



Roj: **SAN 3599/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:3599**

Id Cendoj: **28079230082017100377**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **20/09/2017**

Nº de Recurso: **340/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MERCEDES PEDRAZ CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN OCTAVA**

**Núm. de Recurso:** 0000340 / 2015

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 04633/2015

**Demandante:** TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU

**Procurador:** SR. GARCÍA SAN MIGUEL ORUETA

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

**Codemandado:** ORANGE ESPAGNE SAU, VODAFONE ESPAÑA SAU, XFERA MOVILES S.A.

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.:** D<sup>a</sup>. MERCEDES PEDRAZ CALVO

### **SENTENCIA N<sup>o</sup>:**

**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 veinte de septiembre de dos mil diecisiete.

**Visto** el presente recurso contencioso administrativo n<sup>o</sup> **340/15**, interpuesto ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional por el Procurador **Sr. García San Miguel Orueta**, en nombre y representación de **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU**, contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 21 de mayo de 2015, en materia de coste neto de la prestación del servicio universal en el año 2012, siendo parte demandada la Administración General del Estado dirigida y representada por el Abogado del Estado, y codemandadas **ORANGE ESPAGNE SAU** representada por el Procurador **Sr. Alonso Verdu**, **VODAFONE ESPAÑA SAU** representada por la Procuradora **Sra. De Gracia López-Orcera** y **XFERA MOVILES S.A.** representada por la Procuradora **Sra. Agulla Lanza**, siendo la cuantía del recurso indeterminada. Ha sido Ponente la magistrado **D<sup>a</sup> MERCEDES PEDRAZ CALVO**.



## AN TECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso-administrativo, mediante escrito presentado el 27 de julio de 2015, contra la resolución antes mencionada.

Por providencia de la Sala se acordó su admisión a trámite con reclamación del expediente administrativo.

**SEGUNDO.-** En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 22 de diciembre de 2014, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando la estimación del recurso, y se dicte sentencia por la que se anule la resolución impugnada y se 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 2012, debiendo determinarse ese concepto de conformidad con las bases resultantes de lo alegado en ese Fundamento Jurídico y;

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 no debe detrarse del cálculo del CNSU del ejercicio 2012. .

**TERCERO.-** El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 6 de mayo de 2015, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la inadmisión, o subsidiariamente la desestimación del presente recurso.

**CUARTO.-** Dado traslado a la codemandada XFERA S.A. para contestar a la demanda, presentó escrito señalando:

*Que manifiesta su voluntad de dejar precluido el trámite de contestación a la demanda, sin formular escrito alguno y sin que ello entrañe un aquietamiento a las pretensiones de Telefónica de España, S.A.U. Lo que se pone en conocimiento de la Ilustrísima Sala, de forma anticipada, con la finalidad de evitar retrasos en la tramitación del procedimiento .*

La representación procesal de VODAFONE ESPAÑA SAU presentó escrito el día 20 de diciembre de 2016, oponiéndose a la demanda y solicitando su desestimación y la confirmación del acto administrativo impugnado.

La representación procesal de ORANGE ESPAÑA SAU presentó escrito el día 21 de diciembre de 2016, oponiéndose a la demanda y solicitando su desestimación y la confirmación del acto administrativo impugnado.

**QUINTO.-** La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose: a instancias de la parte actora la documental y la pericial, la primera consistente en la aportada con la demanda (Documentos 1,2 y 3) y la segunda en el 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 , de 16 de diciembre de 2015, elaborado por D. Luciano del Instituto DYM Market Research.

Y a instancias de ORANGE la documental teniendo por reproducido el expediente administrativo.

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

**SÉPTIMO.-** Por Providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 13 de septiembre de 2017, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Es objeto de impugnación en el presente recurso contra la resolución dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el día 21 de mayo de 2015, (expediente identificado como SU/D TSA/1746/14/APROBACIÓN CNSU 2012 TELEFÓNICA) que resuelve el procedimiento para determinar el coste neto incurrido por Telefónica de España durante el ejercicio 2012, y para evaluar si ello ha supuesto una carga injustificada para dicho operador prestador del servicio universal.

La parte resolutoria dice literalmente:

*PRIMERO.- Determinar que el coste neto del servicio universal incurrido por Telefónica de España, S.A.U. en el ejercicio 2012 asciende a 21.033.828 euros, con el detalle de la tabla siguiente (cifras en euros):*



Coste neto en zonas no rentables 22.265.540

Coste neto por prestaciones a usuarios con discapacidad 11.369

Coste neto derivado de usuarios con tarifas especiales 10.532.130

TOTAL COSTE NETO APRECIADO EN EL AÑO 32.809.039

Menos: TOTAL BENEFICIOS NO MONETARIOS 11.775211

COSTE NETO DEL SERVICIO UNIVERSAL 21.033.828

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 2012 . 8

Telefónica declara un coste neto previo a la aplicación de beneficios no monetarios y subvenciones de 34,28 millones de euros.

La propia Administración recoge en la resolución impugnada, cuales son los componentes del coste del servicio universal y la metodología para su determinación, señalando que los costes imputables a las obligaciones de servicio universal que son susceptibles de compensación están compuestos por:

- a) El coste neto de las obligaciones de prestar el servicio universal (concretamente, la conexión a la red pública de comunicaciones electrónicas desde una ubicación fija, el servicio telefónico disponible al público y la conectividad a internet) en zonas no rentables.
- b) El coste neto de las obligaciones de prestar el servicio universal a usuarios con discapacidad o con necesidades sociales especiales.
- c) El coste neto de la obligación de elaborar y poner a disposición de los abonados del servicio telefónico guías telefónicas.
- d) El coste neto de las obligaciones de prestar los servicios de información relativa a los números de abonados del servicio telefónico disponible al público.

SEGUNDO-. La parte actora, recuerda en su escrito de demanda, alguno de los precedentes en las sentencias dictadas por esta Sala, en relación con el Coste Neto del Servicio Universal, y en concreto la de 24 de enero de 2011 , que anuló la resolución impugnada.

Las sucesivas resoluciones administrativas ligadas a la cuestión de fondo, la metodología para calcular el coste neto del servicio universal, han sido objeto de múltiples resoluciones judiciales, en recursos interpuestos tanto por la ahora actora TELEFONICA, como otros operadores del sector, específicamente FRANCE TELECOM y VODAFONE. La que se encuentra en el origen de la resolución impugnada, la resolución de la 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, fue igualmente impugnada, y desestimado el recurso por sentencia de esta Sala, que a su vez se encuentra recurrida en casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

En el presente recurso, los motivos de impugnación se centran en los siguientes aspectos de la decisión administrativa:

1-. 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 .*

2-. Se discute el importe de las subvenciones percibidas por TELEFONICA que deben detrarse **del CNSU 2012.**

La actora alega que a lo largo del ejercicio 2012, y como consta acreditado en la Resolución recurrida, percibió 7 subvenciones por parte de diferentes Administraciones Públicas. La propia CNMC, en su propuesta de Resolución procedió a minorar tres de las siete del CNSU 2012, entendiéndose que las otras 4 subvenciones se habían otorgado a TESAÚ para realizar proyectos que no tenían relación con los servicios incluidos en el SU

al tratarse de programas SETSP de fomento de I+D o por tratarse de proyectos para impulsar el desarrollo de la banda ancha de alta velocidad, por lo que no las tomó en consideración a la hora de calcular el CNSU.

La recurrente alegó en su momento que las otras tres tampoco debían descontarse, dos provenientes del IDAE y una de la Xunta de Galicia, porque consideraba que excedían o no estaban relacionadas con los componentes del SU. La alegación fue tomada en cuenta por la CNMC para las del IDEA pero no para la de la Xunta de Galicia.

En este recurso la actora sostiene que la referida subvención no está relacionada con los componentes del Servicio Universal.

Frente a estos alegatos, el Abogado del Estado y las codemandadas sostienen la conformidad a derecho de la resolución impugnada.

En cuanto al primer motivo de recurso, siguiendo la sistemática de la demanda, analiza la inexistencia de errores relacionados con el diseño metodológico, pues al seleccionar a los encuestados se ha verificado la exclusividad con TESAU o que la persona encuestada no se encontrara inmersa en un proceso de cambio de operador.

Igualmente alega que los datos recogidos y presentados en el informe elaborado a instancias de la Administración, representan de manera precisa el universo poblacional objeto de análisis, dado que se ha entrevistado a los responsables de contratación de los servicios de telecomunicaciones, que disponían de todos sus servicios fijos con Telefónica y que no se encontraban en dicho momento, inmersos en un proceso de cambio. Analiza de modo detallado el diseño metodológico y concluye que no contiene error alguno.

Recuerda que esta Sala ha desestimado el recurso interpuesto en su momento por la ahora actora contra la resolución de la CMT que establece la nueva metodología para el CNSU y respecto de la sentencia parcialmente estimatoria que esta Sala dictó en el año 2011, recuerda igualmente que la sentencia de la AN muestra su preferencia por el hecho de realizar la estimación siguiendo una encuesta en vez de por el método de atribución proporcional del valor de marca empleado en la resolución impugnada, no lo es menos el hecho de que la Sala de la Audiencia Nacional no se pronunció en ningún caso sobre la idoneidad de las preguntas sugeridas por AdL. como no podría ser de otra forma, ya que ese ejercicio requeriría de un conocimiento técnico muy específico. La Sentencia valora la idoneidad de incorporar una encuesta, pero no valida las preguntas a hacer, ni se pronuncia sobre su idoneidad.

En cuanto al segundo motivo de recurso, recuerda que las redes de transporte son parte esencial de la infraestructura que se tiene que desplegar para proveer el acceso, es una inversión que se tiene que realizar antes de comercializar el servicio de banda ancha y mantenerlo con independencia de que se preste de forma efectiva el servicio. Dicho de otra manera, 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. Y en cuanto a la velocidad mínima ofrecida, considera, con la CNMC, que la tipología de inversión y la velocidad no eran criterios válidos para determinar si la subvención estaba vinculada al servicio universal.

La representación procesal de VODAFONE sostiene la correcta vinculación de la subvención otorgada por la Xunta de Galicia al servicio universal. Recuerda que estas ayudas están dirigidas al despliegue de infraestructuras de banda ancha en zonas caracterizadas por la existencia de una oferta y una penetración de los servicios de banda ancha significativamente inferiores al del resto de zonas de similares características. La disponibilidad de estas infraestructuras pone a disposición de los usuarios de los servicios que conforman el servicio universal, esto es, la conexión del servicio de banda ancha de 1 Mbit o la conexión y prestación del servicio telefónico disponible al público. Por otra parte, estas ayudas se han concedido en aquellas zonas donde no existen infraestructuras similares ni planes para su despliegue por parte de ningún operador durante los próximos años. Donde se han otorgado, esta es la única infraestructura disponible con la que dar soporte a los componentes que conforman el servicio universal, luego difícilmente se puede considerar excluida de su naturaleza.

La representación procesal de ORANGE ESPAÑA S.A.U. igualmente se opone al recurso y alega *su conformidad general con el escrito de contestación a la demanda formulado por el Abogado del Estado, que desvirtúa con contundencia los argumentos de la recurrente, sin perjuicio de las precisiones que se incorporan en el presente escrito*.

Pone de relieve que no se trata de comparar dos informes de parte, sino que uno fue realizado por la Administración, y goza de presunción de acierto y neutralidad en sus resultados. La encuesta de la CNMC ha hecho una selección correcta y razonable de las personas que fueron entrevistadas, toda vez que el cuestionario incluía preguntas específicas dirigidas a verificar el perfil adecuado del entrevistado. En cuanto al diseño del cuestionario, mi representada debe resaltar que el modelo que se aplicó para efectuar la encuesta



fue el aprobado por la Administración, en un acto que no es el que ahora se recurre, con audiencia de todos los operadores, incluyendo Telefónica.

Respecto de la subvención de la Xunta de Galicia, señala que la Resolución de 22 de noviembre de 2012 no limita las inversiones a considerar a aquellas que se destinen directamente al acceso, sino que incluye claramente aquellas que lo permitan o que estén relacionadas con el acceso. Este es precisamente el caso de la subvención de la Xunta de Galicia, que se refiere a redes de transporte imprescindibles para el acceso al servicio. Y debe recordarse que lo que se persigue al restar del coste del servicio universal las subvenciones percibidas es que Telefónica no reciba una doble retribución para prestar el servicio universal: una primera, vía subvención y, una segunda, al repercutir al resto de operadores el coste.

**TERCERO** -. 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 MTZ 2012/1273).

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 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%.

**CUARTO-** 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 día 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.*



TESAU 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 que 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?

Vodafone destaca que el hecho de conocer la obligación de TESAU de prestar el SU es para un cliente una cuestión excesivamente técnica y, por tanto, no debería plantearse de este modo la encuesta, sino que se debe ofrecer la posibilidad de valorar la marca de Telefónica por su afinidad. En este sentido, Vodafone propone las siguientes preguntas para dicho cuestionario:

1. ¿Considera usted que la respuesta del operador para la instalación de una nueva línea en un domicilio sería afirmativa, aunque las condiciones de acceso fueran difíciles?
2. ¿Considera usted que tendría más dificultades con otros operadores?
3. ¿Considera que el operador proporcionaría la nueva línea en un plazo no superior a 60 días? etc.

Orange destaca la importancia del diseño del cuestionario en cuanto a la variabilidad de los resultados. En relación a las preguntas que ha de contener la encuesta, Orange apunta que un usuario medio desconoce la normativa de telecomunicaciones y el cuestionario, por tanto, no puede contener tecnicismos propios del ámbito de las telecomunicaciones sino que deben ir dirigidas a la valoración de la marca del operador obligado. Por ejemplo, Orange plantea las siguientes cuestiones:

1. ¿Conoce usted que Telefónica ofrece el servicio de telefonía fija en todo el territorio nacional?
2. ¿Conoce usted que Telefónica ofrece tarifas más económicas a los usuarios con menores ingresos?
3. ¿Conoce usted que la empresa Telefónica pone a su disposición gratuitamente todos los años una guía general de abonados?

Respuesta:

La CMT considera que las preguntas planteadas por TESAU 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 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.

QUINTO.- Este 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.*

INFORME PERICIAL E15550120 .

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 él 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 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. Instituto DYM ha elaborado una encuesta corrigiendo los errores 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 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:

*Buenos días/tardes. Mi nombre es y soy un/a entrevistador/a del instituto IKERFEL S.A. de investigaciones de mercado. En estos momentos estamos realizando un estudio sobre servicios de telecomunicaciones.*

*Podría hablar con el/la titular de la línea telefónica serán sólo unos minutos. Le 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) 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.

**SEXTO** - 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 aporportional 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 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 Arthur D. Little 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.

**SÉPTIMO-**. El segundo motivo de impugnación se centra en la Subvención de la Xunta de Galicia.

La actora en sus escritos indica que para conocer el objeto de esta subvención, hay que estar a lo dispuesto en el artículo 1 de la Resolución de 28 de mayo de 2010, de la Secretaria de Modernización e Innovación Tecnológica, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de ayudas, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia, cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional para la extensión de redes de transporte de alta capacidad en poblaciones con mayor demanda desatendida de Galicia, en régimen de concurrencia competitiva:

*Esta resolución tiene por objeto aprobar las bases, que se incluyen como Anexo I. por las que se regirá la concesión de subvenciones, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia, cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (Feder), para la extensión de redes de transporte de alta capacidad en poblaciones con mayor demanda desatendida de Galicia, dentro del área de actuación AA1.1-Extensión de las redes de transporte de alta capacidad, de la línea estratégica 1 - Desarrollo de Infraestructuras- del Plan director de banda ancha de Galicia 2010-2013, aprobado por el Consello de la Xunta de Galicia el 18 de febrero de 2010.*

Del tenor de esta convocatoria colige la actora que las subvenciones otorgadas a los beneficiarios de las mismas debían ir destinadas a la extensión de redes de transporte de alta capacidad. Cita como precedente favorable a su tesis la decisión 2011/1982 sobre la aprobación del CNSU para el ejercicio 2009, según la cual, siempre según la actora, los servicios de ADSL, entre otros, eran servicios no incluidos en el ámbito del servicio universal. Y concluye que, al entender la CNMC que la extensión de redes de transporte de alta velocidad (ADSL) se puede imputar al Servicio Universal, el propio órgano regulador se está apartando del criterio que ella misma estableció en la Resolución 2011/1982, con la consiguiente inseguridad jurídica que dicha actuación genera a la recurrente.

Por último alega que, a la vista de lo establecido en la Resolución Nueva Metodología, la subvención de la Xunta de Galicia sólo sería imputable al CNSU si ésta se hubiese empleado para satisfacer aquellos costes en los que Telefónica hubiera incurrido para provisionar el acceso de banda ancha, circunstancia que en modo alguno ha sucedido en tanto en cuanto la subvención de la Xunta de Galicia estaba destinada al despliegue de redes de transporte de alta capacidad.

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.

La actora, en la página 38 del escrito de demanda, alega la falta de motivación e incongruencia omisiva de la Resolución recurrida pues la CNMC no expone ni los criterios tácticos ni jurídicos que la 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 estimo íntegramente, manteniendo la vinculación de la subvención de la Xunta de Galicia al SU.

Por el conjunto de razones expuestas procede desestimar el segundo motivo de impugnación.

**OCTAVO-** La completa desestimación del recurso impone la condena a la parte actora al pago de las costas, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 LJCA , en la redacción dada por la Ley 37/2011.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Que debemos **desestimar y desestimamos** el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador **Sr. García San Miguel Orueta** en nombre y representación de **TELFÓNICA DE ESPAÑA, SAU** , contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 21 de mayo de 2015, descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho. Con condena a la recurrente al pago de las costas.

Así por esta nuestra Sentencia que se **no** tificará a las partes haciendo la indicación de que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo, con arreglo a lo dispuesto en el art. 86.1 de la LJCA , y de la cual será remitido testimonio a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.