general y no sobre los decisores de servicios de telecomunicaciones en el hogar. c) Respecto del diseño y error muestral: la muestra que tomaron fue de 1.500 entrevistas, con un error muestral de +-2.58%. La distribución muestral se ha realizado de una manera aproporcional, es decir, sin que la distribución de la muestra por zonas se corresponda con la proporción de clientes que figuran en la base de datos proporcionada por la CMT. Es decir, IKERFEL procedió a dividir España en 8 áreas geográficas (cada una con un peso diferente en el universo) y fijó, para cada una de ellas, el mismo tamaño muestral (187-188 entrevistas) y el mismo error muestral (+-7,29%). La actora alega que la opción de diseño metodológico más adecuada es el diseño de una muestra proporcional. d) Respecto de los criterios de equilibraje/ponderación: el diseño de la muestra empleada por IKERFEL era aproporcional lo que obliga a realizar un proceso de ponderación o equilibraje. El proceso de ponderación asigna a cada entrevista un peso el cual debe multiplicarse para las entrevistas en zonas infrarrepresentadas y dividirse para las entrevistas en zonas sobrerrepresentadas. A juicio de la actora, dicha muestra aproporcional obliga a una corrección mediante coeficientes de ponderación muy diferenciados, con la presencia de elevados factores de ponderación en determinadas zonas

Estos errores serían en segundo lugar de ***diseño del cuestionario****: a) Por la tipología y redacción de las preguntas: se trata de preguntas con respuestas cerradas o sugeridas, sin que conste ni una sola pregunta abierta o espontánea. Se refiere a las preguntas que propuso el informe de Silvio , y compara los razonamientos de la sentencia del año 2011 de esta Sala, con las preguntas que realiza IKERFEL. b) El flujo del cuestionario: el orden de las preguntas introduce un sesgo claro, porque la pregunta base para el análisis se encuentra en el módulo final del cuestionario.*

Estos errores serían en tercer lugar ***relacionados con el diseño del cuestionario:*** *"la fórmula aplicada contiene componentes de limitada fiabilidad y alto impacto en el cálculo del resultado final que ponen en duda la validez del mismo". Dado que se centra a su vez en la incorrección de la encuesta realizada por IKERFEL a petición de la CNMC, se aporta dictamen pericial que concluye las críticas a la encuesta referida con una propuesta de "metodología correcta", es decir, como diseñar el método y el cuestionario, repetición de la encuesta con la misma base poblacional, y el empleo de lo que el perito considera "preguntas objetivas y neutras". El resultado es que no hay un 1,90% de clientes fieles, sino solo un 0,90%.*

Antes de proseguir con el análisis de los expresados motivos de recurso, es preciso recordar, como igualmente lo hacen las partes en sus escritos, que la decisión impugnada encuentra su origen en la decisión adoptada por la entonces Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de ***2 de noviembre de 2012****, sobre la* ***nueva metodología*** *para el cálculo del coste neto del servicio universal, tras la incorporación de la conexión de banda ancha. El expediente se identifica como AJ 2012/2746. Tanto en la resolución de la CMT como en la* ***sentencia de esta Sala dictada el dia 2 de marzo de 2015, en el recurso 220/2013****, se trata el tema de las encuestas a realizar para valorar el reconocimiento de la imagen de marca del operador (...) En el recurso que interpuso contra esta resolución, TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU se muestra disconforme, entre otros extremos, con el cálculo del reconocimiento de la imagen de marca del operador. La cuestión se analizó en el* ***fundamento jurídico décimo*** *de la sentencia dictada por esta Sala el día 2 de marzo de 2015, en el cual se recuerda que se trata de una nueva metodología de cálculo del coste neto del servicio universal, que incluye ahora la banda ancha. Y, ante las alegaciones relativas a la estimación del recurso por esta Sala contra la decisión que aprobó la metodología de cálculo del CNSU para los años 2003, 2004 y 2005 se recuerda que la estimación parcial tuvo su causa, literalmente en que la CMT no expresó de forma "clara las razones técnico económicas por las que la administración se separaba de los informes con los que contaba". Y en relación con la* ***resolución del año 2012****, la Sala consideró que "No es este el caso. La CMT en las pags. 50 a 53 explica detalladamente como ha establecido sus cálculos: .....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.*** "

(...) El primer motivo de recurso se centra en el, a juicio de la recurrente, ***erróneo diseño metodológico de la encuesta.*** *TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. señala que IKERFEL no puso en práctica otros criterios de verificación en el cuestionario, que a su juicio son fundamentales, concretamente la exclusividad con TESAU o que el encuestado no se encuentra inmerso en proceso de cambio. Como indica el Abogado del Estado en la contestación a la demanda, en el apartado de la ficha técnica "Universo de análisis" aparece que se han tomado en consideración literalmente "Clientes exclusivos de Telefónica de España en los servicios de Telefonía fija y que además puedan tener o no banda ancha con dicho operador, que no se encuentren en ningún proceso de cambio de operador en cualquiera de esos dos servicios." Igualmente se recuerda que "Para la realización del estudio la CMT nos ha cedido las BBDD correspondientes y que, lógicamente, han sido tratadas de acuerdo con las directrices establecidas por la LOPD." Por si subsistiese alguna duda, el Abogado del Estado aportó un documento con la contestación a la demanda: se trata del documento de trabajo utilizado por los encuestadores y elaborado por la empresa IKERFEL que ha sido facilitado por la empresa para completar la ficha técnica de la encuesta. En el citado documento se incorporan las preguntas empleadas para seleccionar a la persona a entrevistar, que se utilizó por IKERFEL (...) En la demanda de TESAU (apartado a.2, página 19) se afirma que la encuesta de IKERFEL no es fiable porque se ha entrevistado a la población en general y no a los decisores sobre los servicios de telecomunicaciones en el hogar. Sin embargo, dicha conclusión es errónea, ya que en la encuesta realizada por IKERFEL al principio de la conversación se preguntaba por el responsable de contratación y/o prescriptor y solo se continuaba la entrevista si el interlocutor declaraba tener un rol activo en la contratación de dichos servicios en su hogar. Dicho de otra manera, los 1.635 entrevistados que aceptaron colaborar habían declarado previamente que eran los responsables de la contratación de servicios de telecomunicaciones.*

De hecho, en el escrito de conclusiones de la actora, se reconoce que, en referencia al documento aportado por el Abogado del Estado, "Este documento de trabajo, que no constaba en el expediente administrativo por lo que, ni esta parte ni su perito pudieron tener acceso, pone de relieve que el entrevistador realizó preguntas de verificación respecto del universo de referencia y del interlocutor, pero no logra demostrar que IKERFEL no cometiese el resto de errores apuntados en el Dictamen Pericial". Es decir, viene a reconocer que este motivo de recurso carece de fundamento.

Se alega en segundo lugar lo que se considera un ***error muestral*** *de gran relevancia: TESAU critica la metodología seguida por IKERFEL que se resume en realizar el mismo número de entrevistas para cada una de las 8 áreas geográficas en las que se ha dividido España. Con el fin de obtener un dato válido para el conjunto del territorio, se han ponderado los datos obtenidos por cada área de acuerdo con sus pesos poblacionales reales, reproduciéndose así la realidad del conjunto. Esto constituye a juicio de la actora una incorrecta segmentación geográfica. El examen de las actuaciones permite comprobar que IKERFEL dividió España en 8 áreas geográficas, cada una con un peso diferente en materia de población, pero la actora cree que es mejor opción la* ***muestra proporcional o menos aproporcional****. Para TESAU, con base en las conclusiones de su perito, hay una diferencia de ponderadores que es un factor de inestabilidad de la muestra, e incrementa el error estadístico de la información recogida. La Sala considera, con el Abogado del Estado y los codemandados, que* ***el método aproporcional utilizado por IKERFEL es adecuado****, como lo son los factores de ponderación utilizados, pues finalmente, en todas y cada una de las ocho zonas tomadas en consideración, se aplicaron coeficientes de ponderación ligados a la importancia poblacional. No se aprecia la trascendencia de utilizar los que el perito de la actora denomina "* ***filtros de elegibilidad****" en el marco de la división por zonas utilizada en la encuesta.*

Respecto del diseño TESAU sustenta la presunta invalidez del resultado de la encuesta en un ***mal diseño y redacción de laspreguntas****. Para ello, el operador plantea dos lineas de argumentación: la primera tesis que se sostiene es que la CMT debería haber utilizado las preguntas de un informe de Silvio y la segunda línea argumental es considerar las preguntas de la encuesta de IKERFEL como no válidas al generar* ***sesgo en las respuestas.*** *El aludido informe de Silvio , aportado como documento 1 del escrito de demanda, se elaboró el 24 de marzo de 2006 y en relación con la valoración de la imagen de marca, recoge las siguientes consideraciones:*

"Información Requerida para la Aplicación de la Metodología. La información que Silvio estima necesaria para determinar si existe o no un beneficio de imagen de marca y de reputación corporativa y, por consiguiente,

calcular su magnitud, incluye información sobre el nivel de conocimiento por parte de los consumidores de la circunstancias alrededor de la prestación de la Obligación de] Servicio Universal. El conocimiento de los consumidores de las obligaciones del Servicio Universal y el operador obligado, particularmente aquellas obligaciones de prestar servicio en zonas no rentables y consumidores no rentables. Desde nuestro punto de vista, el no conocer las obligaciones del Servicio Universal no es tan importante, sino que lo verdaderamente importante es el conocimiento del comportamiento que se produce por esas obligaciones. Por ejemplo, un cliente puede tener conocimiento que una empresa provee servicio en zonas no rentables pero desconoce que existe una obligación de proveer dicho servicio. El conocimiento del comportamiento de las empresas de telecomunicaciones es un factor importante. En el Mercado de las Telecomunicaciones se utilizan estudios de Mercado para conocer las diferentes opiniones de los clientes. En este caso, es necesario la elaboración de una encuesta para determinar este conocimiento. En definitiva, para la cuantificación del beneficio de Impacto de Marca sería necesario llevar a cabo una encuesta que determine (1) nivel de conocimiento de los consumidores respecto a la prestación del Servicio Universal y (2) nivel de influencia en su decisión de contratación de servicio de telecomunicaciones. A este respecto, creemos que se necesitaría realizar un estudio/encuesta con tres grandes grupos de preguntas para el cálculo de este beneficio y con un tamaño mínimo de muestra de 1.000 individuos siendo el tamaño óptimo de 1.500 individuos, todos ellos deben residir en zonas rentables o ser clientes rentables. Estos grandes bloques de preguntas versarían sobre:

Conocimiento de las obligaciones del Servicio Universal por parte de estos clientes, se realizarían preguntas similares a las siguientes: 1. ¿Conoce usted qué es la Obligación del Servicio Universal? 2. ¿Conoce quién presta el Servicio Universal? 3. ¿Conoce los servicios que se incluyen en la Obligación del Servicio Universal?

Conocimiento de que Telefónica presta el servicio en zonas no rentables o a clientes no rentables: 1. ¿Conoce usted que el proveedor del Servicio Universal presta el servicio en zonas no rentables o da bonificaciones a personas sin recursos? 2. ¿Conoce usted que el proveedor del Servicio Universal presta el servicio a clientes no rentables económicamente hablando?

Peso del conocimiento de las condiciones del Servicio Universal en el proceso de decisión de contratación de servicios de telecomunicaciones. 1. ¿Concede usted valor al hecho de que Telefónica presta servicio en zonas no rentables y da bonificaciones a clientes sin recursos? 2. ¿Da usted preferencia a Telefónica sobre otros operadores por el hecho de que presta el Servicio Universal?"

TESAU considera que a pesar de que este informe señalaba estas preguntas como las más apropiadas, no fueron transcritas en la resolución de la nueva metodología y cita en apoyo de su pretensión la sentencia de esta Sala de 2011. Como ya se indicó más arriba, la sentencia de esta Sala de 2011 toma en consideración la metodología, pero no enjuicia ni quién ni cómo ni desde luego el contenido de las preguntas a realizar en la encuesta. El que las preguntas de IKERFEL sean diferentes a las que en el año 2006 consideró correctas la pericial de la parte actora, no supone per se que aquellas no sean idóneas. La mera comparación de unas y otras, no arroja, a juicio de esta Sala, los errores denunciados, y del tenor de lo razonado en la resolución por la que estableció la metodología origen de este litigio, en la que se tomaron en consideración las alegaciones de todos los operadores, el resultado es conforme con la finalidad buscada por la realización de la encuesta.

*En cuanto al " **flujo del cuestionario**", no se aprecia por qué, en contra de lo que sostiene el perito, el orden de las preguntas supone un factor de influencia en las respuestas del entrevistado. Por otra parte, como alega el Abogado del Estado, la encuesta que llevó a cabo la empresa contratada por la Administración, solo reconoció que un entrevistado conocía realmente el servicio universal, si afirmaba conocer cada uno de sus cinco componentes, contestando afirmativamente a cinco preguntas diferentes, lo cual, previene al máximo nivel posible, el efecto que según la demandante podía tener el preguntar "sabía que...". En resumen: no considera esta Sala que utilizar la expresión "sabía usted" esté facilitando información al encuestado, máxime cuando en el informe de Silvio se propone utilizar la expresión "conocía usted" que es en todo punto equivalente a la empleada por IKERFEL. Del conjunto de consideraciones expuestas resulta la desestimación del primer motivo de recurso."*

3.3.- Las consideraciones hechas en la sentencia transcrita, reproducidas posteriormente en la de 12 de marzo de 2018 [P. O. 212/2016], relativamente al CNSU del ejercicio 2013, son de entera aplicación al enjuiciamiento del presente recurso jurisdiccional y, por unidad de doctrina y por razones de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley, conducen a la desestimación de los motivos de la demanda, al no haberse desvirtuado los razonamientos expresados en la sentencia anotada. Pues, como dice en la contestación de la Abogacía del Estado, el resultado de la encuesta alternativa hecha valer en la demanda incide principalmente en uno de los componentes, el del conocimiento del operador designado para prestar el servicio universal, además de haberse planteado tal cuestión en la encuesta alternativa a un grupo reducido de encuestados.

Por otra parte, aunque en la sentencia anotada se estudian las cuestiones planteadas en la demanda en torno a la única encuesta realizada para la determinación del CNSU del ejercicio 2012, la del IKERFEL,

las consideraciones hechas en la sentencia sobre la misma son trasladables al caso aquí enjuiciado, para desechar las objeciones puestas en la demanda a la encuesta realizada en noviembre de 2015 por GFK a encargo de la CNMC, que se encuentra anexa a la resolución administrativa impugnada con la ficha técnica de la misma, y que aquí se da por reproducida. Pues como en la misma se indica, la estructura de la encuesta sigue lo establecido en la "Metodología".

Al respecto, cabe subrayar que la **sentencia de esta Sala y Sección de 02 de marzo de 2015** [PO 220/2013], que vino a confirmar la resolución de la CMT de 22 de noviembre de 2012, sobre la Nueva Metodología para el cálculo del Coste Neto del Servicio Universal, tras la incorporación de la conexión de banda ancha, ha sido, a su vez, confirmada por la **sentencia del Tribunal Supremo [Sala Tercera, Sección Tercera] de 17 de octubre de 2017** [Recurso de casación núm. 1334/2015].

4.- También **discrepa la parte actora** de la resolución administrativa impugnada, en lo que respecta a la detracción hecha por la CNMC del montante de una de las subvenciones percibidas por TESAU de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia, por considerar el organismo regulador que dicha subvención estaba vinculada al servicio universal, mientras que la operadora demandante considera que no debería de haber sido detraída, por no estar la actividad financiada con ella -el equipamiento de transporte- incluida dentro de las correspondientes al servicio universal.

Sin embargo, como se indica en la **resolución impugnada**, "...la CNMC entiende que el equipamiento de transporte es consustancial para el funcionamiento de la red de acceso a la que está conectada, como lo demuestra el hecho de que de forma expresa la red de transporte es uno de los elementos catalogados como "red de acceso subvencionable" en las bases de la convocatoria de ayuda de la Xunta. Por este motivo, la DTSA propuso minorar el importe íntegro de la subvención".

Y en el sentido expuesto por el organismo regulador, esta Sala se ha pronunciado sobre la cuestión planteada, al resolver el recurso contencioso-administrativo interpuesto por TESAU frente a la resolución de la CNMC de 21 de mayo de 2015 que aprobó el coste neto de la prestación del servicio universal del **ejercicio 2012** [**Sentencia de 20 de septiembre de 2017 - P. O. 340/2015]**, y al resolver el recurso jurisdiccional interpuesto por la misma operadora frente a la resolución de la CNMC de 11 de febrero de 2016 que aprobó el coste neto de la prestación del servicio universal del **ejercicio 2013** [**Sentencia de 12 de marzo de 2018 - P. O. 212/2016]**.

Así, en la **sentencia de 20 de septiembre de 2017** , se decía:

"La cuestión debatida se centra en determinar si cuando, como es el caso, se aborda la implantación de un despliegue de redes nuevo, puede separarse y diferenciarse la red de acceso de la red de transporte. O expresado de otro modo, si el despliegue de redes objeto de la subvención debe asociarse más al concepto de prestación del servicio, que no está vinculado al Servicio Universal, que al acceso, que si está vinculado al Servicio Universal. La Sala considera, con la Administración, que las redes de transporte son parte esencial de la infraestructura que se tiene que desplegar para proveer el acceso , y que, en concreto, el acceso funcional a la banda ancha fija requiere, además de la llamada "última milla" o conexión física con el cliente final, que también se desplieguen las redes de transporte que concentren el tráfico. Por idénticas razones, el hecho de que la tecnología que se implanta permita velocidades superiores a 1 mbit no excluye este despliegue del SU como pretende la recurrente. Es igualmente un hecho que las redes de transporte concentran el tráfico de clientes con velocidades de banda ancha muy dispares, lo cual hace que tengan mayor capacidad que las redes de acceso, pero para conseguir que las velocidades de acceso de un núcleo de población sean de al menos 1 o 2 Mbit/s, la red de transporte que conecta dicha localidad debe estar dimensionada de forma correcta y su capacidad, por definición, será muy superior a 1 o 2 Mbit/s. Es en consecuencia conforme a derecho la conclusión alcanzada por la Administración según la cual no son criterios válidos para determinar la vinculación de una subvención a la prestación del servicio universal ni la tipología de la inversión ni la velocidad de banda ancha. Lo relevante es el objeto, en este caso, la financiación del despliegue de nuevas redes de banda ancha en zonas de la Comunidad Autónoma de Galicia que carecían de cobertura. Se concluye así que una ayuda pública destinada a financiar la cobertura de banda ancha en núcleos de población que carecen de la misma, está por definición vinculada a la prestación del servicio universal".

Y la **sentencia de 12 de marzo de 2018** , a tales argumentos agregó:

"Las consideraciones que anteceden permiten concluir que el Regulador ha justificado debidamente su decisión, adoptada con base legal y garantizando los principios de transparencia, objetividad y proporcionalidad, no pudiendo, sus criterios técnicos, ampliamente motivados, dentro de un margen de discrecionalidad, ser sustituidos por otros en función de particulares intereses. Las opciones técnicas podrán ser compartidas o no por otros operadores, e incluso puede hablarse de una opción metodológica más apropiada, pero no por ello pueden ser tachadas de arbitrarias, desproporcionadas o incorrectas".

Por lo que, teniendo en cuenta el parecer ya expresado por la Sala, y aplicándolo al supuesto aquí enjuiciado, por razones de unidad de doctrina y de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, procede rechazar también el motivo de impugnación examinado, y confirmar la resolución administrativa impugnada, sin que la separación de ésta respecto del criterio seguido en la precedente resolución de la CMT 2011/1982, que la demanda aduce para poner de manifiesto la inseguridad jurídica que ello le produce, pueda tomarse como circunstancia determinante de la invalidez de aquella resolución, y así se expuso en las sentencias anotadas, al rechazar la falta de motivación e incongruencia omisiva de las resoluciones impugnadas, concluyendo que "...la decisión administrativa ha examinado motivadamente las alegaciones que en su momento formuló TESAU, si bien no las estimó íntegramente, manteniendo la vinculación de la subvención de la Xunta de Galicia al SU". Lo cual impide considerar que se haya producido, por parte de la Administración actuante, un cambio de criterio desprovisto de motivación en detrimento de la confianza legítima que la actuación precedente de la propia Administración hubiera podido generar en el administrado [art. 3.1 LRJAP-PAC, redacción *ex* Ley 4/1999; art. 3.1 e), Ley 40/2015, de 1 de octubre].

QUINTO:Resolución del recurso jurisdiccional. Costas procesales e indicación de recursos frente a la sentencia.

1.- Lo expuesto conduce a la **desestimación del recurso jurisdiccional** y a la correlativa **confirmación** de la resolución administrativa objeto del mismo, por encontrarse ajustada a Derecho [art. 70.1 de la Ley Jurisdiccional].

2.- Con imposición, a la parte demandante, de las **costas procesales** causadas en esta instancia [art. 139.1 de la Ley Jurisdiccional].

3.- La presente sentencia es susceptible de **recurso de casación**, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación. En el **escrito de preparación** deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 89.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, **justificando el interés casacional objetivo** que presenta [art. 86.1, en relación con el art. 88, de la Ley Jurisdiccional, modificados por la disposición final 3.1 de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, en vigor desde el 22 de julio de 2016].

Vistos los preceptos legales citados y demás normas de general y pertinente aplicación.

F A L L A M O S

PRIMERO.-Desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de "TELEFONICA DE ESPAÑA, S. A. U." frente a la resolución de 01 de diciembre de 2016 [Expediente: NUM000 /APROBACIÓN CNSU 2014 TELEFÓNICA], de la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

SEGUNDO.- Con imposición, a la parte demandante, de las **costas procesales** causadas en esta instancia.

TERCERO.- Notifíquese esta Sentencia a las partes personadas, haciéndoles la indicación de que contra la misma **puede prepararse recurso de casación ante esta Sección**, mediante **escrito** en el que habrá de acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 89.2 de la Ley Jurisdiccional [redacción *ex* Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio], justificando el **interés casacional objetivo** que el recurso preparado presenta. Habiendo de realizarse la presentación de dicho escrito en el **plazo de 30 días,** a contar desde el siguiente al de su ***no*** tificación, y para ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ