



Roj: **SAN 2780/2021 - ECLI:ES:AN:2021:2780**

Id Cendoj: **28079230082021100340**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **04/06/2021**

Nº de Recurso: **690/2018**

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:** 0000690 /2018

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 03978/2018

**Demandante:** ORANGE ESPAÑA SAU.

**Procurador:** SR. ALONSO VERDÚ

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

**Codemandado:** TELEFONICA DE ESPAÑA SAU

**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. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

Madrid, a cuatro de junio de dos mil veintiuno.

**Vistos** los autos del recurso contencioso-administrativo **núm. 690/2018** que ante esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurador de los Tribunales **Sr. Alonso Verdú** en nombre y representación de **ORANGE ESPAÑA SAU.**, contra la Resolución de 17 de mayo de 2018 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el Expediente SU/DTSA/013/17/EJECUCIÓN CNSU 2009 por la que se ejecuta la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2017, respecto a la estimación de ciertos beneficios intangibles en la determinación del coste neto del servicio universal del ejercicio 2009. Frente a la Administración del Estado representada y defendida por el Abogado del Estado y como codemandada **TELEFONICA DE ESPAÑA SAU** representada por la Procuradora **Sra. Ortiz Cornago** con una cuantía indeterminada. Ha sido Ponente la Magistrado **D<sup>a</sup> MERCEDES PEDRAZ CALVO**.



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO-** Por la representación procesal indicada se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución más arriba indicada.

Por decreto del Letrado de la Administración de Justicia se acordó la admisión a trámite del recurso y la reclamación del expediente administrativo.

**SEGUNDO-** Me diante escrito de 11 de diciembre de 2018 la parte actora formalizó la demanda, en la cual, tras exponer los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos terminó suplicando " dicte Sentencia por medio de la cual anule el Resuelve Primero de la Resolución de 17 de mayo de 2018 y declare la validez del cálculo realizado en la Resolución Impugnada, determinando que en el ejercicio 2009 el beneficio intangible percibido por Telefónica derivado de la imagen de marca ascendió a 16.756.198 euros y, por tanto, corresponde una menor aportación a la financiación del servicio universal por el resto de operadores alternativos."

**TERCERO-** El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y solicitar su desestimación, exponiendo los hechos y fundamentos de derecho que justifican su oposición al recurso.

La codemandada, TELEFONICA DE ESPAÑA SAU presentó igualmente escrito de contestación a la demanda, exponiendo cuantos fundamentos de hecho y de derecho estimó relevantes, y solicitando la confirmación del acto administrativo impugnado.

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

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

**QUINTO-** La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 2 de junio de 2021 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO-** Es objeto del presente recurso de contencioso-administrativo la resolución dictada el día 17 de mayo de 2018 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el Expediente SU/DTSA/013/17/EJECUCIÓN CNSU 2009 por la que se ejecuta la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2017, respecto a la estimación de ciertos beneficios intangibles en la determinación del coste neto del servicio universal del ejercicio 2009.

Son antecedentes relevantes para la resolución del presente recurso los siguientes:

- Con fecha 21 de diciembre de 2011 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) dictó Resolución, en el marco de la tramitación del expediente número AEM 2011/1982, sobre el cálculo del coste neto del servicio universal (en adelante, CNSU) prestado por Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) durante el ejercicio 2009.

- Telefónica interpuso ante la Audiencia Nacional recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la CMT de 21 de diciembre de 2011, tramitado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava, con el número de recurso 110/12. En dicho recurso, Telefónica impugnó el cálculo de los beneficios no monetarios por mejora de la imagen de marca y de ubicuidad. La sentencia de fecha 19 de mayo de 2014, fue desestimatoria.

- La sentencia fue casada por el Tribunal Supremo por otra de fecha 24 de julio de 2017 que estimó en parte el recurso de TELEFÓNICA en el extremo relativo a :

*"De acuerdo con las consideraciones expuestas en los anteriores fundamentos de derecho, estimamos el segundo motivo y con ello declaramos haber lugar al recurso de casación, por lo que casamos y anulamos la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso administrativo interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 21 de diciembre de 2011 (expte. AEM 2011/1982).*

*En cuanto al citado recurso contencioso administrativo a quo, que hemos de resolver en los términos en que viene planteada la litis, estimamos en parte el mismo en lo que respecta a la valoración de los beneficios no monetarios del valor de la marca y de la ubicuidad. Respecto al mayor valor de la marca, habrá de valorarse sólo la principal imagen marca que se asocia a la prestación del servicio universal (Telefónica) y se deberá aplicar la metodología determinada en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de enero de 2011 (recurso*



contencioso administrativo 119/2008 ), que fue confirmada por esta Sala al rechazar los recursos de casación dirigidos contra ella.

*Y en lo que se refiere al beneficio de la ubicuidad, habrá de valorarse teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en el apartado b) del fundamento de derecho tercero de esta sentencia, esto es, de forma que pueda cuantificarse la diferencia de cuota de mercado de TESAU en las nuevas altas en las zonas rentables frente a la cuota de mercado de Telefónica en las nuevas altas del conjunto del mercado nacional, así como los anteriores criterios determinados por la citada sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de enero de 2011 que resulten aplicables."*

- En ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo se dicta la resolución ahora impugnada.

En la misma se recuerda que las sentencias de la AN de 24 de enero de 2011, del TS de 19 de enero de 2015 y de la AN de 14 de enero de 2013 se han ejecutado por la Administración en las resoluciones de los expedientes SU/D TSA/2203/14 EJECUCIÓN CNSU 2003-2005 y SU/D TSA/006/15/EJECUCIÓN CNSU 2006, SU/D TSA/010/16/EJECUCIÓN CNSU 2008 respectivamente, con el siguiente resultado en cuanto a los apartados que resultaron litigiosos a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo que se ejecuta:

Tras el análisis y valoración de las metodologías expuestas en la sentencia de la AN de 24 de enero de 2011, la CNMC estimó un nuevo cálculo del beneficio no monetario derivado de la mejora en la imagen de marca para el periodo comprendido entre 2003 y 2005 y, en cambio, respecto a los ejercicios 2006 y 2008, se mantuvo el beneficio no monetario aprobado en las resoluciones impugnadas del CNSU 2006 y 2008 en virtud de la interdicción de la reformatio in peius.

Tras el análisis y valoración de las metodologías expuestas en la sentencia de la AN de 24 de enero de 2011, la CNMC confirmó el cálculo del beneficio no monetario derivado de la ubicuidad para el periodo 2003 2005 así como para los ejercicios 2006 y 2008, en los términos expuestos en las resoluciones impugnadas<sup>4</sup>, toda vez que no se disponía de los datos necesarios para realizar una nueva estimación en los términos referidos en la sentencia.

**SEGUNDO-** Es preciso recordar que en la sentencia de 24 de enero de 2011 dictada en el recurso 119/2008, en el que era actora la ahora codemandada, y codemandada la ahora actora, en relación con la valoración de los beneficios no monetarios y respecto del coste neto del servicio universal de los años 2003, 2004, y 2005 esta Sala resolvió:

- Respecto del valor de la marca " *Respecto a la metodología de estimación del beneficio derivado de la ubicuidad, en la resolución se expone que para medir este beneficio hay que calcular la cantidad de personas que migran de áreas no rentables a áreas rentables con alta competencia y permanecen con el mismo proveedor, es decir, con Telefónica bien por desconocimiento de la existencia de otros operadores capaces de prestarles los mismos servicios de telecomunicaciones, bien por reconocimiento a Telefónica como Operadora prestadora del Servicio Universal.*

*Para la estimación de este beneficio no monetario se siguen los siguientes pasos:*

Paso 1: Identificación de las líneas no rentables que pasan a rentables.

*Se razona que para estudiar qué clientes han pasado de estar en zonas no rentables a zonas rentables se debería, en primer lugar, observar los flujos migratorios que se han producido desde los municipios que se hallan en zonas no rentables a aquellos otros que se hallan en zonas rentables. Como no resulta posible la obtención de estos datos, se puede realizar una adecuada aproximación partiendo de las estadísticas que reflejan los flujos migratorios desde los municipios españoles de menor número de habitantes (menos de 10.000), que son los que en mayor proporción pertenecen a zonas no rentables, hacia las principales capitales de provincia, que son prácticamente en su totalidad zonas rentables.*

Paso 2: Identificación de los hogares que deciden contratar los servicios de Telefónica en la zona rentable por agradecimiento y fidelidad a la Operadora por el hecho de estar obligada a prestar el Servicio Universal.

*Se tiene en cuenta que el número de hogares obtenido en todo caso representa un máximo, ya que no todos los clientes que migraron de una zona no rentable a una rentable optaron por mantener a Telefónica como proveedor de servicios de comunicaciones electrónicas.*

*Por tanto, el número de hogares que efectivamente optaron por continuar con Telefónica tras el proceso de migración dependerá de la cuota de mercado de la referida Operadora en términos de altas de líneas sobre el total de altas de líneas que se han producido en cada uno de los años."*

- Respecto de la ubicuidad. " *Así pues, en la resolución ahora impugnada se ha aplicado una metodología de cálculo distinta de la empleada en anualidades anteriores, que se aparta del criterio expuesto en el Informe de*

*Audiencia, del que tomaron conocimiento las operadoras, y que no viene avalado ni por el informe encargado por la CMT ni por el informe pericial aportado por TESAU a este procedimiento. Es por ello que, si bien los resultados que arroja el cálculo son de escasa cuantía, notablemente inferiores a la apreciación que, como máximo, se hace en el informe de Ruperto, no resulta debidamente justificada la metodología aplicada ni la discrepancia con el contenido del Informe de Audiencia."*

La CNMC en esta resolución ha abordado los dos extremos anulados por la sentencia del Alto Tribunal en los siguientes términos:

*- Beneficio por imagen de marca. Recuerda como se ejecutaron las sentencias relativas al CNSU de los años anteriores, y como tanto esta Sala como el Tribunal Supremo (SAN de 14 de enero de 2013. PO 370/2011 y STS de 9 de noviembre de 2015. RC 1490/2013) han reconocido a la CNMC la "libertad de criterio regulatorio aunque con la pertinente motivación", añadiendo que "no hay motivos para separarse de lo resuelto en el procedimiento en ejecución de sentencia por determinados aspectos del CNSU de los años 2003 a 2005 y de los ejercicios 2006 y 2008. En definitiva, la CNMC, en uso de la libertad de criterio establecida en las referidas sentencias, considera que debe volver a utilizar la metodología de cálculo del beneficio de imagen de marca inspirada en la de AdL para el ejercicio 2009."*

Se concluye así que el beneficio por imagen de marca se calcula como:

BIM = Número de clientes BIM x Margen medio por línea

Por tanto, la nueva estimación del beneficio por imagen de marca asciende a:

BIM=243.675 clientes BIM x 68,76 €= 16.756.198 €.

*- Valoración de la ubicuidad. Con referencia a lo acontecido con anteriores cálculos del CNSU recuerda que "Como se indica en la resolución de 10 de marzo de 2016, en ejecución de la sentencia de la AN de 24 de enero de 2011, para realizar el ejercicio propuesto por AdL habría sido necesario contar con información muy detallada por parte de Telefónica. Para disponer de ella, habría sido preciso realizar un estudio de investigación de mercados con el fin de obtener una información muy distinta a la de la encuesta realizada en el beneficio por imagen de Marca, ya que para el beneficio por ubicuidad se necesitaría conocer los distintos criterios que le han condicionado a elegir un proveedor u otro en la zona en la que reside.*

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

*Es decir, esta falta de información sigue aplicando para el ejercicio 2009, al igual que ocurrió en las resoluciones en ejecución de sentencia por los ejercicios 2003-2005, 2006 y 2008, por lo que se mantiene la metodología de cálculo empleada en la resolución de 21 de diciembre de 2011 impugnada, al no ser posible implementar la del informe de AdL. Por ello, esta Sala considera que debe seguir aplicándose la metodología original utilizada por la CMT, entre otras razones por ser factible su cálculo. En definitiva, se confirma el importe aprobado por la CMT de 2.168.535 euros para este "beneficio."*

**TERCERO-** Los motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse como sigue: el recurso contencioso administrativo se dirige únicamente contra el Resuelve Primero de la Resolución impugnada, en cuanto acuerda mantener el importe de beneficio inicialmente calculado en 2011 relativo a la imagen de marca.

Dice así: "" PRIMERO.- Confirmar, en aplicación de la interdicción de la reformatio in peius, el importe de 5.845.426 euros del beneficio no monetario derivado de la mejora en la imagen de marca aprobado en la resolución de 21 de diciembre de 2011, una vez valorada la utilización de la metodología del informe pericial de Telefónica y del informe de AdL, en los términos expuestos por la sentencia de la AN de 24 de enero de 2011."

Y ello a pesar de que la aplicación de la metodología correcta ha dado como resultado un beneficio derivado de la imagen de marca revisado al alza hasta los 16.756.198 euros frente a los 5.845.426 euros inicialmente calculados por la Administración conforme a una metodología anulada por el Tribunal Supremo, es decir un incremento del 187%.

Esta interpretación del principio de interdicción de la reformatio in peius es, contraria a Derecho por lo que, el Resuelve Primero de la Resolución impugnada debe ser revocado.

Considera la actora que el nuevo cálculo del beneficio de imagen de marca realizado por la resolución impugnada no genera un perjuicio real y efectivo a Telefónica, sino que demuestra que Telefónica obtuvo en realidad un beneficio sustancialmente mayor y, en consecuencia, la aportación del resto de operadores a la financiación del servicio universal debe ser menor.



Igualmente entiende que el principio de la non reformatio in peius se agota con la Sentencia parcialmente estimatoria del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2017, que debe ser llevada a puro y debido efecto por la CNMC.

Continúa alegando que, la confirmación del cálculo realizado por la Resolución de 21 de diciembre de 2011 -censurado por el Tribunal Supremo - generaría discriminación en la financiación del coste neto de los operadores alternativos frente a Telefónica, lo que resulta contrario a la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones ("LGTel")

La confirmación del cálculo realizado por la Resolución de 21 de diciembre de 2011 generaría un enriquecimiento injusto a Telefónica, lo que está absolutamente prohibido en nuestro ordenamiento.

Alega indefensión porque la Sala no accedió a completar el expediente como la actora lo solicitó: considera que el expediente se encuentra incorrectamente foliado en la medida en que se incluyen documentos que no están paginados y que en el índice del expediente se indica que únicamente ocupan un folio. En concreto, los folios 66, 67, 68, 69 y 70.

Este defecto impide saber si los documentos incluidos están completos y vulnera lo dispuesto en el artículo 48.4 de la LJCA que determina que el expediente deberá ser enviado completo y foliado, por lo que debe ser corregido por parte de la Administración.

Por otro lado, independientemente de que Orange haya formado parte de otros recursos judiciales que han servido de base para adoptar la resolución impugnada, el expediente administrativo debe contener todos los documentos que hayan servido de base para fundamentar los acuerdos en ella adoptados.

Alega que debieron traerse a los autos los expedientes de cálculo del Coste Neto del Servicio Universal de los años 2003, 2004, 2005, 2006, 2008 y 2009.

**CUARTO-** El Abogado del Estado en nombre de la Administración demandada, alega lo siguiente: comienza recordando cual es el contenido de la Resolución impugnada. Se trata de la estimación de ciertos beneficios intangibles en la determinación del CNSU del ejercicio 2009, en cumplimiento de la STS de 24 de julio de 2017.

El Tribunal Supremo dictó Sentencia estimando parcialmente el recurso de Telefónica contra la Resolución de la CNMC de 21 de diciembre de 2011, debiendo destacarse los siguientes aspectos:

El TS comparte la opinión de la AN acerca de que no puede apreciarse falta de justificación de la metodología empleada por la CMT.

Respecto a los criterios de valoración de los beneficios no monetarios de mejora en la imagen de marca y la ubicuidad, el Alto Tribunal no considera suficientes las razones expuestas en la Sentencia casada para desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Telefónica apartándose del criterio mantenido hasta el momento: (i) que las resoluciones de cálculo del CNSU de 2003-2005 y 2009 trataban de anualidades distintas, (ii) que la CMT había justificado la metodología empleada y (iii) que la resolución de la Comisión no se había apartado del informe de audiencia al tiempo que Telefónica no había propuesto otra forma de estimar dichos beneficios.

El Tribunal Supremo considera que no se justifica de forma convincente el cambio de criterio de la Sala respecto a las razones expuestas en la sentencia de 24 de enero de 2011, relativa al coste neto de los ejercicios 2003 a 2005; en la que la Audiencia Nacional había estimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Telefónica. El Alto Tribunal afirma que "*tales razones no son suficientes para aceptar una solución distinta sobre la misma metodología, tanto más cuanto que las conclusiones a las que había llegado la Sala de la Audiencia Nacional en su sentencia de 24 de enero de 2011 habían sido avaladas por esta Sala*".

De todo lo anterior, se infiere que la ejecución de la sentencia del Alto Tribunal conlleva una nueva estimación de los beneficios intangibles de imagen de marca y ubicuidad durante el año 2009, al igual que se hizo con los ejercicios anteriores.

Considera relevante recordar como se ejecutaron las obligaciones derivadas de la sentencia del TS para el CNSU de 2003 a 2005 y como fueron confirmadas por esta Sala en auto de 29 de mayo de 2017. Igualmente, respecto al CNSU correspondiente a los ejercicios 2006 y 2008, las Resoluciones de la CNMC, dictadas en ejecución de sentencia, que aplicaban los mismos criterios, fueron también ratificadas por las Sentencias de la Sala de 5 y 7 de junio de 2018.

En cuanto a la valoración de la ubicuidad, recuerda que la SAN de 24 de enero de 2011, a diferencia de lo indicado en relación con el beneficio por imagen de marca, no criticaba la concreta metodología empleada en las resoluciones impugnadas, sino el hecho de que, en la resolución originaria, la CMT se separase del



informe de audiencia, al señalar éste que no procedía al cálculo al no disponer de los datos necesarios y de resoluciones de anteriores anualidades, sin la debida justificación.

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

En el momento actual, el TS requiere que se tengan en cuenta los criterios determinados por la SAN de 24 de enero de 2011 que resulten aplicables. Por ello, la CNMC mantiene el mismo criterio, considerando que concurren las mismas circunstancias que en el resto de ejecuciones de sentencia por los años 2003 a 2005, 2006 y 2008, ya que no se ha producido cambio alguno y no se dispone de la información desagregada que permita proponer un método alternativo.

Durante el procedimiento en ejecución de sentencia por el periodo 2003-2005 se revisó en profundidad la metodología sugerida por AdL para la estimación de este beneficio, si bien se comprobó que no se disponía de la información necesaria. Una información que nunca fue proporcionada por Telefónica, ni en el requerimiento formulado al efecto, ni en el recurso contencioso correspondiente.

Este criterio también fue ratificado por la Sala de la A.N. en la Sentencia de 7 de julio de 2018.

Acerca del complemento del expediente, el Abogado del Estado sostiene la inexistencia de indefensión. El recurrente fue parte en todos los procedimientos cuyo incorporación ahora pretende; por lo que tiene pleno acceso a los expedientes y a los documentos que los integran. Por otra parte, recuerda el contenido del art. 70 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Pone el acento en el hecho de que el expediente no puede incorporar los correspondientes al CNSU de otros ejercicios, por cuanto no se refieren al acto aquí impugnado. A ello se suma el que la parte actora no impugna ni la metodología ni los cálculos efectuados (que se basan en aquélla).

A continuación, y entrando ya a analizar el fondo del asunto, recuerda que la reformatio in peius tiene lugar cuando la parte recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación jurídica creada o declarada por la resolución impugnada, de modo que lo obtenido con la resolución judicial que resuelve el recurso produce un efecto contrario al pretendido por el recurrente. Cuando TESAU decidió interponer recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la CMT de fecha 21 de diciembre de 2011, el CNSU que se le reconocía en la misma ascendía a los ya mencionados 46,78 millones de euros. Si aplicando la metodología en cuestión resulta un CNSU de 35.87 millones de euros, es evidente que se colocaría a dicho operador recurrente en peor posición de la que tenía inicialmente; agravándose su situación inicial y produciéndose un efecto contrario al pretendido por el interesado con la impugnación de la Resolución de 2011.

En cuanto al agotamiento de la reformatio in peius en la sentencia del T.S., el propio Tribunal Supremo ha ratificado esta aplicación el principio de la interdicción de la reformatio in peius en supuestos similares, en los que la CNMC venía obligada a recalcular algún precio o coste, en un nuevo procedimiento, como consecuencia de la anulación del anterior por sentencia firme. Cita en concreto la sentencia de 18 de noviembre de 2014 (rec. 4689/2011) relativa al cálculo de determinados precios de las ofertas de referencia.

Sostiene finalmente que no se aprecia vulneración ni del principio de transparencia, ni del principio de no discriminación. Y que no resulta de aplicación al caso el principio de prohibición del enriquecimiento injusto, que rige otro tipo de situaciones. En el presente caso no nos encontramos ante un supuesto enriquecimiento o empobrecimiento de la Administración, sino que nos encontramos con diferentes metodologías a la hora de calcular el beneficio de imagen de marca, y entre ellas unas resultan más favorables o desfavorables que otras, tanto para Telefónica como para el resto de operadoras obligadas a contribuir al Fondo.

**QUINTO-** La representación procesal de la codemandada TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU por su parte, en la contestación de la demanda, se opone a las pretensiones actoras con el siguiente fundamento: la codemandada coincide en que el expediente se encontraba incompleto por faltar el índice y el foliado.

En cuanto a la cuestión de la reformatio in peius, recuerda que el recurso contencioso-administrativo resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2017 tenía por objeto resolver las pretensiones de TESAU para que se fijara un beneficio no monetario inferior al fijado por la CMT. Por tanto, nunca podría resultar de la sentencia un beneficio no monetario superior. Cuando TESAU interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la CMT de 21 de diciembre de 2011, el CNSU que se le reconocía era de 46,78 millones de euros. Por tanto, si como consecuencia de haber recurrido, se le hubiera reconocido a TELEFÓNICA un CNSU menor del que había aprobado la CMT inicialmente, se habría vulnerado el principio de interdicción de la reformatio in peius. Y lo mismo ocurriría si, fruto del procedimiento de ejecución de sentencia, el CNSU calculado fuese menor que el inicialmente estimado por la CMT, pues la situación de TESAU se vería agravada y se produciría un efecto contrario al pretendido por el interesado con su recurso. TESAU recurrió la

resolución de la CMT de 21 de diciembre de 2011 porque consideraba que el beneficio no monetario por imagen de marca que había obtenido en el ejercicio 2009 era menor que el aprobado por la CMT -concretamente, entendía, que era residual y, por ende, que el CNSU debía ser mayor que el reconocido por el regulador; es decir, buscaba eliminar o minorar el gravamen sufrido con la resolución objeto de la impugnación.

Recuerda, con el Abogado del Estado, que el Tribunal Supremo ha ratificado la aplicación de este principio en supuestos similares en los que la CNMC debía recalcular algún precio o coste en un nuevo procedimiento, como consecuencia de la anulación del anterior por sentencia firme. Por todas, cita su sentencia de 18 de noviembre de 2014 (rec. 4689/2011).

Continúa señalando que carece de sentido el argumento de ORANGE según el cual, si las pretensiones de TESAU eran que se aplicara una metodología diferente y se aceptara que, entre las posibles, pudiera ser la del informe de AdL, entonces no puede considerarse que ahora se le esté generando un perjuicio como consecuencia de su recurso. Y ello porque TELEFÓNICA " recurrió la resolución de ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2017 precisamente por considerar que la CNMC no había ejecutado correctamente dicha sentencia, pues, en su opinión, el beneficio no monetario por imagen de marca por ella obtenido en el ejercicio 2009 era nulo. Por tanto, si del procedimiento de ejecución de sentencia resulta un beneficio superior al aprobado por la CMT, se estaría ocasionando un perjuicio a TESAU y vulnerando el principio de interdicción de la reformatio in peius".

Concluye señalando que no cabe apreciar vulneración de los principios de transparencia y no discriminación.

**SEXTO-**. Co n carácter previo es preciso examinar la alegación de indefensión que habría sufrido la recurrente al no acceder este Tribunal a la ampliación del expediente administrativo que le fue entregado para formalizar la demanda en los términos en que lo solicitó.

Para comenzar, recordar que esta Sala dictó auto resolviendo recurso de reposición de la interesada el día 4 de febrero de 2019, en el cual ya se señaló que "La decisión administrativa ejecuta la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2017 sobre la estimación de ciertos beneficios intangibles en la determinación del coste neto del servicio universal del año 2009, en la determinación del coste neto del servicio universal del ejercicio 2009. La ahora recurrente fue codemandada en aquel recurso, y por tanto tiene total conocimiento de las cuestiones debatidas entonces, ente otras que únicamente se discute la valoración de la imagen de marca del operador. Por mucho que se mencionen los antecedentes, mención lógica, dadas las razones tomadas en consideración por el Tribunal Supremo, esta Sala considera que no forman parte del expediente administrativo los expedientes solicitados ahora por la actora.

Si se considera de aplicación al proceso contencioso-administrativo a previsión del art. 70 apartado 4 de la ley 39/2015 es evidente que se trata de "información que tenga carácter auxiliar o de apoyo", que por tanto no forma parte del expediente administrativo.

En todo caso, la Sala no aprecia la relevancia de dichos documentos para la legítima defensa de la recurrente en este concreto litigio.

En cuanto a la incorrección en el foliado, examinado el expediente por esta Sala no se aprecia que la misma pueda dar lugar a indefensión."

El art. 70 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas establece:

"1. Se entiende por expediente administrativo el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla.

2. Los expedientes tendrán formato electrónico y se formarán mediante la agregación ordenada de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, informes, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlos, así como un índice numerado de todos los documentos que contenga cuando se remita. Asimismo, deberá constar en el expediente copia electrónica certificada de la resolución adoptada.

3. Cuando en virtud de una norma sea preciso remitir el expediente electrónico, se hará de acuerdo con lo previsto en el Esquema Nacional de Interoperabilidad y en las correspondientes Normas Técnicas de Interoperabilidad, y se enviará completo, foliado, autenticado y acompañado de un índice, asimismo autenticado, de los documentos que contenga. La autenticación del citado índice garantizará la integridad e inmutabilidad del expediente electrónico generado desde el momento de su firma y permitirá su recuperación siempre que sea preciso, siendo admisible que un mismo documento forme parte de distintos expedientes electrónicos.

4. No formará parte del expediente administrativo la información que tenga carácter auxiliar o de apoyo, como la contenida en aplicaciones, ficheros y bases de datos informáticas, notas, borradores, opiniones, resúmenes,



*comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas, así como los juicios de valor emitidos por las Administraciones Públicas, salvo que se trate de informes, preceptivos y facultativos, solicitados antes de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento".*

El expediente administrativo, tal y como el propio artículo 70.1 dispone, debe estar conformado por los documentos y actuaciones que " *sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa*". La previsión contenida en el apartado 4 de dicho precepto, que permite excluir del expediente la " *información que tenga carácter auxiliar o de apoyo*", según el Tribunal Supremo debe recibir una interpretación restrictiva, evitando que datos y elementos relevantes que sirvieron para conformar la decisión administrativa queden fuera del expediente remitido al órgano judicial, impidiendo a los afectados conocer datos o actuaciones que limiten su derecho de defensa y, por tanto, puedan generar indefensión. Ello, sin perjuicio de que la exclusión de determinados elementos meramente auxiliares o de apoyo pueda ser posible al considerar que se trata de datos que resultan irrelevantes y no generan ningún tipo de indefensión.

En todo caso, la conformación del expediente administrativo que se remita estará sometida a la solicitud de ampliación por los afectados y al control último del órgano judicial, pues como ya dijo el Alto Tribunal en la sentencia de 8 de mayo de 2015 (recurso contencioso-administrativo núm. 2/422/2014) " *es el juez quien tiene la última y definitiva palabra tanto sobre el contenido e integración del expediente como sobre su ordenación y confección*".

En este caso se está enjuiciando la concreta ejecución de una concreta sentencia, motivo por el cual este Tribunal entendió, y no se aprecian razones para alterar esa conclusión, que era improcedente traer a los autos un conjunto documental que si bien guarda relación con el cálculo en otros ejercicios del CNSU no tiene ningún punto de contacto o relevancia en este recurso. Ello excluye la indefensión, pero como ya se dijo, la propia actora ha participado en los sucesivos recursos que han enfrentado a las operadoras ahora actora y codemandada en esta materia, lo que abunda claramente en la imposibilidad de apreciar la alegada, nuevamente, indefensión.

El Tribunal Constitucional ( SSTC 185/2003) ha establecido que " *para que pueda estimarse una indefensión con relevancia Constitucional, que sitúe al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal acaecida en un determinado procedimiento, sino que es necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material concreto de indefensión, con real menoscabo del derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado*".

Y aunque no esté foliado el expediente, los documentos están perfectamente identificados, y el propio Tribunal Supremo ha reconocido (auto de 22 de febrero de 2017 entre otros), que se trata de una mera irregularidad formal que hace innecesaria su subsanación en la medida que no genera indefensión de clase alguna al recurrente.

Debe en consecuencia desestimarse este motivo de recurso.

**SÉPTIMO-** En trando ya a conocer del fondo del recurso, la actora considera que la interpretación del principio que prohíbe la reformatio in peius en sus distintas vertientes, ha sido objeto de una interpretación errónea y contraria a derecho por parte de la CNMC.

Conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, la prohibición de la "reformatio in peius", mientras no exista una norma legal que la autorice de modo expreso o se trate de recursos deducidos en sentido opuesto por terceros, determina que las facultades de la Administración para volver sobre sus propios actos por vía de recurso, sólo deben darse en la medida en que con ello se beneficie al particular interesado, pero nunca para empeorar su situación inicial antes del recurso, lo que conecta con el principio de congruencia procesal en cuanto a que en el recurso las potestades revocatorias de la Administración se encuentran limitadas al ámbito estricto de las pretensiones de las partes y tiene una clara motivación en la necesidad de sustraer el instrumento coactivo que supondría el temor a que una debatida situación pudiera empeorarse en el ejercicio del derecho a recurrir.

Para esta Sala es evidente que, de aplicarse las conclusiones debatidas alcanzadas en el procedimiento en ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo que se encuentra en el origen de este recurso, la consecuencia para Telefónica sería que la suma a percibir en concepto de CNSU por el ejercicio litigioso sería considerablemente inferior a la que resultaba de los anteriores cálculos, impugnados ante esta Sala. Cuando TESAU interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la CMT de 21 de diciembre de 2011, el CNSU que se le reconocía era de 46,78 millones de euros. El que resultaba de aplicar un nuevo método de cálculo ascendía a una suma muy inferior, lo que indudablemente supone agravar la situación de la operadora gracias a su propia actividad recurrente. Se trata del supuesto paradigmático reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo: la "reformatio in peius" tiene lugar cuando la decisión de un concreto medio de impugnación ocasiona un empeoramiento o agravamiento de la situación jurídica en que ha quedado



el recurrente con la resolución impugnada, el cual de esta forma, experimenta el efecto contrario al perseguido con el ejercicio del recurso, que obviamente en este caso era que se reconociese una contribución de las restantes operadoras al Fondo para el CNSU más alto y no más bajo.

En aquel recurso, se impugnaba una resolución de la COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES (CMT) de 21 de diciembre de 2011 por la que se acuerda:

*"PRIMERO.- Appreciar el coste neto del servicio universal incurrido por Telefónica de España, S.A.U. en el ejercicio 2009, descrito en la tabla siguiente (cifras en euros):*

*Cifras en unidades de euro Año 2009*

*Coste Neto en Zonas no rentables 37.831.660*

*Coste Neto por prestaciones a Usuarios Discapacitados 9.446*

*Coste Neto derivado de usuarios con tarifas especiales 17.119.053*

*TOTAL COSTE NETO APRECIADO EN EL AÑO 54.960.159*

*Menos: BENEFICIOS NO MONETARIOS 8.176.461*

*COSTE NETO DEL SERVICIO UNIVERSAL 46.783.698*

*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 2009.*

*TERCERO.- Instar a Telefónica de España, S.A.U. a que en próximos ejercicios junto con su declaración del coste neto del servicio universal asumido y auditado aporte los correspondientes estudios de estimación de beneficios intangibles.*

*CUARTO.- Instar a Telefónica de España, S.A.U. a que en próximos ejercicios aporte el detalle de las subvenciones recibidas destinadas al servicio telefónico básico, con desglose de los importes por momento de concesión y cobro como documentación soporte a su propuesta de coste neto del servicio universal. La presentación de esta documentación deberá ser previa comprobación por su auditor externo.*

*QUINTO.- Acordar la publicación de la presente Resolución en el Boletín Oficial del Estado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 59.5 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones y del Procedimiento Administrativo Común, y 47.1 del Reglamento sobre condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado mediante Real Decreto 424/2005, de 15 de abril."*

La pretensión de TELEFÓNICA entonces era que el CNSU fuera establecido en una cifra superior.

Esta Sala en la sentencia dictada el día 20 de diciembre de 2019, en el recurso 263/2016, interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 10 de marzo de 2016, por la que se acordó ejecutar la sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de enero de 2011, con número de recurso contencioso-administrativo 119/2008, y en la que la ahora actora compareció como codemandada, se había alegado la disconformidad de la ahora codemandada con el cálculo del beneficio no monetario asociado a la imagen de marca, al igual que con el asociado a la ubicuidad. Allí se resolvió, que la reformatio in peius, en caso de existir, debe apreciarse respecto de la globalidad de la resolución, ( STS de 15 de noviembre de 2017, recurso de casación nº 2660/2016) que es como lo ha llevado a cabo la Administración.

Igualmente entiende la recurrente que el principio de la non reformatio in peius se agota con la Sentencia parcialmente estimatoria del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2017, que debe ser llevada a puro y debido efecto por la CNMC. Admitir esta conclusión equivaldría a negar a la Administración la competencia para ejecutar una sentencia que precisamente le ordena aplicar una metodología. En aplicación de la misma resulta un empeoramiento de la situación de la recurrente, prohibido por el ordenamiento jurídico. Así resulta de la sentencia del Alto Tribunal que recoge el Abogado del Estado, de fecha 18 de noviembre de 2014 que establece el " *limite inexorable*" del proceso de recálculo en la " *inadmisible reformatio in peius*".

Continúa alegando la actora que, la confirmación del cálculo realizado por la Resolución de 21 de diciembre de 2011 generaría discriminación en la financiación del coste neto de los operadores alternativos frente a Telefónica, lo que resulta contrario a la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones y un enriquecimiento injusto de Telefónica, prohibido en nuestro ordenamiento.

Nuevamente procede acudir a la jurisprudencia, en este caso la constitucional, según la cual la discriminación se produce entre quienes tienen las mismas obligaciones específicas, en este caso, entre quienes han de



contribuir a la financiación del servicio universal. La Sala no aprecia por qué la decisión administrativa impugnada incurre en discriminación, siendo así que Telefónica es en ese ejercicio el operador obligado a prestar los servicios que integran el servicio universal de telecomunicaciones y tanto ella como los operadores de comunicaciones electrónicas que tengan determinados ingresos deben contribuir a financiarlo. Y todos los operadores distintos de Telefónica son tratados de igual forma en relación al cálculo de su aportación.

No se han infringido los principios de transparencia, pues aparece identificado con claridad meridiana cada paso del procedimiento, permitiendo a los interesados tener conocimiento preciso de las razones de la decisión impugnada.

Por último, la doctrina del enriquecimiento injusto, que alegadamente se habrá producido en favor de Telefónica como consecuencia de la resolución impugnada, no es de aplicación al caso. Como pone de relieve el Abogado del Estado en la contestación a la demanda, no estamos en presencia de una situación en la se habría producido un supuesto enriquecimiento o empobrecimiento de la Administración. Se está debatiendo si es conforme a la sentencia que se ejecuta la metodología utilizada para calcular el beneficio de imagen de marca, y una vez utilizada la establecida en la sentencia, se comprueba que estrictamente aplicada dejaría a la recurrente en una situación mucho menos favorable y a quienes no recurrieron, las operadoras que han de contribuir al CNSU en una situación más favorable.

Por el conjunto de razones expuestas, el recurso ha de ser desestimado.

**OCTAVO-** Por aplicación de lo dispuesto en el art. 139 de la ley jurisdiccional procede condenar al pago de las costas a la parte actora que ha visto íntegramente desestimado su recurso .

En atención a lo expuesto la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

## FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** el recurso de contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **ORANGE ESPAÑA SAU.**, contra la Resolución de 17 de mayo de 2018 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho. Con condena a la parte actora al pago de las costas.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **notificación**; en el escrito de preparación 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.