

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE EJECUTA LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE ENERO DE 2015, RESPECTO A LA ESTIMACIÓN DE CIERTOS BENEFICIOS INTANGIBLES EN LA DETERMINACIÓN DEL COSTE NETO DEL SERVICIO UNIVERSAL DEL EJERCICIO 2006

SU/DTSA/006/15/EJECUCIÓN CNSU 2006

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 28 de julio de 2016

Visto el expediente relativo al procedimiento en ejecución de sentencia sobre ciertos beneficios intangibles en la determinación del coste neto del servicio universal del año 2006, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 12 de marzo de 2009 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 2008/986, sobre el cálculo del coste neto del servicio universal prestado por Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) durante el ejercicio 2006.

La mencionada Resolución acordó en su parte dispositiva lo siguiente:

“Primero.- Apreciar el coste neto del servicio universal incurrido por Telefónica de España, S.A.U., en el ejercicio 2006, descrito en la siguiente tabla (cifras en millones de euros):

<i>cifras en millones de euros</i>	Año 2006
Coste Neto en Zonas no rentables	45,91
Coste Neto por prestaciones a Usuarios Discapacitados	0,01
Coste Neto derivado de usuarios con tarifas especiales	48,99
TOTAL COSTE NETO APRECIADO EN EL AÑO	94,91
<i>Menos: BENEFICIOS NO MONETARIOS</i>	19,56
COSTE NETO DEL SERVICIO UNIVERSAL	75,34

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.

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 aporte los correspondientes estudios de estimación de beneficios intangibles.

Cuarto.- Instar a Telefónica de España, S.A.U. a que en próximos ejercicios aporte el detalle de las subvenciones recibidas por la sustitución del TRAC, con desglose de los importes por su momento de concesión y cobro como documentación soporte a su propuesta de coste neto del servicio universal. Asimismo, si dispone del detalle de inversiones efectuadas por central para sustitución del TRAC también deberá presentarlos como documentación soporte. En ambos casos, la presentación deberá ser previa comprobación por su auditor externo.

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

SEGUNDO.- Telefónica, Vodafone España, S.A. (en adelante, Vodafone), France Telecom España, S.A. (en adelante, Orange) y Jazz Telecom, S.A.U. (en adelante Jazztel) plantearon recursos de reposición contra la anterior resolución. En concreto, las alegaciones de Telefónica versaban sobre la minoración de las subvenciones recibidas para la sustitución del TRAC¹ y sobre el cálculo del beneficio intangible por la publicidad de Telefónica en las cabinas. El 18 de junio de 2009, el Consejo de la CMT resolvió dichos recursos, desestimando sus alegaciones y resolviendo:

“ÚNICO.- Desestimar los recursos de reposición interpuestos por Vodafone España, S.A.U., France Telecom España, S.a. y Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución de fecha 12 de marzo de 2009, sobre la

¹ Telefonía Rural de Acceso Digital, por el que se da acceso y tráfico telefónico por medios no cableados.

aprobación del coste neto de prestación del servicio universal presentado por Telefónica de España, S.A.U. para el ejercicio 2006, y confirmar la Resolución impugnada en sus propios términos.”

TERCERO.- Telefónica interpuso ante la Audiencia Nacional (en adelante, la AN) un recurso contencioso-administrativo contra las Resoluciones de la CMT antes indicadas (de 12 de marzo y de 18 de junio de 2009), tramitado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava de la misma, con el número de recurso 384/2009. En dicho recurso, Telefónica impugnó el cálculo de los beneficios no monetarios por mejora de la imagen de marca, de ubicuidad y de publicidad de su marca en cabinas.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava, de la AN de fecha 15 de julio de 2011 falló:

“PRIMERO: inadmitir el recurso contencioso administrativo en aquellos puntos no examinados en el recurso de reposición, según lo razonado precedentemente.

SEGUNDO: desestimar el recurso contencioso administrativo respecto a la inclusión en el coste del servicio universal de los beneficios derivados de la publicidad de Telefónica en cabinas de uso público.”

Posteriormente, Telefónica interpuso recurso de casación contra la sentencia antes indicada, tramitada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera del Tribunal Supremo (en adelante, TS), con el número de recurso 5923/2011.

La sentencia del TS, de fecha 19 de enero de 2015, estimó el recurso interpuesto por Telefónica contra la sentencia antes indicada y ordena a la CNMC que proceda a *“elaborar y aplicar una metodología sobre el cálculo del beneficio no monetario del Coste Neto del Servicio Universal prestado por Telefónica de España, S.A.U. correspondiente al ejercicio de 2006, en relación con la cuantificación de las partidas de imagen de marca del proveedor del servicio universal y ventajas derivadas de la ubicuidad, que sea adecuada a la naturaleza y finalidad de los beneficios intangibles considerados”*.

CUARTO.- A la vista de lo dispuesto en los artículos 103 a 113 de la Ley 29/1998, de 10 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA) que regulan la ejecución de las sentencias en el orden contencioso-administrativo, con fecha 19 de noviembre de 2015 se inició el presente procedimiento de ejecución de lo dispuesto en la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS de fecha 19 de enero de 2015, tramitándose con número de expediente SU/DTSA/006/15/EJECUCIÓN CNSU 2006. En esa misma fecha se comunicó por la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC

el inicio del incidente de ejecución a Telefónica, Telefónica Móviles España, S.A.U. (en adelante, Telefónica Móviles), Vodafone y Orange.

QUINTO.- Con fecha 10 de marzo de 2016 la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC resuelve ejecutar la sentencia de la AN de 24 de enero de 2011, sobre ciertos aspectos del coste neto del servicio universal de los años 2003 a 2005, que guarda una estrecha relación con el expediente SU/DTSA/006/15/EJECUCIÓN CNSU 2006.

SEXTO.- Con fecha 22 de abril de 2016 se hizo público el informe de los Servicios sobre el expediente de ejecución de sentencia sobre ciertos aspectos del CNSU del ejercicio 2006, dando trámite de audiencia a los interesados y otorgándoles un plazo de 10 días para alegaciones.

SÉPTIMO.- Los días 4, 6 y 11 de mayo tienen entrada en el registro de esta Comisión alegaciones de Vodafone, Telefónica y Orange, respectivamente.

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

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

ÚNICO.- Habilitación competencial y objeto del procedimiento

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia es el organismo competente para dar cumplimiento al fallo de la Sentencia del TS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, de 19 de enero de 2015, de conformidad con el artículo 104.1 de la LJCA al ser el organismo que ha sucedido en sus funciones regulatorias a la CMT² quien dictó el acto anulado en virtud de lo previsto en la letra c) del artículo 48.4³ de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

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

² La Disposición Adicional Segunda de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, establece que la constitución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia implicará la extinción, entre otros organismos, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, y la sucesión por aquella en el ejercicio de las funciones de ésta.

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

sentencia del TS de fecha 19 de enero de 2015 relativa a la estimación del CNSU de 2006.

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

- Resolución de la CMT de 12 de marzo de 2009 sobre la aprobación del coste neto del servicio universal de Telefónica en el ejercicio 2006.
- Resolución de la CMT de 18 de junio de 2009 sobre los recursos de reposición planteados por Telefónica, Vodafone, Orange y Jazztel) contra la anterior resolución. Las concretas alegaciones de Telefónica son (i) por la minoración del coste neto en la cuantía de las subvenciones recibidas para la sustitución de los accesos analógicos TRAC y (ii) por la estimación de un beneficio no monetario derivado de las ventajas comerciales por publicidad de Telefónica en cabinas de uso público.
- Sentencia de la AN de 15 de julio de 2011 por la que inadmite el recurso de Telefónica en lo relativo a aquellos puntos no examinados en el recurso de reposición, es decir, los beneficios no monetarios por imagen de marca y por ubicuidad. Asimismo, esta sentencia desestima la alegación formulada por Telefónica en relación con el beneficio intangible derivado de las ventajas por publicidad en cabinas.
- Sentencia de 19 de enero de 2015 del TS que admite y estima el recurso de Telefónica, en lo relativo al cálculo de los beneficios por imagen de marca y ubicuidad, casando la sentencia de la AN.

La estimación del recurso de Telefónica sobre el CNSU de 2006 por el TS se efectúa en base a los siguientes argumentos:

- 1º Vulneración por parte de la AN, al inadmitir parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Telefónica, del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE en relación con la doctrina del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) y el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH).

Entiende el TS que el criterio aplicado por la AN, de inadmitir en vía contencioso-administrativa aquellas cuestiones no planteadas anteriormente en vía administrativa (recurso de reposición) suponen una interpretación restrictiva, inadecuada y excesivamente formalista de las causas de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo. Esta interpretación resulta contraria a la doctrina del TC; en concreto a sus sentencias 158/2005, de 20 de junio y 155/2012, de 16 de julio relativa al

artículo 24 CE (derecho a la tutela judicial efectiva) y al derecho a un proceso equitativo previsto en el artículo 6.1 del CEDH.

- 2º Disconformidad a Derecho de los criterios empleados por la CMT para valorar activos intangibles o inmateriales y el reconocimiento de imagen de marca y ventajas de la ubicuidad.

Siguiendo lo señalado en su anterior sentencia de 22 de julio de 2014 (RC 2830/2011), el TS señala que los criterios empleados para valorar activos intangibles, la imagen de marca y las ventajas de la ubicuidad son disconformes a Derecho. El origen reside en apartarse sin motivación suficiente de la metodología de cálculo empleada en ejercicios anteriores por el regulador y del informe emitido por la empresa consultora que había recibido el encargo de la CMT de proponer una metodología de cuantificación de costes, así como del informe pericial aportado por Telefónica en el procedimiento (difiriendo, además, en el caso de la valoración del beneficio de ubicuidad, del propio informe de audiencia del procedimiento administrativo).

Por tanto, el objeto de la presente resolución, en ejecución de la sentencia del TS, es el de revisar el cálculo del beneficio intangible de imagen de marca y ubicuidad obtenido por TELEFÓNICA como consecuencia de su obligación de prestar el SU durante el año 2006, atendiendo a los criterios expuestos por el alto Tribunal sobre la metodología que se debe emplear al efecto.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Aspectos relevantes a considerar en el expediente de ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2015

El objeto de este expediente es ejecutar la sentencia del TS en sus justos términos. El tenor de su fallo es:

“Primero.- Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 15 de julio de 2011, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 384/2009, que casamos.

Segundo.- Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. contra las resoluciones del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 12 de marzo y de 18 de junio de 2009, relativas a la aprobación del Coste Neto de prestación del Servicio Universal presentado por dicho operador de telecomunicaciones, en los términos fundamentados.”

A lo largo de la sentencia, la Sala del TS no se pronuncia en contra del fallo segundo de la SAN en la que desestimaba el recurso de Telefónica en lo relativo al cálculo del beneficio inmaterial respecto de la publicidad en cabinas.

Por tanto, en lo que aquí interesa, el TS falla que es preciso estimar el recurso contencioso-administrativo de Telefónica en lo relativo al cálculo de los beneficios no materiales por imagen de marca y ubicuidad.

Al objeto de ejecutar en sus propios términos la sentencia del TS es preciso hacer mención textual de lo que en ella se señala respecto a la forma de estimar los citados beneficios, ya que esta sentencia es clara y no da lugar a interpretaciones:

Así en su fundamento de derecho segundo se señala:

“El recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. contra las resoluciones del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 12 de marzo y de 18 de junio de 2009, debe ser estimado, en lo que concierne a la impugnación del cálculo realizado por el regulador de la imagen de marca del operador y de las ventajas derivadas de la ubicuidad, siguiendo los criterios expuestos en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2014 (RC 2830/2011), en que sostuvimos que la metodología utilizada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para la estimación del coste neto del servicio universal, en lo que se refiere específicamente a la valoración de activos intangibles o inmateriales como el reconocimiento de la imagen de marca y las ventajas derivadas de la ubicuidad era disconforme a derecho, por apartarse sin justificación suficiente de la metodología de cálculo aplicada por la CMT en anualidades anteriores y del Informe emitido por la empresa consultora Arthur D. Little, S.L. que había recibido el encargo de la CMT de proponer una metodología de cuantificación de costes, así como del informe pericial aportado por la recurrente, y, además, del informe de la Audiencia, en el caso de la valoración del beneficio derivado de la ubicuidad.

Esta conclusión jurídica, que cuestiona la validez de la metodología aplicada por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para el cálculo del coste neto de la prestación del servicio universal efectuada por Telefónica de España, S.A.U. en el año 2006, que se sustenta en el pormenorizado análisis del Informe de la Consultora que realiza la meritoria sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 24 de enero de 2011 (RAC 119/2008), confirmada por la referida sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2014 (RC 2830/2011), no ha quedado desvirtuada por el informe pericial aportado a las actuaciones por la parte codemandada en el proceso de instancia France Telecom, elaborado por el Ingeniero Superior de Telecomunicaciones Cándido Colorado, que sostiene que deberán

ajustarse al alza la cuantificación efectuada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de los beneficios no monetarios por el mayor reconocimiento de la imagen de marca del operador como consecuencia de la prestación del servicio y por las ventajas derivadas de la ubicuidad, y que se limita a formular una crítica rigurosa, desde la perspectiva técnico-económica del Informe pericial aportado por Telefónica, elaborado por el Dr. Eusebi Nomen, Director de la Cátedra ESADE de análisis de activos intangibles, referido al Coste Neto del Servicio Universal de los años 2003 a 2005, por sus inexactitudes, y, aunque ofrece elementos de interés, en cuanto analiza comparativamente la cuantificación de los beneficios no monetarios del operador dominante obligado a prestar el servicio universal en España y en Francia, no resulta determinante para modificar el pronunciamiento relativo a la falta de justificación de la metodología aplicada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en su resolución de 2 de marzo de 2009.

En consecuencia, procede declarar la nulidad de las resoluciones del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 12 de marzo y de 18 de junio de 2009, con el objeto de que el órgano regulador proceda, con retroacción de las actuaciones, a elaborar y aplicar una metodología sobre el cálculo del beneficio no monetario del Coste Neto del Servicio Universal prestado por Telefónica de España, S.A.U. correspondiente al ejercicio de 2006, en relación con la cuantificación de las partidas de imagen de marca del proveedor del servicio universal y ventajas derivadas de la ubicuidad, que sea adecuada a la naturaleza y finalidad de los beneficios intangibles considerados.”

En resumen, para ejecutar la sentencia del TS, la CNMC debe efectuar un nuevo cálculo de los beneficios de imagen de marca y de ubicuidad.

En este sentido, esta Comisión estima que el Alto Tribunal no se separa de lo expuesto en la sentencia de la AN del procedimiento contencioso-administrativo relativo a la determinación de ciertos aspectos del coste neto del servicio universal de los años 2003 a 2005, que confirmó en recurso de casación, en cuanto a la estimación de los beneficios de imagen de marca y de ubicuidad.

A modo de recordatorio, cabe señalar que dichas sentencias, entre otros aspectos, anulaban en parte la resolución de 29 de noviembre de 2007, en lo que se refería al cálculo del beneficio no monetario correspondiente al CNSU en los años 2003, 2004 y 2005, en relación con la valoración de la imagen de marca del operador, las ventajas derivadas de la ubicuidad y la valoración de los clientes y grupos de clientes teniendo en cuenta su ciclo de vida.

De igual forma, estas sentencias se han ejecutado por esta Comisión en la resolución del procedimiento SU/DTSA/2203/14 EJECUCIÓN CNSU 2003-2005, con el siguiente resultado en cuanto a los apartados que son objeto del actual procedimiento:

- Estimar un nuevo cálculo del beneficio no monetario derivado de la mejora en la imagen de marca, tras el análisis y valoración de las metodologías expuestas en la sentencia de la AN de 24 de enero de 2011.
- Confirmar el cálculo del beneficio no monetario derivado de la ubicuidad en los términos expuestos en la resolución de 29 de noviembre de 2007, tras el análisis y la valoración de las metodologías expuestas en la sentencia de la AN de 24 de enero de 2011.

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

Como se ha señalado en el apartado anterior, este beneficio se ha vuelto a recalcular en el procedimiento en ejecución de sentencia por el cálculo del CNSU de los años 2003 a 2005, obteniéndose unos importes diferentes a los aprobados en las resoluciones impugnadas⁴.

En dicho procedimiento en ejecución de sentencia se hace un amplio análisis tanto de la metodología aprobada en las resoluciones impugnadas como de las dos metodologías estudiadas en la propia sentencia: la presentada en el informe pericial de Telefónica⁵ y la del informe de la consultora Arthur D. Little⁶ (en adelante, informe AdL).

Como se desarrolla en dicha resolución, la Sala de la AN entiende que la metodología de cálculo del beneficio intangible por imagen de marca en el informe de AdL y en el del perito están más justificadas que la empleada en las resoluciones impugnadas, al valorar especialmente la influencia que el conocimiento de Telefónica como prestador del SU pueda tener en los usuarios a la hora de contratar los servicios de telefonía con dicho operador.

Por otra parte, el informe del perito de Telefónica no propone una metodología concreta para la estimación de este beneficio, señalando que no existe beneficio por este concepto y apoyándose para ello en una encuesta, que adolece de serios fallos en su diseño.

Todos estos aspectos han sido ampliamente desarrollados en el citado procedimiento, por lo que no procede incidir de nuevo en ellos.

⁴ Resoluciones de 29 de noviembre de 2007 y del posterior recurso de reposición de 8 de mayo de 2008.

⁵ Informe del Dr. Eusebi Nomen.(2009). Aportado como informe pericial por Telefónica en el procedimiento contencioso-administrativo por el CNSU de los ejercicios 2003 a 2005.

⁶Informe resultado del contrato de la CMT con dicha consultora para la estimación de una metodología de cálculo del CNSU, estimación de beneficios intangibles y estimación de la existencia de una carga injustificada.(2006). Telefónica lo aportó en el procedimiento contencioso-administrativo por el CNSU de los ejercicios 2003 a 2005.

Por ello, con el objeto de ejecutar la sentencia en sus propios términos, se realiza un ejercicio para tratar de adecuar la metodología propuesta por AdL, que es mejor valorada por la Sala de la AN que la empleada por la CMT en la resolución impugnada, a la realidad del mercado en cada momento, empleando para ello, por ser la única fuente, la encuesta contratada por la CNMC para la estimación del beneficio de imagen de marca en el coste neto del ejercicio 2012.

Debido a que no hay ningún hecho que aconseje la separación de lo resuelto en el procedimiento en ejecución de sentencia por determinados aspectos del coste neto del servicio universal de los años 2003 a 2005, se pasa a realizar el mismo ejercicio, actualizándolo al ejercicio 2006.

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

$$BIM = \text{número de clientes BIM} * \text{VAN medio de cada usuario}$$

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

- *BIM significa Beneficio Imagen de Marca*
- *El número de clientes BIM se refiere al número de usuarios que contratan con Telefónica, teniendo otras alternativas, porque saben que provee el Servicio Universal. En nuestro caso, hemos determinado que el 12,40% de los usuarios contratan Telefónica por esta razón, es decir, suponiendo que existe 10 millones de líneas, unas 1,2 millones captadas por Telefónica son resultado de la prestación del Servicio Universal. Si suponemos que de esas 1,2 millones de líneas, el 50% no tienen posibilidad de contratar con otro proveedor, tenemos que 0,6 millones de líneas son resultado directo de la OSU*
- *VAN medio de cada usuario se refiere al Valor Actual Neto de cada usuario. Este cálculo es el resultado de descontar a valor presente (usando el WACC determinado por la CMT) todos los flujos libres de caja de un usuario asumiendo una duración media de permanencia de 10 años o 10% de "Churn". En base a este cálculo el valor neto Presente de cada usuario sería entorno a 2.500 euros.*

$$1.500.000.000 \text{ Euros} = 600.000 \text{ líneas} * 2.500 \text{ euros/línea}$$

Obviamente, la principal variable de este cálculo está en el número de usuarios que conocen el Servicio Universal y utilizan este conocimiento como criterio principal de contratación de los servicios de telecomunicaciones. El número utilizado en nuestros cálculos es aleatorio y

creemos que en la práctica debería ser considerablemente inferior al utilizado a efectos prácticos para mostrar el uso de la metodología.

A continuación se explican los valores utilizados para emplear esta metodología en la estimación del beneficio por mejora de la imagen de marca en el ejercicio 2006.

En primer lugar, se emplearán las líneas totales de Telefónica para 2006, que son 14.297.429 y que habían sido informadas en la Resolución impugnada.

Se utilizará el 1,9% de la encuesta contratada por esta Comisión y empleado en la resolución por el coste neto del servicio universal incurrido por Telefónica en el ejercicio 2012⁷.

Con el objeto de recoger el porcentaje de usuarios que no tienen posibilidad de contratar con otro operador, se consideran las líneas TRAC. Estas son aquellas líneas inalámbricas por las que se provee acceso y servicio telefónico en aquellas zonas donde no es posible llegar por medios cableados y que son, en esencia, líneas de alto coste, a los que un operador sin obligación de prestar el servicio universal no iría en condiciones de libre competencia. Para el ejercicio 2006 estas líneas son 176.064, lo que supone un porcentaje de usuarios que no tienen posibilidad de contratar con otro proveedor de 1,23%.

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

Al igual que en el procedimiento en ejecución de sentencia del CNSU 2003 a 2005, no se va a considerar el empleo de un valor actual neto propuesto por AdL sino el margen medio por línea y año. En efecto, desde un punto de vista estrictamente metodológico el valor por el que se multiplique debe ser un valor que se circunscriba a cada ejercicio en particular, sin contemplar el horizonte temporal más amplio que supondría capitalizar los beneficios intangibles cuando no se realiza el mismo ejercicio con los costes ni con los ingresos a partir de los que surge el coste neto directo en aplicación de la normativa de servicio universal.

A partir de estas justificaciones, la nueva estimación del beneficio por imagen de marca es la siguiente:

⁷ Expediente SU/DTSA/1746 APROBACIÓN CNSU 2012 TELEFÓNICA, de 21 de mayo de 2015.

Tabla 1 Estimación del beneficio de Imagen de Marca por el ejercicio 2006

CONCEPTO	2006
A Líneas totales de Telefónica	14.297.429
B Encuesta Telefónica 2009	1,9%
C Líneas en zonas TRAC	176.064
D Porcentaje usuarios no tienen posibilidad contratar con otro operador = (C/A)	1,23%
E Número clientes BIM = (A-C)*B	268.306
F Margen medio (euros/línea/año)	84
Beneficio Imagen de Marca. Nueva estimación (euros) = (E*F)	
	22.506.847

El beneficio aprobado en la resolución impugnada sobre el coste neto del CNSU 2006, de 12 de marzo de 2009, es de 15.169.760,84 euros.

En este sentido, es preciso recordar que un mayor beneficio intangible supone un menor importe de coste neto para su prestador, ya que los beneficios intangibles se restan del coste total del servicio universal. Como se observa en la siguiente tabla, en el caso de considerar el importe de 22.506.847 euros como beneficio por mejora de la imagen de marca en lugar de los 15.169.760,84 euros de la resolución impugnada, supondría reconocer a Telefónica un coste neto por el año 2006 de 68,00 millones de euros, frente a los 75,34 millones aprobados originalmente por la CMT. Es decir, el coste neto del servicio universal se reduciría en 7,34 millones de euros. Cuanto menor es el coste neto, menores son las aportaciones que recibe Telefónica del resto de operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del Servicio Universal (FNSU)⁸.

Tabla 2 Impacto nueva estimación BIM en CNSU 2006

(Cifras en millones de euros)	Estimación BIM original	Nueva Estimación BIM
+ Coste Neto Apreciado	94,91	94,91
- Beneficio Imagen de Marca	15,17	22,51
- Resto de Beneficios	4,40	4,40
= Coste Neto Apreciado	75,34	68,00

Por tanto, en aplicación de la interdicción de la *reformatio in peius*, no es posible aprobar el importe resultante de la nueva estimación. Ello se debe a que este principio no permite que, como consecuencia de la interposición de un

⁸ Para el CNSU 2006, los operadores obligados a contribuir al FNSU fueron Telefónica, Telefónica Móviles, Vodafone y Orange.

recurso contencioso-administrativo contra una resolución administrativa, el recurrente vea su situación agravada o sus intereses más perjudicados que en la situación inicial, en la sentencia resultante tras dicho procedimiento contencioso-administrativo. Por ello, para el ejercicio 2006 debe mantenerse el importe aprobado por la imagen de marca en la Resolución impugnada de 12 de marzo de 2009.

TERCERO.- Sobre la valoración de la ubicuidad

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

La justificación se encuentra no tanto en el hecho de que la Sala de la AN en su sentencia no parece criticar la concreta metodología empleada en las resoluciones impugnadas, sino en el hecho de que en la resolución de 29 de noviembre de 2007, la CMT se separase del informe de audiencia y de resoluciones de anteriores anualidades, sin la debida justificación.

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

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

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

“Información Requerida para la Aplicación de la Metodología”

La información que se necesita para calcular este beneficio de ubicuidad es la siguiente:

- *Número anual de migraciones de líneas de zonas no rentables a zonas rentables con competencia*
- *Encuesta de estos usuarios respecto a los criterios que le han condicionado a elegir un proveedor u otro en la nueva zona donde reside*
- *Una encuesta sobre el conocimiento por parte de los usuarios de las operadoras de telecomunicaciones en zonas rentables, zonas rentables con competencia.*
- *Cuotas de mercado del proveedor de telecomunicaciones en zonas rentables con competencia*

- *El porcentaje de líneas que se mueven de una zona no rentable a una zona rentable y siguen con Telefónica como proveedor, bien por gratitud bien por desconocimiento de otros operadores.*
- *El porcentaje líneas que se mueven de una zona no rentable a una zona rentable y no siguen con Telefónica como proveedor.*

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

Como se indica en la resolución de 10 de marzo en ejecución de la sentencia de la AN de 24 de enero de 2011, para realizar el ejercicio propuesto por AdL habría sido preciso contar con información muy detallada por parte de Telefónica. Para ello la operadora debería haber recurrido a un estudio de investigación de mercados al objeto 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.

Esta falta de información sigue aplicando para el ejercicio 2006 por lo que se debe mantener la metodología de cálculo aprobada en la Resolución de 12 de marzo de 2009 impugnada, confirmando el importe aprobado de 3.495.048,60 euros.

CUARTO.- Alegaciones recibidas

En este apartado se van a incorporar las alegaciones recibidas a partir del trámite de audiencia.

- **Sobre el fallo de la sentencia**

Telefónica realiza una alegación previa según la cual el informe de audiencia pretende reabrir el debate sobre el CNSU de 2006, como si el TS no hubiese dictado una sentencia en virtud de la cual valoró las pruebas aportadas y alcanzó determinadas conclusiones sobre las que fundamentó su fallo.

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

Entiende así Telefónica que la sentencia del TS es clara y no da lugar a interpretaciones, al indicar que los criterios empleados por la CMT para valorar la imagen de marca y la ubicuidad son disconformes a Derecho.

En consecuencia, *“la ejecución de la sentencia del Alto Tribunal conlleva, con retroacción de las actuaciones, elaborar y aplicar una metodología para la estimación de los beneficios intangibles de la imagen de marca y de la ubicuidad durante el año 2006 que sea adecuada a la naturaleza y finalidad de los beneficios intangibles; esto es, la CNMC debe efectuar un nuevo cálculo de los beneficios de imagen de marca y ubicuidad considerados. Y, sin embargo, lejos de elaborar una nueva metodología, decide confirmar el cálculo de los beneficios no monetarios de mejora en la imagen de marca y de la ubicuidad en los términos expuestos en la Resolución de 12 de marzo de 2009.”*

Insiste la operadora que si el Tribunal ha declarado que la metodología utilizada por la CMT no es válida (“disconforme a derecho”) no tiene sentido volver a utilizarla, amparándose en que no se pueden implementar las propuestas mejor valoradas por el Tribunal (la de la empresa consultora o la del perito de Telefónica).

Por tanto, Telefónica solicita que se utilicen siempre los informes de la consultora o del perito encargado por la operadora, como ha indicado el Alto Tribunal para los beneficios intangibles considerados, pues la comparativa que realiza la CNMC en su informe entre la metodología de los informes periciales de Telefónica y de AdL y la metodología de la Resolución de la CMT de 12 de marzo de 2009, no supone llevar a puro y debido efecto el fallo de la sentencia del TS.

Respuesta de esta Sala

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

La sentencia del TS únicamente afirma que la SAN de 24 de enero de 2011 (RCA 119/2008), confirmada por la sentencia del TS de 22 de julio de 2014 (RC 2830/2011) *“no ha quedado desvirtuada por el informe pericial aportado a las actuaciones por la parte codemandada en el proceso de instancia France Telecom, elaborado por el Ingeniero Superior de Telecomunicaciones Cándido Colorado, que sostiene que deberán ajustarse al alza la cuantificación de los beneficios no monetarios por el mayor reconocimiento de la imagen de marca del operador como consecuencia de la prestación del servicio y por las ventajas derivadas de la ubicuidad, y que se limita a formular una crítica rigurosa, desde la perspectiva técnico-económica del Informe pericial aportado por Telefónica, elaborado por el Dr. Eusebi Nomen, Director de la Cátedra ESADE de análisis de activos intangibles, referido al Coste Neto del Servicio Universal de los años*

2003 a 2005, por sus inexactitudes, y, aunque ofrece elementos de interés en cuanto analiza comparativamente la cuantificación de los beneficios no monetarios del operador dominante obligado a prestar el servicio universal en España y en Francia, no resulta determinante para modificar el pronunciamiento relativo a la falta de justificación de la metodología aplicada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en su resolución de 12 de marzo de 2009.”

Para proceder a continuación a “declarar la nulidad de las resoluciones recurridas, con el objeto de que el órgano regulador proceda, con retroacción de las actuaciones, a elaborar y aplicar una metodología sobre el cálculo del beneficio no monetario del Coste Neto del Servicio Universal prestado por Telefónica de España, S.A.U. correspondiente al ejercicio 2006, en relación con la cuantificación de las partidas de imagen de marca del proveedor del servicio universal y ventajas derivadas de la ubicuidad, que sea adecuada a la naturaleza y finalidad de los beneficios intangibles considerados.”

La sentencia del TS por un lado indica que la metodología empleada en el informe pericial de Telefónica así como en el informe de AdL solicitado por la CMT en su día, resultaron más justificadas o fundamentadas que la utilizada finalmente por el regulador. Asimismo, la propia sentencia hace referencia también a ciertas inexactitudes en el informe del perito de Telefónica referido a los ejercicios 2003 a 2005, aludiendo a la cuantificación de los beneficios de este perito con el aprobado en otros países⁹, si bien concluye que el órgano regulador debe proceder a calcular una nueva metodología que sea adecuada a la naturaleza y finalidad de los beneficios intangibles considerados.

Por otra parte, desde la resolución en el pasado mes de marzo del procedimiento en ejecución de sentencia por el CNSU de los años 2003 a 2005, no ha surgido ningún nuevo elemento que deba ser valorado y concurren las mismas circunstancias: no existe una encuesta para dicho ejercicio que permita la estimación del número de usuarios que conocen el SU y valoran a su prestador para la contratación de los servicios de comunicaciones electrónicas y no se tienen datos para calcular el beneficio por ubicuidad en los términos del informe de AdL. Por todo ello, esta Comisión entiende que el criterio más objetivo para ejecutar la sentencia del TS en sus propios términos consiste en aplicar la misma metodología empleada en la resolución en ejecución de sentencia de la AN de 24 de enero de 2011¹⁰, tanto en lo que se refiere a la estimación del beneficio por imagen de marca como en el de ubicuidad. Y así se ha expuesto tanto en el informe de los Servicios como en el fundamento jurídico material segundo de esta resolución.

⁹ Así en Francia, el beneficio por imagen de marca aprobado en los años 2003, 2004 y 2005 asciende a 83,53, 81,66 y 23,32 millones respectivamente frente a los cero euros que sostiene el perito de Telefónica.

¹⁰ SU/D TSA/2203/14/EJECUCIÓN CNSU 2003-2005, de 10 de marzo de 2016.

Cosa distinta es que el hecho de aplicar esta metodología para el beneficio por mejora en la imagen de marca, que a priori en la SAN de 24 de enero de 2011 y la STS de 22 de julio de 2014 se entendía mejor justificada, suponga un mayor beneficio monetario que el aprobado en las resoluciones recurridas. En este caso, y en virtud de la interdicción de la *reformatio in peius*, no es posible aprobar un nuevo importe de beneficio por mejora en la imagen de marca, por importe de 22,51 millones de euros y se hace preciso confirmar el importe aprobado en las resoluciones recurridas, esto es, 15,17 millones de euros.

- **Sobre la valoración de la imagen de marca del operador**

Telefónica señala que, en contra de lo que considera esta Comisión, es posible implementar la propuesta metodológica para el cálculo del beneficio por imagen de marca incluida en su informe pericial .

Según la operadora, para que se pueda estimar un beneficio por imagen de marca es necesario que los clientes cumplan el requisito previo de conocer la obligación regulatoria de prestar el servicio universal. De acuerdo a una encuesta realizada, el 97,3% de la población desconoce esa obligación, por lo que el informe concluye que es imposible que la prestación del SU suponga un beneficio intangible dado el elevado desconocimiento por parte de la población sobre las prestaciones del mismo.

Telefónica no comparte que la encuesta empleada en dicho estudio pericial sea ambigua y esté mal diseñada. La operadora argumenta que la encuesta se dirige a los responsables de contratación de los servicios de telecomunicaciones, que la formulación de la primera pregunta facilita la aproximación y la puesta en contexto sobre el tema, en la segunda pregunta no se está requiriendo conocimientos sobre aspectos jurídicos profundos y que solo se trata de saber si la población conoce quién es el operador obligado a prestar el SU, en la tercera pregunta no requiere un conocimiento normativo detallado al no exigir el detalle de todos los servicios que forman parte de la misma sino que se cite de manera espontánea los servicios que constituyen el SU.

Asimismo, alega que el hecho de que un porcentaje tan pequeño de los ciudadanos conozca la obligación de prestación del servicio universal hace que las respuestas subsiguientes carezcan de valor estadístico y no se puedan extrapolar a la población de clientes de la operadora. Y señala que el informe de AdL llega a esta misma conclusión: *“Por tanto, en base a nuestras propias conclusiones y a los resultados de otros reguladores, creemos que la magnitud de este beneficio será bastante pequeña, estimamos que este beneficio intangible nunca alcanzaría una cifra superior a los 3 millones de Euros para cada uno de los años 2003 y 2004 debido a que no creemos un número superior de 1.000 o 1500 usuarios dieran prioridad a Telefónica por la prestación del Servicio Universal.”*

Telefónica insiste en que la naturaleza de los beneficios no monetarios se derivan, por un lado, de la circunstancia de que los usuarios conocen la existencia de dicho servicio universal y, por otro, porque conocen que es la prestadora de dicho servicio. De esta forma, *“perfectamente puede suceder que dichos beneficios se generen en exigua o nula cuantía por el escaso conocimiento de las obligaciones del servicio universal por parte del público en general.”*

Y por ello, solicita que se considere como metodología más adecuada la del perito de Telefónica y por tanto que el beneficio por imagen de marca del ejercicio 2006 ascienda a cero euros.

De forma subsidiaria, dado que el Tribunal Supremo también considera como metodología válida la del informe de la consultora AdL y la CNMC se ha decantado por dicha metodología, realiza las siguientes consideraciones:

- Coincide con la CNMC en que en la metodología propuesta por AdL el valor por el que se debería multiplicar es por un margen medio por línea y año, es decir, un valor que se circunscribe a cada ejercicio en particular.
- Discrepa de la utilización de la cifra del 1,9% (encuesta de 2012) como clientes de Telefónica a los que les ha influido mucho la prestación de las obligaciones del SU, cuando existe una encuesta anterior, del año 2009 (la de su perito) que resulta más próxima al ejercicio 2006 y es igualmente válida en virtud de sus consideraciones anteriores.
- Emplear dicha encuesta arrojaría un valor de 1,11%, considerando que del 2,7% de los clientes que según la misma parecen conocer la existencia del SU, un 73,2% concede valor al hecho de que Telefónica presta servicios en zonas no rentables y da una bonificación a clientes sin recursos y que el 56,1% de los encuestados prefiere Telefónica a otros operadores por prestar el SU.

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

Respuesta de esta Sala

Esta Comisión se reitera en lo señalado en la resolución que puso fin al procedimiento en ejecución de la sentencia de la AN de 24 de enero de 2011, por cuanto considera que la encuesta efectuada para el informe pericial de Telefónica no está bien diseñada al emplear un cuestionario ambiguo.

Respecto a la idea apuntada por Telefónica de que AdL entendía que este beneficio (de imagen de marca) sería muy escaso, esta Comisión quiere subrayar que esta afirmación previa de la consultora se contradice con los resultados de otros reguladores. En Francia, en el ejercicio 2003, este beneficio se cuantificó en 83,53 millones de euros, de un total de coste neto de 137,25 millones antes de calcular beneficios intangibles, es decir, este beneficio supone por sí solo, un nada despreciable 60,86% del coste neto directo del servicio universal en Francia para dicho ejercicio.

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

Habida cuenta de la repercusión que puede tener para el mercado el porcentaje resultante de la encuesta, esta Comisión sigue considerando, como ya hizo en la resolución de la nueva metodología del CNSU, que es preciso que esta sea llevada a cabo por una empresa de investigación de mercados contratada por el organismo regulador, al objeto de garantizar la objetividad e independencia que no se lograría con una encuesta realizada a instancia de parte, como podría ser la del operador prestador del SU o las sugeridas por los operadores contribuyentes al Fondo Nacional del Servicio Universal.

- **Sobre la valoración de la ubicuidad**

Telefónica señala que el beneficio por ubicuidad se produce cuando usuarios de zonas no rentables pasan a ser rentables al mudarse a zonas rentables y contratan sus servicios con el operador obligado por un efecto de fidelización.

Indica también que el TS ha señalado en su sentencia, en el fundamento de derecho segundo, que los cálculos de la ubicuidad son disconformes a derecho por apartarse sin justificación suficiente de la metodología de cálculo aplicada por la CMT en anualidades anteriores y del informe emitido por AdL así como del pericial de Telefónica.

Según Telefónica, de acuerdo con la metodología de su perito, este beneficio solo puede producirse entre sus clientes de zonas no rentables que migren a zonas rentables y que además cumplan el requisito de conocer la obligación regulatoria de prestar el servicio universal por parte de Telefónica.

Para verificar este requisito previo alude a la encuesta que realizó entre la población de clientes de zonas no rentables y en la que resultó que el 96,4% de

los encuestados respondió que no la conocían. Por ello, considera que el impacto en el servicio universal en la ubicuidad es residual, ya que solo el 3,6% de los encuestados en zonas no rentables conoce el SU, y como el efecto del servicio universal debe estar por encima de la cuota de Telefónica, se alcanza un porcentaje entre el 1 y el 2%.

Según la operadora, con estos resultados el impacto del servicio universal en la ubicuidad es residual y, por ello, solicita que el beneficio por ubicuidad correspondiente al ejercicio 2006 sea de cero euros.

Respuesta de esta Sala

En la resolución impugnada de 12 de marzo de 2009, el beneficio no monetario por ubicuidad supuso 3.495.048,60 euros.

Esta Comisión quiere resaltar que en el informe pericial presentado por Telefónica en el procedimiento contencioso-administrativo por los años 2003 a 2005 se realizaban algunos cálculos y se estimaba un beneficio por cada ejercicio, si bien en el momento actual los omite y reclama un beneficio nulo por ubicuidad.

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

Por tanto, ante la imposibilidad de contar con la información necesaria para estimar este beneficio según la metodología propuesta por AdL, se confirman los importes aprobados en la resolución impugnada de 12 de marzo de 2009.

- **Sobre la necesidad de confirmar el cálculo de los beneficios no monetarios de la resolución de 12 de marzo de 2009**

Vodafone coincide con el informe de los Servicios en que se debe confirmar el cálculo de los beneficios no monetarios derivados de la mejora en la imagen de marca y de la ubicuidad según los términos expuestos en la resolución impugnada.

Vodafone considera que *“la aplicación de los criterios para el cálculo del coste en el Informe de Audiencia es plenamente coherente con la de la Resolución de 10 de marzo de 2016 de ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de enero de 2011 sobre ciertos aspectos del coste neto del servicio universal de los años 2003 a 2005, hecho absolutamente exigible a la CNMC en aras de garantizar el principio de seguridad jurídica.”*

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

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

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

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

Respuesta de esta Sala

Esta Comisión debe reafirmarse en lo expuesto en la resolución de 10 de marzo frente a una alegación de Vodafone en similares términos: dado que tanto la AN como el TS entendían que la metodología de cálculo propuesta en los informes de Eusebi Nomen y AdL resultaba más justificada que la utilizada por el regulador y que el empleo de la encuesta para el año 2012 es el mejor método disponible en manos de esta Comisión, ya que la encuesta del año 2009 utilizada por el perito contratado por Telefónica adolece de los serios defectos, este es el método que se debe aplicar para ejecutar la sentencia en el año 2006.

Habida cuenta que la aplicación de esta metodología en el año 2006 supone un beneficio por imagen de marca superior al aprobado en las resoluciones impugnadas del CNSU del año 2006, debe mantenerse el importe aprobado en virtud de la interdicción de la *reformatio in peius*.

- **Sobre la aplicabilidad del principio de prohibición de la *“reformatio in peius”* en el actual procedimiento**

Orange plantea una primera alegación señalando que no comparte la visión del informe de audiencia según la cual no se modifica la cifra resultante del beneficio intangible por imagen de marca respecto a la aprobada inicialmente porque el nuevo beneficio sería superior y se reduciría la cifra final de coste

neto, conllevando una situación más perjudicial para Telefónica, algo contrario al principio de la prohibición de la *reformatio in peius*.

La justificación para esta diferente visión reside en que, según la operadora, este principio solo opera en la resolución de recursos administrativos y en los procedimientos administrativos a instancia de parte, y fuera de estos supuestos este principio no es de aplicación.

Orange entiende que este procedimiento no es a instancia de parte, sino un procedimiento de oficio tal y como se describe en el artículo 69 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) que delimita los procedimientos según su origen:

“Artículo 69. Iniciación de oficio.

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

La operadora entiende que este procedimiento se inicia como consecuencia de las previsiones recogidas en la sentencia del TS y que, por tanto, ha sido iniciado de oficio.

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

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

“Frente al estudio de la cuestión de aplicabilidad de la “reformatio in peius” de una forma clásica, esto es, de una relación directa entre el administrado y la Administración, en el que la aplicabilidad de la “reformatio in peius” ante un recurso del administrado únicamente perjudica a la Administración y es consecuencia de una errónea aplicación de la legislación por parte de la Administración, se encuentra el caso actual de existencia de una pluralidad de interesados dónde se debe considerar el perjuicio causado a estas terceras partes y escuchar las alegaciones planteadas por dichos interesados, de hecho la “reformatio in peius” no opera si son aceptadas las alegaciones y argumentos de las otras partes interesadas, así lo reconocía la Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1989, de 3 de julio:

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

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

Respuesta de esta Sala

Actualmente, el principio de prohibición de la *reformatio in peius* resulta de aplicación tanto en vía judicial como en vía administrativa. No se trata, por tanto, como sostiene Orange, de un principio que resulte aplicable *“únicamente en la resolución de recursos administrativos y en los procedimientos administrativos a instancia de parte”*.

El principio de la prohibición de la *reformatio in peius* es un principio de origen procesal tradicionalmente expresado con el brocardo *tantum devolutum quantum appellatum*, aplicable al Derecho administrativo, que tiene como objeto impedir que la resolución de un procedimiento iniciado a instancia de parte agrave la situación inicial del solicitante.

En el ámbito administrativo este principio aparece enunciado en la LRJPAC, en sus artículos 89.2¹¹, relativo al contenido de la resolución de los procedimientos, y 113.3¹², relativo a la resolución de los recursos administrativos.

¹¹ “2. En los procedimientos tramitados a solicitud del interesado, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la Administración de incoar de oficio un nuevo procedimiento, si procede.”

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

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

*“Está consolidado en la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional que la **“reformatio in peius”** tiene lugar cuando el recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación jurídica creada o declarada en la resolución jurídica impugnada, de modo que lo obtenido con el pronunciamiento que decide el recurso es un efecto contrario al perseguido, que era precisamente, eliminar o aminorar el gravamen sufrido por la resolución impugnada (Cfr.SSTC 9/1998, 232/2001, de 11 de diciembre). En este sentido, **la reformatio in peius es una modalidad de incongruencia procesal producida en la segunda instancia que se produce cuando la situación del recurrente se empeora a consecuencia exclusiva de su propio recurso** y no a consecuencia de los recursos, directos o adhesivos, de la parte contraria o de alegaciones concurrentes e incidentales que hayan sido formuladas por ésta en condiciones que permitan reconocerles eficacia devolutiva, y cuya prohibición se inserta asimismo en el derecho fundamental a la tutela judicial a través de la interdicción de la indefensión consagrada en el artículo 24.1 de la Constitución (SSTC 20/1982, de 5 de mayo; 54/1985, de 18 de abril; 115/1986, de 6 de octubre; 116/1988, de 20 de junio, y 143/1988, de 12 de julio, entre otras muchas)”. [La negrita es nuestra].*

“Se reputa, por tanto, una garantía del régimen de los recursos fuere en vía jurisdiccional como administrativa que encuentra su apoyo en el principio dispositivo e, incluso en la interdicción de la indefensión y en el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE). Es evidente que si se aceptase que los órganos competentes para resolver los recursos pueden modificar de oficio en perjuicio de los recurrentes, la resolución impugnada por éstos, se introduciría un elemento disuasorio para el ejercicio del derecho a los recursos legalmente establecidos”.

Asimismo, el TC entiende que hay *reformatio in peius* cuando **“la parte recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación jurídica creada o declarada en la resolución impugnada de modo que lo obtenido con la decisión judicial que resuelve el recurso es un efecto contrario al perseguido por el recurrente”** (SSTC 9/1998, de 13 de enero, FJ2º; 232/2001, DE 10 de diciembre, FJ 5º; 310/2005, de 12 de diciembre, FJ 2º; 204/2007, de 24 de septiembre, FJ 3º; etc).

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

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

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

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

Debe, por tanto, rechazarse esta alegación de Orange.

- **Sobre la necesidad de la consideración global de la “reformatio in peius”**

Con carácter subsidiario, señala Orange que en caso de considerarse de aplicación el principio de “*reformatio in peius*” este debe hacerse de forma global y no ejercicio a ejercicio.

Entiende la operadora que la recurrencia en el cálculo y pago del coste neto del servicio universal es una característica intrínseca del ejercicio que cada año tiene que realizar esta Comisión y como tal tiene que ser considerada a la hora de tomar una decisión. Así, la CNMC ya ha recalculado el CNSU del periodo 2003-2005 en el que se obtenía un resultado que perjudicaba a los operadores que contribuyen al pago pues incrementaba el coste neto para dichos ejercicios en 13.870.172,76 euros.

Sostiene que en dicha resolución por la que se resolvía la revisión del coste neto del servicio universal para los años 2003 a 2005, la CNMC daba por buena una alegación de Orange y Vodafone solicitando la consideración global de los ejercicios sujetos a revisión.

Alega que “*el recálculo del beneficio de marca para el ejercicio 2006 que, conforme a los mismos fundamentos que en la revisión de 2003, 2004 y 2005, pasa de 15.169.761 € a 22.506.84 €, lleva a reducir el coste neto de servicio*”

universal para 2006 en 7.337.086 €, reducción inferior al incremento de 13.870.173 € de coste neto para los tres ejercicios 2003, 2004 y 2005.”

Y en la medida que entiende que las revisiones de 2003, 2004, 2005 y 2006 proceden del mismo fundamento, Orange estima que debe procederse a rectificar los beneficios por imagen de marca conforme al nuevo cálculo para el ejercicio 2006, ya que considerando con carácter global las revisiones efectuadas con este fundamento hasta la fecha, no se estaría vulnerando el principio de *reformatio in peius*.

Respuesta de esta Sala

Frente a lo expuesto por Orange, debe señalarse que el objeto del presente expediente es la ejecución de la sentencia del TS dictada en relación con el coste neto del servicio universal correspondiente al ejercicio 2006, es decir, la correspondiente a un único ejercicio económico.

En el caso del coste neto del SU de 2003 a 2005 nos encontrábamos ante varios ejercicios económicos, pero se trató de un caso puntual al calcularse el coste neto del SU correspondiente a los mismos en un único expediente.

A partir de ahí, las posteriores resoluciones de aprobación del coste neto del SU han ido aprobándose ejercicio por ejercicio, sin que haya cabido compensación alguna de cantidades entre unos y otros ejercicios. Cada uno de ellos ha sido calculado en procedimientos administrativos independientes, año tras año.

En el presente caso, además, la consideración global del principio de prohibición de la *reformatio in peius* implicaría una situación más perjudicial para Telefónica que la aplicación ejercicio por ejercicio, vulnerando con ello el citado principio.

No cabe, pues, como pretende la operadora, que cada año se realice una compensación de cantidades de manera global considerando los ejercicios anteriores, ya que se entraría en un bucle de compensaciones con carácter indefinido, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello podría suponer. Debe, por tanto, rechazarse la alegación de Orange.

QUINTO.- Conclusión

La CNMC ha ejecutado la sentencia del TS, de fecha 19 de enero de 2015 que ordena a la CNMC que proceda a *“elaborar y aplicar una metodología sobre el cálculo del beneficio no monetario del Coste Neto del Servicio Universal prestado por Telefónica de España, S.A.U. correspondiente al ejercicio de 2006, en relación con la cuantificación de las partidas de imagen de marca del proveedor del servicio universal y ventajas derivadas de la ubicuidad, que sea*

adecuada a la naturaleza y finalidad de los beneficios intangibles considerados”.

En el caso del beneficio por mejora de la imagen de marca, la CNMC ha utilizado la metodología establecida en la Resolución de 10 de marzo de ejecución de sentencia del CNSU 2003-2005. La aplicación de esta metodología supondría un mayor beneficio que el aprobado inicialmente (22.506.847 euros frente a los originales 15.169.760,84 euros). Dado que los beneficios intangibles se restan al coste neto, el coste neto del servicio universal para el ejercicio 2006 reconocido a Telefónica sería inferior al aprobado en su momento por la CMT. En virtud de la interdicción de la *reformatio in peius* no es posible que el recurrente en un procedimiento contencioso-administrativo vea su situación agravada o sus intereses más perjudicados que en la situación inicial tras la sentencia resultante de dicho procedimiento.

En lo referente al beneficio por ubicuidad, y de la misma forma que ya sucedió en la Resolución de ejecución de sentencia del CNSU 2003-2005, no se cuenta con la información necesaria para aplicar la metodología propuesta por AdL por lo que se mantiene el importe aprobado en la resolución impugnada, esto es, 3.495.048,60 euros.

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

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

RESUELVE

PRIMERO.- Una vez valorada la utilización de la metodología del informe pericial de Telefónica y del informe de AdL en los términos expuestos por la sentencia de la AN de 24 de enero de 2011, se confirma, en aplicación de la interdicción de la *reformatio in peius*, el importe de 15.169.760,84 euros del beneficio no monetario derivado de la mejora en la imagen de marca aprobado en la resolución de 12 de marzo de 2009.

SEGUNDO.- Una vez valorada la utilización de la metodología del informe pericial de Telefónica y del informe de AdL en los términos expuestos por la sentencia de la AN de 24 de enero de 2011, se confirma, ante la falta de los datos necesarios para realizar el cálculo, el importe de 3.495.048,60 euros del

beneficio no monetario por ubicuidad aprobado en la resolución de 12 de marzo de 2009.

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