



Roj: **SAN 1366/2015** - ECLI: **ES:AN:2015:1366**

Id Cendoj: **28079230082015100196**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **06/04/2015**

Nº de Recurso: **245/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **JUAN CARLOS FERNANDEZ DE AGUIRRE FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1366/2015,**
AAAN 313/2015

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000245 / 2013

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 01767/2013

Demandante: FRANCE TELECOM ESPAÑA, SAU

Procurador: DON ROBERTO ALONSO VERDÚ

Demandado: COMISIÓN DE MERCADO DE TELECOMUNICACIONES

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

SENTENCIA Nº:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a seis de abril de dos mil quince.

VISTOS por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo nº **245/2013**, promovido por el Procurador de los Tribunales **don Roberto Alonso Verdú**, en nombre y representación de **France Telecom España, SAU**, contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 21 de febrero de 2013, sobre coste neto de prestación del servicio universal.



Ha comparecido la Abogacía del Estado, en la representación que legalmente le corresponde y **Telefónica de España, SAU**, representada por el Procurador de los Tribunales **don Manuel Lanchares Perlado**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 13 de diciembre de 2012 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el expediente AEM 2012/1946, dictó Acuerdo mediante el que aprueba el coste neto de prestación del servicio universal presentado por Telefónica de España, SAU, para el ejercicio 2010. La parte dispositiva de dicho Acuerdo contiene, en lo que aquí nos interesa, los siguientes pronunciamientos:

Primero.- Apreciar el coste neto del servicio universal incurrido por Telefónica de España, SAU, en el ejercicio 2010, descrito en la siguiente tabla (cifras en millones de euros):

Coste neto en zonas no rentables 31.013.051

Coste neto por prestaciones a usuarios con discapacidad 5.296

Coste neto derivado de usuarios con tarifas especiales 18.555.590

Total coste neto apreciado en el año 50.573.937

Menos: beneficios no monetarios 6.996.983

Coste neto del servicio universal 43.576.954

Segundo.- Reconocer la existencia de una carga injustificada para Telefónica de España, SAU, como consecuencia de la obligación de prestación del servicio universal en el ejercicio 2010.

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

Cuarto.- Instar a Telefónica de España, SAU, a que en próximos ejercicios aporte como documentación soporte a su propuesta de coste del servicio universal, el detalle de las subvenciones recibidas por la operadora, de acuerdo al criterio de caja, y los servicios a que han sido aplicadas contablemente y en particular las aplicadas a los servicios incluidos en el ámbito del servicio universal, con desglose de los importes por momento de concesión y cobro. La presentación deberá ser previa comprobación por su auditor externo.

Contra a dicho Acuerdo France Telecom España, S.A., interpuso recurso de reposición que fue desestimado por Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 21 de febrero de 2013.

Frente a este acuerdo la representación procesal de France Telecom España, S.A., interpuso recurso contencioso-administrativo.

Reclamado el expediente a la Administración y siguiendo los trámites legales, se emplazó a la parte recurrente para la formalización de la demanda, lo que verificó mediante escrito que obra en autos.

En dicha demanda plantea en síntesis las siguientes alegaciones: 1) vulneración de las disposiciones derogatoria única y final cuarta del Real Decreto 726/2011 en relación con los artículos 41 y 46 del RSU; 2) vulneración del artículo 3.3 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, así como la normativa nacional coincidente con la misma y el artículo 17 de la Ley General Subvenciones; 3) vulneración del artículo 42 del RSU en relación con la cuantificación del coste neto en cuanto a una prestación eficiente del servicio telefónico disponible al público y los pagos realizados por TESAU a Telefónica Móviles.

Termina solicitando a la Sala que dicte sentencia por la que, "estimando el recurso contencioso-administrativo, acuerde: a) revocar las resoluciones de la CMT de 13 de diciembre de 2012 y 21 de febrero de 2013; b) declarar que no ha sido acreditado que el coste neto suponga una carga injustificada para el operador obligado a soportarlo; c) declare que debe ser aprobada una nueva metodología para el cálculo del coste neto del servicio universal en relación con el año 2010, que respete el articulado del RSU en la redacción dada al mismo por el Real Decreto 726/2011".

SEGUNDO.- Emplazada la Abogacía del Estado para que contestara a la demanda, así lo hizo en escrito en el que, tras expresar los hechos y fundamentos de derecho que estimó convenientes, terminó solicitando que se dictara una sentencia "en cuya virtud desestime el recurso, con expresa imposición de costas a la parte recurrente".

A estos efectos formula las siguientes alegaciones: a) inexistencia de vulneración de las disposiciones derogatoria única y final del Real Decreto 726/2011; b) conformidad a Derecho de la metodología de cálculo



empleada por la Resolución de 13 de diciembre de 2012; c) correcta motivación de la existencia de una carga injustificada; d) inexistencia de vulneración del artículo 3.3 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, así como de la normativa nacional coincidente con la misma y el artículo 17 de la Ley General de Subvenciones; e) inexistencia de vulneración del artículo 42 del RSU en relación con la cuantificación del coste neto en cuanto a una prestación eficiente del servicio telefónico disponible al público y los pagos realizados por TESAU a Telefónica Móviles.

En trámite de contestación a la demanda la representación procesal de Telefónica de España, SAU, interesó una sentencia por la que "se desestime íntegramente el recurso interpuesto por France Telecom España, SAU".

Telefónica de España formula las siguientes alegaciones: a) inexistente vulneración de los artículos 41 y 46 del RSU de 2005 en relación con las disposiciones final cuarta y derogatoria única del Real Decreto 726/2011; b) inexistente vulneración del artículo 46 del RSU y de los artículos 12.3 y 13.1 de la Directiva del Servicio Universal; c) improcedencia de incluir los beneficios de la banda ancha en el cálculo del componente del CNSU de "Zonas no Rentables": inexistente vulneración del artículo 41 del RSU de 2005; d) inexistente vulneración del artículo 41 del RSU de 2005 en relación con el cálculo del componente "clientes con tarifas especiales": la metodología de cálculo no incurre en duplicidades; e) inexistente vulneración de los principios de transparencia (artículo 3.3 de la Directiva 2001/21/CE) y publicidad (artículo 17 de la Ley General de Subvenciones) derivada de la declaración de confidencialidad de determinados datos referentes a las subvenciones recibidas por TSU; f) inexistente vulneración del artículo 42 del RSU de 2005: la metodología de cálculo del coste de prestación del servicio telefónico disponible al público no es contraria al criterio de "prestación eficiente" de servicios no rentables.

TERCERO.- Habiéndose recibido el recurso a prueba se practicó documental y pericial propuestas por las partes personadas, en los extremos admitidos por la Sala, con el resultado que obra en las actuaciones.

CUARTO.- Concluidas las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, el cual tuvo lugar el día 18 de marzo de 2015.

QUINTO.- La cuantía de este recurso es indeterminada.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **don JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto del presente recurso contencioso administrativo determinar si es o no conforme a Derecho el Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 21 de febrero de 2013, que desestima el recurso de reposición formulado contra la Resolución del mismo Consejo de 13 de diciembre de 2012, por la que se aprueba el coste neto de prestación del servicio universal presentado por Telefónica de España, SAU, para el ejercicio 2010 según los términos que han quedado expuestos en los Antecedentes de Hecho de esta sentencia.

SEGUNDO.- Hechos relevantes a tener en cuenta en las actuaciones son los siguientes:

1. Con fecha 3 de agosto de 2011 tuvo entrada en la CMT escrito de TESAU por el que presenta los resultados del Sistema de Contabilidad de Costes y los resultados del coste neto del servicio universal (CNSU) correspondiente al ejercicio 2010. En dichos documentos de carácter confidencial, se incluye un Informe de Procedimientos Acordados sobre determinados aspectos específicos del cálculo del CNSU correspondiente al ejercicio 2010 (informe de la auditoría Ernst & Young contratada por TESAU) y un CD-Rom con la siguiente información:

- Cálculo del CNSU de 2010 que incluye el detalle por zonas y resumen por provincias.
- Presentación de resultados del CNSU de 2010 que incluye detalle de costes considerados por zonas, detalle de ingresos por zonas y minutos para el cálculo de los costes de la red de tránsito.
- Conciliación de costes con la contabilidad de 2010 a costes corrientes.
- Matriz de tráfico entre centrales.
- Propuesta de beneficios no monetarios para el ejercicio 2010.

2. Con fecha 11 de octubre de 2011, se adjudicó a SVP Advisors, S.L. el contrato para realizar la auditoría externa de aspectos específicos de la contabilidad de costes de TESAU correspondiente al ejercicio acabado el 31 de diciembre de 2010, junto con la revisión de una serie de aspectos específicos de la propuesta de cálculo del CNSU presentada por TESAU.



3. Mediante Resolución del Consejo de la CMT de 28 de junio de 2012, se aprobó la verificación de los datos relativos a la declaración anual de CNSU por el ejercicio 2010 de TESAU. En dicha Resolución se requirió a TESAU para que en el plazo de quince días presentara una nueva declaración del CNSU para el ejercicio 2010, incorporando los ajustes aprobados en la misma.

4. Con fecha 10 de julio de 2012 tiene entrada en el Registro de la Comisión, la propuesta corregida de CNSU de 2010 conforme a los cambios requeridos en la citada Resolución. El escrito se acompaña de un CD-Rom con información confidencial.

5. Conforme a lo establecido en el artículo 69 de la Ley 30/1992, el 17 de septiembre de 2012 se inició de oficio el correspondiente procedimiento con el fin de aprobar la cuantificación del CNSU declarado por TESAU, correspondiente al ejercicio 2010. Mediante el mismo escrito del Secretario de la Comisión, se requiere a TESAU la remisión de la información adicional siguiente:

- Clasificación de las subvenciones aplicadas (devengo contable) en el ejercicio 2010 por fecha de concesión, importe concedido, organismo que concede la subvención, objeto por el que se recibe la misma, importe aplicado en el ejercicio 2010 e importe pendiente de aplicar.

- En la misma tabla deberán clasificarse las subvenciones en función de los servicios a los que se han aplicado, y en particular las aplicadas a los servicios incluidos en el ámbito del Servicio Universal en dicha fecha (en concreto las asignadas al Servicio Telefónico Básico).

- Esta clasificación deberá también realizarse, a efectos comparativos, con criterio de caja, esto es, por la fecha en que tales subvenciones han sido cobradas por TESAU.

6. Con fecha 8 y 23 de octubre de 2012 tuvo entrada en la Comisión escritos de TESAU que daban respuesta al requerimiento de información.

7. Con fecha 30 de octubre de 2012 se publica en el BOE el anuncio de la CMT por el que se comunica el Informe de los Servicios referido a la aprobación del CNSU presentado por TESAU para el año 2010, otorgándose un plazo de 20 días para efectuar alegaciones al mismo a cualquier persona o entidad que se considere interesada.

8. Con fecha 23 de noviembre de 2012 tuvieron entrada en el Registro de la Comisión escritos de alegaciones por parte de Vodafone España, S.A.U. y France Telecom España, S.A. (Orange).

9. Por Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 13 de diciembre de 2012, se aprobó el coste neto de prestación del servicio universal presentado por Telefónica de España, SAU, para el ejercicio 2010.

10. Frente a dicho Acuerdo France Telecom España, S.A., interpuso recurso de reposición que fue desestimado por Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 21 de febrero de 2013, aquí impugnado.

TERCERO.- En los fundamentos jurídicos del Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 13 de diciembre de 2012, se expone la metodología empleada para la determinación del coste del servicio universal, se indican los costes imputables a las obligaciones de servicio universal impuestas a los operadores obligados a prestarlos que son susceptibles de compensación:

a) El coste neto de las obligaciones de prestar el servicio universal en zonas no rentables;

b) El coste neto de las obligaciones de prestar el servicio universal a usuarios con discapacidad o con necesidades sociales especiales;

c) El coste neto de las obligaciones de prestar el servicio telefónico mediante teléfonos públicos de pago;

d) El coste neto de la obligación de elaborar y poner a disposición de los abonados del servicio telefónico guías telefónicas;

e) El coste neto de las obligaciones de prestar los servicios de información relativa a los números de abonados del servicio telefónico disponible al público, se especifica el cálculo de cada uno de dichos costes imputables a las obligaciones de servicio universal susceptible de compensación, se declara que la prestación del servicio universal en el año 2010 implica una carga injustificada para TESAU, y se da respuesta a las alegaciones efectuadas por los operadores en el trámite de audiencia.

Por lo que respecta a las alegaciones presentadas por France Telecom España, SAU, se explica que los servicios de banda ancha no pertenecen al ámbito del servicio universal en el ejercicio 2010, no procediendo imputar ningún ingreso ni coste derivado de servicios de banda ancha, respondiéndose de forma



pormenorizada, por otra parte, a las alegaciones referentes a costes TRAC, pseudocostes y pseudoingresos de interconexión y costes corrientes.

En los fundamentos jurídicos del Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 21 de febrero de 2013, tras concretar los motivos de impugnación aducidos por France Telecom España, SAU, en su recurso de reposición, el Regulador remite a la Resolución de 19 de abril de 2012, que resuelve los recursos de reposición interpuestos contra la aprobación del coste neto del ejercicio 2009, razona que el artículo 62.2 de la Ley 3071992 es de aplicación a las disposiciones administrativas de carácter general, reglamentario o normativo, no a las resoluciones administrativas individuales, como la impugnada, citando al efecto jurisprudencia del Tribunal Supremo, sin que, por otra parte, resulten de aplicación al ejercicio 2010 las modificaciones introducidas en el RSU por el Decreto 726/2011, puesto que lo son a partir del ejercicio económico 2012, según se desprende de la Orden Ministerial ITC/2464/2011 en relación con la Orden Ministerial ITC/323/2011, siendo improcedente denunciar la infracción del artículo 41 RSU en la versión dada por el Real decreto 726/2011, no pudiendo hablarse de falta de inclusión de beneficios de banda ancha o de incorrecta cuantificación de subvenciones para prestar servicios paquetizados de banda ancha ni de modificación aplicable al servicio universal mediante Real Decreto 726/2011, respecto a la cuantificación realizada en el caso de tarifas especiales.

Seguidamente, en cuanto a la vulneración del artículo 42 del Real Decreto 424/2005 y del artículo 89.1 de la Ley 30/1992, la Resolución señala que se ha comprobado, mediante auditoría independiente, que los costes incurridos por TESAU por la contratación de servicios a otros operadores cuando éstos prestan el servicio telefónico disponible al público en su nombre con medios especiales de acceso es correcta y transparente y que el artículo 89.1 de la Ley 30/1992 no exige, según la jurisprudencia que lo interpreta, que la motivación de las resoluciones administrativas contenga una contestación exhaustiva y pormenorizada de la totalidad de las alegaciones formuladas por los interesados.

CUARTO.- La Sala debe poner de manifiesto que los motivos de impugnación esgrimidos contra las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 13 de diciembre de 2012 y 21 de febrero de 2013, sobre la aprobación del coste neto de prestación del servicio universal presentado por Telefónica de España, SAU, para el ejercicio 2010, han sido ya planteados en otros recursos, interpuestos contra resoluciones determinando el CNSU para anteriores anualidades. A todos ellos ha dado respuesta la Sala rechazando dichos motivos. Es el caso de la sentencia de 14 de enero de 2011, dictada en el recurso 611/2008, sobre aprobación del CNSU en los ejercicios 2003, 2004 y 2005; sentencias de 19 de noviembre de 2012, dictada en el recurso 123/2010, y 25 de julio de 2013, dictada en el recurso 321/2010, sobre aprobación del CNSU en el ejercicio 2007; sentencia de 19 mayo de 2014, dictada en el recurso 326/2012, sobre aprobación del CNSU en el ejercicio 2009; sentencia de 17 de noviembre de 2014, dictada en el recurso 59/2013, sobre aprobación del CNSU en el ejercicio 2010, entre otras.

En particular, en la sentencia de esta Sala de 19 de mayo de 2014, dictada en el recurso 326/2012, sobre aprobación del coste neto del servicio universal para el ejercicio 2009, en el que actuó como parte actora France Telecom España, SAU, se formularon en la demanda los mismos motivos que se plantean en el presente recurso, y así se hizo constar en la sentencia:

"Los motivos de la demanda se centran, en síntesis, en que las resoluciones impugnadas deben ser revocadas por haber vulnerado lo dispuesto en las Disposiciones Derogatoria Única y Final Cuarta del Real Decreto 726/2011, en relación con los artículos 41 y 46 del Reglamento del Servicio Universal (RSU); en que las resoluciones impugnadas deben ser revocadas por haber vulnerado el artículo 3.3 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, así como la normativa nacional coincidente con la misma y el artículo 17 de la Ley General de Subvenciones; y en que, por último, las resoluciones impugnadas deben ser revocadas por haber vulnerado el artículo 42 del RSU en relación con la cuantificación del coste neto en cuanto a una prestación eficiente del servicio telefónico disponible al público y los pagos realizados por TESAU a Telefónica Móviles".

En este contexto, como ya hemos avanzado, plantea la actora en primer término vulneración de las disposiciones derogatoria única y final cuarta del Real Decreto 726/2011 en relación con los artículos 41 y 46 del RSU.

En criterio de la recurrente el Real decreto 726/2011 introdujo importantes modificaciones en los artículos 39 y ss. del Real Decreto 424/2005 -RSU-, en concreto con relación a las siguientes cuestiones: a) la regulación del coste neto y la determinación de la existencia de carga injustificada, que precisaban ser incorporadas al cálculo del coste neto del servicio universal del ejercicio 2010; b) la necesidad de aprobar una nueva metodología para el cálculo del coste neto, lo que debería traer como consecuencia la suspensión de la aprobación del coste neto correspondiente al ejercicio 2010 en tanto en cuanto no se probase dicha metodología; c) la aplicación del

Real Decreto 726/2011, de 20 de mayo, en cuanto norma en vigor al momento de inicio del procedimiento -17 de septiembre de 2012-. En suma, la actora estima que el Real Decreto 726/2011 resulta de plena aplicación, en la totalidad de articulado, al expediente que nos ocupa. Sin embargo, señala, el Regulador entiende que el Real Decreto 726/2011 es de aplicación a partir del ejercicio 2012.

Alega que teniendo en cuenta el dictado del artículo 46 RSU en la redacción dada por el Real Decreto 726/2011, en relación con el artículo 39 RSU en su anterior redacción, la CMT no justifica que el coste suponga una carga injustificada, limitándose a reiterar los mismos argumentos expresados en resoluciones referentes a ejercicios anteriores, ignorando el mandato del artículo 76 del Real Decreto 726/2011.

Señala, por otra parte, que en la cuantificación de las zonas no rentables es necesario incluir los ingresos provenientes de la prestación de servicios de banda ancha, pues éstos se prestan a través de la infraestructura que se utiliza para la prestación de servicios incluidos dentro del concepto de servicio universal y que la actuación de la CMT infringe el artículo 41 RSU. Finalmente objeta la infracción del artículo 41 RSU por la cuantificación realizada en el caso de tarifas especiales.

La Sala no comparte las alegaciones propuestas por France Telecom España.

En efecto, como ya se dijo en la sentencia de 19 de mayo de 2014, resolviendo el recurso planteado por France Telecom España contra las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 21 de diciembre de 2011 y 19 de abril de 2012, sobre aprobación del servicio universal para el ejercicio 2009, "Si bien el Real Decreto 726/2011, de 20 de mayo, modifica el artículo 40.2 del RSU, lo cierto es que ello no entraña la obligación de implantar una nueva metodología para determinar el coste neto del servicio universal".

Como señala la CMT en la resolución de 13 de diciembre de 2012, "la metodología que se emplea en este expediente es la aprobada en 2001, justificándose debidamente en aquel momento su desarrollo e implementación, y como ya se ha señalado en este procedimiento en tanto que en el ámbito del servicio universal no se haya incorporado la conectividad de hasta 1 Mb, la metodología vigente se seguirá aplicando de manera consistente en el tiempo puesto que los cambios de mayor calado adoptados en la recientemente aprobada metodología vienen derivados justamente de la incorporación al ámbito del servicio universal de la conectividad a 1 Mb".

Por otra parte, la Sala conviene con las razones expuestas por la CMT en su Resolución de 21 de febrero de 2013, en cuanto que las modificaciones introducidas en el RSU por el Real Decreto 726/2011 no resultan aplicables al ejercicio 2010, pues

"Dichas modificaciones únicamente se aplican a partir del ejercicio económico 2012, según se desprende del contenido de la Orden Ministerial ITC/2464/2011, de 15 de septiembre, con relación a la posterior Orden Ministerial ITC/3231/2011, de 17 de noviembre.

"Efectivamente, las novedades del Real Decreto 726/2011 se refieren fundamentalmente a la inclusión, en el ámbito del servicio universal, del elemento de la conexión a la red que permita comunicaciones de datos en sentido descendente a 1 Mbit por segundo y no a la propia prestación del servicio de acceso de banda ancha, que sigue sin formar parte del servicio universal. La incorporación del citado nuevo elemento ha sido realizada mediante la Cláusula 3.1.b) del 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 aprobado por la Orden Ministerial ITC/2464/2011.

"En dicha cláusula se prevé que "La conexión a la red pública desde una ubicación fija deberá ofrecer al usuario la posibilidad de: b) Establecer comunicaciones de datos en banda ancha a una velocidad en sentido descendente no inferior a 1Mbit por segundo.

"La vigencia temporal del nuevo elemento se colige tanto de la Cláusula 19 de la Orden ITC/2464/2011 como del Resuelve Tercero de la Orden ITC/3231/2011, de 17 de noviembre. En ambos casos se fija como fecha de inicio de la prestación del nuevo adjudicatario del servicio universal las 24 horas del 31 de diciembre de 2011, siendo por tanto aplicable el nuevo régimen desde el siguiente ejercicio (2012) y no antes, como pretende la entidad recurrente. Precisamente, para asegurar una óptima aplicación del nuevo régimen a partir del citado ejercicio 2012, esta Comisión ha revisado recientemente su metodología al objeto de adaptar la misma al nuevo ámbito del servicio universal previsto en el artículo 52 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible y en las condiciones reglamentarias para su prestación previstas en el RSU tras la modificación de 2011.

"Debe recordarse que en la anterior Orden ITC/3808/2008, de 23 de diciembre, por la que se designó a Telefónica de España, SAU, como operador obligado a la prestación del servicio universal de telecomunicaciones para los ejercicios 2009, 2010 y 2011, las obligaciones impuestas al citado operador en



materia de conexión a red pública desde ubicación fija se referían a las previstas en su momento por el RSU en su versión anterior a la reforma de 2011.

"Por todo lo anterior, resulta improcedente denunciar, como hace la recurrente en las páginas 5 a 8 de su recurso, la presunta infracción del artículo 41 RSU en la versión dada por el Real Decreto 726/2011, cuando dicha versión no resulta aplicable al ejercicio 2010 en cuestión.

En lo atinente a la existencia de una carga injustificada, esta cuestión se encuentra debidamente motivada en la Resolución de 13 de diciembre de 2012, más tarde objeto de reposición, concretamente en el Fundamento de Derecho IV, "Valoración de la existencia de una carga injustificada", en forma y manera razonable y detallada, reflejando con claridad las causas que avalan la existencia de una carga injustificada.

En cuanto a la no inclusión de beneficios de banda ancha en el cálculo del coste de las zonas no rentables, el regulador también ofrece cabal explicación, al señalar en la Resolución de 13 de diciembre de 2012 - Fundamento de Derecho V- que tales servicios de banda ancha no formaban parte del servicio universal de 2010, por lo que conforme a la metodología del cálculo, "no procede imputar ningún ingreso ni coste derivado de banda ancha, a efectos de determinación de las zonas no rentables".

Finalmente, en cuanto a la infracción del artículo 41 RSU por la cuantificación realizada en el caso de tarifas especiales, la Sala no puede acoger la argumentación de la actora, habida cuenta, como ya se dijo en la sentencia de esta Sala de 19 de mayo de 2014, las razones aducidas al respecto por la CMT, que el Tribunal comparte: "con la metodología empleada por la CMT en el cálculo de esta partida de coste neto, se evita una doble contabilización de los ingresos de tráfico porque han sido tenidos en cuenta en el componente de coste de la zona, considerándose en ese momento tanto el tráfico de los abonados que disfrutaban tarifas especiales en zonas rentables (para calificar la zona como tal), como en zonas no rentables (al minorar el coste) y se recoge estrictamente el coste neto que supone la bonificación en las cuotas que disfrutaban esos abonados".

QUINTO.- Denuncia la actora la vulneración del artículo 3.3 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, así como la normativa nacional coincidente con la misma y el artículo 17 de la Ley General Subvenciones

En relación con cuanto se afirma en la demanda sobre una pretendida vulneración del artículo 3.3 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la normativa nacional relacionada y el artículo 17 de la Ley General de Subvenciones, por lo que respecta al mantenimiento bajo el carácter de confidencial de toda la información referente a las subvenciones concedidas a TESAU, es menester reiterar cuanto al respecto se razonó en nuestra Sentencia de 26 de septiembre de 2013, coherente con cuanto al respecto motiva la CMT en declaraciones de confidencialidad obrantes en el expediente administrativo AEM 2012/1946, relativas a "datos contenidos en el procedimiento relativo a la determinación del coste neto del servicio universal presentado por Telefónica, SAU, por el ejercicio 2010". Como en dicha sentencia se dijo,

"Siendo concepto jurídico indeterminado el `secreto comercial o industrial, existe a todas luces en la actividad administrativa la motivación y ponderación de intereses contrapuestos que requiere la doctrina del Tribunal Supremo (`ad exemplum, Autos de la Sala Tercera de 13 de julio y 5 de octubre de 2006), lo que se verifica `ex abundancia y en clara coherencia con lo expresado por esta Sala y Sección en reiteradas ocasiones. Así, en nuestro Auto de 12 de abril de 2011, dictado en el Recurso 123/2010, relativo a supuesto análogo, decíamos:

"Sobre el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la práctica de medios de prueba, en su conflicto con determinados contenidos reservados o confidenciales de los expedientes (fuera por tanto del contexto de los secretos oficiales) se ha pronunciado la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en Pleno, en su Auto de 5 de octubre de 2006 .

"En él la Sala ha dicho, en una serie de razonamientos referidos a la entrega del expediente administrativo pero que son trasladables a la controversia ahora en debate:

"Alegan, en primer lugar, que el expediente administrativo debe serles entregado sin exclusión de los documentos declarados confidenciales. Entienden que la tesis sostenida en el Auto de 13 de julio de 2006 infringe los artículos 48 y 52.1 de la Ley Jurisdiccional, de los que resulta con evidencia -a juicio de la parte- que el expediente ha de ser entregado completo y que únicamente cabe excluir del mismo los documentos clasificados como secreto oficial. Sustentan los actores esta afirmación en la tesis de que no procede realizar ninguna clase de ponderación entre derechos o intereses en conflicto (el derecho de defensa, por un lado, y la protección jurídica de los secretos comerciales (en aquel concreto caso), por otro), ya que esa ponderación ha sido efectuada por el legislador, quien ha resuelto expresamente el conflicto al ordenar que todo el expediente se entregue, con una sola excepción (la relativa a la documentación clasificada con arreglo a la legislación de secretos oficiales), dando de este modo prevalencia al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y sin que los órganos judiciales puedan sustituir el criterio del legislador por el suyo propio...



Subsidiariamente, alegan que la ponderación de los intereses en conflicto debe solventarse a favor de la entrega de los documentos controvertidos, como condición para la efectividad de sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la defensa.

"Más adelante el Tribunal añade:

"...el auto recurrido en súplica apunta la necesidad de efectuar un juicio de ponderación, necesariamente casuístico, a la hora de valorar si ha de prevalecer la protección del secreto... o éste ha de ceder ante el derecho de defensa. Juicio de ponderación, que se despliega en el curso del proceso y que requiere de la colaboración de las partes procesales, a quienes corresponde la carga de aportar las razones que les asisten para reclamar el alzamiento de ese nivel de protección y el consiguiente acceso a la documentación protegida. Es, en efecto, carga de la parte que reclama la entrega no solo indicar que los documentos reclamados forman parte integrante del expediente administrativo (lo que va de suyo y no deja de ser una afirmación tautológica), sino también argumentar que el proceso de razonamiento técnico y jurídico que condujo a la decisión administrativa no puede ser fiscalizado con el solo examen de la documentación no confidencial sino que requiere forzosamente del estudio de la documentación protegida, más concretamente, de cada uno de los documentos cuya entrega se reclama. Si las razones suministradas a tal efecto revisten suficiente vigor desde la perspectiva de los derechos fundamentales a la defensa y a la tutela judicial efectiva, el levantamiento de la confidencialidad será jurídicamente obligado. Por el contrario, si no se expone de forma satisfactoria la necesidad de acceso al material confidencial habrá de prevalecer el amparo que el Ordenamiento presta a la confidencialidad. Evidentemente, este juicio de ponderación es por principio casuístico e irreductible a categorizaciones preestablecidas.

"Y con respecto al momento procesalmente correcto para proceder a la ponderación de intereses, la Sala expresa:

"En definitiva, el examen de la confidencialidad se despliega a través de tres momentos o fases sucesivas. Un primer momento que corresponde a los órganos técnicos de naturaleza administrativa a quienes se les encomienda la inicial decisión sobre la declaración de confidencialidad. Un segundo momento, ya en el curso del proceso, en que la confidencialidad aún vigente y operativa se pone a disposición del órgano jurisdiccional ante la eventualidad de que deba ceder por mor de la preponderancia del derecho de defensa; y una tercera fase en que corresponde a la parte interesada en el conocimiento de esa documentación justificar ante el Tribunal la procedencia de su entrega a fin de que la Sala adopte la decisión procedente. Fase esta última que, como apuntaremos más adelante, puede tener lugar en la medida que el debate procesal haya alcanzado un nivel de desarrollo que nos permita formar un criterio sobre la cuestión asentado en bases más sólidas que las hasta ahora aportadas.

"Por otra parte, el Auto de 13 de julio de 2006, asimismo de la Sala Tercera del Alto Tribunal ha ratificado 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 6 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..., sin que sea dable una declaración formulada globalmente sobre la pertinencia o impertinencia de que conste, en el expediente toda la documentación solicitada.

SEXTO.- Finalmente, en cuanto a la vulneración del artículo 42 del RSU en relación con la cuantificación del coste neto en cuanto a una prestación eficiente del servicio telefónico disponible al público y los pagos realizados por TESAU a Telefónica Móviles, la Sala ya se ha pronunciado al respecto en la tantas veces citada sentencia de 19 de mayo de 2014, al resolver un planteamiento similar:



"Tampoco puede prosperar la alegación de una pretendida vulneración del artículo 42 del RSU en relación con la cuantificación del coste neto en cuanto a una prestación eficiente del servicio telefónico disponible y los pagos realizados por TESAU a Telefónica Móviles, en cuanto la resolución de 19 de abril de 2012 contempla en su apartado 1.3 una consideración suficiente y razonable al efecto (que precisamente la metodología empleada ha de contemplar la realidad de los servicios incluidos, en cada momento, en el ámbito del servicio universal y por ello, el cálculo del coste neto del servicio universal deberá reflejar, pero no compensar, los servicios prestados bajo dicha obligación... es claro que TESAU ha de prestar el servicio pudiendo elegir entre tecnologías de prestación distintas, atendiendo a criterios técnicos y económicos óptimos, y que el coste resultante -del que ORANGE deduce la tarifa entre TESAU y TME- es consecuencia de dicho mix de tecnologías. Un auditor independiente ha comprobado los costes incurridos por TESAU por la contratación de servicios a otros operadores cuando éstos prestan el STDP en su nombre con medios especiales de acceso, entendiendo que son correctos. En dicha auditoría se comprobó que la imputación de costes era correcta, excluyendo, entre otros, los que cita VODAFONE en su recurso).

En nuestro caso, como ya se razonó por la CMT en la Resolución de 21 de febrero de 2013, razonamiento que la Sala comparte,

"Esta Comisión entiende que la entidad recurrente se está refiriendo específicamente al servicio telefónico disponible al público prestado mediante medios especiales de acceso. En ese sentido, es claro que TESAU ha de prestar el servicio, si bien pudiendo elegir entre tecnologías de prestación distintas, atendiendo a criterios técnicos y económicos óptimos, y que el coste resultante (del que ORANGE deduce la tarifa entre TESAU y TME) es consecuencia de dicho mix de tecnologías.

"Un auditor independiente ha verificado los costes incurridos por TESAU por la contratación de servicios a otros operadores cuando éstos prestan el servicio telefónico disponible al público en su nombre con medios especiales de acceso, entendiendo que dichos costes son correctos. En la citada auditoría se comprobó que la imputación de costes era correcta, dándose además transparencia a los cálculos efectuados en el marco del procedimiento de verificación de los datos relativos a la declaración sobre el coste neto presentado por TESAU por el ejercicio 2010.

En este contexto debe recordarse que esta Sala, en Sentencia de 25 de julio de 2013, dictada en el recurso 321/2010, desestimó recurso de France Telecom España en relación con el coste neto del servicio universal para el ejercicio de 2007. En ella se rechazó la falta de motivación en la resolución correspondiente, que abordaba con algunos matices, parecidos aspectos a los que ahora atendemos, asimismo la falta de transparencia en el método utilizado, con una consideración sobre documentos declarados confidenciales, de idéntico alcance a lo razonado al efecto en la presente resolución, y se sostuvo la validez de la metodología utilizada por el regulador, basada, como ahora acontece, en una "explicación suficiente, razonada y razonable".

France Telecom aporta un informe técnico-pericial, emitido por el Ingeniero Superior de Telecomunicaciones don CCC, que concluye en los siguientes términos:

"En la Resolución de la CMT de 13 de diciembre de 2012 se estimó que el coste neto del servicio universal soportado por Telefónica en el ejercicio 2010 ascendió a un importe de 43,57 millones de euros de acuerdo con los detalles mostrados en la siguiente Tabla... Se ha reducido el coste neto por prestación a usuarios con tarifas especiales a la cantidad... euros, y se ha tenido en cuenta el impacto económico del servicio de banda ancha por valor de... euros. En la Tabla 5 se ha valorado en ... euros la Reducción por servicio de banda ancha en lugar de los... euros del apartado 5 debido a que el porcentaje de la banda ancha, que supone el 33,28 % del total del margen de Telefónica, se ha aplicado el mismo porcentaje al Coste Neto del SU con la corrección de las tarifas especiales y la banda ancha de acuerdo con la pericial, reduciéndose el Coste Neto del SU a... euros indicados en la Tabla 5. Si aplicamos el porcentaje de 33,28 % a esta cantidad resulta ahora los 11.956.023 euros que son los reflejados en la Tabla 5".

La Sala estima que el método seguido por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones expone con claridad la metodología empleada y los datos de los que se parte, efectuando un examen exhaustivo de los criterios empleados con los correspondientes ajustes.

Las consideraciones que anteceden permiten concluir que el Regulador ha justificado debidamente su decisión, adoptada con base legal y garantizando los principios de transparencia, objetividad y proporcionalidad, no pudiendo, sus criterios técnicos, ampliamente motivados, dentro de un margen de discrecionalidad, ser sustituidos por otros en función de particulares intereses. Las opciones técnicas podrán ser compartidas o no por otros operadores, e incluso puede hablarse de una opción metodológica más apropiada, pero no por ello pueden ser tachadas de arbitrarias, desproporcionadas o incorrectas.

Atendidas las razones que anteceden el recurso no puede prosperar procediendo su desestimación.



SÉPTIMO.- Sin costas -ex artículo 139.1 LRLCA.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

PRIMERO.-Desestimar el recurso contencioso-administrativo promovido por la representación procesal de **France Telecom España, SAU** , contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 21 de febrero de 2013, por ser ajustada a Derecho.

SEGUNDO.- Desestimar las demás pretensiones deducidas por la parte recurrente.

TERCERO.- No procede hacer expresa declaración en costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se notificará a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 89 y concordantes LRJCA , lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ