Roj: **SAN 1813/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:1813**

Id Cendoj: **28079230082017100198**
Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **8**
Fecha: **05/05/2017**
Nº de Recurso: **507/2014**
Nº de Resolución: **210/2017**
Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**
Ponente: **MERCEDES PEDRAZ CALVO**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

A U D I E N C I A N A C I O N A L

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000507 / 2014

Tipo de Recurso: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Núm. Registro General: **05013/2014**

Demandante: **TELEFÓNICA MOVILES DE ESPAÑA, SAU**

Procurador: **SRA. ROBLEDO MACHUCA**

Demandado: **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA**

Codemandado: **ORANGE ESPAGNE**

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: **Dª. MERCEDES PEDRAZ CALVO**

S E N T E N C I A Nº:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

Dª. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

Dª. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a cinco de mayo de dos mil diecisiete.

Visto el presente recurso contencioso administrativo **nº 507/14** , interpuesto ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional por la Procuradora **Sra. Robledo Machuca** , en nombre y representación de **TELEFÓNICA MOVILES DE ESPAÑA** , **SAU** , contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 31 de julio de 2014, en materia de coste neto de la prestación del servicio universal en el año 2002, ejecución de la sentencia de esta Sala de 3 de abril de 2006 , siendo parte demandada la Administración General del Estado dirigida y representada por el Abogado del Estado, y codemandada **ORANGE ESPAGNE** representada por el Procurador **Sr. Alonso Verdu** siendo la cuantía del recurso indeterminada. Ha sido Ponente la magistrado **Dª MERCEDES PEDRAZ CALVO** .

AN TECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Po r el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso-administrativo, mediante escrito presentado el 7 de octubre de 2014, contra la resolución antes mencionada.

Por providencia de la Sala se acordó su admisión a trámite con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 22 de diciembre de 2014, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando la estimación del recurso, y :

"1) *Declare la nulidad de la Resolución de la CNMC de fecha 31 de julio de 2º14 relativa al procedimiento SU/ DTSA/766/73 EJECUCION CNSU 2002.*

2) *Declare el deber de incluir las otras redes públicas a los efectos de ejecución de la Sentencia de la Sala, de fecha 3 de abril de 2006 ,*

3) *Declare la aplicación de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones al procedimiento indicado.*

4) *Declare que el análisis de la carga injustificada deba limitar su alcance al expresado en el Fundamento de Derecho Primero, apartado B) de nuestro escrito de demanda.*

5) *Declare la existencia carga injustificada o en su caso, desventaja competitiva, de conformidad con el Dictamen Pericial relativo a la Resolución de la CNMC, de fecha 31 de julio de 2014 sobre la ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional relativa a la determinación del coste neto del servicio universal en el año 2002, que se aportó con nuestro escrito de demanda."*

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 6 de mayo de 2015, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

CUARTO.- Dado traslado a la codemandada para contestar a la demanda, formuló alegaciones.

Dado traslado de las mismas a las otras partes, la Sala dictó providencia de 23 de junio de 2015 que fue objeto de nuevas "manifestaciones" por la representación procesal de ORANGE ESPAGNE.

La Sala dictó el dia 22 de julio de 2015 nueva providencia en relación con las referidas "alegaciones", que fue impugnada en reposición por la codemandada.

Durante la tramitación de este recurso, la codemandada presentó escrito solicitando la ampliación del expediente, al considerar que debían incluirse en el mismo determinados documentos. Del mismo se dio traslado a la actora y el Abogado del Estado.

La Sala resolvió el recurso de reposición para desestimarlo por auto de 9 de octubre de 2015.

Dado nuevo traslado a la codemandada para contestar a la demanda, presentó escrito de aclaración de la diligencia de ordenación.

Se dio nuevo traslado al respecto a la actora y al Abogado del Estado que presentaron los correspondientes escritos.

Por providencia de 21 de abril de 2016 la Sala acordó: denegar la ampliación del expediente administrativo solicitada por ORANGE ESPAGNE.

La referida providencia de 21 de abril de 2016 fue impugnada en reposición por ORANGE ESPAGNE. Del recurso se dio traslado a la actora y al Abogado del Estado que presentaron los correspondientes escritos.

Este recurso fue desestimado por auto de 8 de julio de 2016.

El dia 24 de mayo de 2016 la codemandada presentó escrito de contestación a la demanda, solicitando su inadmisión y formulando dos peticiones subsidiarias: la primera para que se acordase la retroacción de actuaciones, a fin de que a) se de traslado de los informes periciales declarados confidenciales, aportados por la actora y por el Abogado del Estado. Y b) se acuerde el complemento de expediente que fue denegado por providencia de 21 de abril de 2016. La providencia se encontraba en ese momento recurrida pero aún no se había dictado el auto que la confirmaba.

Como petición subsidiaria segunda, solicita la desestimación del recurso.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

QUINTO.- La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental y la pericial, a instancias de la parte actora, y la documental y la pericial a instancias del Abogado del Estado, con el resultado obrante en autos.

Contra este auto, de fecha 7 de septiembre de 2016 interpuso la parte actora recurso de reposición.

La codemandada igualmente interpuso recurso de reposición contra dicho auto de 7 de septiembre de 2016.

Tramitados ambos recursos, con traslado a las partes, la Sala dictó dos autos, ambos de fecha 1 de diciembre de 2016.

En el primero se estima el recurso de reposición interpuesto por la parte actora, y se acuerda que no ha lugar a la ratificación del informe pericial aportado con la contestación a la demanda por el Abogado del Estado.

En el segundo se desestima el recurso de reposición interpuesto por la parte codemandada.

Esta parte solicitó aclaración del auto, solicitando se acuerde en lugar de la desestimación del recurso de reposición su estimación parcial.

Por auto de 6 de abril de 2017 la Sala resolvió que no ha lugar a aclarar el auto de 1 de diciembre de 2016.

SEXTO-. Las partes, por su orden, presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

SÉPTIMO- . Por Providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 26 de abril de 2017, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO-. Es objeto de impugnación en el presente recurso contra la resolución dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el día 31 de julio de 2014, que resuelve el procedimiento en ejecución de sentencia sobre la determinación del Coste Neto de prestación del Servicio Universal en el año 2002 propuesto por TELEFONICA DE ESPAÑA SAU ahora recurrente.

La resolución recoge los antecedentes de la decisión, que son relevantes para la resolución de este recurso:

-. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó resolución el dia 25 de marzo de 2004 en el expediente MTZ 2003/1214 sobre el cálculo del coste neto del servicio universal prestado por TELEFONICA DE ESPAÑA SAU en el ejercicio 2002.

-. TELEFONICA DE ESPAÑA SAU interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. El mismo, tramitado con el núm. 286/2004 fue resuelto por sentencia de 3 de abril de 2006 , con el siguiente fallo literal:

"PRIMERO.- ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo formulado por "TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U " contra la resolución de la COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES de fecha 25 de marzo de 2004, que anulamos sólo con el sentido y alcance razonados en el Fundamento Jurídico Séptimo de la presente Sentencia, esto es, para que se proceda por dicho organismo regulador a tener en cuenta la telefonía fija, la móvil y las redes públicas en las zonas no rentables, a efectos del cálculo del coste neto del Servicio Universal.".

El fallo fue aclarado por auto, y donde decía " *a efectos del cálculo del costeneto del Servicio Universal* ." Pasó a decir " *a efectos de determinar si ha existido una carga injustificada o desventaja competitiva* ".

La sentencia fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, el cual confirmó la misma mediante sentencia de 25 de febrero de 2009 .

SEGUNDO-. La parte actora, solicita se dicte sentencia en los términos recogidos en el antecedente de hecho segundo, y a tal fin, alega un conjunto de motivos de impugnación, que pueden resumirse como sigue:

1-. Nulidad de la resolución de la CNMC por no aplicar la Ley General de Telecomunicaciones de 2003.

Entiende que la Administración ha conculcado lo dispuesto en el apartado 10 de la D.T.1 de dicha Ley. Y ello porque si se aplica como pretende la norma del año 2003 en lugar de valorar la "desventaja competitiva" la CMT debió valorar si TELEFONICA SAU ha soportado una "carga injustificada".

2-. La retroactividad de las normas interpretativas que clarifican un concepto jurídico indeterminado, como es el de "desventaja competitiva" frente a "carga injustificada".

3-. La vulneración por parte de la CNMC de la doctrina de los actos propios.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

4-. La infracción de los principios de confianza legítima y seguridad jurídica informadores del Estado de Derecho y de la actuación de las Administraciones Públicas.

En el escrito de conclusiones plantea además que no se ha tomado en cuenta suficientemente la importancia de la prueba pericial y que las contestaciones a la demanda son meras transcripciones de la resolución.

El Abogado del Estado se opone al recurso recordando en primer lugar diversos precedentes constituidos por sentencias de esta Sala y Sección confirmadas por el Tribunal Supremo en las que se analiza la aplicabilidad de la LGT del año 98 frente a la pretendida aplicación de la LGT 2003, y la interpretación de la Disposición Transitoria Primera apartado 10 de la LGT 2003 .

En relación con la toma en consideración de las redes públicas en zonas rentables, recuerda el origen de la decisión de la Sala, y analiza las circunstancias en las que la Administración ha optado por un enfoque global del territorio en lugar de partir de zonas no rentables. Señala que la decisión obedece a razones fundadas como la imposibilidad de realizar un ejercicio de comparación entre magnitudes (cuotas de mercados de ingresos, clientes etc) ya que son redes que operan en mercados distintos y estas magnitudes serían heterogéneas.

Descarta la alegada vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad, y la improcedencia de resolver con base en un informe pericial de parte.

La codemandada alega en primer lugar la inadmisibilidad del recurso, al considerar que no es una resolución susceptible de ser recurrida de forma autónoma, al tratarse de un acto de ejecución de una sentencia anterior.

La codemandada sostiene que se ha producido su indefensión porque no ha tenido acceso a informes periciales confidenciales. Por lo tanto en el suplico de su escrito de conclusiones solicita la retroacción de actuaciones a fin de que se le de traslado del expediente confidencial, de los referidos informes periciales y de esta forma pueda "complementar" la contestación a la demanda.

En relación con el fondo del asunto considera que la CNMC ha actuado de conformidad a derecho.

TERCERO -. Es preciso examinar en primer lugar la causa de inadmisión alegada por la codemandada.

En relación con esta cuestión, se ha pronunciado ya la Sala en la reciente sentencia de 31 de marzo de 2017 , en la que recordando la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo, ha rechazado la causa de inadmisibilidad.

La cuestión ha sido objeto de sentencias del Tribunal Supremo, en las que el Alto Tribunal se ha pronunciado inequívocamente a favor de la posibilidad de dejar abiertas las dos vías de impugnación, el trámite de ejecución y la interposición de un nuevo recurso.

En concreto en el recurso de casación 2134/2012, se dictó la sentencia de 8 de febrero de 2013 , que analiza este tema en los siguientes términos literales:

"TERCERO.- La presente casación tiene un objeto bien determinado y concreto que se resume en determinar si cuando se ha dictado una sentencia que declara la nulidad de un plan parcial, y en ejecución de dicha sentencia se aprueba un nuevo plan parcial, la impugnación de este último ante los tribunales ha de hacerse únicamente al amparo de lo previsto en el artículo 103.4 de la LJCA , o puede interponerse también un recurso contencioso administrativo autónomo, como sucedió en el caso que ahora examinamos.

No está de más ilustrar que en este caso la causa de la nulidad acordada por sentencia firme radicaba en que la aprobación provisional del plan parcial se produjo por mayoría simple y no por mayoría absoluta, según se indica en la propia Resolución del Consejero, de 25 de octubre de 2010, que ratifica el nuevo plan y que es el acto que se impugnaba en la instancia.

Ni que decir tiene que el nuevo plan parcial, o mejor dicho la nueva aprobación del mismo plan parcial, es una disposición general impugnable ante esta jurisdicción contencioso- administrativa ex artículo 1 de nuestra Ley Jurisdiccional , pues sabido es que los planes de urbanismo son disposiciones generales de rango inferior a la ley. Poco importa, a tales efectos, que se haya declarado judicialmente su nulidad por defectos en la aprobación provisional de esa disposición general, pues esa nueva aprobación definitiva determina que estemos ante una disposición de carácter general que puede ser nuevamente impugnada ante los tribunales.

De manera que la controversia radica en establecer --recordemos que el auto recurrido declara la inadmisibilidad del recurso en el trámite de alegaciones previas-- cual es el cauce procesal adecuado que debe seguir la impugnación de esa nueva disposición general y si el error en la elección de dicha vía procesal se sanciona, por nuestro ordenamiento jurídico, con la severa consecuencia de la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

CUARTO.- Tradicionalmente hemos distinguido, a los efectos que ahora importan, entre una doble vía de impugnación de actos y disposiciones dictadas en ejecución de una sentencia firme que, a su vez, había declarado la nulidad, en todo o en parte, de un acto o disposición general anterior.

Se trata, de un lado, del cauce procesal que permite, al amparo del artículo 109 de la LJCA , abrir un incidente en la ejecución de la sentencia. Y de otro, se encuentra el cauce procesal general que faculta para interponer un recurso contencioso administrativo independiente, al amparo del artículo 45 de la misma Ley Jurisdiccional .

En el primer caso se comprenden todas aquellas incidencias, incluidas las relativas al artículo 103.4 de la LJCA que regulan la desviación de poder al momento de la ejecución, que tienen por objeto determinar o comprobar que el nuevo acto o disposición se ajusta y cumple con lo ordenado y dispuesto por una sentencia firme. Se pretende, por tanto, salvaguardar la inmutabilidad de la sentencia, la exactitud en su cumplimiento, garantizando la exacta correlación entre lo resuelto en el fallo y lo ejecutado en cumplimiento del mismo. Acorde con esta finalidad, el citado incidente en la ejecución, seguido al amparo del artículo 109 de la LJCA , debe fundarse en el contraste de la nueva actuación o regulación con lo declarado y ordenado por la sentencia que se pretende ejecutar.

Deben extremarse los esfuerzos, en definitiva, para evitar, mediante esta específica vía, que una inadecuada actividad jurisdiccional ejecutiva pueda adicionar, contradecir o simplemente desconocer aquello que, con carácter firme, haya sido decidido con fuerza de cosa juzgada en el previo proceso de declaración.

En el segundo caso, por el contrario, los contornos son menos angostos, pues se puede alegar cualquier infracción normativa que ponga de manifiesto que dicho acto o disposición vulneran el ordenamiento jurídico. En el bien entendido que entre tales vicios de ilegalidad se comprenden, también, aquellos que tienen por objeto poner de relieve que la nueva actuación o regulación vulnera lo declarado en una sentencia firme.

QUINTO.- Ese doble diseño para canalizar las impugnaciones que, exclusivamente o en conjunción con otros vicios de ilegalidad, pretendan velar por la inmutabilidad de lo decidido en sentencia firme no pueden dar lugar a la inadmisibilidad del recurso, como han declarado los autos recurridos, porque si bien es cierto que en el escrito de demanda se plantea la conformidad del nuevo plan a lo ordenado por la sentencia firme, también lo es que en la parte final de la demanda se hacen determinadas consideraciones, sobre la aprobación provisional del plan, que igualmente podrían ser invocadas al margen o desvinculadas de la cuestión relativa a la ejecución, centrándose únicamente en la regularidad del procedimiento de aprobación.

La grave consecuencia procesal, por tanto, que se anuda en los autos recurridos a la interposición de un nuevo recurso contencioso administrativo impugnado --la Resolución del Consejero de Medio Ambiente, Agua, Urbanismo y Vivienda que ratifica la resolución de 29 de enero de 2003, que aprobó definitivamente el Plan Parcial de Mejora 2, Sector PP-1 "Cales i Atalayes" del municipio de Villajoyosa-- esgrimiendo razones vinculadas al cumplimiento de la sentencia firme anterior, no se ajusta a los contornos del doble diseño antes expuesto, ni a la recta interpretación de los artículos 46 , 103 y 109 de la LJCA , en los términos que venimos declarando, según veremos sucintamente en el siguiente fundamento.

Somos conscientes de que puede no coincidir el órgano jurisdiccional competente para conocer del incidente suscitado en la ejecución, con el órgano competente para conocer del recurso contencioso administrativo interpuesto. Teniendo presente en todo caso que al juez le corresponde, por expreso mandato constitucional, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado ex artículo 117.3 de la CE . Ahora bien, en este caso se trata del mismo órgano jurisdiccional --la Sala del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana--, si bien, al parecer la sección que dictó la sentencia firme es diferente a la que conoce del nuevo recurso contencioso administrativo nuevo. Sin embargo, tal circunstancia derivada de la aplicación de las correspondientes normas de reparto, sin otro aditivo, no permite altear cuánto hemos declarado, ni establecer la rigurosa consecuencia de la inadmisibilidad al recurso contencioso administrativo independiente que, esencialmente, cuestiona la compatibilidad de la nueva aprobación impugnada en la instancia con lo decidido en sentencia firme.

SEXTO.- Viene al caso, según hemos anunciado, hacer un escueto resumen de nuestra jurisprudencia establecida al respecto.

Hemos declarado, sobre los límites del incidente en la ejecución, en Sentencia de 8 noviembre 2011 (recurso de casación nº 4561/2011), que <<En todo caso, debemos advertir que nuestro enjuiciamiento de los autos recurridos, respecto del Acuerdo municipal de 10 de noviembre de 2010, se circunscribe únicamente a determinar si mediante el mismo se pretendía eludir el cumplimiento de la sentencia, pues tal es el enjuiciamiento que nos faculta el artículo 103.4 de la LJCA . En este sentido, no nos corresponde pronunciarnos ahora, en este trámite de ejecución de sentencia, sobre cualquier vicio de ilegalidad que pueda contener dicha modificación del plan general, que ahora no pueden ser considerados. Todo ello sin perjuicio de la interposición de un

recurso contencioso administrativo independiente y autónomo sobre tal modificación en el que pueda esgrimirse cualquier infracción del ordenamiento jurídico.>>.

Precisando que no concurre "exclusividad procedimental" entre ambas vías en Sentencia de 6 de abril de 2011 (recurso de casación nº 1602/2007), al señalar que <<Debemos, pues, señalar que esta remisión del artículo 103.5 al 109 ---como ya hemos expuesto y ahora ratificaremos--- no implica la exclusividad procedimental, pues, como acabamos de exponer, esta acción del artículo 103.4 también puede ejercitarse ---conjuntamente con la acción material ordinaria--- bien a través de un recurso contencioso-administrativo independiente ---que es, justamente, lo acontecido en el supuesto de autos--- bien en un genérico Incidente de ejecución de sentencia previsto para resolver todas las cuestiones derivadas de la sentencia>>.

Tampoco hemos puesto reparo procesal alguno a la compatibilidad entre dichos cauces procesales, atendidas las circunstancias de cada caso, según indicamos en la Sentencia 28 de septiembre de 2012 (recurso de casación nº 1009/2011) al declarar que <<Ninguna objeción oponemos en este caso, atendida la coincidencia parcial de los actos y disposiciones impugnadas en ambos recursos, la sucesión cronológica de los mismos y la naturaleza de los recursos, en orden al doble cauce procesal seguido, es decir, acudir en fase de ejecución de sentencia, ejercitando la acción prevista en el artículo 103.4 de la LJCA , y, a su vez, ejercitando la impugnación ordinaria contra cualquier acto o disposición general. Téngase en cuenta que en ambos casos se enlazan y vinculan las cuestiones relativas al modo en que deben cumplirse la sentencia que declaran la nulidad de una disposición general y los planes y actos de desarrollo>>.

Y, en fin, nuestra jurisprudencia resulta incompatible, en definitiva, con la respuesta de la inadmisibilidad a la interposición de un recurso contencioso administrativo autónomo deducido contra un acto o disposición respecto del cual se cuestiona su compatibilidad o ajuste a una sentencia firme anterior. "

Procede en consecuencia desestimar la causa de inadmisibilidad alegada por la codemandada.

CUARTO-. El primer motivo de recurso se sustenta en que la CNMC debió aplicar la ley del 2003 y no la ley del 98, ambas en materia de regulación de las Telecomunicaciones.

Y ello por dos motivos fundamentales:

1º La aplicación de la D.T. 1 de la ley del 2003 y el principio de retroactividad mínima.

2º Porque TELEFONICA DE ESPAÑA SAU presentó su escrito ante la CMT el día 31 de julio de 2003 y considera que desde la entrada en vigor del Real Decreto 424/2005 de 15 de abril el día 30 de abril de 2005, es de aplicación la LGT del 2003 a todo procedimiento iniciado con anterioridad.

Como hipótesis alternativa sostiene que nos encontramos ante un nuevo procedimiento que nace del derecho a obtener otro pronunciamiento de la CNMC.

En primer lugar, es preciso recordar que en trámite de ejecución de sentencia no procede sino ejecutar el fallo, sin que sea procedente reexaminar ni reevaluar las cuestiones de hecho y de derecho que se encuentran en la propia sentencia que se ejecuta, como es el caso. Y en este caso, ni esta Sala ni el Tribunal Supremo analizaron la cuestión que ahora se plantea: basta la lectura de las sentencias para comprobar que no solo no se aplicó la ley General de Telecomunicaciones del 2003 sino que ni siquiera se planteó por la propia TELEFONICA tal cuestión.

En todo caso, y dado que una de las razones en las que sustenta este motivo de recurso es la fecha en la que se plantea el incidente de ejecución de sentencia, y que a su juicio a partir de la entrada en vigor del Real Decreto 424/2005 la nueva ley se aplica incluso a los procedimientos iniciados con anterioridad, como sería el caso pues el escrito de Telefonica presentado ante la CMT con relación al cálculo del coste neto del ejercicio *2002* es de fecha 31 de julio de 2003, es preciso recordar que esta misma cuestión ha sido examinada y resuelta por esta Sala en anteriores sentencias.

La más reciente, la dictada el pasado dia 31 de marzo de 2017 en el recurso 298/2015 relativo a la ejecución de la sentencia dictada por esta Sala el dia 28 de noviembre de 2006, confirmada por otra del Tribunal Supremo de fecha 25 de febrero de 2009 .

En la sentencia de esta Sala del año 2006 se acordaba estimar parcialmente el recurso formulado por TELEFONICA contra la resolución de la CMT en materia de cálculo del coste neto del servicio universal del ejercicio *2001* , anulando la resolución recurrida sólo en el sentido y alcance razonados en el Fundamento Jurídico Séptimo de la Sentencia, esto es, " *para que se proceda por dicho organismo regulador a tener en cuenta la telefonía fija, la móvil y las redes públicas en las zonas no rentables, a efectos de determinar si ha existido una carga injustificada o desventaja competitiva* ."

La CMT ejecutó dicha sentencia mediante resolución de 31 de julio de 2014 y en concreto resolvió:

"UNI *CO.- En cumplimiento de la Sentencia y analizando no solo los efectos de los servicios de telefonía fija sino también de los servicios de telefonía móvil, procede declarar que el coste derivado de la prestación del servicio universal en todo el territorio nacional por parte de Telefónica de España, S.A.U. en el ejercicio 2001 no supuso una desventaja apreciable en su capacidad de competir, no estando justificada la puesta en marcha del Fondo Nacional de Financiación del Servicio Universal para dicho ejercicio .*"

Al igual que ocurre en este supuesto, la determinación del coste neto del servicio universal correspondiente al ejercicio 2001 se efectuó mediante Resolución de la Comisión de fecha 3 de julio de 2003. Con posterioridad a esa fecha entró en vigor la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, norma que no prevé su aplicación retroactiva, al igual que tampoco lo ha hecho la actual Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

Y respondiendo a una alegación similar de TELEFONICA SAU esta Sala ha resuelto lo siguiente:

" *Las reformas efectuadas en la normativa sectorial de telecomunicaciones han carecido, en términos generales, de esta eficacia retroactiva expresa, por lo que ha venido rigiendo el principio general de irretroactividad establecido en nuestro ordenamiento, salvo para aquellos supuestos en los que se produzca una regulación más favorable de una norma sancionadora, situación que en el presente caso ha de valorarse con mucha cautela, pues el análisis de la merma en la capacidad de competir o de la carga injustificada puede tener una incidencia directa en otros operadores que podrían verse obligados a contribuir a la financiación del coste neto.*

Por tanto, procede en el presente supuesto aplicar la Ley 11/1998 y el Real Decreto 173611998, de 31 de julio, mediante el que se aprueba el Reglamento de desarrollo del Título III de la Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones.

Se rechaza, pues, la petición de Telefónica de que el procedimiento se rija por la normativa vigente, considerando que en otro caso se vulneraría el principio de seguridad jurídica. Razonando la Comisión que los principios de certeza y seguridad jurídica, así como el respeto a los derechos adquiridos y a las situaciones jurídicas beneficiosas asientan el principio básico en el ordenamiento español de irretroactividad de las leyes, plasmado en numerosos preceptos, entre otros, los artículos 9 de la Constitución y 2.3 del Código Civil , que por su carácter y ubicación en textos legales del máximo rango abarcan la totalidad de los ámbitos del Derecho, y, por tanto, también esta parcela de las relaciones jurídico administrativas, con la consecuencia relevante para el presente caso de que la interpretación de las normas de derecho transitorio ha de realizarse en sentido restrictivo, y, por tanto, sin extender los términos legales a situaciones no contempladas en ellos.

Se dice que, en consecuencia, la valoración de la existencia de una desventaja competitiva para Telefónica por la prestación del servicio universal correspondiente al ejercicio 2001 deberá realizarse de conformidad con la normativa vigente en el momento de producirse los hechos, no pudiendo afirmarse, como hace Telefónica, que las modificaciones legales posteriores conlleven la aplicación retroactiva inmediata de las mismas, máxime cuando esas normas no establecen nada a este respecto. Cuestión ya resuelta por la Audiencia Nacional y por el Tribunal Supremo en relación al coste neto del servicio universal correspondiente al ejercicio 2003, en sentencias en las que se avala que no es hasta la entrada en vigor de la ley de 2003, el de 5 noviembre de 2003, cuando se debe proceder a analizar la existencia o no de una carga injustificada en lugar de una merma en la capacidad de competir, en los términos de la ley de 1998."

Cabe igualmente recordar que el Tribunal Supremo en la reciente sentencia dictada el dia 9 de enero de 2017 , en un recurso de casación contra una sentencia de esta Sala y Sección sobre aprobación del coste neto de prestación del servicio universal para el ejercicio 2009 incurrido por Telefónica de España SAU y contra la resolución de 19 de abril de 2012 que desestimó el recurso de reposición del CNSU del año 2009, si bien en aquel caso era recurrente tanto en la instancia como en casación la ahora codemandada, ante una alegación semejante, ha resuelto lo siguiente:

" *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 el conjunto de razones expuestas, tanto en las anteriores sentencias de esta Sala parcialmente reproducidas, como en la del Alto Tribunal, procede la desestimación del motivo de recurso relativo a la aplicación al caso de la ley General de Telecomunicaciones 32/2003.

QUINTO-. La recurrente alega a continuación que la metodología de análisis de la carga injustificada no requiere determinar si la disminución de la capacidad de competir es consecuencia directa de la obligación de soportar el CNSU. Y ello porque si se aplica como pretende la norma del año 2003 en lugar de valorar la "desventaja competitiva" la CMT debió valorar si TELEFONICA SAU ha soportado una "carga injustificada". Considera la actora que la metodología de análisis de la carga injustificada no requiere, como por el contrario si exige la CNMC para la desventaja competitiva, determinar si la disminución en la capacidad de competir es consecuencia directa de la obligación de soportar el CNSU.

En la anteriormente citada sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero pasado, se recuerda la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y en concreto las dos sentencias 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) indicando que " *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>>.*".

Esta Sala en la sentencia de 31 de marzo pasado ya citada igualmente analiza la cuestión partiendo de la base de que se trata de una ejecución de sentencia y que " *los planteamientos que hace la recurrente sobre la metodología seguida por la Comisión y la invocación de la interdicción de la arbitrariedad, se apartan de lo que constituye el exclusivo objeto de la resolución impugnada, que es la ejecución de la citada sentencia, y no una revisión general de la resolución inicial de la CMT, de 3 de julio de 2003, "sobre el coste neto de prestación del servicio universal en el año 2001, propuesto por Telefónica de España, S.A.U.""* exactamente como ocurre en este caso. La sentencia que se ejecuta, aclarada por auto, estimó el recurso únicamente a los efectos de " *tener en cuenta la telefonía fija, la móvil y las redes públicas en las zonas no rentables, a efectos del cálculo del coste neto del Servicio Universal* ." Luego aclarado en el sentido de que era *"a efectos de determinar si ha existido una carga injustificada o desventaja competitiva"*.

En el supuesto examinado en la sentencia de 31 de marzo pasado el fallo decía *"... para que se proceda por dicho organismo regulador a tener en cuenta la telefonía fija, la móvil y las redes públicas en las zonas no rentables, a efectos de determinar si ha existido una carga injustificada o desventaja competitiva* ."

Como se señala en la sentencia citada, la ejecución debe por tanto limitarse a realizar un nuevo cálculo del CNSU teniendo en cuenta la telefonía fija, la móvil y las redes públicas en el mercado de referencia en las zonas no rentables, si bien ni en la sentencia relativa al CNSU del año 2001 ni en la relativa al CNSU del año 2002, la que se ejecuta en el acto administrativo impugnado en estos autos, se establece cómo debe llevarse a cabo el cálculo en cuestión.

La propia Telefónica en su escrito inicial se limitó a solicitar " *acuerde la adopción de cuantas medidas y decisiones sean necesarias para darle cumplimiento*".

En el informe correspondiente en vía administrativa, se valora la posible merma de la capacidad de competir que Telefónica hubiera tenido en el año 2002, y se realizan consideraciones generales *"teniendo en cuanta la importancia que para la sentencia tiene la prueba pericial presentada por Telefónica puesto que constituye la base del fallo, se estima oportuno trascribir las preguntas planteadas al perito por la representación letrada de Telefónica así como las respuestas dadas el respecto..."* .

A continuación se analizan las respuestas, y se procede a estudiar "tanto el tipo de redes a considerar en ese ejercicio como al ámbito geográfico al que se debe circunscribir el mismo.". Continúa el informe administrativo

analizando las razones que aportó el perito cuyo informe tuvo en cuenta la sentencia de esta Sala para incluir las redes públicas, y el ámbito geográfico a considerar e indica que " *lo que recomienda el perito en sus respuestas supone realizar un estudio a partir de las zonas definidas en la metodología del coste neto del servicio universal vigente en dicho momento, que no es otro que el área servida por la propia central local más las áreas de las centrales remotas que dependen de ella, como se explica en los apartados III.1.a y IV.4.1 de la Resolución recurrida* ".

Durante las páginas 8 a 11 se analizan las dificultades relacionadas con la problemática que plantea el punto de partida recogido en el informe pericial a su vez tenido en cuenta por la sentencia que se ejecuta. Y especialmente recuerda que los conceptos "carga injustificada" y "desventaja competitiva" son conceptos jurídicos indeterminados pero que hay diferencias entre los mismos que esta propia Sala y Sección ha puesto de manifiesto en sus sentencias de 19 de enero de 2011 (recurso 638/2008) 24 de enero de 2011 (recurso 432/2008) y en la de 26 de septiembre de 2013 recurso 366/2012 .

En dicha sentencia se dijo:

"1º.- Que las normas aplicables han experimentado una evidente modificación, pues si bien el artículo 39 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones , establecía, como factor para activar el mecanismo de redistribución del coste neto de prestación del servicio universal entre los operadores, que el que estuviese obligado a prestarlo experimentara una "desventaja competitiva", lo cierto es que tales conceptos han sido, como decimos, sustituidos.

Así, en el art. 24 de la actual Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones , aquel concepto originario ha dado paso al de "carga injustificada". Y lo propio ha sucedido con el art. 39 del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril , por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios.

2º.- No detecta el Tribunal por tanto arbitrariedad de ninguna clase por el diferente tratamiento realizado por el órgano administrativo de esta misma cuestión, por corresponderse ese cambio con las propias modificaciones normativas y al no exigirse ahora que la prestación del servicio universal ocasione a la operadora encargada una efectiva restricción de su capacidad de competir.

3º.- Tampoco apreciamos la alegada falta de motivación sino, justo al contrario, una profusa argumentación, tanto en ambas resoluciones recurridas en el presente litigio como en otras anteriores (sobre cuya legalidad el Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse), con respecto a las razones que motivaban el cambio en los parámetros objeto de consideración.

4º.- La falta de modificación de los conceptos empleados por las normas de Derecho Comunitario traspuestas por las de derecho interno español no es un obstáculo a que:

a) El Estado modifique sus leyes en orden a una más ajustada traducción a la lengua castellana de los conceptos empleados por el Derecho Comunitario.

b) Con pleno respeto a las normas del Derecho Comunitario y al principio de efecto útil de sus determinaciones, el legislador nacional pueda introducir decisiones ordenadoras suplementarias, o cambios en los parámetros de consideración, en orden a la mejor satisfacción de los fines de interés general.

5º.- En todo caso, como la jurisprudencia indica, en el ámbito de los conceptos jurídicos indeterminados, como es el caso del ahora empleado ("carga injustificada"), la Administración puede contar con ciertos márgenes de apreciación a la hora de constatar la concurrencia de los presupuestos normativos.

6º.- Y más aún, sobre aquellos márgenes de apreciación en la integración del concepto jurídico indeterminado, esto es, sobre la constatación de la concurrencia de los presupuestos normativos, en algunos supuestos como el actual pueden sobreañadirse potestades discrecionales decisorias de naturaleza regulatoria. Y en aplicación de éstas la Autoridad Nacional de Reglamentación puede concluir que la situación del mercado, en un momento preciso, aconseja afrontar aquella distribución del coste neto entre las operadoras; de modo que, por esa misma situación sobrevenida del mercado, no hacerlo puede comportar una injusticia de la carga. En ese punto, como se ve, las potestades discrecionales - verdadera discrecionalidad técnica- de regulación se solapan con el concepto jurídico indeterminado ."

Procede la Administración informante a continuación a analizar la capacidad de competir, tomando en cuenta la cuota de mercado, el volumen de ingresos por cliente, la eficiencia en las operaciones, los márgenes extraordinarios obtenidos, la evolución del impulso de los operadores de cable, las consecuencias del efecto sustitutivo de la telefonía móvil, para concluir que *" no es posible sostener ni demostrar que en el ejercicio 2002, incluso teniendo en cuenta los servicios de telefonía móvil, Telefónica tuviera mermada su capacidad de*

competir con sus rivales debido a su obligación de prestar el servicio universal, Por ello no resulta justificada la puesta en funcionamiento del mecanismo de compensación del CNSU previsto en la legislación vigente" .

A esto la ahora actora alegó que se debía aplicarse la ley 32/2003, y que con base en esta las conclusiones serían diferentes, lo que ya se ha analizado en el fundamento jurídico anterior.

En todo caso, sostuvo en su escrito que no se ha analizado la cuota de mercado en la forma debida, ni el volumen de ingresos por cliente, ni la eficiencia de las operaciones, ni los márgenes extraordinarios obtenidos, añadiendo sus propias consideraciones en relación con la evolución del impulso de los operadores de cable, las consecuencias del efecto sustitutivo de la telefonía móvil, concluyendo con la siguiente petición: que sustancie el procedimiento "con fundamento en los previsto en la ley 32/2003".

Todas y cada una de las cuestiones suscitadas por la ahora actora fueron examinadas por la decisión de la CNMC. Y a tales respuestas puntuales a sus previas alegaciones no se opone en la demanda ninguna consideración susceptible de enervar la conclusión obtenida: el sector estaba pasando por una fase de ajuste derivada tanto de la situación económica general como de la corrección tras los elevados procesos de inversiones acometidos en el sector en el inicio de la liberalización. La evolución de los parámetros estudiados está relacionada con estos procesos de ajuste y con la evolución del mercado una vez que este se está haciendo más competitivo.

Se alega igualmente por la recurrente la vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad.

Y ello porque considera que se analiza el concepto "desventaja competitiva" apartándose de los pronunciamientos contenidos en otras resoluciones de la CMT relativas al CNSU.

Considera que en el dictamen pericial se ha constatado una pérdida de cuota de mercado muy superior al 10% que requirió la Administración en su resolución relativa al CNSU del año 2000 para haber apreciado la existencia de una desventaja competitiva.

Alega que ha acreditado que "existía un potencial equilibrio competitivo"

En la citada reciente sentencia de 31 de marzo pasado igualmente se dio respuesta a esta cuestión en los siguientes términos:

" *En la resolución recurrida se hace la precisión de que sólo se analizará la desventaja competitiva que la prestación del servicio universal durante el ejercicio 2001 ha supuesto para Telefónica, sin entrar a realizar un nuevo cálculo del coste neto aprobado por la Comisión, toda vez que la sentencia de la Audiencia Nacional, confirmada por la del Tribunal Supremo, resuelve estimar parcialmente el recurso de Telefónica contra la resolución de la CMT de 3 de julio de 2003, únicamente en el sentido de que se proceda por el organismo regulador a tener en cuenta la telefonía fija, la móvil y las redes públicas en las zonas no rentables, a efectos de determinar si ha existido una carga injustificada o desventaja competitiva.*

Para ello se tiene en cuenta el informe pericial valorado por la Sala en la sentencia que se ejecuta, y se hace en la precisión de que, en relación con el tipo de redes que se deben tener en cuenta, el propio perito aporta una serie de razones para considerar al menos las redes de telefonía fija y la telefonía móvil, ligadas todas ellas a razones de sustituibilidad tanto por el lado de la oferta como de la demanda; asimismo, señala que, en aplicación del Reglamento del Servicio Universal, se deberían tener en cuenta también las redes públicas, ya que el coste neto del servicio universal, en caso de repartirse, tendría que asumirse también por los operadores titulares de estas redes y no solo por los operadores de telefonía fija y móvil, siendo ésta la única referencia que hace a las redes públicas en su argumentación de análisis de la capacidad de competir, tomando en consideración el ámbito geográfico de las zonas no rentables. Criterios que son asumidos en la sentencia.

Se exponen las dificultades técnicas que comporta ceñirse al nivel geográfico tenido en cuenta el informe pericial, que haría referencia al área servida por la central local más las áreas de las centrales remotas que dependen de ella; no siendo posible disponer de parámetros económicos a un nivel tan desagregado, respecto a cualquier tipo de operador, incluso del operador obligado, pues para ello hubiera sido necesario disponer con carácter previo de datos de carácter económico -requeridos con un formato predefinido por el organismo regulador, para garantizar su comparabilidad- a todos los operadores de comunicaciones electrónicas, sin exclusión, de acuerdo con las zonas definidas según la metodología del servicio universal y que están determinadas por la topología de la red de Telefónica como operador obligado a la prestación del SU. Por ello, se precisa que el nuevo análisis se hará considerando no solo la telefonía fija sino también la telefonía móvil, pero con una visión global del territorio ante la imposibilidad material de centrarnos únicamente en las zonas no rentables, siendo un análisis conservador, pues la posición competitiva de Telefónica en las zonas no rentables en 2001 era mayor a su posición global en todo el territorio. Y que se analizará desde la perspectiva de la posible merma de la capacidad de competir para Telefónica, como consecuencia de la aplicación de la legislación de 1998. Y para ello se toman

en cuenta determinados parámetros, como cuota de mercado, volumen de ingresos por cliente, eficiencia en las operaciones y márgenes extraordinarios obtenidos. Concluyendo que en el ejercicio 2001 el sector estaba pasando por una fase de ajuste, derivada tanto por la situación económica general como por la corrección tras los elevados procesos de inversiones acometidos en el sector en el inicio de la liberalización. En estesentido, la evolución de los parámetros estudiados está relacionada con estos procesos de ajuste y con la evolución del mercado una vez que se está haciendo más competitivo.

De ello se desprende que no es posible sostener ni demostrar que, en el ejercicio 2001, incluso teniendo en cuenta los servicios de telefonía móvil, Telefónica tuviera mermada su capacidad de competir con sus rivales debido a su obligación de prestar el servicio universal. Por ello, no resulta justificada la puesta en funcionamiento del mecanismo de compensación del CNSU previsto en la legislación vigente en aquel momento . 8

Es especialmente relevante, porque la recurrente hace referencia al "precedente" del año 2000, olvidando el "precedente" del año 2001.

SEXTO -. Alega la parte actora que la resolución de la CNMC se aparta claramente de lo fallado en la Sentencia que ejecuta. Y ello porque ha considerado la telefonía fija y móvil pero no las redes públicas en zonas no rentables.

La cuestión igualmente ha sido tratada por esta Sala en la sentencia de 31 de marzo pasado:

" *Si bien el fallo de la sentencia impone al regulador el deber de determinar de nuevo -tomando en consideración la telefonía fija, móvil y redes públicas en las zonas no rentables- si ha existido "una carga injustificada o desventaja competitiva", como si de dos conceptos equiparables se tratara, lo cierto es que, en coherencia con lo ya expuesto, estando en el ámbito de aplicación de la LGT de 1998, la correcta ejecución de la sentencia solo permite la determinación de la existencia o no de desventaja competitiva.*

La resolución de la CMT apreció que el CNSU del ejercicio 2001 fue de 181,95 millones de euros, y consideró que TESAU, como responsable de la prestación del servicio universal en el territorio nacional, no experimentó una desventaja competitiva por el hecho de soportar la carga económica del CNSU 2001. Y la sentencia obliga al regulador a hacer ese cálculo y valoración tomando en consideración también la telefonía móvil y las redes públicas en zonas no rentables, pero no anula el resto de datos, cálculos o metodología en los que se fundamentaba la resolución de la CMT de 3 de julio de 2003. Por lo que no se puede, en este cauce procedimental, someter a juicio toda la metodología, cálculos, cifras y pronunciamientos ajenos al limitado pronunciamiento estimatorio de la sentencia, como parece pretender la actora,con fundamento en un informe pericial en el que el perito se excede de lo que constituye el único aspecto a ejecutar y de sus propias funciones como perito técnico, haciendo valoraciones de carácter jurídico que no le corresponden.

En dicho informe pericial se afirma que la Comisión no ha dado ejecución a lo ordenado en la sentencia y, a pesar de calcular el porcentaje de cuota de mercado de Telefónica de 50,76%, en el mercado conjunto de telefonía fija y móvil, no toma en cuenta este elemento para valorar la desventaja competitiva. Cuestiona el perito la metodología empleada para valorar la existencia de desventaja competitiva en "el mercado de referencia del servicio universal". Denuncia que no se incluye el mercado de redes públicas de servicios de alquiler de circuitos, pese a que le exige la sentencia; no incluye los costes e ingresos por servicios mayoristas, sobreestimando la cuota de Telefónica; ignora la evolución de la cuota de mercado de Telefónica en el mercado la telefonía fija, teniendo un 84,23% en el año 2001, lo que supone una reducción de 5,47 puntos porcentuales respecto del año anterior. Considera el perito que es erróneo el cálculo que hace la Comisión sobre la facturación de Telefónica por línea fija, y propone incluir otros parámetros adicionales en materia de eficiencia.

En definitiva, considera el perito que la valoración de la existencia de desventaja competitiva en el procedimiento ejecución de sentencia es errónea. Haciendo su propia valoración, partiendo de la metodología que considera oportuna, que incluye exclusivamente en cuanto a redes públicas los circuitos alquilados, llega a la conclusión de que la imposición a Telefónica del total los 181,95 millones de euros del CNSU del ejercicio 2001 la coloca en una situación de desventaja competitiva frente a competidores de similar capacidad competitiva.

Es evidente que está haciendo referencia el perito a cuestiones que ya fueron objeto de debate en el procedimiento principal, y resueltas, en sentido desestimatorio, en sentencia firme que se ejecuta, fundamentalmente respecto a la metodología empleada por la CMT frente a la que proponía Telefónica. Por otra parte, en cuanto a las redes públicas, sólo toma en consideración el perito las líneas susceptibles de arrendamiento, sin tener en cuenta otras redes públicas de telecomunicaciones, a las que sí se hacía referencia en el informe pericial practicada en el procedimiento nº 802/2003, en el que recayó la sentencia objeto de ejecución.

En el Informe aportado por el Abogado del Estado, realizada por expertos de la CNMC, se afirma lo que, por otra parte, es evidente, y es que la resolución ahora recurrida solo considera a efectos de determinar la existencia de una desventaja competitiva a los operadores fijos y móviles, excluyendo las restantes redes (las redes de banda

ancha, los circuitos alquilados, etc) porque al operar en mercados distintos, no es posible realizar un ejercicio de comparación entre magnitudes (cuotas de mercado de ingresos, clientes, etc.). Y destaca, en línea con lo que acabamos de exponer, que el perito deTelefónica, tras indicar que la ejecución de la sentencia exigía tomar en consideración todas las redes públicas, solo estudia las redes públicas de circuitos alquilados.

Se indica en dicho informe que, para tratar de analizar la posición competitiva de Telefónica respecto a sus competidores, no se puede hablar con propiedad de un único mercado de referencia, sino que el servicio universal integra varios mercados de referencia. De hecho, este marco hace posible que alguno de los elementos inicialmente integrados dentro del ámbito del servicio universal, puedan quedar excluidos, como sucedió con la prestación del servicio 11818 como obligación de servicio público, una vez finalizó el periodo de prestación por parte de Telefónica de España -decisión que se adoptó al constatar que en el mercado del servicio de información de números de abonado había suficiente competencia-.

Por otra parte, dentro de los posibles mercados afectados por el servicio universal no está el de los circuitos alquilados. Y, en todo caso, los ingresos de Telefónica por los servicios minoristas de circuitos alquilados en el ejercicio 2001 eran de [CONFIDENCIAL 773,23] millones de euros, obteniendo un margen positivo por este concepto de [CONFIDENCIAL 95,10] millones de euros. De manera que esos márgenes positivos son beneficios supra-normales por encima de la retribución esperada del capital empleado. Estos beneficios supra-normales son un indicador de que Telefónica afrontaba escasa competencia en el mercado de alquiler de circuitos. Debiendo tenerse en cuenta que en el año 2001 Telefónica de España era el operador dominante en alquiler de circuitos, con una cuota del 83% de los ingresos del total del mercado. Se incide en que, tal y como se consideró en la resolución recurrida, el ejercicio de considerar todas las redes públicas no es posible ni coherente por la heterogeneidad de las mismas.

Por último, se concluye que, en contra de lo que señala el informe pericial de Telefónica, esta compañía ostentaba una posición de dominancia en todos los mercados en los que se encontraba presente, siendo el único prestador del servicio universal. Por ello, son sus costes y sus ingresos los que se deben considerar para el cálculo del coste neto y no el de otras empresas, ya que sus cuentas deben estar separadas y los ingresos y costes deben responder única y exclusivamente a la provisión del servicio universal. No pudiendo reconocerse que durante el ejercicio 2001 hubiera visto mermada su capacidad de competir respecto a otros operadores por el hecho de haber prestado el servicio universal."

En ambos litigios el perito propuesto por la actora fue D. Abelardo al igual que en ambos casos el informe pericial aportado por el Abogado del Estado fue elaborado por técnicos de la CNMC, versando sobre las mismas cuestiones que se analizan en la sentencia parcialmente reproducida de esta Sala de 31 de marzo pasado.

Al respecto es preciso señalar que, la codemandada, que lo fue igualmente en el recurso 298/2015 como pretensión en su escrito de contestación a la demanda, solicita la retroacción de actuaciones, a fin de que a) se de traslado de los informes periciales declarados confidenciales, aportados por la actora y por el Abogado del Estado. Y b) se acuerde el complemento de expediente que fue denegado por providencia de 21 de abril de 2016. Tales cuestiones fueron objeto de varios recursos durante la tramitación de este litigio, y en las decisiones adoptadas por la Sala, devino firme la conclusión de que tanto en relación con la parte declarada confidencial del expediente administrativo, como en relación con los dictámenes periciales, no se puso de manifiesto un interés de la parte cuya única legitimación está regulada en el art. 21 de la Ley 29/1998 , superior al que ostenta la protección de los derechos comerciales y datos de negocio protegidos por la declaración de confidencialidad. Su posición procesal de parte codemandada, limita su pretensión a sostener la legalidad del acto administrativo impugnado, que en este caso se ha limitado a ser la petición subsidiaria segunda.

Por el conjunto de razones expuestas, procede admitir y desestimar el presente recurso contencioso-administrativo, confirmando la resolución impugnada por ser conforme a derecho.

SÉPTIMO -. La completa desestimación del recurso impone la condena a la parte actora al pago de las costas, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 LJCA , en la redacción dada por la Ley 37/2011.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

F A L L A M O S

Que debemos **ADMITIR** Y **DESESTIMAR** como **desestimamos** el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora **Dª. Carmen Ortiz Cornago** , en nombre y representación de **TELEFÓNICA MOVILES DE ESPAÑA, SAU** , contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 31 de julio de 2014, descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho. Con condena a la recurrente al pago de las costas.

Así por esta nuestra Sentencia que se **no** tificará 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ