



Roj: **STS 3641/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3641**

Id Cendoj: **28079130032017100386**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **17/10/2017**

Nº de Recurso: **1334/2015**

Nº de Resolución: **1567/2017**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 732/2015,**
STS 3641/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 17 de octubre de 2017

Esta Sala ha visto constituida la **Sección Tercera** por los magistrados arriba referenciados, el recurso de casación número 1334/2015, interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU (TESAU), representada por la Procuradora D^a. Gloria Teresa Robledo Machuca, contra la sentencia de fecha 2 de marzo de 2015 dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 220/2013 . Ha sido parte recurrida el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Isabel Perello Domenech

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento contencioso-administrativo número 220/2013, seguido ante la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, se recurría la resolución de 14 de febrero de 2013 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por la que se desestiman los recursos de reposición interpuestos por Telefónica de España SAU y France Telecom España SA contra la resolución de 22 de noviembre de 2012 sobre la nueva metodología para el cálculo del coste neto del servicio universal, tras la incorporación de la conexión de banda ancha.

SEGUNDO.- La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 2 de marzo de 2015 , en el procedimiento contencioso-administrativo número 220/13, cuya parte dispositiva dice textualmente:

«**FALLAMOS.-** Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso de contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU (TESAU), contra resolución de fecha 22 de noviembre de 2012 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.*»

Contra la referida sentencia, la representación procesal de TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU preparó recurso de casación que la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, tuvo por preparado al tiempo que, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, comparecieron en tiempo y forma ante el Tribunal Supremo. Presentado escrito de interposición del recurso de casación por TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU (TESAU) de 28 de mayo de 2014, en el se plantearon los siguientes tres motivos de casación:



Primero.-Al amparo del artículo 88.1.c) LJCA , denuncia la infracción de los artículos 120.3 CE y 218.2 LEC , en relación con el art. 24.1 CE : 1) definición de zona, 2) establecimiento de las mismas zonas para el servicio de conexión y el STDP, 3) agregación de ingresos y costes de todos los servicios mayoristas y minoristas para analizar la rentabilidad de una zona, 4) determinación de las ventajas derivadas de la ubicuidad, 5) falta de motivación de la sentencia.

Segundo.-Al amparo del artículo 88.1.c) LJCA , se denuncia la infracción de los artículos 120.3 CE , y 218.2 LEC , en relación con el artículo 24.1 CE .

Tercero.- Al amparo del artículo 88.1.c) LJCA , se denuncia la infracción de los artículos 61.3 LJCA , 328.1 LEC y 24.1 y 2 CE .

Terminando por suplicar dicte sentencia por la que case y anule la sentencia recurrida y retrotrayendo las actuaciones al momento procesal oportuno.

CUARTO.- En el escrito de 2 de noviembre de 2015 de oposición al recurso de casación, el Abogado del Estado tras las alegaciones oportunas, termina suplicando a la Sala dicte sentencia por la que se rechacen los motivos y el recurso, confirmando la sentencia recurrida, con costas.

QUINTO. - Se señaló para votación y fallo el día 17 de octubre de 2017, que fue suspendida por necesidades del servicio, y señalada nuevamente para deliberación el 3 de octubre de 2017 en que ha tenido lugar, con observancia de las disposiciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sociedad mercantil Telefónica de España, S.A.U. formula el presente recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el 2 de marzo de 2015 , que desestimó el recurso contencioso administrativo deducido por dicha mercantil contra la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 14 de febrero de 2013. Esta última desestima el recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España SAU y France Telecom España SA contra la resolución de 22 de noviembre de 2012, sobre la nueva metodología para el cálculo del coste del servicio universal, tras la incorporación de la banda ancha (Expte AJ 2012/2746)

El recurso de casación se articula en tres diferentes motivos, acogidos todos ellos al cauce del apartado c) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción .

En el primer motivo se aduce la infracción de los artículos 120.3 CE y 218 LEC , en relación con el artículo 24.1 CE . Denuncia la mercantil recurrente que en su escrito de demanda planteó una serie de cuestiones esenciales que no fueron debidamente contestadas en la Sentencia, relativas a la incorrecta delimitación de zona, el establecimiento de las mismas zonas para el servicio de conexión y el servicio telefónico disponible al público, la metodología en relación al cambio de criterio con respecto a la anteriormente empleada por la CMT, sin que haya habido un cambio normativo o técnico que lo justifique, contabilización de ingresos y costes de todos los servicios mayoristas y minoristas para analizar la rentabilidad de una zona, eliminación de ciertos costes, cálculo del coste y de la imagen de la marca del operador y beneficio no monetario de la ubicuidad, computable a efectos del coste neto del servicio universal. Considera la recurrente que respecto a estos concretos aspectos «la sala no ha exteriorizado de forma suficiente porque considera razonables los criterios de la CMT, ni se rebaten los argumentos expresados por esta parte, que han quedado sin la adecuada respuesta», incurriendo así la sentencia en el déficit de motivación que se denuncia.

El segundo motivo se basa en la infracción de los mismos preceptos invocados en el anterior, los artículos 120.3 CE y 218 LEC , en relación con el artículo 24.1 CE . La vulneración se habría ocasionado esta vez por la falta de la toma en consideración del informe pericial aportado sobre la resolución de la CMT de 22 de noviembre de 2012, elaborado por el Dr. Cecilio , que contenía una crítica frontal sobre varios conceptos fundamentales de la resolución de la CMT, desde el punto de vista técnico, que generan serias dudas sobre su razonabilidad.

El dictamen pericial que demuestra lo irrazonable de la resolución de la CMT, no ha sido debidamente debatido en la sentencia, que no motiva los diferentes aspectos de la prueba pericial, pues no se exterioriza por la Sala de instancia las causas por las que la prueba pericial no ha tenido virtualidad suficiente para dejar sin efecto el criterio de la CMT.

El tercer y último de los motivos denuncia la infracción de los artículos 61.3 LJCA , 328.1 LEC y 24.1 y 2 CE y ello por la negativa de facilitar a Telefónica la documentación señalada como documental por ISDEFE, razonando erróneamente la sala que dicha documentación fue aportada por la propia recurrente que no acredita que el conocimiento de dichos documentos en fase de prueba fuera indispensable para ejercitar la pretensión.



SEGUNDO .- Como hemos expuesto, el primer motivo del recurso censura la sentencia de instancia por falta de motivación, déficit que se imputa en relación con una serie de aspectos planteados en la demanda -antes reseñados- que, en opinión de la recurrente, no han recibido una respuesta adecuada por parte de la Sala de instancia.

La Sala de la Audiencia Nacional, tras sintetizar en el tercero de los fundamentos jurídicos de la sentencia las cuestiones suscitadas en el escrito de demanda en relación al coste del servicio universal y el marco normativo vigente, aborda del séptimo al último de los fundamentos los concretos motivos de impugnación, con las siguientes consideraciones jurídicas:

«**SEPTIMO** .- Entrando ya a examinar los concretos motivos de recurso, la actora alega en primer lugar, la incorrecta definición de las zonas, realizada sin la debida justificación técnica. En vía administrativa había alegado TESAU que los servicios considerados para determinar la rentabilidad de las zonas son incorrectos, a tenor de lo dispuesto en los arts. 41.2 y 42.2 del RSU.

En el escrito de conclusiones, y una vez practicada la prueba pericial, concreta que ha tenido lugar una "incorrecta definición de zonas" pues la actora considera que los elementos técnicos que configuran por un lado el servicio de conexión y por otro el STDP son diferentes, lo que conlleva decisiones de inversión diferenciadas y por consiguiente distintos costes evitables.

Este extremo es analizado en el informe pericial de parte: en concreto, se emite opinión sobre la metodología empleada por la CMT para definir las zonas en las que se calcula el CNSU que resultan en zonas no rentables a efectos del SU (las ZNR)

En el expediente obra el informe de ISDEFE, en cuya introducción se identifican las comparaciones entre las metodologías de cálculo del CNSU utilizadas en otros Estados Miembros de la UE. y se detallan los componentes:

- 1) coste neto directo de prestación del SU: zonas no rentables, usuarios no rentables en zonas rentables, usuarios con tarifas especiales, cabinas, directorios, guías y servicios de información.
- 2) Beneficios inmateriales asociados: imagen de marca, ubicuidad, ciclo de vida, marketing, publicidad en cabinas.

Obra documento relativo a requerimiento de información para estimar el CNSU de TESAU en la parte correspondiente a conexión a la red y servicio telefónico disponible al público en las zonas no rentables, conexión a la red y servicio telefónico disponible al público para la prestación eficiente de servicios no rentables, y guías. Se detalla cada extremo:

- . Rentabilidad por zona: requerimiento basado en lo acordado entre TESAU, ISDEFE y la CMT en audioconferencia de 22 de diciembre de 2011.
- . Prestación eficiente de servicios no rentables: se recogen las fórmulas a aplicar por TESAU para calcular el coste de estos componentes del SU.
- . Guías: TESAU debe indicar el coste de prestación del servicio de guías.

Obra documento relativo al cálculo del coste adicional incremental que supondrá para TESAU en el coste neto del SU de 2012 la prestación del servicio de banda ancha a 1 Mbps como requiere el reglamento del SU y se señala literalmente:

" para lo cual se deben estimar en primer lugar, los nuevos clientes del servicio de banda ancha a 1 Mbps en el ámbito del SU que en el momento de la solicitud no tienen la red preparada para esta velocidad de prestación del servicio y, por tanto, debe ser actualizada por TESAU. Y en segundo lugar, se debe calcular el coste incremental de prestación del servicio de banda ancha a 1 Mbps a estos clientes en el ejercicio 2012 ".

Obra igualmente el documento relativo a la información requerida para estimar el coste neto directo de los teléfonos públicos de pago.

La CMT ha calculado el coste neto de las zonas no rentables según el esquema metodológico que figura en la pág. 12 de la resolución impugnada. Se resume como la diferencia entre los costes evitables y los ingresos atribuibles al servicio de conexión a la red y al STDP en cada una de las zonas no rentables.

A su vez los costes evitables son la diferencia entre actuar con la obligación de SU y los que resultan sin dicha obligación.

La crítica de la actora, basada en la pericial practicada a su instancia, se basa en la denominada "agregación" siendo así que, a juicio de la parte, deja sin reconocer una parte importante de los costes.

La justificación de la CMT es la siguiente: en el concurso público para la prestación del SU, en los pliegos de licitación, se unificó la prestación de los servicios de conexión a la red y tráfico telefónico.

La Orden ITC/2464/2011, de 15 de septiembre, por la que se aprueba el pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas para la designación de operador u operadores encargados de la prestación de los elementos de servicio universal relativos al suministro de la conexión a la red pública de comunicaciones electrónicas y a la prestación del servicio telefónico disponible al público, y se convoca el correspondiente concurso, recoge efectivamente una zona común para definir el cálculo de la rentabilidad: la misma zona para la conexión y el servicio telefónico.

La Orden ITC/3231/2011, de 17 de noviembre, resuelve la licitación convocada por Orden ITC/2464/2011 y designa a Telefónica de España, SAU como operador encargado de la prestación de los elementos de servicio universal relativos al suministro de la conexión a la red pública de comunicaciones electrónicas y a la prestación del servicio telefónico disponible al público, desde una ubicación fija.

Resulta así que la convocatoria contiene un " *Pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas para la designación de operador u operadores encargados de la prestación de los elementos de servicio universal relativos al suministro de la conexión a la red pública de comunicaciones electrónicas y al servicio telefónico disponible al público*".

Este pliego contiene las obligaciones, y asimismo el derecho del operador a la compensación del coste neto.

La Administración ha tomado en consideración, a juicio de esta Sala, la totalidad de las variables afectadas, si bien no en la forma pretendida por la recurrente: el resumen es, con independencia de otras consideraciones, que una zona es rentable en términos económicos y comerciales, si los servicios que se prestan en ella, tanto el SU como los demás, generan un margen positivo. Y como concreta en la resolución del recurso de Telefónica "Y aunque posteriormente el coste neto del servicio universal se calcule únicamente con los servicios que forman parte de la obligación de dicho servicio, el RSU en ningún momento establece que la rentabilidad de las zonas deba calcularse de igual manera que el coste neto de la obligación del servicio universal". Es correcta la definición de costes evitables como los que resultan de aquellas cifras de coste en que incurriría TESAU sin prestar el SU y los que incurre con la prestación del mismo, y dado que se está estableciendo el coste en el marco de la obligación conjunta de prestar servicio de conexión a la red y el STDP considera la Sala, con la Administración, que deben tomarse ambas en consideración, al igual que para calcular los ingresos.

Continúa la CMT aclarando que el criterio técnico se ajusta mejor que cualquier criterio administrativo en tanto que la decisión de inversión de un operador se aproxima más a este criterio técnico de red, y porque este a la vez toma en consideración otros, como son los demográficos y los socio-económicos. Es igualmente razonable la conclusión de que un operador que cubre un núcleo elevado de demanda mediante el establecimiento de una central telefónica intentará ofrecer todos los servicios posibles, teléfono, internet e incluso televisión, como demuestra la práctica comercial reciente de la recurrente. No hay duda a juicio de esta Sala que la consecuencia extraída por la CMT, definiendo el concepto de zona en relación con la estructura actual de centrales locales incluyendo las remotas es razonable y está justificada: porque una gran mayoría de la red actual de bucles de cobre soportan la velocidad de acceso a internet establecida ahora de 1Mbps, es decir, TESAU podría asegurar la prestación de los servicios litigiosos mediante la estructura de centrales que ya tenía, cubriendo el resto, considerado por la CMT y no combatido por actora, como "marginal", con tecnologías inalámbricas y satélites.

OCTAVO- . Sobre el método de cálculo de los costes del servicio de conexión y del STDP alega la actora que lo procedente es estimar por separado los costes reales evitables asociados a cada uno de los servicios, en congruencia con la modificación del RSU que ha motivado esta nueva metodología.

La Sala no comparte esta alegación: nuevamente es preciso recordar que se ha producido una convocatoria para la designación de operador encargado de la prestación de cualquiera de los elementos integrantes del servicio universal que no quede garantizada por el libre mercado, mediante licitación a través de Orden Ministerial. En concreto se incluyeron en el procedimiento de designación " *en aras de una mayor eficiencia del proceso*" las siguientes condiciones específicas: la agrupación del elemento relativo a la conexión a la red con el relativo al servicio telefónico.

Si bien está claro que, como alega la actora, ambos servicios tienen diferencias sustanciales, el conjunto de la regulación, las propias previsiones del concurso de adjudicación, conllevan el cálculo conjunto desde el punto de vista técnico y regulatorio. Como señala el Abogado del Estado, la distinta regulación en los arts. 41 y 42 del coste neto de las obligaciones de suministrar la conexión a la red pública de comunicaciones electrónicas, y el coste neto de las obligaciones de prestar el servicio telefónico disponible al público, no impide que la CMT establezca unas mismas zonas para unos y otros, siempre que, como es el caso, y justificado por el hecho recordado más arriba, " *TESAU podría asegurar la prestación de los servicios litigiosos mediante la estructura de*

centrales que ya tenía, cubriendo el resto, considerado por la CMT y no combatido por actora, como "marginal", con tecnologías inalámbricas y satélites".

Según el art. 41 el coste neto de las obligaciones de suministrar la conexión a la red pública de comunicaciones electrónicas se obtendrá sumando el coste neto asociado al suministro de las conexiones para la prestación eficiente de los servicios no rentables con el coste neto de suministrar las conexiones en las zonas no rentables deduciendo los beneficios incluidos los no monetarios obtenidos por el operador.

Según el art. 42 el coste neto de las obligaciones de prestar el servicio telefónico disponible al público se obtendrá sumando el coste neto asociado al servicio telefónico disponible al público con el coste neto de suministrar el servicio en cuestión en zonas no rentables deduciendo los beneficios incluidos los no monetarios obtenidos por el operador.

Directamente relacionado con este motivo de recurso se encuentra el siguiente, relativo a la agregación de los ingresos y costes de todos los servicios mayoristas y minoristas para analizar la rentabilidad de una zona: la actora considera que deben distinguirse los incluidos en el servicio universal del resto de servicios comerciales.

La actora trae a colación el voto particular formulado por una Consejera de la CMT la cual a su vez cita una sentencia de esta Sala y Sección, la de 9 de mayo de 2011 dictada en un recurso en el que la ahora actora era codemandada, cita que no guarda relación con la cuestión debatida.

En efecto, se discutía entonces si el beneficio que TESAU obtiene por la elaboración de guías y por la atención al servicio de información 11818 debía minorar los costes soportados por TESAU por la prestación del servicio universal. Y se concluía que según el art. 39.3 del RSU el coste neto de prestación del servicio universal será determinado en función del ahorro neto que el operador conseguiría si no tuviera obligación de prestar el servicio universal. En resumen: el coste neto no requiere compensar las diferentes partidas, sino que el saldo positivo de un concepto no debe minorar los negativos de otro. Cada concepto se calcula por separado, pero como concreta la sentencia no se puede entender que lo que gana en las zonas rentables vaya a enjugar lo que pierde en las zonas no rentables.

En este caso, se debate si es conforme a derecho precisamente el que se vaya delimitando primero zonas rentables y no rentables, y a continuación establecer la rentabilidad de las zonas, concluyendo esta Sala con la CMT que nada obliga a calcular la rentabilidad de las zonas de la misma manera que el coste neto del servicio universal. De la propia redacción de los citados arts. 41 y 42 resulta la inclusión de todos los servicios que el operador puede comercializar en la zona. Una vez determinada las zonas no rentables, a efectos de estimar el coste neto, solo se toman en consideración los servicios de conexión a la red y tráfico telefónico y únicamente sus costes evitables y sus ingresos atribuibles.

La actora considera igualmente arbitraria la eliminación, para calcular la rentabilidad de las zonas, de la parte de los costes de marketing y publicidad, y de los costes de ventas directamente atribuibles a los servicios de conexión y de acceso a la red telefónica básica.

En la resolución desestimatoria del recurso de reposición, la CMT señala que el hecho de que una parte del coste de "Ventas" se asigne a los servicios de acceso y conexión a la red telefónica básica en el sistema de contabilidad costes no implica que se tenga que considerar en el cálculo del coste neto del servicio universal, pues en la actual metodología se toman en consideración únicamente los costes que se evitarían en el caso de dejar de prestar el servicio universal. Y aunque contablemente los costes de ventas, se asignen a los servicios de conexión y acceso a la red telefónica básica de la contabilidad regulatoria, eso no implica que se asignen al coste neto del servicio universal porque no son evitables.

La Sala comparte esta apreciación: el hecho de que contablemente sea admisible, o incluso obligatoria, la imputación de parte de los costes litigiosos a la prestación del servicio universal, no quiere decir que tengan que tomarse en consideración para calcular el coste neto del mismo. Es razonable excluir aquellos costes en los que la empresa incurriría de no verse en la obligación de prestar el servicio universal, pues resulta claro que no son inherentes a este.

NOVENO -. La actora considera que el cálculo del coste neto del abono social es arbitrario pues en la anterior metodología de cálculo la CMT consideraba como coste la diferencia entre el precio rebajado que se cobra a cierto colectivo de clientes y el precio al que se le cobraría el servicio en el caso de no estar obligada a prestar dicho abono social. Y alega que ahora sin justificación, la CMT ha establecido que el coste será solo la diferencia entre el precio cobrado a los clientes del abono social y el coste que supone a TESAU prestar el servicio.

El art. 39.3 del RSU establece:



" Tendrán la consideración de servicios no rentables los solicitados por clientes o grupos de clientes, a los que un operador no se los prestaría a precio asequible, atendiendo a razones exclusivamente comerciales, bien por disfrutar de tarifas especiales, bien por su alto coste, incluido el de su acceso " .

Según la recurrente, lo decisivo es la frase "atendiendo a razones exclusivamente comerciales" y así ella ofrecería el servicio solo al precio correspondiente a la oferta minorista del servicio que se trate. Por lo tanto no es correcto calcular la diferencia ente el coste de proveer el servicio y el precio reducido del mismo, pues así no se toma en consideración el "coste de oportunidad".

La CMT recuerda que " el coste de oportunidad es un concepto económico que en este caso representa la diferencia entre la rentabilidad para TESAU por un cliente a quién se le presta el servicio atendiendo a razones exclusivamente comerciales y la rentabilidad por un cliente al que está obligado a prestar servicio como consecuencia de la obligación del servicio universal. El coste de oportunidad se puede definir como aquello a lo que un agente renuncia cuando hace una elección o toma una decisión, lo que no tiene relación con el coste propiamente dicho, sino con el beneficio o ganancia que deja de percibir con esa elección "

Según el art. 39 RSU citado, son servicios no rentables aquellos que un operador no prestaría a precio asequible por razones comerciales: son servicios que no son rentables aunque se encuentren en zonas rentables, porque se han establecido tarifas especiales que reducen el ingreso y el margen de beneficio del operador, o por el elevado coste de prestación o acceso al servicio para usuarios con discapacidades. Se trata de jubilados y pensionistas, usuarios ciegos y usuarios sordos.

La CMT ha tomado en cuenta la diferencia entre el coste de prestación del servicio y el precio reducido que se cobra al beneficiario, pero, como alegaron en su día los competidores, se trata de que a Telefónica no le cueste dinero no de que se le compense por los beneficios dejados de percibir si se hubieran cobrado las tarifas normales.

DÉCIMO - La actora se muestra disconforme con el cálculo del reconocimiento de la imagen de marca del operador y el cálculo del beneficio de ubicuidad.

La cuestión relativa la imagen de marca se vincula a los informes de Pascual y el Sr. Santiago en los que se señala que la encuesta para calcular este beneficio debe hacerse únicamente en zonas rentables. No se aclara a la Sala por qué las conclusiones obtenidas en otro sistema distinto de metodología de cálculo del coste neto del servicio universal hace respectivamente nueve y seis años, deberían aceptarse por la Sala, específicamente, ni se justifica si las razones tomadas entonces en consideración siguen siendo válidas.

En su día esta Sala estimó el recurso en relación con este extremo sobre la base de que la CMT no expresó de forma "clara las razones técnico económicas por las que la administración se separaba de los informes con los que contaba".

No es este el caso. La CMT en las pags. 50 a 53 explica detalladamente como ha establecido sus cálculos:

1) el modelo más adecuado para la cuantificación de este beneficio debe basarse en la realización de encuestas a los usuarios. El objetivo es obtener una estimación del porcentaje de usuarios fieles al operador prestador del SU precisamente por llevar a cabo este servicio.

2) Dado que ahora se incluye la banda ancha, la influencia de la imagen de marca del operador es relevante no solo para los clientes que hasta ahora, debido a su ubicación, podían elegir al prestador de sus servicios, sino también para los clientes que antes no tenían opción de contratar la banda ancha y ahora pueden elegir también al prestador de este servicio.

Para elaborar las encuestas y averiguar así el porcentaje de clientes fieles al operador prestador del SU, se toman en consideración las siguientes cuestiones:

- a) no es cliente de otro operador de telefonía fija ni banda ancha
- b) no está en proceso de cambio de operador para los servicios de telefonía fija ni banda ancha
- c) es consciente de la obligación del SU a cargo del operador prestador, evitando en el cuestionario conceptos excesivamente técnicos relacionados con el lenguaje propio de la normativa de telecomunicaciones
- d) considera la prestación del SU el principal motivo para ser cliente del operador prestador

La encuesta se debe realizar sobre una muestra de población representativa, considerando tanto zonas rentables como no rentables, y, este es uno de los ejes del debate litigioso en este extremo, la CMT señala que en ambas zonas puede existir competencia, es decir, la posibilidad de elegir un operador alternativo para los servicios.



La Administración considera fiable esta metodología sobre la base de que las encuestas deben plantearse de forma que los consumidores conozcan la labor de un operador que presta el SU, " *es decir, perciban que es este operador el que presta el servicio telefónico en zonas rurales, ofrece descuentos a jubilados y pensionistas etc.* ".

La actora se limita a señalar que el cliente debe pertenecer a una zona en la que exista oferta de otros competidores para poder elegir, al parecer dando por sentado, sin fundamento probatorio alguno, que en las zonas no rentables solo opera el prestador del servicio universal.

La Sala comparte las apreciaciones de la Administración: los criterios que se recogen en relación con la realización de encuestas son objetivos, y permiten identificar de forma razonable el conocimiento que los usuarios tienen de la actora como prestadora del servicio universal. La imagen de marca influye con independencia de que las zonas sean o no rentables, y así es igualmente conforme a derecho aplicar el margen medio obtenido a partir del sistema de contabilidad de costes para calcular este beneficio no monetario.

En relación con la determinación de las ventajas derivadas de la ubicuidad, nuevamente se hace referencia al informe de Pascual y al dictamen pericial del Sr. Santiago : entiende la actora que si un consumidor que emigra a una zona en competencia sigue exigiendo como operador al prestador del servicio universal, habrá beneficio por ubicuidad solo en el caso de que lo haya elegido por fidelidad o gratitud por los años en los que prestó el servicio que no era económicamente beneficioso. Pero si lo hubiera elegido por razones distintas no se le puede imputar la decisión como beneficio.

La CMT señala que la ubicuidad es el beneficio no monetario derivado de la cobertura geográfica y demográfica del operador prestador del SU, que se produce cuando usuarios del operador de zonas no rentables se mudan a zonas rentables y siguen contratando sus servicios con dicho operador por el hecho de que presta servicios en todo el territorio nacional y tiene mayor capilaridad de red. (pag. 54) La CMT tuvo en cuenta las alegaciones de TESAU y concluyó que solo se considerará como "beneficio intangible" de ubicuidad la contratación por parte del usuario causada porque el operador prestador está presente en todo el territorio nacional. Se detalla en dicho folio 54 y los siguientes el sistema de cálculo. La actora se limita a señalar que "no ofrece mayores explicaciones ni datos que corroboren dicha afirmación" y que ha cambiado de criterio de forma "injustificada y apartándose de todos los informes periciales existentes al respecto".

La Sala no aprecia tal falta de motivación, pues se expone con detalle el método de cálculo, partiendo de la base de considerar el número de líneas de zonas no rentables que tienen todos los servicios del SU con el operador prestador del servicio universal; a estos clientes fieles se les aplica la tasa de migración mediante la estadística del INE de migración desde municipios de menos de 10.000 habitantes hacia las principales capitales de provincia y ciudades de más de 100.000 habitantes, y ello porque se entiende que las zonas no rentables están mayoritariamente en los municipios de este tamaño, y las zonas rentables en las capitales de provincia y ciudades de más de cien mil habitantes.

Como no todos los clientes puros que migran de zonas no rentables a zonas rentables contratan el teléfono fijo, y de estos solo unos cuantos contratan con el operador prestador del SU se aplica una nueva fórmula correctora.

A partir de ahí se identifican los clientes, medidos en términos de líneas, que deciden contratar solo el servicio telefónico o contratar tanto el teléfono como la banda ancha.

No se aprecia la denunciada arbitrariedad ni la falta de motivación ni el apartamiento de un precedente que no es relevante ante el cambio de sistema descrito anteriormente.»

TERCERO. - Procede analizar la censura de falta de motivación de la sentencia, comenzando por la alegación relativa a la definición de zona, realizada, según la parte recurrente «sin la debida justificación técnica». Según la sociedad Telefónica de España, el criterio de la CMT de considerar como una zona «el área servida por una central local y por todas las centrales remotas dependientes de ella» -criterio que se venía aplicando hasta el momento- carece de todo sustento técnico y frente a él, alegó en la demanda que la opción de definir la zona como el área cubierta por un repartidor en lugar de una central local, permitía calcular con precisión el coste real de prestación del servicio universal. Añade que aportó ante la CMT un informe de la empresa consultora WIK -que no es citado por la sentencia- que desarrolla un concepto de operador eficiente que no concuerda con el que utiliza la propia CMT respecto al cálculo del CNSU. Siendo así que la Sentencia simplemente concluye que el concepto de zona en relación con la estructura de centrales locales está justificado y ello porque la gran mayoría de la red actual de bucles de cobre soporta la velocidad de acceso a internet establecida en 1 Mbps. En opinión de la recurrente- dicha conclusión demuestra que los argumentos expuestos en contra no lograron generar una mínima reflexión por parte de la Sala, que admite el criterio de la CMT sin realizar su confrontación.

Pues bien, la Sala de la Audiencia Nacional aborda esta primera cuestión sobre la incorrecta definición de las zonas tras recordar el marco vigente en la regulación del servicio universal y acude a los informes periciales



de parte, al emitido por el ISDEFE, en el que se comparan las metodologías para el cálculo del CNSU utilizados en otros Estados miembros de la UE y sus componentes, a otro documento relativo al requerimiento de información para estimar el CNSU de TESAU en la parte correspondiente a conexión a la red y servicio telefónico disponible al público en las zonas no rentables, conexión a la red y servicio telefónico disponible al público para la prestación eficiente de servicios no rentables y guías, detallando cada uno de los tres extremos que se transcriben en la sentencia. Igualmente la Sala considera otro documento relativo al cálculo del coste adicional incremental que supondrá para TESAU en el coste neto del SU de 2012 la prestación del servicio de banda ancha a 1 Mbps como requiere el reglamento del SU, cuyo contenido transcribe literalmente. Y finalmente, valora el documento relativo a la información requerida para estimar el coste neto directo de los teléfonos públicos de pago.

A partir de tal documentación y de lo dispuesto en las Ordenes ITC-2464 y 3231 del año 2001, concluye la Sala de forma clara que «la Administración ha tomado en consideración, a juicio de esta Sala, la totalidad de las variables afectadas, si bien no de la forma pretendida por la recurrente» exponiendo seguidamente el criterio esencial sobre cuando una zona es rentable en términos económicos y comerciales (cuando los servicios que se prestan en ella -tanto el SU, como los demás- generan un margen positivo), asumiendo y corroborando como válida la interpretación del concepto de zona contenido en la resolución de la CMT impugnada.

En el siguiente fundamento jurídico octavo, analiza el método de cálculo de los costes del servicio de conexión y del STDP y la singular alegación de que procede la estimación separada de los costes reales evitables asociados a cada uno de los servicios, en congruencia con la modificación del RSU que ha motivado la nueva metodología. La Sala afirma expresamente que no comparte dicha alegación afirmando que las propias previsiones del concurso de adjudicación conllevan el cálculo conjunto desde el punto de vista técnico y regulatorio, con remisión a lo dispuesto en los artículos 41 y 42 del RSU.

También aborda la Sala de la Audiencia Nacional el argumento relativo a la agregación de los ingresos y costes de todos los servicios mayoristas y minoristas para analizar la rentabilidad de una zona, pues en la tesis sustentada por la recurrente, debían distinguirse los incluidos en el servicio universal del resto de los servicios comerciales, con cita del Voto particular invocado por Telefónica. Tras lo cual desarrolla su argumentación que le lleva a compartir el criterio de la CMT acerca de que nada obliga a calcular la rentabilidad de la zona de la misma manera que el coste neto del servicio universal.

En el noveno de los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia, se analiza el argumento de la recurrente Telefónica, de que el cálculo del coste neto del abono social es arbitrario pues, considera que con la nueva metodología y sin justificación, la CMT establece que el coste será solo la diferencia entre el precio cobrado a los clientes del abono social y el coste que supone a TEASU prestar el servicio.

La Sala responde a dicha cuestión acudiendo a lo establecido en el artículo 39.3 RSU y considera adecuada la opinión de la CMT al entender que lo importante no es la compensación de los beneficios dejados de obtener si se hubieran cobrado las tarifas normales. Se trata y resuelve así de forma razonada y motivada por la Sala de la Audiencia Nacional la específica alegación sobre el coste del abono social, exponiendo a lo largo de dicho fundamento las razones de su rechazo, que se sintetiza en el último de los párrafos del FJ 9º antes transcrito.

En lo que se refiere a la disconformidad con el cálculo del reconocimiento de la imagen de marca del operador y el cálculo del beneficio de la ubicuidad, la Sala expone de igual modo su criterio en el fundamento jurídico décimo de la sentencia en el que examina de forma extensa ambas cuestiones para rechazarlas con arreglo a las razones que expresa en forma amplia en su sentencia y que antes se han reflejado.

Se advierte así que la Sala ha ofrecido una respuesta suficientemente motivada a las concretas cuestiones sometidas a su consideración, y si bien, la parte puede discrepar de dicha respuesta, -discrepancia que en su caso, debió articularse por el cauce del artículo 88.1 d) LJCA - es lo cierto que desde la exclusiva perspectiva desde la que se formula el recurso de casación -de déficit de motivación- la queja resulta infundada en cuanto se incorporan y se exteriorizan en la sentencia de forma motivada las razones esenciales o la *ratio decidendi* que justifica la desestimación de las diferentes pretensiones a las que alude el motivo. Ciertamente, aun cuando el pronunciamiento de la Sala pudo ser más pormenorizado y detallado y pudo hacer un examen más pormenorizado de las cuestiones sometidas a su consideración, cabe entender que cumple los parámetros de motivación exigibles, sin que la crítica a la sentencia desde la sola óptica de la parte sea suficiente para la viabilidad de la queja, una vez descartado el vicio formal de motivación.

CUARTO.- El segundo motivo de casación se sustenta en la falta de motivación, esta vez en relación a la valoración del informe pericial aportado a autos con el escrito de demanda de Telefónica, elaborado por el perito Sr. Cecilio , que, en su opinión, venía a acreditar «lo irrazonable de la resolución de la CMT». Afirma la recurrente que no ha habido una mínima argumentación que exteriorice las razones por las que la prueba pericial no ha tenido la virtualidad suficiente para dejar sin efecto el criterio de la Administración, más en este



supuesto en el que la pericial cobra una importancia especial al existir una carga técnica considerable. La sentencia resuelve la cuestión reproduciendo el criterio adoptado por la CMT sin contestar ninguno de los argumentos incluidos en el dictamen que demuestran su falta de razonabilidad, lo que comporta, en opinión de la recurrente, una mera apariencia de motivación que no elimina la arbitrariedad de la sentencia.

La queja no puede ser atendida, pues la lectura de la sentencia impugnada pone de manifiesto que la Sala de la Audiencia Nacional toma en consideración el dictamen elaborado por el perito Dr. Cecilio que aportado con la demanda, fue ratificado en autos. La valoración del informe pericial se expresa en el undécimo fundamento de la sentencia, en el que se indica de forma general que «no ha tenido la virtualidad para dejar sin efecto las conclusiones obtenidas por la Administración», si bien, la Sala se remite a lo precedentemente razonado en su sentencia con ocasión del examen de cada una de las alegaciones de la demanda.

Y aun cuando, en efecto, no se incluye en la sentencia un examen pormenorizado de las conclusiones del dictamen pericial, es lo cierto que, por un lado, la Audiencia Nacional afirma de forma clara que el dictamen carece de relevancia para alterar las conclusiones de la CMT, apreciación ésta que denota que el Tribunal de instancia consideró que la prueba pericial practicada no fue eficaz para demostrar la pretendida incorrección de las resoluciones de la CMT en la fijación de los criterios para la determinación del coste del servicio universal.

Pero es que además, a lo largo de la fundamentación de la sentencia, al examinar los concretos motivos de impugnación, la Sala ha considerado el dictamen pericial aportado por Telefónica, que ha contrastado con los demás informes técnicos incorporados a autos, sin que a la vista de los razonamientos expuestos para el rechazo de cada una de las cuestiones, que comprende un juicio sobre su viabilidad y justificación técnica, resulte exigible una argumentación adicional sobre las razones por las que la indicada pericial de parte no resulta convincente a los efectos debatidos.

Si tales fueron las razones de la Sala de instancia para no dar valor y eficacia probatoria al informe emitido por el perito, no cabe si no considerar que existe una motivación suficiente de su criterio sobre la falta de relevancia de dicho dictamen pericial para demostrar el error o el desacierto del Acuerdo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones objeto de impugnación.

QUINTO .- El tercer y último de los motivos denuncia que la Sala declaró confidencial cierta documentación incorporada a autos como el informe elaborado por el ISDEFE, sobre la nueva metodología de cálculo del coste neto del servicio universal que la CMT aprobó en su resolución. La Sala impidió el acceso a dicho dictamen a Telefónica asumiendo las razones dadas por dicho organismo. Considera insuficiente la justificación dada por la Sala de que la documentación fue aportada por la propia recurrente y que no se acredita su carácter de indispensable, pues lo cierto, afirma, es que no ha podido conocer las conclusiones de dicho organismo y su aplicación a la metodología propuesta por la CMT.

Pues bien, para la resolución del motivo debemos hacer mención al planteamiento de la parte en la instancia. Singularmente, cabe indicar que en su escrito de demanda, la parte recurrente intereso como medio probatorio la documental (II) en los siguientes términos:

«(II) Que se libre oficio a la empresa Ingeniería de Sistemas para la Defensa de España (ISDEFE) para que aporte a las actuaciones toda aquella documentación que haya elaborado por encargo de la CMT sobre la nueva metodología de cálculo del coste neto del servicio universal aprobada por la Resolución de 22 de noviembre de 2012. Ello sin perjuicio de la confidencialidad que pueda afectar a dicha documentación, en la medida en que contenga información aportada por aportada por TESAU a ISDEFE que debe ser considerada como secreto industrial o comercial.»

En el oficio remitido por el ISDEFE contestando la solicitud de la Sala, se decía que *«debido a que la documentación contiene información confidencial de Telefónica de España SAU, la documentación se acompaña de un índice en el que se indican que documentos son confidenciales para terceros, y se remite en dos soportes electrónicos (uno para la documentación pública y otro aparte para la confidencial, en el que se especifica expresamente dicha condición de confidencial.»* Y frente a tal escrito Telefónica indicó que, no obstante, *«considera que dicha confidencialidad debe alcanzar únicamente a terceros»*, porque tal y como reconocía la propia ISDEFE, la documentación contiene información confidencial aportada precisamente por TESAU y que puede afectar a su derecho al secreto industrial y comercial, pero en ningún caso puede significar que esta confidencialidad le vede el acceso a la propia mercantil a la que en realidad está protegiendo.

Alegación que la Sala desestimó, indicando por providencia de 25 abril 14 que *«en su caso podría acordarse su entrega como diligencia final»*. En su escrito de conclusiones, en el que la parte recurrente afirmó que la Sala, al acordar la confidencialidad de manera genérica a ciertos documentos de los aportados por ISDEFE, ha denegado igualmente a TESAU la posibilidad de conocer estos documentos y poder completar adecuadamente la práctica de la prueba propuesta. Los datos confidenciales que la Sala acordó proteger *«son precisamente*



los facilitados a ISDEFE por mi representada, por lo que ningún menoscabo en su carácter confidencial puede generarse con su conocimiento por mi representada. Si lo habría en cambio, con su acceso por parte de Vodafone. »

Por nuevo escrito de 3 de julio de 2014 reitera su solicitud, reconociendo que los documentos a los que se refiere la confidencialidad, son precisamente los suministrados a la CMT por Telefónica.

Finalmente la Sala examina la cuestión en el quinto de los fundamentos jurídicos, en los siguientes términos:

« - . Antes de continuar con el estudio del recurso, es preciso hacer referencia al hecho de que entre la documentación remitida por ISDEFE había una parte de carácter confidencial, sobre cuyo conocimiento insistió la actora, pese a reconocer que se trata de su propia documentación.

La Sala acordó que, una vez estudiado el recurso para la deliberación y votación y fallo, en caso de considerar necesario efectuar dicho traslado, así se acordaría como diligencia final.

Este Tribunal considera que no procede practicar dicha diligencia sobre la base de que, la referida documentación fue aportada por la propia recurrente, sin que pese a ello, haya explicitado en este recurso, cual es la trascendencia del acceso a dicha documentación de parte para sustentar su pretensión. De hecho la actora pretende una confidencialidad parcial: reconoce que fue ella misma la que solicitó que se declarara la confidencialidad de los documentos, pero solo para evitar el acceso a los mismos de la codemandada. Si reconoce el carácter de secreto comercial e industrial, y reconoce expresamente que "dicha documentación se había basado en datos aportados a ISDEFE por mi representada" no alcanza esta Sala a valorar por qué el que no se reproduzcan en este litigio le produce a la actora indefensión.

Tal ausencia de acreditación se agrava ante la virtual inexistencia de razonamientos, que hubiera podido formular ya que reconoce que en su momento facilitó los referidos documentos, dirigidos a establecer la trascendencia de dicha prueba. En concreto, no se alegado que el conocimiento por TESAU en fase de prueba, puesto que fuera de dicha fase reconoce conocerlos, de los documentos en cuestión sea indispensable para ejercitar su pretensión.

En el auto de fecha 13 de mayo de 2014 el Tribunal Supremo recordaba su doctrina en la materia en los siguientes términos:

" En este punto, nuestra posición jurisprudencial puede resumirse en la que hemos acogido en Auto de 13 de julio de 2006 (recurso 47/2006), reproducido en el de 31 de enero de 2007 (recurso 256/2005). Decíamos en aquel que:

<<A la hora de resolver sobre el posible conflicto entre la confidencialidad de la documentación y las exigencias de los derechos de defensa y tutela judicial efectiva, en una contemplación integral del Ordenamiento Jurídico, hemos de partir de que las decisiones de declaración de confidencialidad efectuadas en sede administrativa no pierden vigor ipso facto por el hecho de que se impugne ante los órganos de la jurisdicción la resolución administrativa en cuyo procedimiento de adopción se realizó tal declaración. No existe previsión normativa alguna que imponga en sede jurisdiccional una automática pérdida de vigencia de la confidencialidad declarada en vía administrativa, pues no resulta lógico que lo que ha permanecido velado durante el procedimiento administrativo por un interés público o privado reconocido en la norma, pueda salir a la luz libremente y sin cortapisa alguna por la mera interposición de un recurso contencioso-administrativo.

Se impone, pues, una valoración circunstanciada de cada caso concretamente examinado, a fin de cohonestar de forma singularizada el derecho a la defensa y la protección de los intereses públicos y privados que conducen a las limitaciones de acceso al expediente administrativo. Por eso, esta Sala, en Auto de seis de octubre de dos mil cinco , recaído en el Recurso Ordinario 533/1994 , ha considerado que esta materia debe abordarse "desde la perspectiva conjunta de no provocar indefensión a ninguna de las partes en el proceso y, a la vez, mantener el equilibrio entre el conocimiento procesal de determinados datos relevantes para el éxito de las pretensiones pero simultáneamente amparados, en principio, por el secreto comercial", sin que sea dable una declaración formulada globalmente sobre la pertinencia o impertinencia de que conste en el expediente toda la documentación solicitada.

Esta doctrina no se opone, sino que más bien resulta complementaria de la que se expone en la Sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 17 de diciembre de 1991 , recaída en el asunto Hércules Chemicals, a tenor de la cual , "el respeto del derecho de defensa no exige que la empresa implicada en un procedimiento pueda comentar todos los documentos que formen parte del expediente de la Comisión, puesto que no hay disposiciones que impongan a la Comisión la obligación de comunicar sus expedientes a las partes interesadas (sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de enero de 1984, asuntos acumulados 43/82 , antes citada, apartado 25)".



En síntesis, la adecuada ponderación entre el derecho a la defensa y el respeto a la confidencialidad, tácita o expresa, de determinados extremos obrantes en el expediente, exige un esfuerzo analítico de las razones por las que se considera pertinente la aportación de documentos de conocimiento limitado, coherente con el principio, de raigambre anglosajona, a tenor del cual el acceso debe ampararse en la llamada "need to know", necesidad que debe justificarse, en este caso concreto, por referencia a cada uno de los documentos solicitados>>.

Proyectada esta doctrina al caso que nos ocupa, concluimos que al no haber manifestado la parte expresión singularizada y razonada del específico motivo por el que habría de prescindirse de los efectos propios de la confidencialidad del documento, en el sentido de no haber hecho una valoración circunstanciada de las razones por las que deba levantarse en aras del derecho de defensa dicha confidencialidad, acordamos que de momento no procede hacer entrega del mismo a la parte actora, debiendo por eso quedar a disposición de la Sala bajo custodia de la Secretaria, como en situación análoga resolvimos en Auto de 20 de enero de 2004 (recurso 38/2003)."

Estos razonamientos entiende esta Sala que son plenamente de aplicación al supuesto de autos, y con este fundamento procede mantener la decisión adoptada en el momento procesal oportuno de no entregar a la recurrente la documentación confidencial aportada por ISDEFE.»

SEXTO. - Frente a ello el recurso de casación se limita a reproducir lo argumentado en la instancia sobre la supuesta indefensión causada a Telefónica pero sin abordar los razonamientos contenidos en la sentencia de instancia y sin concretar de forma suficiente la información que no debió ser considerada confidencial, pues se refiere en términos genéricos y de forma exclusiva a la documentación remitida por Telefónica, -y no a otra documentación- pero no especifica cuales, de los diferentes documentos existentes y reseñados en el índice remitido por ISDEFE, no debieron ser confidenciales por guardar relación directa con su tesis sobre la metodología sobre el coste del servicio universal.

En el motivo de casación tampoco se aclara a qué concretos documentos se refiere su alegación, o si se está pretendiendo la obtención de toda la información remitida por el ISDEFE, o simplemente a aquella documentación diferente de la remitida por la propia Telefónica relacionada con la prestación del servicio universal. Del examen de lo actuado se advierte que el ISDEFE remitió un oficio en el que indicaba que «debido a que la documentación contiene información confidencial de Telefónica, se acompañan dos soportes electrónicos (uno confidencial y el otro no) con un índice de la documentación elaborada para el proyecto de metodología de cálculo del coste neto del servicio universal», y en dicho índice se reseñan diez documentos de los cuales, cinco, tenían el aludido carácter de confidencial.

Pues bien, de esta documentación que podía identificarse por su título y número de referencia, no se reseñan por Telefónica los singulares documentos que eran esenciales para su defensa y en ningún escrito dirigido a la Sala de instancia, y tampoco ahora, en que se explicita el alcance de su petición, que se ciñe en exclusiva -en los escritos de prueba, conclusiones y de petición de diligencia final- a la documentación que contiene la información suministrada por TESAU.

La confidencialidad que se cuestiona se limitó precisamente a determinada documentación que contenía datos considerados secretos industriales y comerciales, pero no tuvieron tal carácter de reservados ni la comparativa de métodos de cálculo del CNSU, ni la consulta pública de la metodología, ni los requerimientos de información. En fin, no se razona de forma convincente en qué manera el acceso a la documentación confidencial, cuyo contenido se reseñaba en los índices, era relevante a los efectos de articular y sustentar sus tesis en el recurso, esto es, no se justifica como le incumbe a la parte, de qué forma el conocimiento de la documentación era esencial en términos de defensa con arreglo a la jurisprudencia constitucional sobre el artículo 24.2 CE, sintetizada en la STC 1/1996 .

La Sala de instancia justificó la confidencialidad a tenor del conocimiento de los datos facilitados por Telefónica- quien instó inicialmente la petición- con las explicaciones que antes hemos transcrito que resultan suficientes y su procedencia no ha sido desvirtuada por las genéricas alegaciones en las que se funda su recurso.

SÉPTIMO. - Procede, por tanto, la desestimación del recurso con la preceptiva condena en costas a la parte que lo ha sostenido, conforme prescribe el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional .

A tenor del apartado tercero de dicho artículo 139, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". La Sala considera procedente en este supuesto limitar la cantidad que la condenada al pago de las costas ha de satisfacer a cada una de las recurridas, por todos los conceptos enumerados en el artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hasta una cifra máxima de 4.000 mil euros, (más el IVA si corresponde a la cantidad reclamada).



FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido **Primero** .- NO HA LUGAR al recurso de casación número 1334/2015, interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU (TESAU), contra la sentencia de fecha 2 de marzo de 2015 dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 220/2013 . **Segundo**. - IMPONER , a la parte recurrente las costas de su recurso en los términos precisados en el último de los fundamentos de la sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat D. Eduardo Calvo Rojas D^a. Maria Isabel Perello Domenech D. Jose Maria del Riego Valledor D. Angel Ramon Arozamena Laso

VOTO PARTICULAR

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Eduardo Calvo Rojas A LA SENTENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA DE ESTA SALA DE 17 DE OCTUBRE DE 2017 (CASACIÓN 1334/2015).

Por medio de este voto particular manifiesto mi respetuosa discrepancia con lo razonado en el fundamento cuarto y lo acordado en la parte dispositiva de la sentencia; y ello por las razones que seguidamente paso a exponer:

1.- En primer lugar, discrepo de las razones que se dan en el fundamento cuarto de la sentencia para desestimar el motivo de casación segundo, en el que se denuncia la falta de motivación de la sentencia recurrida en cuanto a la valoración del informe pericial aportado a las actuaciones y suscrito por el perito Sr. Cecilio .

En contra de lo que se razona en la sentencia de la que discrepo, creo que debería haberse acogido el motivo de casación, pues, tal y como afirma la entidad mercantil recurrente, la Sala de instancia no ha expuesto una mínima argumentación de las razones por las que considera que la prueba pericial carece de virtualidad para dejar sin efecto el criterio de la Administración.

El fundamento jurídico undécimo de la sentencia recurrida se limita a afirmar que *„(...) La pericial practicada en estos autos no ha tenido, a juicio de esta Sala, virtualidad para dejar sin efecto las conclusiones obtenidas por la Administración „*; pero nada dice la Sala de la Audiencia Nacional sobre las razones que conducen a esa conclusión; no se ofrece explicación alguna sobre las carencias metodológicas o de fondo que pudiera presentar el informe pericial, ni hay en la sentencia dato alguno indicativo de que el citado informe ha sido examinado y valorado.

A tales efectos considero carente de toda relevancia la referencia que hace la Sala de instancia, al final de ese mismo fundamento jurídico undécimo, a lo razonado en los anteriores fundamentos jurídicos de la propia sentencia, pues en ellos se abordan diferentes cuestiones pero no se contiene valoración alguna sobre el contenido del informe pericial ni sobre su relevancia probatoria.

2.- Como consecuencia de lo anterior, discrepo de la parte dispositiva de la sentencia, pues entiendo que el motivo de casación segundo debería haber sido estimado, y que, una vez casada la sentencia, esta Sala del Tribunal Supremo debería haber entrado a examinar y valorar la prueba pericial y emitir luego el pronunciamiento de fondo que resultase procedente.

En Madrid a 17 de octubre de 2017.

Eduardo Calvo Rojas

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia y voto particular por la Excm. Sra. Magistrada Ponente D^a. Maria Isabel Perello Domenech, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que certifico.