



Roj: **SAN 2644/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:2644**

Id Cendoj: **28079230082018100356**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **07/06/2018**

Nº de Recurso: **37/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MERCEDES PEDRAZ CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN OCTAVA**

**Núm. de Recurso:** 0000037 / 2017

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 00529/2017

**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 siete de junio de dos mil dieciocho.

**Vistos** los autos del recurso contencioso-administrativo **núm. 37/2017** 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 **TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.** contra la resolución dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el día 24 de noviembre de 2016 ejecutando la sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de enero de 2013 en materia relativa a Coste Neto del Servicio Universal del ejercicio 2008. Ha sido Ponente la Magistrado **D<sup>a</sup> MERCEDES PEDRAZ CALVO**.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO-** Po r la representación procesal indicada se interpuso recurso contencioso-administrativo el día 30 de enero de 2017 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.

Mediante escrito presentado el día 29 de marzo de 2017 la representación procesal de la parte actora solicita "la suspensión del procedimiento por prejudicialidad hasta que se resuelva el incidente de ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de enero de 2013 promovido por TESAU en los autos 370/2011 seguidos ante esta Ilma. Sala".

Dado traslado al Abogado del Estado por este se presentó escrito de alegaciones el 25 de abril de 2017.

La Sala dictó auto el día 22 de junio de 2017 acordando "No ha lugar a suspender la tramitación del recurso 37/2017".

**SEGUNDO-**. Me diante escrito de 5 de septiembre 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 de la Audiencia Nacional de 14 de enero de 2013 .*

*(ii) Declarar que la correcta ejecución de la Audiencia Nacional de 14 de enero de 2013 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 2008.*

*b. El componente del Coste Neto del Servicio Universal vinculado a las ventajas de la ubicuidad en el ejercicio 2008 es de 88.770,05 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, 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 Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) adoptada en sesión celebrada el día 24 de noviembre de 2016 en ejecución de la sentencia dictada por la Audiencia Nacional de 14 de enero de 2013 que estimó en parte el recurso contencioso-administrativo num. 370/2011 interpuesto por Telefónica hoy actora, contra la resolución de la CMT de 7 de diciembre de 2010 en los siguientes términos:

*"PRIMERO: Estimamos en parte el recurso contencioso administrativo nº 370/2011, promovido el Procurador de los Tribunales D. Manuel Lanchares Perlado, en representación procesal de Telefónica de España, SAU, en impugnación de la resolución de 7 de diciembre de 2010, por la que se aprobó el Coste Neto de Prestación del Servicio Universal, presentado por aquella propia empresa, para el ejercicio 2008, que anulamos, debiendo por ello realizarse una nueva valoración de los beneficios no monetarios correspondientes a la "imagen de marca" y la "ubicuidad", del ejercicio 2008, con libertad de criterio regulatorio aunque con la pertinente motivación."*

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 5.831.751,21 euros del beneficio no monetario derivado de la mejora en la imagen de marca aprobado en la resolución de 7 de diciembre de 2010.*

*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 2.794.062,31 euros del beneficio no monetario por ubicuidad aprobado en la resolución de 7 de diciembre de 2010."*



**SEGUNDO** - Los motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse como sigue: se remite expresamente al "procedimiento de ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2015 sobre ciertos aspectos del CNSU del año 2006" (pags. 4 a 7 del escrito de demanda).

Hace referencia la recurrente al recurso contencioso-administrativo num. 557/2016 señalado para deliberación y fallo el mismo día 30 de mayo de 2018.

La primera pretensión ejercitada pretende la anulación de los Resuelve Primero y Segundo de la Resolución de Ejecución por resultar contrarios a lo dispuesto en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de enero de 2013, ya que en ellos se realiza un improcedente intento de reabrir el debate de fondo y se pretende revivir la Resolución de la CMT que fue anulada.

La segunda pretensión ejercitada se centra en la declaración de que la ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de enero de 2013 ha de consistir en fijar los beneficios intangibles de acuerdo con los datos y metodologías que la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo consideraron como correctos, debiendo considerar nulo el beneficio intangible vinculado a la imagen de marca en el ejercicio 2008 y estimando que el beneficio intangible vinculado a las ventajas de la ubicuidad es de 88.770,05 euros<sup>^</sup> en dicho ejercicio.

Sostiene que, si bien la Audiencia Nacional, en su Sentencia, concede a la CNMC libertad de criterio regulatorio (aunque con la debida motivación), también le exige que realice una nueva valoración de los beneficios no monetarios correspondientes a la imagen de marca y la ubicuidad del ejercicio 2008; nueva valoración que la CNMC no ha llevado a cabo, pues se ha reafirmado en los cálculos que la extinta CMT hizo en su Resolución de 7 de diciembre de 2010 y ha confirmado los importes que en ella se establecieron. La libertad de criterio regulatorio no puede interpretarse en el sentido de que la CNMC puede confirmar lo que se estableció en la referida Resolución de la CMT, que fue anulada por la Audiencia Nacional, pues es claro que ésta le exige que realice una nueva valoración, y esta nueva valoración no puede pasar por confirmar los importes fijados en la Resolución de la CMT. Confirmar lo establecido por la CMT supone incumplir el fallo de la Sentencia de la Audiencia Nacional, que obliga a realizar una nueva valoración.

Lo que hace la Resolución de Ejecución según la parte actora, es radicalmente contrario a Derecho, pues actúa como si la Sentencia permitiera confirmar el cálculo de los beneficios intangibles sobre la base de otros criterios o, en otras palabras, como si hubiera dejado imprejuzgada la cuestión de los beneficios intangibles. Y, a partir de ese "error", confirma los pronunciamientos anulados. Se trata de una improcedente pretensión de revisar el fallo con flagrante incumplimiento del principio de cosa juzgada. Lo que pretende, pues, la CNMC es vaciar de contenido la ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de enero de 2013.

Por su parte el Abogado del Estado alega la conformidad a Derecho de la resolución recurrida. Considera que la pretensión de la actora se centra en dos puntos, la anulación de los Resuelve Primero y Segundo de la Resolución en ejecución de sentencia de la Audiencia Nacional de 14.1.2013 y del Tribunal Supremo de 9.11.2015 ya que en ellos se intenta reabrir el debate de fondo y revivir la resolución de la CMT que fue anulada. Y la fijación de los beneficios intangibles vinculados a la imagen de marca como nulos, así como el beneficio intangible vinculado a las ventajas de la ubicuidad de 88.770,05 euros en dicho ejercicio.

Sostiene que, estas dos pretensiones, que Telefónica expone bajo dos alegaciones distintas, se entremezclan de forma continua por lo que procede tratarlas de forma conjunta.

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 Epifanio (informe AdL) o en el informe del Sr. Augusto, pero no se sentencia que estas sean las metodologías de aplicación. La sentencia indica por tanto, que la metodología utilizada tanto por el informe pericial de Telefónica como por el informe de AdL contratado por la CMT en su día, resultaron más justificadas o fundamentadas que la utilizada finalmente por el regulador. Sin embargo, la sentencia no va más allá y no señala cuál de esas metodologías (la de Telefónica o la de AdL) ha de resultar 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 200.

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. Telefónica se negó a realizar esta encuesta ni aportar otro tipo



de información, en el requerimiento efectuado por el Secretario de la CMT para estimar el coste neto de los ejercicios 2003 y 2004 .

**TERCERO-** Con carácter previo hay que recordar que el Tribunal Supremo en la sentencia de 19 de enero de 2015 , que no es la que se ejecuta en estos autos, resuelve:

*"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."*

El Alto Tribunal razona como sigue:

*"La revocación de la decisión de la Sala de instancia de declarar inadmisibile el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Telefónica de España, S.A.U., se revela también conforme con el derecho a un proceso equitativo, que garantiza el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos , ratificado por España por Instrumento de 29 de septiembre de 1979, que constituye para los órganos judiciales una fuente interpretativa prevalente del derecho a la tutela judicial efectiva, de conformidad con el artículo 10.2 de la Constitución , que exige que los órganos judiciales contencioso-administrativos apliquen las causas de inadmisión respetando el principio de proporcionalidad entre las limitaciones impuestas al derecho de acceso a un tribunal para que examine el fondo del recurso y las consecuencias de su aplicación. ( Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de noviembre de 2004. Caso Sáez Maeso contra España ) y de 7 de junio de 2007 (Caso Salt Hiper, S.L . contra España).*

*En consecuencia con lo razonado, procede declarar 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.*

*Y en aplicación del artículo 95.2 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , procede examinar 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.*

*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.Lille, 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 (RCA 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 Carlos Jesús , 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. Augusto , Director de la Cátedra ESABE 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 la referida sentencia, la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 24 de enero de 2011 , confirmada por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2014 , se dijo:

*" 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."*

Y ello porque, como señala la sentencia " *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."*

**CUARTO-** La recurrente considera que la resolución de ejecución contradice el fallo de la sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de enero de 2013 y vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de TESAU, incurre en arbitrariedad y genera inseguridad jurídica a la recurrente.

La CNMC siempre a juicio de la actora, incumple el fallo de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de enero de 2013 , pues si bien se le concede libertad de criterio regulatorio (aunque con la pertinente motivación), también se le exige que realice una nueva valoración de los beneficios no monetarios correspondientes a la imagen de marca y la ubicuidad del ejercicio 2008, y lo que hace la CNMC es confirmar el cálculo de dichos beneficios en los términos expuestos en la Resolución de la CMT de 7 de diciembre de 2010, que fue expresamente anulada.

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 Augusto 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 Cosme , 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 Y2005, 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."*

**QUINTO-** 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 que se ejecuta por el acto administrativo impugnado en los autos, 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 parte actora en su escrito de conclusiones alega que " tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo, en las referidas sentencias, dejaron claro que la metodología del informe de AdL y la del informe del perito de TESAU están mucho más justificadas y que la utilizada por la CMT es disconforme a Derecho. Así, por mucho que la CNMC esté en desacuerdo con las citadas sentencias, es evidente que son de aplicación aquellas metodologías que han sido declaradas más justificadas y, por supuesto, no será de aplicación la utilizada por la CMT, que fue declarada disconforme a Derecho."*

Pero la discrepancia fundamental se encuentra, siempre a juicio de esta Sala, en como llevar a cabo la encuesta, no en si se realiza o no. Cree la recurrente que su encuesta no es parcial, y que deben aceptarse los resultados obtenidos por el perito Sr. Augusto . En concreto señala que debe aceptarse la conclusión de que 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. El Tribunal Supremo consideró en su momento admisible el recurso, y ordenó a la CMT que elaborase y aplicase una metodología sobre el cálculo del beneficio no monetario del CNSU del ejercicio en cuestión, " 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 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 2008, 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 respecto del beneficio no monetario por ubicuidad aprobado en la resolución impugnada.

En el escrito de demanda (pag. 27) 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 Epifanio 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 la CMT de 7 de diciembre de 2010.*

*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 Audiencia Nacional ni el Tribunal Supremo han establecido que no haya beneficio alguno por este concepto, ni han establecido unos resultados matemáticos, o aceptado expresamente una conclusión de importes concretos, las sentencias no van más allá de la cuestión de la metodología.

Se ha señalado tanto por esta Sala como por el Alto Tribunal 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-** . Por aplicación de lo dispuesto en el art. 139 de la ley jurisdiccional procede condenar al pago de las costas a la parte actora que ha visto íntegramente desestimado su recurso.

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



## FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** el recurso de contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.** contra la resolución dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el día 24 de noviembre de 2016 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho. Con condena a la parte actora al pago de las costas.

La presente Sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ