



Roj: **SAN 2431/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:2431**

Id Cendoj: **28079230082014100374**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **19/05/2014**

Nº de Recurso: **326/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JOSE ALBERTO FERNANDEZ RODERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2431/2014,**
STS 6/2017

SENTENCIA

Madrid, a diecinueve de mayo de dos mil catorce.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **326/12**, que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido el Procurador **DON ROBERTO ALONSO VERDÚ**, en nombre y representación de **FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U**, frente a la CMT, representada por el Sr. Abogado del Estado, siendo codemandadas las entidades "**TELEFÓNICA, S.A.U**" y "**VODAFONE, S.A.U**", representadas, respectivamente, por los Procuradores **DON MANUEL LANCHARES PERLADO** y **DON CESAREO HIDALGO SENEN**, contra resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 19 de abril de 2012, (que después se describirá en el primer Fundamento de Derecho), siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. **D. JOSE ALBERTO FERNANDEZ RODERA**.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso-administrativo, mediante escrito presentado el 24 de mayo de 2012, contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión por Providencia de fecha de 18 de junio de 2012, y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 23 de octubre de 2012, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando la estimación del recurso, con la consiguiente anulación de los actos recurridos.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 27 de diciembre de 2012, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso. Por la codemandada TESAU se contestó a la demanda en fecha 20 de febrero de 2013.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba por auto de 5 de abril de 2013, se propuso por la parte actora la que a su derecho convino, con el resultado que obra en autos.

QUINTO.- Dado traslado a las partes por su orden para conclusiones, las evacuaron, reiterándose en sus respectivos pedimentos.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 14 de mayo de 2014, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS



PRIMERO.- Constituye objeto de la "litis" la impugnación de resolución de fecha 19 de abril de 2012 de COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES (CMT), en la que se resolvieron recursos de reposición interpuestos por "VODAFONE ESPAÑA, S.A.U" y "FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U" contra la resolución del regulador de 21 de diciembre de 2011, sobre aprobación del coste neto de prestación del servicio universal para el ejercicio 2009, incurrido por "TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U" (TESAU), expediente AJ2012/101 y acumulado.

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.

El recurso se plantea contra resolución de 19 de abril de 2012 de la CMT sobre la que la Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse en Sentencia de 26 de septiembre de 2013 (Recurso 366/2012), recaída en relación con recurso contencioso-administrativo deducido por "VODAFONE ESPAÑA, S.A.", codemandada en el litigio que ahora nos ocupa.

SEGUNDO.- Esa Sentencia desestimó el recurso, tras reproducir parcialmente los argumentos que desgranaban nuestras Sentencias de 9 de mayo de 2011 y de 19 de noviembre de 2012 (Recursos 397/2009 y 123/2010), relativas a la aprobación del coste neto del servicio universal presentado por TESAU para los ejercicios 2006 y 2007, rechazando inadecuación y falta de transparencia en la metodología utilizada para la determinación del coste neto por la prestación del servicio universal en zonas no rentables, para la prestación del servicio universal mediante teléfonos públicos de pago y prestación de los servicios de información y guías telefónicas, por la prestación del servicios universal a clientes con tarifas especiales y, por último, en la metodología utilizada para el cálculo de los beneficios no monetarios.

El fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia reza así:

<< Con los matices que lógicamente han de tenerse en cuenta, tales como diferencia de fechas, textos respecto de los que se efectúa remisión o citas y cuyo tenor es igual o sustancialmente similar a los que se integran en el expediente, la Sala no puede menos que reiterar ahora los argumentos que desgranaban nuestras Sentencias de 9 de mayo de 2011 y de 19 de noviembre de 2012, reproducidos en el ordinal precedente, si bien, para mejor ajustar y sintetizar las consideraciones correlativas a la sistemática de la demanda ahora presentada, estima oportuno verificar las siguientes precisiones:

A) Sobre la alegación de una pretendida inexistencia de "carga injustificada" para TESAU, ha de insistirse en que el citado operador soporta un coste neto por prestar el servicio universal que es una "carga injustificada", lo que, en palabras de nuestra Sentencia de 9 de mayo de 2011, de tan reiterada cita, integra un concepto jurídico indeterminado que ha de ser colmado por el razonamiento "ad hoc" del regulador, exigencia a todas luces cumplida a la vista de cuanto se expone, en particular, en relación con la evolución del mercado de telefonía de voz, con una evidente pérdida de cuota de mercado por parte de TESAU. Ello, además, en contra de la tesis de la actora, más que culminar en una decisión en la que primase una consideración ligada a la capacidad competitiva, lo que trasluce son razones de equidad o justicia cabalmente motivadas y expuestas en las resoluciones administrativas combatidas, con plena cobertura en los artículos 24 de la Ley General de Telecomunicaciones, 32/2003, de 3 de noviembre, 39 del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprobó el Reglamento sobre condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, y Considerando 18 de la Directiva 2002/22 sobre servicio universal.

B) En lo relativo a la alegada falta de transparencia, conviene insistir en que el artículo 14.2 de la meritada Directiva 2002/22/CE contiene una remisión a las normas comunitarias y nacionales sobre secreto comercial. Al respecto no está de más recordar que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, excepciona, en sus artículos 84.1 y 37.5 d), de la puesta de manifiesto, en trámite de audiencia, los documentos amparados por el secreto comercial o industrial, lo que obtiene reflejo en la Disposición Adicional 4ª de la Ley General de Telecomunicaciones y en el artículo 46.2 del Reglamento del Servicio Universal. En lo atinente a lo que se denomina "principios de auditabilidad", tanto el apartado 2.2 como el 2.3 del Fundamento de Derecho Segundo de la resolución impugnada motivan en extenso las razones por las que no se incluyen subvenciones obtenidas



por TESAU en el cálculo del coste neto, de una parte, y cual ha sido la evolución de las partidas para "acceso telefónico disponible al público", de otra, en modo y manera no desvirtuado por la demandante.

C) Con lo que hasta ahora se ha expuesto sería suficiente para rechazar una indefensión vinculada a la existencia de datos confidenciales. Sólo cabe añadir que los puntos 1.3 y 1.4 de la resolución abundan en la cuestión, en forma que se comparte, justificando el tratamiento confidencial de determinados datos y la motivación correlativa. 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 abundantia" 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:

"SEGUNDO.- 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 el 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»>>

y **D)** Finalmente, tampoco cabe tachar de arbitraria e inmotivada la valoración del importe de los beneficios no monetarios, basta remitirnos, en su elocuencia, a cuanto se expone en las páginas 17 a 27 de la resolución combatida y reiterar una vez más cuanto indicábamos en las Sentencias de fechas 9 de mayo de 2011 y 19 de noviembre de 2012. (Recursos 397/09 y 123/10).>>

TERCERO.- Al hilo de la sistemática de la impugnación ahora abordada conviene hacer las siguientes precisiones, que respaldan el criterio desestimatorio del Tribunal:

A) 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, pues, como bien razona el regulador, la metodología vigente desde 2001, "sigue siendo válida y adecuada para la estimación del coste neto dado el ámbito del servicio universal en el ejercicio objeto de valoración, el 2009, y por tanto se aplica para la cuantificación del coste neto en el procedimiento (...) esta Comisión está revisando esta 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 (...) la aplicación de la nueva metodología de cálculo del coste neto del servicio universal se aplicará por tanto al coste neto del servicio universal correspondiente al año 2012, por ser este ejercicio el primero al que afectará dicho cambio en la ampliación de los elementos contenidos en la obligación del servicio universal". Por otra parte, la existencia de una carga injustificada se encuentra debidamente motivada, concretamente en el Fundamento IV de la resolución de 21 de diciembre de 2011, luego objeto de reposición, en forma y manera razonable y detallada, distinguiendo adecuadamente entre coste neto y carga injustificada y reflejando con claridad las causas que avalan la existencia de esa carga injustificada. En cuanto a la no inclusión de los beneficiarios de banda ancha en el cálculo del coste de las zonas no rentables, el regulador también ofrece cabal explicación ("tales servicios no formaban parte del ámbito del servicio universal de 2009 (...) motivo de que no hayan sido considerados en el coste y, en consecuencia, tampoco pueden ser considerados al incluir los ingresos"). Y, en fin, tampoco puede acogerse cuanto se argumenta sobre la cuantificación realizada en el caso de tarifas especiales, habida cuenta de lo argumentado 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.")

B) 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, reproducido en el ordinal precedente, coherente con cuanto al respecto motiva la resolución de la CMT de 19 de abril de 2012, que efectúa la correspondiente ponderación de intereses contrapuestos.



y C) 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 TSAU 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, entendiéndose 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."*)

CUARTO.- A mayor abundamiento, no está de más recordar que esta Sala y Sección, en Sentencia de 25 de julio de 2013 (recurso 321/2010), desestimó recurso de "FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U." 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".

Y sobre el informe pericial de parte ("Otros factores a tener en cuenta para la determinación del coste neto del servicio universal del ejercicio 2009"), ratificado a presencia judicial el 23 de julio de 2013, procede verificar idéntica consideración a la que hacíamos en aquella Sentencia en relación con un informe técnico análogo, emitido por el mismo Ingeniero Superior de Telecomunicaciones, afirmando 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, decíamos entonces, e incluso, como señala el informe técnico-pericial aportado por la recurrente, puede hablarse de una opción metodológica más apropiada, pero no por ello pueden ser tachadas de arbitrarias, desproporcionadas o incorrectas.

En suma, la Sala, en virtud de cuanto se ha expuesto, concluye que procede desestimar el recurso jurisdiccional ahora deducido.

QUINTO.- Se imponen las costas a la actora, ex artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional, con exclusión de las de la codemandada "VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.", por su inactividad procesal.

FALLAMOS

En nombre de S.M. EL REY, y en atención a lo expuesto, la Sala ha decidido:

PRIMERO.-DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo formulado por "FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U.", contra resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 19 de abril de 2012, a que las presentes actuaciones se contraen.

SEGUNDO .- Se imponen las costas a la parte actora, con exclusión de las de la codemandada.

Así por esta nuestra Sentencia que se notificará a las partes haciendo la indicación de que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo, con arreglo a lo dispuesto en el art. 86.1 de la LJCA, y de la cual será remitido testimonio a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.