



Roj: **SAN 1189/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:1189**

Id Cendoj: **28079230082018100139**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **12/03/2018**

Nº de Recurso: **212/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **JUAN CARLOS FERNANDEZ DE AGUIRRE FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN OCTAVA**

**Núm. de Recurso:** 0000212 / 2016

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 02039/2016

**Demandante:** TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU

**Procurador:** DON JUAN ANTONIO GARCÍA SAN MIGUEL Y ORUETA

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

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.:** D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

### **SENTENCIA Nº:**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D<sup>a</sup>. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

D<sup>a</sup>. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a doce de marzo de dos mil dieciocho.

**VISTOS** por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo nº **212/2016**, promovido por el Procurador de los Tribunales **don Juan Antonio García San Miguel y Orueta**, en nombre y representación de **Telefónica de España, SAU**, contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 11 de febrero de 2016, sobre coste neto del servicio universal.

Ha comparecido la Abogacía del Estado en la representación que legalmente le corresponde y **Vodafone España, SAU**, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Ascensión de Gracia López-Orcera.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** Con fecha 11 de febrero de 2016 la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictó Resolución en cuya parte dispositiva acuerda:

Primero. Determinar que el coste neto del servicio universal incurrido por Telefónica de España, SAU, en el ejercicio 2013 asciende a 18.340.297 euros, con el detalle de la tabla siguiente (cifras en euros):

Coste neto en zonas no rentables 17.516.000

Coste neto por prestaciones a usuarios con discapacidad 14.630

Coste neto derivado de usuarios con tarifas especiales 9.584.083

Total coste neto apreciado en el año 27.114.713

Menos: beneficios no monetarios 8.774.416

Coste neto del servicio universal 18.340.297

Segundo. Reconocer la existencia de una carga injustificada para Telefónica de España, SAU, como consecuencia de la obligación de prestación del servicio universal en el ejercicio 2013.

Frente a dicha resolución la representación procesal de Telefónica de España, SAU, interpuso recurso contencioso-administrativo.

Reclamado el expediente a la Administración y siguiendo los trámites legales, se emplazó a la parte recurrente para la formalización de la demanda, lo que verificó mediante escrito que obra en autos, en el que termina solicitando de la Sala que, "con expresa imposición de costas a la Administración demandada, anule la Resolución de la CNMC de fecha 11 de febrero de 2016 que se impugna y declare: a) de conformidad con lo expuesto en el Fundamento Jurídico Segundo de la demanda, que la CNMC ha calculado erróneamente el beneficio no monetario correspondiente al CNSU del ejercicio 2013, debiendo determinarse ese concepto con arreglo a las bases que se indican en ese Fundamento Jurídico; b) de conformidad con lo expuesto en el Fundamento Jurídico Tercero de la demanda, que la CNMC no modifique los criterios seguidos hasta el momento para calcular los costes relativos al acceso a Internet de banda ancha empleando medios satelitales y, por ende, mantenga el criterio seguido por Telefónica de España, y c) de conformidad con lo expuesto en el Fundamento Jurídico Cuarto de la demanda, que las dos subvenciones de la Xunta de Galicia percibidas por Telefónica de España no se detraigan del cálculo del CNSU del ejercicio 2013".

**SEGUNDO.-** Emplazada la Abogacía del Estado para que contestara a la demanda, así lo hizo en escrito en el que, tras expresar los hechos y fundamentos de derecho que estimó convenientes, terminó solicitando que se dictara una sentencia que "desestime la demanda, con imposición de costas a la recurrente".

Por diligencia de ordenación de 5 de julio de 2017 se tuvo por decaída a Vodafone España, SAU, en el derecho de contestación a la demanda.

**TERCERO.-** Habiéndose recibido el recurso a prueba se practicó documental y pericial propuestas por la parte recurrente, en los extremos admitidos por la Sala, con el resultado que obra en las actuaciones.

**CUARTO.-** Practicadas las pruebas se dio traslado a las partes para la presentación de conclusiones sucintas acerca de los hechos alegados, las pruebas practicadas y los fundamentos jurídicos en que apoyaron sus pretensiones.

**QUINTO.-** Concluidas las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, el cual tuvo lugar el día 14 de febrero de 2018.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **don JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ**, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Constituye el objeto del presente recurso contencioso administrativo determinar si es o no conforme a Derecho la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 11 de febrero de 2016 por la que se determina el coste neto del servicio universal incurrido por Telefónica de España, SAU, en el ejercicio 2013.

**SEGUNDO.-** Hechos relevantes a tener en cuenta en las actuaciones son los siguientes:

1. Con fecha 6 de agosto de 2014 tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia escrito de Telefónica de España, SAU, por el que presenta los resultados del Sistema de Contabilidad de Costes y los resultados del coste neto del servicio universal correspondiente al ejercicio 2013. En dichos documentos,



de carácter confidencial, se incluye un Informe de Procedimientos Acordados sobre determinados aspectos específicos del cálculo del CNSU correspondiente al ejercicio 2013 realizado por una empresa independiente contratada por Telefónica;

2. Con fecha 31 de octubre de 2011, la CNMC adjudicó a Axon Partners Group el contrato para realizar la auditoría de ciertos aspectos específicos de la contabilidad de costes correspondiente al ejercicio 2013, junto con la revisión de una serie de aspectos específicos de la propuesta de cálculo del CNSU presentada por Telefónica;

3. Mediante Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 9 de julio de 2015, se aprobó la verificación de los datos relativos a la declaración anual de CNSU por el ejercicio 2013 de Telefónica. En dicha Resolución se requirió a Telefónica para que antes del 15 de septiembre de 2015 presentase nueva declaración del CNSU para el ejercicio 2013, incorporando los ajustes aprobados en la misma. Asimismo, se requirió información adicional relativa a la capacidad satelital en uso imputada al CNSU.

4. Con fecha 11 de septiembre de 2012 tuvo entrada en el Registro de la Comisión la propuesta corregida de CNSU de 2013 conforme a los cambios requeridos en la citada resolución.

5. Conforme a lo establecido en el artículo 69 de la Ley 30/1992, se inició de oficio procedimiento con el fin de aprobar la cuantificación del CNSU presentado por TESAU, correspondiente al ejercicio 2013.

6. Con fecha 25 de noviembre de 2015 se hizo público el Informe de los Servicios sobre determinación del CNSU relativo a Telefónica por el ejercicio 2013 -trámite de audiencia, alegaciones de Telefónica y Orange Espagne.

7. Por Acuerdo de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 11 de febrero de 2016, se aprobó el coste neto de prestación del servicio universal presentado por Telefónica de España, SAU, para el ejercicio 2013.

**TERCERO.-** Tras exégesis de los antecedentes la representación procesal de Telefónica de España, SAU, formula en lo esencial las siguientes alegaciones: 1) incorrecta determinación del beneficio no monetario; 2) vulneración del principio de seguridad jurídica al existir un injustificado cambio de criterio en lo referente a costes relacionados con el acceso a Internet de banda ancha empleando medios satelitales; 3) errónea detracción de las subvenciones de la Xunta de Galicia al no estar éstas relacionadas con los componentes del servicio universal -ausencia de motivación y vulneración del principio de seguridad jurídica.

La Abogacía del Estado se opone al recurso formulando las siguientes alegaciones: a) corresponde a la parte actora acreditar los hechos alega, sin que haya aportado cálculo o justificación que permita cuestionar el efectuado por la Comisión; b) la Comisión no ha cambiado de criterio injustificadamente en lo referente a los costes relacionados con el acceso a Internet de banda ancha empleando medios satelitales, sin que pueda aceptarse la existencia de vulneración del principio de seguridad jurídica; c) correcto tratamiento de las subvenciones para calcular el coste neto por zonas no rentables.

**CUARTO.-** Como ya se ha señalado la representación procesal de Telefónica de España, SAU, alega en primer término que la Comisión incurre en arbitrariedad al haber determinado incorrectamente el beneficio no monetario, en particular en lo atinente a la determinación de los beneficios no monetarios referentes al "mayor reconocimiento de la imagen de marca".

Señala a estos efectos que para calcular el beneficio no intangible de la imagen de marca en lo referente a "usuarios fieles", la Comisión toma en consideración el porcentaje del 1,90, el mismo que utilizó para hacer los cálculos para el ejercicio 2012, cálculos con los que Telefónica no estuvo conforme y que fueron cuestionados en su día ante esta misma Sala -recurso 340/2015.

Alega seguidamente que el cálculo ofrecido por la Comisión no es correcto, pues si opta discrecionalmente por la metodología que estima adecuada para calcular el beneficio no monetario de la imagen de marca, estableciendo en la Resolución Nueva Metodología que el método idóneo es la elaboración de una encuesta ad hoc para calcular el porcentaje de los usuarios fieles, debe en consecuencia cumplir con los principios de transparencia, proporcionalidad y motivación so pena de incurrir en arbitrariedad. Señala, así, que el instrumento utilizado por la Comisión para calcular el beneficio de la imagen de marca de Telefónica -encuesta-, contiene errores de peso en cuanto al diseño metodológico y diseño del cuestionario, mientras que a sensu contrario del informe técnico que aporta se desprende que de haberse realizado la encuesta conforme a criterios técnicos correctos el resultado habría de todo punto diverso. En suma, pues, la Comisión utiliza una metodología arbitraria que adolece de graves errores y carece de rigor técnico.

La Sala no puede compartir este planteamiento y debe poner de manifiesto que la problemática suscitada obtuvo cumplida respuesta en sentencia de 20 de septiembre de 2017, dictada en el recurso 340/2015, en el que Telefónica de España, SAU, actuaba como parte actora, siendo menester puntualizar que, salvo leves

retoques o adiciones, el discurso de la actora fue entonces el mismo que ahora plantea, al igual que sucede con las pericias aportadas.

En la referida sentencia la Sala desestimó las pretensiones de la recurrente por las razones que a continuación se indican, debiendo señalarse que por unidad de criterio, y porque no existen razones que permitan modificar el criterio entonces sustentado, a dicha sentencia hemos de remitirnos en lo menester. Se dijo entonces y ahora reiteramos,

"... es preciso recordar cuáles 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.

"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.

"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 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 cuestionario, 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 aporportional, 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 equilibrio/ponderación: el diseño de la muestra empleada por IKERFEL era aporportional, lo que obliga a realizar un proceso de ponderación o equilibrio. 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 aporportional 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 Arthur D Little, 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%.

"... 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.

"Tanto en la resolución de la CMT como en la sentencia de esta Sala dictada el 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.

"La CMT entonces analizó estos extremos:

"A. Reconocimiento de la imagen de marca del operador.

"10. ¿Considera correctos los cálculos propuestos para estimar el beneficio no monetario imagen de marca?

"Respuesta:

"La variación de los datos del beneficio de la imagen de marca está sujeta a los resultados de la encuesta. Además, el hecho de que comparativamente con otros países del entorno, TESAU sea el incumbente que menos cuota de mercado haya perdido, puede ser consecuencia de muchas variables que pueden no estar relacionadas con la imagen de marca derivada del SU.

"Por otra parte, la CMT está de acuerdo con que el diseño del cuestionario es crucial en cuanto a que en función de la formulación de las preguntas puede conllevar cierto grado de subjetividad, por lo que extremará las precauciones para que cumpla con el principio de objetividad.

"11. ¿Qué preguntas se deberían realizar en el cuestionario para con conocer los usuarios fieles a TESAU por la prestación del SU? Proponer un cuestionario.

"Telefónica expone que las preguntas que debe contener el cuestionario para evaluar la fidelidad de los usuarios como consecuencia de la prestación del SU y que a efectos de su cómputo deben ser contestadas de forma positiva en su totalidad, son:

"1. ¿Conoce usted qué es la obligación de servicio universal?

"2. ¿Conoce quién presta el servicio universal?

"3. ¿Puede mencionar qué operador u operadores prestan el servicio universal?

"4. ¿Conoce los servicios que se incluyen en la obligación del servicio universal?

"5. ¿Ha decidido contratar sus servicios al operador de SU sobre otros operadores por esta razón, por encima de otros factores como la calidad o el precio ofrecido?

"La CMT considera que las preguntas planteadas por Telefónica en relación al cuestionario que ha de valorar la fidelidad de los usuarios debido a la prestación del SU implican que el usuario ha de conocer ciertos términos que a juicio de esta Comisión resultan excesivamente técnicos. La CMT es consciente de la repercusión que puede tener en los resultados el diseño de un cuestionario, por lo que analizará las preguntas sugeridas por los operadores evitando los posibles tecnicismos relacionados con el lenguaje propio de la normativa de telecomunicaciones. Cabe destacar que el procedimiento de realización de encuestas se llevará a cabo por la CMT con el fin de garantizar la objetividad y la independencia del proceso.

"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 págs. 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 impugnación gira alrededor de las conclusiones que recoge un informe, 'Análisis de la encuesta realizada por IKERFEL a petición de la CMT para la Determinación del Coste Neto del Servicio Universal 2012, en concreto, para la determinación del reconocimiento de la imagen de marca del operador que presta este servicio.

"Este informe, que no ha sido ratificado ante esta Sala, ya desde la introducción expone que 'Del análisis realizado a la encuesta realizada por IKERFEL y que se expondrá en el presente documento, se puede concluir que la encuesta no refleja de manera precisa la realidad del fenómeno objeto de estudio al existir aspectos que la distorsionan desde dos ángulos....

"Para apoyar estas conclusiones el Instituto DYM ha realizado, durante septiembre de 2015, una investigación sobre conocimiento del Servicio Universal de Telecomunicaciones e impacto en la toma de decisiones. Es decir, el Instituto DYM ha elaborado una encuesta corrigiendo los errores de que adolecía la encuesta realizada por IKERFEL relativos al diseño metodológico y de diseño de cuestionario, sobre los que se profundizará con detalle a lo largo del presente informe.

"Corregidos dichos errores, la encuesta realizada por el Instituto DYM refleja cómo los niveles de conocimiento y las tasas de fidelidad obtenidas son significativamente inferiores a las recogidas en la encuesta realizada por IKERFEL.

"Los escritos de la parte actora, en lo que concierne a esta cuestión, encuentran su único y exclusivo fundamento en las conclusiones de este informe, que pretende se impongan a las obtenidas por el profesional al que en su momento encomendó la Administración la realización de la encuesta.

"Es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo según la cual, con la Ley Procesal Civil vigente, los dictámenes técnicos de parte tienen el carácter de prueba pericial y que como tales deben ser valorados sin posicionamientos apriorísticos negativos, sin duda contrarios a la regla general que rige la valoración de la prueba pericial, a saber, la de la sana crítica.



"Por otra parte, igualmente ha señalado el Alto Tribunal que la decisión de un litigio no será la que determine el perito, pues ello supondría privar al órgano jurisdiccional de sus facultades de decisión, consecuencia de la valoración, que solo al juez o tribunal compete, del acervo probatorio litigioso.

"El primer motivo de recurso se centra en el a juicio de la recurrente erróneo diseño metodológico de la encuesta.

"Telefónica de España 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:

"Buenos días/tardes. Mi nombre es y soy un/a entrevistador/a del Instituto IKERFEL, S.A., de investigaciones de mercado. Agradecemos su colaboración.

"Bloque: selección de la persona a entrevistar.

"Pregunta: ¿Qué operador tiene contratado para su servicio de telefonía fija?

"Telefónica/movistar 1

"otros operadores 2

"fin de la entrevista

"Pregunta: ¿Qué operador tiene contratado para su servicio de Internet?

"Telefónica/movistar 1

"otros operadores 2

"fin de la entrevista

"En la demanda de TESAU -apartado a.2, página 19- (página 21 de la demanda en el presente recurso 212/16) 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 1635 entrevistados que aceptaron colaborar habían declarado previamente que eran los responsables de la contratación de servicios de telecomunicaciones.

"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 aporportional. 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 apropiado 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 las preguntas. Para ello, el operador plantea dos líneas de argumentación: la primera tesis que se sostiene es que la CMT debería haber utilizado las preguntas de un informe de Arthur D Little 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 Arthur D Little, 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 Arthur D Little 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 las circunstancias alrededor de la prestación de la obligación del 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 necesaria 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 del 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 1000 individuos, siendo el tamaño óptimo de 1500 individuos, y 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 Arthur D Little se propone utilizar la expresión `conocía usted, que es en todo punto equivalente a la empleada por IKERFEL.

Conforme a cuanto antecede la alegación propuesta no puede prosperar.

**QUINTO.-** Invoca la actora en segundo término vulneración del principio de seguridad jurídica pues existe un injustificado cambio de criterio en lo referente a costes relacionados con el acceso a Internet de banda ancha empleando medios satelitales.

Plantea que el coste que supone prestar el acceso a Internet de banda ancha a través de medios satelitales se lleva calculando desde que se aprobó la nueva metodología para el cálculo del coste neto del servicio universal, y que desde 2012 Telefónica ha venido realizando el cálculo que supone prestar el servicio con medios satelitales empleando siempre la misma metodología, verificada por la CNMC, tanto para el ejercicio 2012 como para el 2013. Sin embargo, al calcular el CNSU 2013, se han modificado los parámetros que se habían utilizado en el ejercicio 2012, con el resultado de que del importe del CNSU 2013 se detraiga la cantidad de 1.821.466 euros.

Así, sin justificación alguna, la CNMC ha modificado sorpresivamente la metodología/parámetros: número de accesos satelitales de banda ancha del SU y coste de satélite Hispasat por usuario de la banda ancha del mes, que se venían empleando hasta el momento y que fueron debidamente validados por la CNMC para calcular el CNSU del año 2012.

El principio de seguridad jurídica proclamado el artículo 9.3 CE, en el que se enmarca el de "confianza legítima", acuñado por la doctrina alemana, se perfila en palabras del Tribunal Constitucional como "suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agota en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser fundado expresamente. La seguridad jurídica es suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad".

Nuestro Alto Tribunal asigna a este principio designaciones muy precisas, tales como "claridad de la norma", "certeza", "saber los ciudadanos a qué atenerse", "falta de previsión razonable" e, incluso, remite a una correcta técnica legislativa. En suma, pues, el principio de seguridad jurídica, tal y como viene enunciado en el artículo 9.3 CE, no aparece configurado como un derecho subjetivo ( STC 28/1994, de 27 de enero ), sino como una exigencia objetiva del ordenamiento, que se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado ( STC 62/1984, de 21 de mayo ). Más en concreto, la STC 8/1981, de 30 de marzo, mantiene que los principios enunciados en el artículo 9.3 CE "son mandatos dirigidos a los poderes públicos y, en especial, al legislador".

En este contexto la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1999 expone que

"Tanto la doctrina del Tribunal Constitucional como la Jurisprudencia de este Tribunal considera que el principio de buena fe protege la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia en el comportamiento propio. Lo que es tanto como decir que dicho principio implica la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden



de los propios actos, constituyendo un supuesto de lesión a la confianza legítima de las partes `venire contra factum proprium.

"Ahora bien, este principio no puede invocarse para crear, mantener o extender, en el ámbito del Derecho público, situaciones contrarias al ordenamiento jurídico, o cuando del acto precedente resulta una contradicción con el fin o interés tutelado por una norma jurídica que, por su naturaleza, no es susceptible de amparar una conducta discrecional por la Administración que suponga el reconocimiento de unos derechos y/u obligaciones que dimanen de actos propios de la misma. O, dicho en otros términos, la doctrina invocada de los `actos propios sin la limitación que acaba de exponerse podría introducir en el ámbito de las relaciones de Derecho público el principio de la autonomía de la voluntad como método ordenador de materias reguladas por normas de naturaleza imperativa, en las que prevalece el interés público salvaguardado por el principio de legalidad; principio que resultaría conculcado si se diera validez a una actuación de la Administración contraria al ordenamiento jurídico por el solo hecho de que así se ha decidido por la Administración o porque responde a un precedente de ésta.

En esta línea de razonamiento doctrinal y jurisprudencial la Sala no puede compartir las razones aducidas por la recurrente, a las que la Comisión dio oportuna respuesta en el trámite de alegaciones al informe de audiencia:

"... no es correcto que la CNMC haya cambiado la metodología, sino que ha actualizado dos parámetros en base a la nueva información de demanda disponible.

"Telefónica no despliega la conectividad de banda ancha satelital sino que la contrata a proveedores de capacidad satelital, por lo que la CNMC entiende que el coste reconocido debe estar relacionado con la capacidad contratada por Telefónica para prestar el servicio universal. Asimismo, con los datos disponibles de la evolución de usuarios de servicio universal de la banda ancha satelital, la CNMC estima el redimensionamiento necesario de la capacidad satelital mediante la demanda actual y un coeficiente de ajuste que recoja la evolución futura y una sobrecapacidad como margen de seguridad.

"Bajo este criterio, para dimensionar la capacidad necesaria se considera más ajustado utilizar como referencia los usuarios de BA satelital del servicio universal, en lugar del número de usuarios de todos los servicios de BA satelital, que era el criterio seguido en la resolución de verificación del CNSU 2013 de 9 de julio de 2015.

"Por lo anterior se utiliza como referencia el número máximo de usuarios en el 2013 entre los datos que dispone la CNMC (media anual y diciembre de 2013) y aplicar un coeficiente x1,3 que recoge de forma prudente la necesidad de tener una capacidad excedente por motivos de seguridad y margen para dar cabida a nuevas altas - seguidamente concreta la evolución periódica de usuarios del SU de banda ancha hasta fin de 2014, señalando que el factor 1,3 es suficiente para contemplar el incremento de clientes.

En este contexto, en la resolución impugnada se indica en el Fundamento Jurídico Material III.2.1.4 que "Los costes relativos a la prestación de la conectividad de la banda ancha por medios satélites forman parte del CNSU correspondiente a las zonas no rentables", resumiendo el cálculo del coste de dicha banda y las fórmulas empleadas en relación con el número de accesos satelitales de banda ancha del SU y el coste del satélite Hispasat por usuario de la banda ancha del SU denominada SUBA, y razonando que "Este coste refleja la disponibilidad de capacidad satelital que necesita Telefónica para hacer frente a solicitudes de banda ancha a 1 Mb/s en inaccesibles mediante otras tecnologías. El coste estimado se basa en una estimación indirecta en dos fases. En primer lugar, se parte de la relación entre el importe del coste de elemento de red `94212308 Acceso Específico Internet BA Satélite y el importe del pago de Telefónica a su proveedor de capacidad satelital relacionada con el SU (Hispasat). La relación entre ambos importes es de 1,98. Es decir, los pagos a Hispasat son solo una parte de los costes necesarios para prestar banda ancha por satélite, el coeficiente de 1,98 se aplica para contemplar el resto de costes. Este coeficiente será utilizado con posterioridad. A continuación, se hace una estimación del coste de la parte de las facturas de Hispasat vinculada al servicio universal. Es decir, se estima qué proporción de los pagos de Telefónica a Hispasat son imputables al servicio universal de banda ancha.

Conforme a cuanto antecede el motivo propuesto no puede prosperar pues no existe vulneración de los principios invocados.

**SEXTO.-** Finalmente, la representación procesal de Telefónica de España, SAU, alega errónea detracción de las subvenciones de la Xunta de Galicia del coste neto del servicio universal 2013 al no estar relacionadas con los componentes del servicio universal -ausencia de motivación y vulneración del principio de seguridad jurídica.

Sobre este concreto aspecto del litigio en la resolución impugnada se razona en los siguientes términos:



"De las tres subvenciones cobradas por Telefónica en el 2013 una de ellas no tiene relación con los servicios incluidos en el SU al tratarse de un programa del IDEA de promoción de la eficiencia energética vinculada al servicio ADSL, por tanto, no está relacionada con el servicio universal.

"Las dos subvenciones de la Xunta de Galicia se consideran vinculadas al servicio universal. Aunque la velocidad mínima ofrecida sea superior a 2Mbits/s, debido a su objeto (cobertura de poblaciones con demanda desatendida) se asume que han servido para la financiación del despliegue de nuevas redes de banda ancha en zonas sin cobertura anterior. El importe conjunto de ambas subvenciones ha sido 257.632 euros.

"Cabe resaltar que en el ejercicio de 2013 Telefónica no ha cobrado ninguna subvención vinculada a la conexión del servicio telefónico básico.

"Conforme a la metodología y con criterio consistente con los ajustes realizados en los procedimientos de determinación del CNSU de los ejercicios 2006 a 2012, la CNMC considera adecuado descontar tales importes por criterio de caja, esto es, atendiendo a las fechas en que Telefónica ha cobrado de manera efectiva tales subvenciones.

"En conclusión, el importe a minorar del CNSU por el ejercicio de 2013 queda cuantificado en 257.632 euros, cobrados en dicho ejercicio. Este importe se minorará del coste neto por zonas no rentables por el ejercicio 2013.

"En suma, el CNSU por zonas no rentables, tras minorar las subvenciones anteriores, queda cuantificado en 17.516.000 euros.

Esta problemática también fue resuelta en lo sustancial en la sentencia de la Sala de 20 de septiembre de 2017, debiendo precisarse que el planteamiento de la actora es el mismo que el expuesto en el recurso 340/2015, bien entendido que se parte de resoluciones de la Secretaría de Modernización e Innovación Tecnológica sobre bases para la concesión de ayudas en la Comunidad Autónoma de Galicia correspondientes a distintos ejercicios: 28 de mayo de 2010 sobre subvenciones para la extensión de redes de transporte de alta capacidad -recurso 340/2015- y 25 de abril de 2011 sobre redes de banda ancha -recurso 212/2016.

"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 sí 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.

"La actora, en la página 38 del escrito de demanda -en nuestro recurso, 212/16, pág. 42- alega la falta de motivación e incongruencia omisiva de la resolución recurrida, pues la CNMC no expone ni los criterios tácticos ni jurídicos que le han llevado a minorar el CNSU en el importe de la subvención de la Xunta de Galicia, ni mucho menos da respuesta a las alegaciones remitidas por mi mandante en el seno del procedimiento administrativo.

"Es reiterada la jurisprudencia en materia de incongruencia y de falta de motivación de las sentencias, aplicable al supuesto de autos aunque se denuncien en relación con una decisión administrativa, que la congruencia exigida por los preceptos cuya vulneración se denuncia no requiere una correlación literal entre el desarrollo



dialéctico de los escritos de las partes y la redacción de la decisión o la sentencia. Basta con que ésta se pronuncie categóricamente sobre las pretensiones formuladas ( SSTS de 11 de abril de 1991 , 3 de julio de 1991 , 27 de septiembre de 1991 , 25 de junio de 1996 y 13 de octubre de 2000 , entre otras muchas). El principio de congruencia no se vulnera por el hecho de que los Tribunales basen sus fallos en fundamentos jurídicos distintos de los aducidos por las partes ( SSTS de 13 de junio de 1991 , 18 de octubre de 1991 y 25 de junio de 1996 ). Pero la falta de consideración, expresa o tácita, en la sentencia, de alguno de los motivos de nulidad esgrimidos por la parte recurrente puede ser también determinante en este orden jurisdiccional de la incongruencia de la sentencia.

"En este caso, 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.

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.

Atendidas las razones que anteceden el recurso no puede prosperar procediendo su desestimación.

**SÉPTIMO.-** Las costas se imponen a la parte recurrente -ex artículo 139.1 LRLCA.

**VISTOS** los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

**PRIMERO.-Desestimar** el recurso contencioso-administrativo promovido por la representación procesal de **Telefónica de España, SAU**, contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 11 de febrero de 2016, por ser ajustada a Derecho.

**SEGUNDO.-** Las costas se imponen a la parte recurrente.

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 **no** tificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.