



Roj: **SAN 2622/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:2622**

Id Cendoj: **28079230082018100334**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **05/06/2018**

Nº de Recurso: **557/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MERCEDES PEDRAZ CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2622/2018,**  
**AAAN 1665/2018**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN OCTAVA**

**Núm. de Recurso:** 0000557 / 2016

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 05752/2016

**Demandante:** TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.

**Procurador:** SRA. ORTIZ CORNAGO

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

**Abogado Del Estado**

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

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

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

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

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

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

Madrid, a cinco de junio de dos mil dieciocho.

**Vistos** los autos del recurso contencioso-administrativo **núm. 557/2016** que ante esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora de los Tribunales **Sra. Ortiz Cornago** en nombre y representación de **TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.** contra la resolución dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el día 28 de julio de 2015 ejecutando la sentencia del Tribunal supremo de 19 de enero de 2015 en materia relativa a Coste Neto del Servicio Universal del ejercicio 2006. 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 el día 31 de octubre de 2016 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.

TESAU solicitó la suspensión de la tramitación del recurso hasta que finalice el incidente de ejecución promovido por la propia TESAU en relación con la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2015, en los autos 384/2009.

Esta Sala dictó auto el día 21 de marzo de 2017 recordando la jurisprudencia del Tribunal Supremo y concluyendo que no hay incompatibilidad entre la tramitación de un incidente de ejecución y un recurso contencioso-administrativo en una situación como la de autos, por lo que, dejando a salvo las consecuencias que la decisión definitiva en uno u otro recurso tenga sobre el otro, no procedía suspender la tramitación del recurso contencioso-administrativo hasta que finalice el incidente de ejecución de sentencia.

**SEGUNDO-** Me diante escrito de 31 de julio de 2017 la parte actora formalizó la demanda, en la cual, tras exponer los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos terminó suplicando se dicte sentencia

*"(i) Declarar la nulidad de los apartados Primero y Segundo de la parte dispositiva de la Resolución de Ejecución por contravenir lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2015 .*

*(ii) Declarar que la correcta ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2015 implica realizar los siguientes pronunciamientos en relación con los beneficios intangibles:*

*a. El componente del Coste Neto del Servicio Universal relativo al beneficio intangible vinculado a la imagen de marca ha de considerarse nulo en el ejercicio 2006.*

*b. El componente del Coste Neto del Servicio Universal vinculado a las ventajas de la ubicuidad en el ejercicio 2006:*

*i. Es nulo, conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2015 .*

*ii. Subsidiariamente, es de 83.746,44 euros."*

**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.

**CUARTO** -. La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental y la pericial a instancias de la parte actora, y del Abogado del Estado, 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 30 de mayo de 2018 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 por la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) adoptada en sesión celebrada el día 28 de julio de 2016 en ejecución de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 19 de enero de 2015, que estimó el recurso interpuesto por Telefónica hoy actora, contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de julio de 2011 dictada en el recurso 384/2009 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* ".

La resolución impugnada 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."*

**SEGUNDO** -. Los motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse como sigue:

La Resolución de ejecución contradice el fallo de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2015 y vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de TESAU, incurre en arbitrariedad y genera inseguridad jurídica a la recurrente. La CNMC, a la hora de ejecutar la sentencia del Tribunal Supremo, en lugar de elaborar una nueva metodología, basándose en nuevos argumentos, confirma el cálculo de los beneficios no monetarios de mejora de la imagen de marca y de la ubicuidad en los términos expuestos en las Resoluciones de la CMT de 12 de marzo y de 18 de junio de 2009, ambas expresamente anuladas.

En el escrito de conclusiones señala que la CNMC debió aplicar las "metodologías declaradas más justificadas, la del informe de AdL y la del perito de TESAU" añadiendo que " *no puede, de ninguna manera, consistir en revisar de nuevo cómo deben calcularse los componentes de los beneficios intangibles porque ello supondría incumplir el fallo y desconocer la cosa juzgada; no puede la CNMC entrar, de nuevo, a valorar la mayor o menor bondad de las encuestas en que se fundamentó el informe pericial de mi representada.* " Y " *Si la CNMC consideraba que no era posible aplicar la metodología de AdL, tenía que haber aplicado, aunque no la considerase una metodología correcta, la del informe del perito de TESAU*".

Por su parte el Abogado del Estado alega la conformidad a Derecho de la resolución recurrida. Considera que las sentencias ya dictadas no determinan la metodología correcta a aplicar, no afirman taxativamente que exista una metodología correcta para calcular la imagen de marca y la ubicuidad, sino que consideran que es más adecuado utilizar una encuesta, como señala el informe de Ismael (informe AdL) o en el informe del Sr. Luis Manuel, pero no se sentencia que estas sean las metodologías de aplicación.

Recuerda que si la CMT no llegó a aplicar la metodología descrita en el Informe de AdL es porque Telefónica alegó que no disponía de información y que no era posible ni correcto pretender realizar una encuesta en 2006 que reflejase la opinión de los clientes en 2003 y 2005.

Continúa señalando la diferencia que existe entre metodología y datos aplicados por la metodología y en tal sentido, se ha utilizado la metodología propuesta en el informe AdL pero se ha llevado a cabo una encuesta encomendada a una empresa de investigación de mercados.

En cuanto al beneficio por ubicuidad no ha sido posible aplicar los criterios propuestos por AdL por no haber aportado Telefónica los datos necesarios.

**TERCERO**-. Con carácter previo hay que recordar que el Tribunal Supremo en la sentencia de 19 de enero de 2015 resolvió en el fallo.

*"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 (PROV 2011, 345243), 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.*

Los términos fundamentados eran los siguientes:

*"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."*



Esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en la sentencia dictada el día 24 de enero de 2011 en el recurso contencioso-administrativo num.119/2008 había resuelto:

*"Anulamos en parte la resolución de 29 de noviembre de 2007, en lo que se refiere 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 grupo de clientes teniendo en cuenta su ciclo de vida, en los términos expuestos en esta sentencia. Y la anulamos en cuanto a la determinación del coste neto del servicio universal imputable al servicio de información y de guías, debiendo realizarse dicho cálculo incluyendo los costes vinculados correspondientes al servicio de terminación en los servicios de operadoras."*

Tal decisión se fundamentaba como sigue

*"Si bien compete a la CMT, en el ejercicio de las competencias que tiene atribuidas, establecer la metodología de cálculo empleada para la determinación del coste de las distintas obligaciones que integran el servicio universal, el establecimiento de dicha metodología está sujeto a la observancia de las garantías que informan cualquier procedimiento administrativo. Es por ello que la alteración o cambio de los criterios que el propio órgano regulador sometió a la consideración de las entidades interesadas, a través del Informe de Audiencia, exigía la debida justificación en la resolución final. Y ello al margen de que siendo una resolución sometida a control jurisdiccional cuando, como sucede en el presente caso, se interpone contra ella un recurso contencioso administrativo, los criterios seguidos han de resultar justificados y razonables, cuando lo que se discute es precisamente la arbitrariedad o irrazonabilidad que quien recurre imputa a los criterios de la Administración demandada, aportando prueba suficiente para ello."*

*Es por ello que, en consecuencia con todo lo expuesto en los anteriores fundamentos, a juicio de la Sala procede la estimación parcial del presente recurso, acordando la anulación parcial de la resolución de 8 de mayo de 2008, en relación al ejercicio 2003, a fin de que por la CMT se proceda, con retroacción de procedimiento, a hacer pronunciamiento expreso sobre si la prestación del servicio universal en el periodo comprendido entre el 1 de enero al 4 de noviembre de 2003 ha supuesto, o no, para TESAU desventaja competitiva."*

*Asimismo, procede anular en parte la resolución de 29 de noviembre de 2007 en cuanto al cálculo del beneficio no monetario, concretamente en lo que se refiere a la valoración de la imagen de marca del operador, a las ventajas derivadas de la ubicuidad y a la valoración de los clientes y grupo de clientes teniendo en cuenta su ciclo de vida; y en la determinación del coste neto del servicio universal imputable al servicio de información y de guías, debiendo realizarse dicho cálculo incluyendo los costes vinculados correspondientes al servicio de terminación en los servicios de operadoras."*

Esta Sala dictó auto el día veintinueve de mayo de dos mil diecisiete acordando " Desestimar el incidente de ejecución de sentencia promovido por la representación procesal de TELEFONICA DE ESPAÑA, SAU, respecto de la sentencia de fecha 24 de enero de 2011, recaída en el P.O 119/08 . Declarando ejecutada dicha sentencia . "

**CUARTO-** La resolución impugnada empieza concretando que es lo que tiene que ejecutar: " lo relativo al cálculo de los beneficios no materiales por imagen de marca y ubicuidad " y reproduce el fundamento de la sentencia del Tribunal Supremo que declara la nulidad de las resoluciones de la CMT de 12 de marzo y 18 de junio de 2009.

El Alto Tribunal declara tal nulidad en los siguientes términos:

*" 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 . "*

Es decir, se condena a la Administración 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. y en ejecución de la sentencia, la CNMC efectúa un nuevo cálculo de los beneficios de imagen de marca y de ubicuidad. Hasta aquí, no puede considerarse que la Administración demandada no esté procediendo a ejecutar la sentencia en sus propios términos.

Cabe recordar que la sentencia dictada por esta Sala en el año 2011, el día 24 de enero, señaló que la CMT no había justificado la decisión técnica (verdadera discrecionalidad técnica o potestades regulatorias), pero en aquella Sentencia, como posteriormente en la de 14 de enero de 2013 , no se fijaron unos parámetros concretos conforme a los cuales debía hacerse la nueva valoración ni, menos aún, se ordenó que el proceso valorativo



hubiera de realizarse conforme a los criterios descritos por la entidad Arthur D. Little o a los parámetros expuestos en el informe pericial que entonces se aportó a los autos.

El acto administrativo impugnado valora la imagen de marca del operador: a tal efecto la CNMC declara que va a realizar un ejercicio para tratar de adecuar la metodología propuesta por AdL, que es mejor valorada por la Sala de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo que la empleada por la CMT en la resolución origen de este litigio, 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.

Se reproduce por la CNMC a continuación en el acto administrativo impugnado un extracto copiado del apartado de "Información Requerida para la Aplicación de la Metodología" recogido en el Informe de AdL, que parte de la base de que  $BIM = \text{número de clientes BIM} * VAN$  medio de cada usuario. Se reproduce como se calcula cada componente de esta fórmula

· *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 en torno a 2.500 euros.*

*1.500.000.000 Euros = 600.000 líneas \* 2.500 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."*

Dado que con los cálculos en cuestión resulta un beneficio por imagen de marca muy superior al que recogía la resolución impugnada ab initio, con la consiguiente reducción del importe del CNSU, lo que supone un perjuicio para la ahora recurrente, la CNMC aplica el principio de interdicción de la reformatio in peius.

La recurrente aporta de nuevo el informe de 24 de marzo de 2006 firmado por Arthur D. Little S.L. así como un informe elaborado por Luis Manuel de "consideración y valoración de los intangibles en el recurso interpuesto por TESAU contra la resolución de la CMT que determina el CNSU de los años 2003 a 2005 y su carácter compensable" junto con un informe relativo al ejercicio litigioso, suscrito por Jesús Luis, a su vez elaborado sobre el anterior: "Se procede aquí a efectuar los cálculos realizados por el perito en su Informe para los años 2003, 2004 y 2005, adaptándolos al ejercicio 2006."

A su vez el Abogado del Estado aporta informe pericial con la siguiente conclusión:

#### *"7.5 Conclusión*

*El método propuesto por la CMT para valorar la permanencia de clientes migrados se considera correcto ya que tiene en cuenta todos los factores necesarios para su cálculo y que influyen en la fidelización del cliente: migración de personas (líneas telefónicas) a zonas rentables y altas en función de una cuota diferencial para Telefónica.*

*Esta metodología está en línea con la aplicada por otras ANR europeas como Ofcom, que también considera que este beneficio se debe a que una proporción de nuevos hogares que se trasladan del área de prestación del SU a un área en competencia, decide contratar el servicio con BT. No obstante, su importe preciso se consideró insignificante por la circunstancia concreta de que la población en áreas de prestación del SU en Reino Unido se calculó en apenas un 1% de la población total y la población que se traslada de ellas a zonas rentables se calculó en un 0,01% del total. En contraposición, debe considerarse que en 2003 las líneas no rentables en España ascendían al 14% del parque total.*

*La ANR belga IBPT aplica otra metodología como es calcular las economías de escala en relación a la competencia, sobre todo en los costes técnicos de la red. En este caso, si bien la metodología es distinta el*



*resultado es similar al obtenido por la CMT ya que en 2003 IBPT estimó este beneficio en 1,73 millones de euros, frente a los 3,2 de esta Comisión."*

A la vista de lo resuelto por la Administración, de las alegaciones de las partes, y de las pruebas practicadas, la Sala concluye que la sentencia se ha ejecutado de conformidad a derecho, en relación con la valoración de la imagen de marca.

La sentencia de la Audiencia Nacional como la del Tribunal Supremo que la confirma no resuelve en ningún momento que la valoración de activos intangibles o inmateriales como el reconocimiento de la imagen de marca deban ser calculadas exactamente como las calcula Telefónica, ni de ser así habría sido necesario realizar las actuaciones llevadas a cabo al respecto por la CNMC, pues habría bastado con dictar una resolución recogiendo las conclusiones de los peritos de la parte actora.

La propia parte actora reconoce en su escrito de conclusiones que el método es distinto del resultado, que la validez y fiabilidad de una metodología es independiente de los datos, y en concreto señala que " *La metodología es una cuestión previa, de concepto o de procedimiento, que no queda invalidada por el hecho de que se cuente con más o menos datos* " si bien concluye que " *si la CNMC consideraba que no era posible aplicar la metodología de AdL por falta de datos, debería haber aplicado la del informe del perito de TESAU* ". Al final la discrepancia de la recurrente se centra en la encuesta, pues reconduce la cuestión a que no se ha aceptado la encuesta de la propia recurrente, según la cual, la realizada por recomendación del perito Sr. Luis Manuel , el 97,3% de los clientes de Telefónica desconocían el servicio universal y la obligación de prestarlo y en consecuencia el beneficio en cuestión es cero.

Esta Sala considera que no se estableció tal conclusión en la sentencia que se ejecuta. No se señaló cual había de ser la forma de realizar la encuesta, sino que esta Sala en el año 2011 señaló que es relevante conocer " *la influencia que el conocimiento de que es TESAU quien asume las prestaciones integrantes del servicio universal pueda tener en los usuarios a la hora de contratar los servicios de telefonía con dicho operador*" y para ello se contrata una encuesta por la Administración.

Obra en autos la encuesta de IFERFEL elaborada sobre 1.500 entrevistados válidos, las preguntas realizadas, y los principales datos resultantes sobre el conocimiento del Servicio Universal que aparecen en el folio 34 de la misma. Según la encuesta, el 81,0% de los clientes de Telefónica que no están en proceso de cambio de operador conoce al menos uno de los aspectos relacionados con el Servicio Universal. El aspecto más conocido del Servicio Universal (57,6%) es el relativo a la garantía por ley de que exista a disposición de los ciudadanos una guía telefónica y un servicio de consulta telefónica sobre números de abonados. El aspecto menos conocido del Servicio Universal (33,1%) es el relativo a la garantía que la ley establece para que las personas discapacitadas de acceso al servicio telefónico en condiciones equivalentes al resto de personas, sin que ello represente un coste económico adicional. El 35,4% de los entrevistados conoce que el operador que presta el Servicio Universal es Telefónica. Y una consideración final: el 8,0% de los entrevistados afirma que el hecho de que Telefónica sea el operador que ofrece el Servicio Universal ha influido mucho o bastante en la contratación de dicho operador.

Con este fundamento procede desestimar el primer motivo de impugnación en cuanto se concluye que la sentencia ha sido correctamente ejecutada en relación con la valoración de 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.

**QUINTO-** En similares términos se plantea por la recurrente la cuestión relativa a la ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2015 respecto del beneficio no monetario por ubicuidad aprobado en la resolución de 12 de marzo de 2009.

En el escrito de demanda la actora alega que " *el beneficio de ubicuidad tiene lugar 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. Se trata de determinar si existe un efecto de fidelización "en agradecimiento por los años en que Telefónica les prestó un servicio que no era económicamente atractivo* " -como recoge la Resolución de la CMT por la que se estima el CNSU de los ejercicios 2003 a 2005- y cuantificar este supuesto efecto.

La CNMC considera que el perito de TESAU aplica una encuesta (Estudio de mercado para determinar el porcentaje de clientes de TESAU de zonas no rentables que conocían la existencia de la prestación del servicio universal) mal diseñada y que, por lo que respecta a la metodología sugerida por Ismael para la estimación de este beneficio, no se dispone de la información necesaria para realizar el cálculo, concluyendo que se debe mantener la metodología de cálculo aprobada en la Resolución de 12 de marzo de 2009.

*Mi representada no puede compartir tal conclusión"*



Las consideraciones que se han efectuado en relación con la imagen de marca deben darse aquí por reproducidas: ni la sentencia del Tribunal Supremo establece que no haya beneficio alguno por este concepto, ni se va más allá de la cuestión de la metodología. Se señala que "se pueden realizar encuestas" y el acto administrativo impugnado recoge y reproduce lo que a tal efecto se indica en el informe de AdL:

*"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 tuvieron en esa época los usuarios de los operadores de comunicaciones que existían en zonas rentables."*

Telefónica no ha facilitado la información necesaria, y así lo reconoce expresamente, si bien indica que deben aceptarse los resultados propuestos en el informe de parte. En trámite de ejecución de sentencia, se trata de "elaborar y aplicar una metodología" porque se consideró que la resolución de la CMT se apartaba completamente del criterio del informe de Audiencia sin exponer las razones y sin haber sometido a los interesados la metodología que decidió utilizar.

Procede en consecuencia desestimar el recurso contencioso-administrativo.

**SEXTO-** Po r 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 **TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.** contra la resolución dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el día 28 de julio de 2015 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas.

Así, por esta nuestra Sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido al Juzgado de origen a los efectos legales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.