

Roj: **STS 6/2017 - ECLI:ES:TS:2017:6**Id Cendoj: **28079130032017100003**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **3**Fecha: **09/01/2017**Nº de Recurso: **2961/2014**Nº de Resolución: **5/2017**Procedimiento: **Recurso de casación**Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAN 2431/2014,**
STS 6/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 9 de enero de 2017

Esta Sala ha visto el presente recurso de casación con el número **2961/2014** que ante la misma pende de resolución, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Roberto Alonso Verdú en nombre y representación de la entidad Orange Espagne, S.A.U., contra sentencia de fecha 19 de mayo de 2014 dictada en el Procedimiento Ordinario 326/2012 por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Siendo partes recurridas la Procuradora de los Tribunales Doña Gloria Teresa Robledo Machuca en nombre y representación de Telefónica de España S.A.U., y el Abogado del Estado, en la representación que ostenta.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene parte dispositiva del siguiente tenor:

<<FALLAMOS.-

PRIMERO.- DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo formulado por "FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U.", contra la 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>>.

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de Orange Espagne, S.A.U., presentó escrito ante la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional preparando el recurso de casación contra la misma. Por diligencia de ordenación se tuvo por preparado en tiempo y forma el recurso de casación, emplazando a las partes para que comparecieran ante el Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, el representante legal de "Orange Espagne, SAU" (en adelante Orange) interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014 (rec. 326/2012) por la que se desestimó el recurso interpuesto por la entidad hoy recurrente en casación contra la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones 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 SAU (en adelante Telefónica) y contra la resolución de 19 de abril de 2012 que desestimó el recurso de reposición.

El recurso se funda en los siguientes motivos de casación:



1º El primer motivo, formulado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ , se funda en la infracción de la Disposición Final Cuarta y la Disposición Derogatoria Única "in fine" del Real Decreto 726/2011 , de los artículos 40.2 , 41 y 46 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios (RSU) y de los artículos 13.1 y 12.1 de la Directiva 2002/22/CE , todo ello en relación con el artículo 63 de la Ley 30/1992 .

Considera que las modificaciones introducidas en el RSU resultan aplicables desde su entrada en vigor, el 25 de mayo de 2011, y por lo tanto al procedimiento que ha culminado con la aprobación de la Resolución de 21 de diciembre de 2011 impugnada. Ello habría hecho necesario la aprobación de una nueva metodología para el cálculo del coste neto del servicio universal (CNSU) y la obligación de interpretar de acuerdo con la nueva regulación el concepto de "carga injustificada" y motivar debidamente su existencia.

El cambio producido en el concepto de "carga injustificada" por el nuevo art. 46 del RSU pasa de equiparar la existencia de coste neto a carga injustificada (tal y como se preveía en el art. 39 del RSU antes de su modificación) a exigir que se motive, cuando exista coste neto, que ello implica una carga injustificada.

Argumenta que era necesario incluir en la cuantificación de las zonas no rentables los ingresos provenientes de la prestación de servicios de banda ancha, pues los mismos se prestan a través de la infraestructura que se utiliza para la prestación de servicios incluidos dentro del concepto de servicio universal, con independencia de que la banda ancha no formase parte del servicio universal en el año 2009. Esta infraestructura no se habría implantado en las zonas no rentables si no existiera la obligación de servicio universal, por lo que sería lógico descontar todos los beneficios que reporta esa infraestructura al operador obligado, para poder conocer el coste real de esas zonas no rentables. Si la idea que subyace dentro del concepto de servicio universal es la compensación por el coste real que haya sufrido el operador obligado a prestarlo, si obtiene beneficios por otros servicios prestados a través de esa misma infraestructura, tales beneficios deben minorar el coste neto final y así se desprende de la previsión contenida en el art. 41 del RSU al afirmar que "el coste neto en las zonas no rentables se obtendrá hallando la diferencia entre los costes imputables debidos su prestación eficiente y los ingresos atribuibles al suministro de las conexiones en dichas zonas que reviertan al prestador".

Por último, considera que la modificación del RSU obliga a una nueva interpretación de las "tarifas especiales" por cuanto el RSU, en la redacción que le ha dado el RD 726/2011, subsume en un mismo componente el coste producido por este tipo de usuarios y el coste de las zonas no rentables.

2º El segundo motivo, formulado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ , se funda en la vulneración del art. 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 del art. 17 de la Ley General de Subvenciones , todos ellos en relación con el art. 24 de la Constitución .

El art. 3.3 de la Directiva 2002/21/CE exige que los Estados miembros "velarán por que las autoridades nacionales de reglamentación ejerzan sus competencias con imparcialidad, transparencia y a su debido tiempo". A su juicio, la CMT no cumplió con su obligación de transparencia proporcionándoles toda la información necesaria para poder alegar y defender su posición sin perjuicio de respetar la confidencialidad de la información suministrada cuando pueda afectar al secreto comercial o industrial (art. 9 y la Disposición Transitoria Cuarta de la LGT) al denegar a la recurrente cierta documentación que declaró confidencial, en concreto la cantidad y concepto de las subvenciones recibidas por Telefónica en cuanto son potenciales minoradoras del coste final y las subvenciones otorgada por las Administraciones públicas deben ser publicadas en el BOE, por lo que pierden la consideración de secretas a los efectos de ser declaradas confidenciales. Lo cual resulta contrario a la sentencia del TJUE de 13 de julio de 2006 (asunto C438/04) Mobistar vs. Institu belge des services postaux et des telecommunications) y al derecho de defensa de la partes en un litigio, consagrado en el art. 24 de nuestra Constitución , que exigen que los operadores alternativos tengan acceso a toda la información que la CMT ha considerado para la estimación del coste neto, en donde se incluyen las subvenciones para comprobar si se han aplicado correctamente en aras a calcular el coste neto del servicio universal.

3º El tercer motivo, planteado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ , denuncia la vulneración del art. 42 del RSU en cuanto a la cuantificación del coste neto para la prestación eficiente del servicio telefónico disponible al público y los pagos realizados por TESEAU a Telefónica Móviles, todo ello en relación con el art. 63 de la Ley 30/1992 .

La empresa recurrente sostiene la necesidad de que exista una mayor transparencia "de los costes imputados a los servicios de voz soportados mediante tecnología radio" (TRAC) y, en concreto, en lo que respecta a los pagos efectuados por TESAU a su filial móvil (TME) en lo que respecta al uso de su red GSM que no debería superar el coste unitario medio resultante de la contabilidad regulatoria sin cargar sobre el resto de los operadores el peso de los compromisos de despliegue rural adquiridos en el ámbito de la adjudicación de los concurso E-GSM.



TESAU sufraga TME unas tarifas revisadas anualmente de acuerdo con el contrato suscrito entre ambas entidades, que es consecuencia de la adjudicación por parte de Movistar de un concurso público para la migración del TRAC a tecnología móvil digital.

Los auditores llegaron a la conclusión de que "no encontraron elementos objetivos que hiciesen pensar que las tarifas recogidas en el acuerdo entre TESAU Telefónica Móviles estén significativamente alejadas de las tarifas de mercado para servicios equivalentes". Pero la entidad recurrente discrepa de esta conclusión argumentando que ello supondría aceptar como retribución por la prestación del servicio universal la fijada por acuerdos entre dos compañías del mismo grupo, en condiciones de precios de mercado, cuando la legislación del servicio universal exige que dicho coste neto sea el correspondiente a una prestación según costes eficientes.

A su juicio, la retribución percibida por TME debería ser igual al coste que se produce, cantidad que puede estar alejada de las tarifas de mercado para servicios equivalentes si están alejadas de los costes de prestación. Las tarifas minoristas sufragar costes distintos a los estrictos de red que se incluyen en la prestación del servicio universal, como son los costes de comercialización o de subvención de terminales (que no serían de aplicación). La valoración de coste a precios superior a los de originación y terminación en OMVs no puede ser aceptada al amparo de lo dispuesto en el art. 42 por ineficiente. En primer lugar porque la infraestructura de TME utilizada para la prestación del servicio ha sido objeto de subvenciones y consecuencia de las obligaciones asumidas por dicha compañía en los concursos de asignación de espectro EGSM en los TME resultó adjudicataria, por lo que la retribución extra más allá del coste medio ayuda a rentabilizar una infraestructura subvencionada y/o desplegada en el ámbito de los compromisos asumidos para la prestación de servicios móviles. Y, en segundo lugar, el promedio de la tarifa nacional de originación y terminación para los OMVs permite incluir un porcentaje de rentabilidad para los operadores móviles de red, a diferencia del cálculo del coste neto del servicio universal donde se deben incluir únicamente y de forma estricta los costes de una prestación eficiente del servicio.

4º El cuarto motivo, formulado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ, aduce la valoración ilógica y arbitraria del informe pericial aportada a autos por la recurrente, vulnerando así los artículos 9.3 y 24 de la Constitución en relación con los artículos 335 y ss de la LEC y la jurisprudencia dictada al efecto.

La sentencia impugnada afirma respecto del informe pericial aportado que el mismo no obsta para que la CMT haya optado por una determinada metodología en lugar de la propuesta en el informe, y que la opción de la Administración no es, por existir otras, arbitraria, desproporcionada o incorrecta. Valoración que la parte considera ilógica e irracional. A su juicio, no se trata de que se optase por una metodología menos apropiada que otras, sino que el informe pericial evidenciaba que la metodología utilizada era contraria a la normativa aplicable al efecto.

5º El quinto motivo, formulado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ, denuncia la vulneración de los artículos 24 y 120.3 de la Constitución y del art. 218.2 de la LEC y la jurisprudencia dictada al efecto, al incurrir la sentencia impugnada en una grave falta de motivación.

La sentencia de instancia se limita a señalar el acierto de las resoluciones administrativas impugnadas pero sin incluir valoración o motivación alguna sobre los argumentos defendidos y desarrollados por la recurrente ni de los reproches que dirige a las resoluciones impugnadas. Se limita a remitirse a las resoluciones impugnadas y a otra sentencia dictada por esa misma sala sentenciadora, pero no se motiva la aplicación o no de la Ley General de Subvenciones (en relación con confidencialidad) y sin responder a los argumentos esgrimidos por la parte se limita a decir que la CMT ha obrado correctamente.

Y termino suplicando a la Sala: <<[...] y en su día dictar Sentencia declarando haber lugar al mismo, casando y anulando la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 09 de mayo de 2014 en el recurso contencioso-administrativo número 326/2012, y dictando otra sentencia en su lugar por la que se estime el recurso de instancia en los términos recogidos en el presente escrito y se condene en costas de la instancia y de este recurso a las partes codemandadas>>.

CUARTO.- Teniendo por interpuesto y admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó a las partes recurridas para que en el plazo de treinta días, formalizaran escrito de oposición, lo que realizó, el Abogado del Estado, oponiéndose al recurso de casación y suplicando a la Sala: <<[...] dictar sentencia por la que, con desestimación del recurso confirme la que en el mismo se impugna y se impongan las costas causadas a la parte recurrente de conformidad con lo previsto en la LJCA>>.

La representación procesal de Telefónica de España, S.A.U., presentó escrito oponiéndose al recurso de casación y suplicando a la Sala: <<[...] y en su virtud acuerde no haber lugar al recurso de casación, declarándolo inadmisibles o desestimándolo de conformidad con lo expuesto en este escrito de oposición, con imposición de costas a la parte recurrente>>.



QUINTO.- Evacuado dicho trámite, se dieron por concluidas las actuaciones, señalándose para votación y fallo la audiencia el día 13 de diciembre de 2016, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. En el presente recurso de casación, interpuesto por el representante legal de "Orange Espagne, SAU" (en adelante Orange), se impugna la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014 (rec. 326/2012) por la que se desestimó el recurso interpuesto por la entidad hoy recurrente en casación contra la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 21 de diciembre de 2011 sobre aprobación del coste neto de prestación del servicio universal para el ejercicio 2009 a favor de Telefónica de España SAU (en adelante Telefónica) y contra la resolución de 19 de abril de 2012 que desestimó el recurso de reposición.

SEGUNDO . Sobre la normativa aplicable.

El primer motivo de casación versa sobre la determinación de la norma aplicable para calcular el coste neto del servicio universal del año 2009, en concreto el problema se centra en torno a la aplicación temporal de las modificaciones introducidas por el Real Decreto 726/2011, de 20 de mayo, en las condiciones de prestación del servicio universal y consecuentemente en la determinación de su coste neto.

La empresa recurrente entiende que las modificaciones introducidas en el Reglamento del Servicio universal por el RD 726/2011 resultan aplicables desde la entrada en vigor de dicha norma, esto es desde el 25 de mayo de 2011, y por lo tanto al procedimiento de determinación del coste neto del servicio universal que, aunque referido al ejercicio de 2009, ha culminado con la aprobación de la Resolución de 21 de diciembre de 2011 ahora impugnada.

La aplicación de dicha norma habría hecho necesario, a su juicio, la aprobación de una nueva metodología para el cálculo del coste neto del servicio universal (CNSU) y la obligación de interpretar de acuerdo con la nueva regulación el concepto de "carga injustificada" y motivar debidamente su existencia; hubiese sido necesario incluir en la cuantificación de las zonas no rentables, los ingresos provenientes de la prestación de servicios de banda ancha, pues los mismos se prestan a través de la infraestructura que se utiliza para la prestación de servicios incluidos dentro del concepto de servicio universal, con independencia de que la banda ancha no formase parte del servicio universal en el año 2009; y por último, considera que la modificación del RSU obliga a una nueva interpretación de las "tarifas especiales" por cuanto el RSU, en la redacción que le ha dado el RD 726/2011, subsume en un mismo componente el coste producido por este tipo de usuarios y el coste de las zonas no rentables.

La empresa "Telefónica de España SAU", en su condición de parte recurrida, alega la inadmisibilidad de este motivo, por entender que carece de fundamento y consistencia dada la ausencia de crítica seria y fundada de la sentencia recurrida, por cuanto el motivo se limita a reproducir casi literalmente párrafos enteros de su escrito de conclusiones de instancia sin aportar crítica alguna a la sentencia dictada ni a lo argumentado en ella, salvo una vaga referencia a que la misma ignora los argumentos desarrollados y al reproducir y aceptar los argumentos de la CMT incurre en el mismo error que las resoluciones administrativas impugnadas.

Comenzando por la causa de inadmisibilidad planteada, hemos de destacar que si bien es cierto que este Tribunal ha apreciado la inadmisión o la eventual desestimación de los recursos de casación en los supuestos en los que el recurso de casación no trata de rebatir o desvirtuar las razones dadas en la sentencia, limitándose a reproducir de forma prácticamente literal lo alegado en la instancia, en el supuesto que nos ocupa se hace una crítica a la sentencia de instancia a la que le reprocha el haber acogido los argumentos de la resolución administrativa impugnada desechando las alegaciones y argumentos utilizados en la instancia para combatirlos, por lo que queda justificado que en casación se reproduzca parcialmente aquellas razones o argumentos que no fueron acogidos en la instancia y considera vulnerados.

Por lo que respecta a la normativa aplicable, debe empezar por destacarse que la Disposición Final Cuarta del Real Decreto 726/2011 establece que dicha norma "entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», publicación que se produjo el 24 de mayo de 2011. De modo que sus disposiciones, y por lo tanto, las modificaciones introducidas en torno a las prestaciones que integran el servicio universal y la forma de calcular el coste de la prestación de dicho servicio solo opera para los ejercicios posteriores a la entrada en vigor de dicha norma, sin que sus determinaciones, en especial los nuevos conceptos que incluye en el servicio universal y la metodología para el cálculo del coste que su prestación genera, puedan aplicarse de forma retroactiva a ejercicios anteriores a su entrada en vigor, con independencia que la resolución destinada a liquidar el coste neto se produjese después de su entrada en vigor. Es por ello que las modificaciones



introducidas por el Real Decreto 726/2011 no resultan aplicables ni para determinar los servicios computables en el servicio universal de 2009 ni las modificaciones introducidas por dicha norma pueden ser tomadas en consideración para establecer la metodología del cálculo del coste neto del servicio universal prestado años antes de su entrada en vigor.

De modo que las razones esgrimidas en el primer motivo de casación, referidas a las modificaciones normativas operadas por el Real Decreto 726/2011, de 20 de mayo carecen de virtualidad para enjuiciar las resoluciones ahora impugnadas, referidas a la aprobación del coste neto del servicio universal prestado por Telefónica en el ejercicio de 2009.

Por otra parte, ni la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ni la sentencia impugnada han identificado, de modo automático, el coste neto del servicio universal con la existencia de una "carga injustificada. Antes al contrario, en la resolución de 21 de diciembre de 2011 se afirmaba que <<De conformidad con lo establecido en el artículo 24.1 de la LGTele, la activación del mecanismo de compensación por la prestación del servicio universal requiere, en primer lugar, que el coste neto arroje un resultado positivo, tal y como ha ocurrido durante el ejercicio 2009, y que posteriormente este Comisión determine si ese coste positivo ha supuesto una carga injustificada para el operador encargado de su prestación. Es decir, puede existir un coste neto sin que ello suponga automáticamente la apertura del mecanismo de financiación, siendo la existencia de la carga injustificada condición necesaria para la activación de dicho mecanismo" y más adelante se añade que "y, por lo tanto, la existencia de coste neto no supone automáticamente una compensación de tipo económico" [...]>>.

Así mismo, se preocupó de separar las dos fases del proceso deductivo (primero, la existencia de un coste neto; después, su eventual condición de "carga injustificada") sin incurrir en ningún automatismo. De modo que tras determinar la existencia de un coste neto relevante se argumenta que no está justificado que deba afrontarlo en solitario cuando otros operadores se están beneficiando de que TESAU siga prestando el servicio universal a determinadas zonas y colectivos. Se trata de un coste neto significativo que "ningún operador asumiría conforme a prácticas comerciales normales en el mercado" y pondera, de forma adicional, el porcentaje de abonados que estaban utilizando como proveedor de acceso directo a otro operador distinto (27,4 %) en relación a la media de la Unión Europea (24.1 %) y la situación económica-financiera que debe afrontar el operador.

Tal proceder, por lo demás, está en sintonía con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre esta materia en las dos sentencias del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2010 (asunto C - 398/08, Base NV y otros contra Ministerraad , y asunto C - 222/08, Comisión contra el Reino de Bélgica) permite que los Estados miembros, al cumplir las obligaciones resultantes de la Directiva 2002/22, declaren que la prestación de un servicio universal constituye efectivamente una carga injusta -y, por lo tanto, susceptible de compensación- una vez que hayan cuantificado el cálculo del coste neto que supone para la empresa encargada de prestar aquel servicio y, a continuación, aprecien si dicho coste neto <<constituye una carga excesiva para dicha empresa>>. Esta última apreciación sólo será posible tras haber procedido a realizar <<un examen particular tanto del coste neto que supone dicha prestación para cada operador en cuestión y del conjunto de las características propias de dicho operador, como del nivel de sus equipos, su situación económica y financiera así como de su cuota de mercado>>.

Pues bien, este fue el método seguido por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y revalidado por el tribunal de instancia. En contra de lo que parece sostener Orange el organismo regulador no se limitó a afirmar que la mera existencia del coste neto implicaba, de suyo, una carga injustificada para el operador obligado a prestarlo. Sólo tras haber evaluado, en una segunda fase del proceso deductivo, y de modo particular, el conjunto de circunstancias concurrentes en la situación específica de 'Telefónica de España, S.A.U.' (entre ellas, su cuota de mercado, o lo que es igual, su posición competitiva respecto del resto) llegó a la conclusión de que la carga derivada de la prestación en solitario del servicio universal era 'excesiva', en cuanto implicaba un sacrificio desproporcionado y, por lo tanto, injustificado. Apreciación ésta que, repetimos, no prescinde absolutamente de las referencias a la situación competitiva del operador, su situación económica, y la importancia de este coste para asumirla en solitario.

También ha de acogerse el razonamiento contenido en la sentencia de instancia respecto de la no inclusión en el coste neto del servicio universal de 2009 los beneficios obtenidos por la prestación de servicios de banda ancha. Y ello porque tal y como afirma la sentencia <<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")>>. Sin que en la metodología de cálculo, según afirman las resoluciones administrativas y no ha resultado desvirtuado, se haya tomado en consideración los costes correspondientes a los servicios de banda ancha,



por lo que no es posible incluir los ingresos de un servicio para el que no se han incluido los costes derivados de su prestación, con independencia de que pueda utilizar la infraestructura existente.

Y por lo que respecta a la cuantificación del coste en relación con las tarifas especiales, el recurso de casación parte de la premisa de que la modificación operada en el Reglamento del servicio universal por el RD 726/2011 obliga a una nueva interpretación del coste derivado de las "tarifas especiales" (concepto que subsume en un mismo componente el coste producido por este tipo de usuarios y el coste de las zonas no rentables). Lo cierto es que, con independencia de lo razonado en la sentencia de instancia, la premisa de la que parte esta alegación es incorrecta, pues el cambio normativo operado no sirve para determinar los costes del servicio universal producidos en el año 2009, a los que se refieren las resoluciones administrativas impugnadas.

TERCERO. Sobre la confidencialidad de las subvenciones percibidas por Telefónica.

El segundo motivo denuncia la vulneración del art. 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 del art. 17 de la Ley General de Subvenciones, todos ellos en relación con el art. 24 de la Constitución. A su juicio, la CMT no cumplió con su obligación de transparencia al no proporcionar toda la información necesaria para poder alegar y defender su posición, sin perjuicio de respetar la confidencialidad de la información suministrada cuando pueda afectar al secreto comercial o industrial (art. 9 y la Disposición Transitoria Cuarta de la LGT), en concreto, al denegar a la recurrente cierta documentación que declaró confidencial, en relación con la cantidad y concepto de las subvenciones recibidas por Telefónica en cuanto son potenciales minoradoras del coste final y las subvenciones otorgadas por las Administraciones públicas deben ser publicadas en el BOE, por lo que pierden la consideración de secretas a los efectos de ser declaradas confidenciales.

La resolución administrativa de 21 de diciembre de 2011 abordó las subvenciones que se incluían en el coste neto de la prestación del servicio universal y las razones que aconsejan la confidencialidad de esta información. En dicha resolución se razonaba sobre la necesidad de la confidencialidad cuando la información suministrada contiene datos que puedan desvelar la estrategia competitiva de la operadora <<por ello si bien es cierto que no se ha levantado la confidencialidad de los importes y de la naturaleza de cada una de las ayudas, si se ha informado a lo largo del informe de Audiencia en términos agregados de las mismas, con el objetivo de procurar dar información a tercero sin desvelar el secreto comercial de la operadora.

Las subvenciones que esta Comisión considera son las que tienen relación con los servicios incluidos en el ámbito del servicio universal vigente. Teniendo en cuenta, que la banda ancha no está incluida en el servicio universal, no es posible minorar el coste neto por este concepto>>.

Y en la resolución administrativa dictada el 19 de abril de 2012 resolviendo el recurso de reposición, señala que <<Corresponde a la Administración que maneja información determinar en cada caso qué queda comprendido exactamente en el ámbito del secreto comercial o industrial de la entidad titular de los datos. En este caso, esta Comisión consideró, en línea con el criterio habitual aplicado en la calificación de información confidencial, que **el importe y origen de las subvenciones excluidas del cálculo del coste del servicio universal** eran datos "extremadamente sensibles para la estrategia financiera empresarial de la operadora" y que procedía su tratamiento como información confidencial>>.

Partiendo de estas consideraciones, la sentencia abordó, de forma muy extensa, la confidencialidad de la información sobre las subvenciones, afirmando al respecto que <<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 doble una declaración formulada globalmente sobre la pertinencia o impertinencia de que conste, en el expediente toda la documentación solicitada>>.

Frente a ello el recurso de casación se limita a reproducir lo argumentado en la instancia sobre la falta de transparencia e indefensión sin abordar los razonamientos contenidos en la sentencia de instancia y mostrándose ambiguo respecto de la concreta información que considera no debió ser declarada confidencial, pues se refiere en términos genéricos a las subvenciones recibidas por Telefónica no específica cuales, de las diferentes subvenciones existentes, no debieron ser consideradas confidenciales por guardar relación directa con el coste del servicio universal de cuya cuantificación se trataba y siempre que no tuviesen datos que desvelasen secretos comerciales de la operadora. A lo largo de las resoluciones impugnadas se aborda el carácter confidencial de diferentes subvenciones por motivos distintos, sin que la parte aclare en casación a qué subvenciones se refiere o si se está pretendiendo la obtención de toda la información de las subvenciones percibidas por Telefónica aunque no esté relacionada con la prestación del servicio universal, cuya liquidación se debatía, lo cual no sería posible. De hecho a lo largo del procedimiento la entidad cuestionó la confidencialidad de las subvenciones recibidas por TESAU referidas a los programas de extensión de la banda ancha en zonas rurales no incluidas en el servicio universal.

En definitiva, la parte no especifica adecuadamente los documentos que considera indebidamente clasificados como confidenciales sin que pueda pretender la obtención de la documentación referida a la totalidad de las subvenciones recibidas por Telefónica con independencia de su conexión con la prestación del servicio universal. Por otra parte, la CMT justificó la confidencialidad afirmando que <<si bien es cierto que tanto la cantidad concedida como la finalidad que se persigue han sido publicadas por el organismo concedentes y son de libre acceso para los recurrentes, han de tenerse en cuenta que la información que se ha protegido en el presente procedimiento respecto de tales subvenciones, no es de carácter público. No son publicadas en el Boletín del Estado ni de la Comunidad Autónoma las fechas en que tales subvenciones han sido ingresadas por TESAU, como tampoco se publican las actuaciones detalladas por tecnología y localización que han realizado para el cumplimiento de los fines para los que la ayuda fue otorgada>>, declaración que aparece justificada y su procedencia no ha sido desvirtuada por las genéricas alegaciones en las que se funda su recurso.

CUARTO. Sobre la cuantificación del coste neto de la prestación del servicio universal. Pagos realizados por TESAU a Telefónica Móviles.

En tercer lugar denuncia la vulneración del art. 42 del RSU en lo referente a la cuantificación del coste neto para la prestación eficiente del servicio telefónico disponible al público y los pagos realizados por TESAU a Telefónica Móviles, todo ello en relación con el art. 63 de la Ley 30/1992.

La empresa recurrente sostiene la necesidad de que exista una mayor transparencia "de los costes imputados a los servicios de voz soportados mediante tecnología radio" (TRAC) y, en concreto, en lo que respecta a los pagos efectuados por TESAU a su filial móvil (TME) en lo que respecta al uso de su red GSM que no debería superar el coste unitario medio resultante de la contabilidad regulatoria sin cargar sobre el resto de los operadores el peso de los compromisos de despliega rural adquiridos en el ámbito de la adjudicación de los concurso E-GSM.

La sentencia de instancia razona al respecto que <<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.">> .

Frente a ello la entidad recurrente considera que si bien los auditores llegaron a la conclusión de que "no encontraron elementos objetivos que hiciesen pensar que las tarifas recogidas en el acuerdo entre TESAU y Telefónica Móviles estén significativamente alejadas de las tarifas de mercado para servicios equivalentes", ello supondría aceptar como retribución por la prestación del servicio universal la fijada por acuerdos entre dos compañías del mismo grupo, en condiciones de precios de mercado, cuando la legislación del servicio universal exige que dicho coste neto sea el correspondiente a una prestación según costes eficientes. A su juicio, la retribución percibida por TME debería ser igual al coste que se produce, cantidad que puede estar alejada de las tarifas de mercado para servicios equivalentes si están alejadas de los costes de prestación.

La valoración del coste de prestación del servicio telefónico por la utilización de los medios especiales de acceso ("Telefónica Rural de Acceso Celular"), o dicho de otra forma por la utilización de su red TRAC-GSM satisface las exigencias de prestación de un servicio de forma eficiente, no solo porque, tal y como afirma el informe de auditoría practicado, dichas tarifas son conformes a precios de mercado para servicios equivalentes, sino porque en el propio dictamen pericial aportado por Orange se afirma que dicha solución tecnológica conlleva ventajas de eficiencia económica y racionalidad técnica. Siendo esto así y partiendo de que la prestación se adjudicó por concurso público, sin que se cuestione por la entidad recurrente la conveniencia y procedencia de esta prestación por un tercero, no se puede sostener que el tercero esté obligado a la prestación de este servicio al precio de coste. En realidad, dicha alegación estaría cuestionando que la prestación de una parte del servicio pueda adjudicarse por concurso público a un tercero, lo que en realidad no ha sido cuestionado, o que el prestador del servicio universal deba asumir dicho coste, aun cuando se ajuste a parámetros de eficiencia y sus tarifas se consideren adecuadas, interpretación que no puede asumirse.

QUINTO. Sobre la valoración ilógica y arbitraria del informe pericial aportado.

Se aduce también la valoración ilógica y arbitraria del informe pericial aportado a autos por la recurrente. A juicio de la parte recurrente, la sentencia impugnada habría valorado de forma arbitraria dicho informe al afirmar afirma que el mismo no obsta para que la CMT haya optado por una determinada metodología en lugar de la propuesta en el informe, y que la opción de la Administración no es, por existir otras, arbitraria, desproporcionada o incorrecta. Valoración que la parte considera ilógica e irracional. A su juicio, no se trata de que se optase por una metodología menos apropiada que otras, sino que el informe pericial evidenciaba que la metodología utilizada era contraria a la normativa aplicable al efecto.

En primer lugar porque el recurrente parte de considerar como normativa aplicable los cambios normativos operados por el RD 726/2011, lo cual no es correcto, tal y como hemos tenido ocasión de señalar anteriormente. En segundo lugar, porque lo que sostiene la sentencia es que el informe aportado carece de virtualidad suficiente para que sus conclusiones prevalezcan sobre las recogidas en la resolución administrativa, sin que esta conclusión pueda ser cuestionada con carácter general como ilógica o arbitraria.

La parte recurrente pone de manifiesto su discrepancia con la valoración realizada por el tribunal de instancia y pretende de este tribunal una valoración alternativa de dicho informe que resulte acorde con sus intereses. Como señala una jurisprudencia muy reiterada, la valoración de la prueba no puede ser revisada en casación salvo en supuestos excepcionales, como son aquellos en que se justifique que el tribunal de instancia ha vulnerado alguno de los escasos preceptos de nuestro ordenamiento que atribuyen valor tasado a determinados medios de prueba, o en que la valoración realizada sea arbitraria o ilógica y, por consiguiente, vulneradora del artículo 9.3 de la Constitución . Y desde luego no abarca la discrepancia con el valor probatorio obtenido en la sentencia de instancia incluso aunque se considerase que es erróneo, a juicio de la parte recurrente, pues, como decimos, resulta necesario justificar, y no se ha hecho, que la valoración realizada es arbitraria, irrazonable o conduce a resultados inverosímiles y para ello no basta con afirmarlo genéricamente sin especificar en qué aspectos concretos la valoración puede considerarse como tal.

SEXTO. Sobre la falta de motivación.

Finalmente se imputa a la sentencia de instancia su falta de motivación, por entender que el tribunal se limitó a confirmar el acierto de las resoluciones administrativas impugnadas pero sin incluir valoración o motivación alguna sobre los argumentos defendidos y desarrollados por la recurrente ni de los reproches que dirige a las resoluciones impugnadas.



Formulado en estos términos el motivo no es estimable por cuanto propiamente no denuncia un quebrantamiento de las formas esenciales del juicio sino una mera discrepancia de quien lo formula con el contenido sustantivo de la sentencia impugnada. Por otro lado, la recurrente se limita a afirmar que la Sala de instancia para resolver las cuestiones objeto de enjuiciamiento se remite a Sentencias precedentes y hace suyos los argumentos de la resolución de la Comisión de Telecomunicaciones.

La crítica es claramente infundada toda vez que la lectura de la sentencia impugnada permite constatar que la sala de instancia ofrece una respuesta explícita y suficientemente motivada en la que se abordan las cuestiones esenciales planteadas por Orange sobre el cambio normativo operado por el RD 726/2011 y la necesidad de implantar una nueva metodología de cálculo del coste neto del servicio universal, la equiparación entre los conceptos "coste neto" y "carga injustificada", la no inclusión de los beneficios de banda ancha o la cuantificación en el caso de tarifas especiales. Así mismo, se pronuncia sobre la confidencialidad de la información referente a las subvenciones o la cuantificación del coste neto en cuanto a los pagos realizados por Telefónica a Telefónica Móviles.

Es cierto que para dar respuesta a varias de las cuestiones planteadas se remite a criterios ya sostenidos en anteriores sentencias y a la respuesta dada por la resolución administrativa, al estimarla acertada, pero ello no implica una ausencia de motivación, pues si las razones expuestas resultan coincidentes con las que se invocaron en otros recursos resulta lógico remitirse a la respuesta dada por el Tribunal a los mismos.

En fin, ninguna objeción cabe hacer desde la perspectiva que se denuncia a la sentencia recurrida que es congruente con sus propios criterios expuestos en anteriores resoluciones sin que se advierta un déficit de motivación derivado de la remisión a los precedentes a los que se añaden consideraciones específicas y singulares del proceso analizado, pues en suma se expresan de forma clara las razones determinantes de la decisión desestimatoria, aunque para ello acoja razones contenidas en la resolución administrativa de la comisión del mercado de las telecomunicaciones, pues el hecho de que una parte cuestione la conformidad a derecho de una resolución administrativa no implica que la motivación destinada a rechazar tales motivos de impugnación tenga necesariamente que divergir de la utilizada por el órgano administrativo, si el tribunal considera que dicha motivación es la acertada.

SÉPTIMO. Costas.

Procede, por todo lo expuesto, la desestimación del recurso de casación 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 este artículo, 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 hasta una cifra máxima de tres mil euros la cantidad que, por todos los conceptos, la condenada al pago de las costas ha de satisfacer a cada una de las partes recurridas que han formalizado oposición, más el IVA que resulte procedente.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido Que, por lo expuesto, declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de "Orange Espagne, SAU" contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014 (rec. 326/2012) con imposición de las costas del presente recurso a la parte recurrente, en los términos fijados en el último fundamento de derecho de esta sentencia.

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

Así se acuerda y firma.

D. Pedro Jose Yague Gil 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. Diego Cordoba Castroverde D. Angel Ramon Arozamena Laso

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente **D.Diego Cordoba Castroverde** , estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.