



Roj: **STS 4673/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:4673**

Id Cendoj: **28079130032014100283**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **18/11/2014**

Nº de Recurso: **4689/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2925/2011,**
STS 4673/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Noviembre de dos mil catorce.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 4689/2011 interpuesto por "TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.", representada por la Procurador D^a. Beatriz Ortiz Cornago, contra la sentencia dictada con fecha 17 de mayo de 2011 por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 253/2009, sobre revisión de precios de ofertas en telecomunicaciones; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- "Telefónica de España, S.A.U." interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 253/2009 contra la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 28 de noviembre de 2008, confirmada de reposición el 12 de marzo de 2009, que en el expediente DT 2008/877 acordó:

"Primero.- Modificar el apartado de precios de la OBA, de manera que la cuota mensual de prolongación de par en acceso completamente desagregado pase a ser de 7,79 euros, y el recargo mensual para las conexiones sin servicio telefónico pase a ser de 9,55 euros mensuales.

Segundo.- Modificar el apartado de precios de la oferta de AMLT, de manera que las cuotas mensuales de la línea analógica y del acceso básico de RDSI pasen a ser respectivamente de 11,28 y 18,61 euros.

Tercero.- Los nuevos importes serán de aplicación a partir de la fecha de aprobación de la presente Resolución."

Segundo.- En su escrito de demanda, de 15 de septiembre de 2009, la entidad recurrente alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó que se dictase sentencia "por la que, estimando el recurso deducido, declare inválidos y contrarios a Derecho los apartados Primero y Tercero de la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 28 de noviembre de 2008, confirmada en reposición por resolución de la misma Comisión de 12 de marzo de 2009". Por otrosí interesó el recibimiento a prueba.

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 23 de junio de 2010, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala que dictase sentencia "en cuya virtud desestime el recurso formulado de contrario, con expresa imposición de costas a la parte recurrente".

Cuarto.- Practicada la prueba que fue declarada pertinente por auto de 13 de septiembre de 2010 y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava, de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 17 de mayo de 2011, cuya parte dispositiva



es como sigue: "FALLAMOS: Primero.- Desestimar 'Telefónica de España, S.A.U.', contra resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), de fecha 12 de marzo de 2009, a que las presentes actuaciones se contraen. Segundo.- No formular expreso pronunciamiento sobre las costas producidas."

Quinto.- Con fecha 25 de octubre de 2011 "Telefónica de España, S.A.U." interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 4689/2011 contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos:

Primero: al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional y del artículo 5.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, por "infracción del artículo 24 de la Constitución en relación con los artículos 216 y 218 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil [...]".

Segundo: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del artículo 9.3 y 24 de la Constitución en relación con los artículos 217, 335, 347 y 348 de la LEC, así como la infracción de la jurisprudencia que veta las valoraciones de la prueba que resulten ilógicas, absurdas, arbitrarias, irracionales o claramente contrarias al sentido común encarnado en las reglas de la sana crítica, plasmada, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1996 y 13 de diciembre de 2000".

Tercero: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del principio de orientación a costes consagrado en la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, así como en los artículos 13.e) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y 11 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (y, en última instancia, infracción del artículo 33 de la Constitución)".

Cuarto: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del artículo 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común".

Sexto.- Por escrito de 3 de abril de 2012 el Abogado del Estado se opuso al recurso y suplicó "sentencia en los términos que resultan de las consideraciones que anteceden".

Séptimo.- Por providencia de 7 de julio de 2014 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 4 de noviembre siguiente, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 17 de mayo de 2011, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Telefónica de España, S.A.U." contra determinados apartados de la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 28 de noviembre de 2008 (confirmada de reposición el 12 de marzo de 2009), que en el expediente DT 2008/877 acordó revisar algunos de los precios de las ofertas de referencia de dicha compañía, a la luz de los resultados de la contabilidad del ejercicio 2006 que había presentado.

En concreto, el recurso se refería a los precios mensuales del "acceso completamente desagregado" que "Telefónica de España, S.A.U." había incluido en su oferta de referencia para el bucle de abonado (en lo sucesivo, OBA). Se trata de la cuota mensual que "Telefónica de España, S.A.U." puede cobrar a los operadores alternativos por el uso de este segmento de la red, para que éstos presten sus servicios a los clientes finales. Los operadores entrantes o alternativos sustituían, con el sistema de acceso completamente desagregado, al operador histórico en la utilización del par de cobre que llega al usuario final.

El precio del "alquiler" del bucle final que han de satisfacer los operadores entrantes no queda al albur del operador histórico ("Telefónica de España, S.A.U.") sino que es objeto de una revisión sucesiva por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cuyas funciones regulatorias nadie discute que la legitiman para fijarlo en una cantidad u otra siempre que su decisión se atenga a las pautas legales, que es precisamente lo discutido en este supuesto.

Dicho precio fue fijado en la resolución objeto de litigio en estos términos: "modificar el apartado de precios de la OBA, de manera que la cuota mensual de prolongación de par en acceso completamente desagregado pase a ser de 7,79 euros". Y se añadía en aquella que "los nuevos importes serán de aplicación a partir de la fecha de aprobación de la presente Resolución".



Segundo.- La sentencia de instancia, que rechazó la pretensión impugnatoria de "Telefónica de España, S.A.U.", corroboró la validez del acto impugnado en lo que se refiere al momento inicial de aplicación del nuevo precio. Con ello ni hizo sino seguir la misma pauta sentada por el propio tribunal en otros fallos anteriores, tesis frente a la que se alza en casación (motivo cuarto) la sociedad recurrente.

En nuestra reciente sentencia de 21 de octubre de 2014 (recurso 4250/2011) hemos dado la razón sobre este punto a "Telefónica de España, S.A.U.", lo que implicará por sí solo la necesidad de casar también la sentencia objeto del presente litigio. Se debatía en aquel recurso, entre otras cuestiones, la validez de la misma cláusula de eficacia temporal, establecida en otra resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en concreto la de 17 de septiembre de 2009) por la que se procedió a revisar la cuota mensual del par en el acceso compartido de la OBA.

Pues bien, son igualmente aplicables al caso de autos, ante la identidad de circunstancias y razones de decidir, las consideraciones que contienen los fundamentos jurídico tercero y cuarto de nuestra sentencia de 21 de octubre de 2014 respecto de la imposibilidad de dotar de eficacia inmediata, antes de su notificación al destinatario principal (precisamente el autor de la propuesta revisada), a un acuerdo por el que se fijan los importes de las cuotas de la OBA que aquél puede cobrar a los operadores con quien va a contratar. Sin necesidad de transcribirlas en toda su extensión, baste decir que no cabe exigir de "Telefónica de España, S.A.U." la obligación de ofrecer a sus competidores ciertos importes antes de que estos últimos precios máximos le hayan sido comunicados mediante su obligada notificación (hecho que, por lo demás, como ya afirmamos en nuestra sentencia anterior, puede ser muy próximo a la aprobación del acuerdo mismo).

La aplicación del artículo 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, exige, pues, en este caso demorar la eficacia del acto supeditándola a su notificación.

Tercero.- La casación de la sentencia de instancia, que deriva de la estimación del cuarto motivo, se habrá de extender también a la respuesta insuficiente que sobre la cuestión de fondo suscitada en el proceso dio la Sala de la Audiencia Nacional, previo acogimiento del primero. A nuestro juicio, el debate planteado ante ella exigía, dada la complejidad de las cuestiones suscitadas, un análisis particularmente exhaustivo de la prueba pericial -informe de la consultora PWC- pues se trataba del único medio procesal al alcance de la recurrente para desvirtuar las conclusiones del organismo regulador, a su vez basadas, al menos en parte, en informes de carácter económico y contable llevados a cabo por otras empresas de consultoría privadas. Informes estos últimos que, por lo demás, ni constaban en su integridad en el expediente administrativo (hay referencias a ellos en el acuerdo impugnado) ni en los ramos de prueba del proceso.

Si el control jurisdiccional de los actos del organismo regulador ha de tener la intensidad propia de una revisión íntegra (sin perjuicio de mantener los elementos discrecionales de apreciación que no estén viciados), ha de prestarse en estos litigios una especial atención a los informes periciales contradictorios que se practiquen en la pieza de prueba. A diferencia de otros supuestos, en éste la defensa de la Administración del Estado no sólo no propuso prueba alguna sino que se abstuvo de intervenir -formulando preguntas o interesando aclaraciones -en la ratificación del perito, que sólo hubo de responder a las peticiones de explicación interesadas por la defensa de la parte que lo había propuesto.

Es cierto que la Sala se refirió al resultado de la pericia en el fundamento jurídico cuarto, tras calificar de "más que loable" el "esfuerzo argumental y probatorio de la actora". Lo hizo para obtener sus propias conclusiones respecto de una de las cuestiones controvertidas (el cómputo de las líneas vacantes frente a las líneas en servicio) pero, sin embargo, dejó de referirse -o más bien, lo hizo en términos insuficientes, por su generalidad- al resto de elementos de hecho y factores determinantes que en la prueba pericial habían quedado confirmados o, al menos, sujetos a debate. Entre ellos destacan algunos de los que el primer motivo de casación refleja, a saber: el cambio de la metodología de costes empleada en el acto recurrido, frente a la utilizada por el organismo regulador en otras anualidades previas; el hecho de que para calcular los costes relacionados con el uso de los mismos elementos la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones empleara -en la misma resolución- criterios distintos en función del servicio al que fueran destinados; la aceptación de un método de cálculo no basado en la contabilidad de costes que la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones había exigido a "Telefónica de España, S.A.U." y, en fin, el hecho de que el precio fijado diera como resultado pérdidas por el alquiler del par de cobre, según las estimaciones de la propia compañía.

Todos estos elementos de apreciación habían sido alegados en los escritos procesales de la recurrente como elementos probatorios suficientes para concluir que se había infravalorado el precio de la cuota mensual del alquiler del bucle desagregado, como reconocía la Sala de instancia al reseñar en el segundo fundamento jurídico de la sentencia los correlativos argumentos de "Telefónica de España, S.A.U.". Pues bien, si fueron objeto de una prueba pericial calificada por el propio tribunal de instancia en los términos antes transcritos,



debieron también determinar una respuesta más detallada -favorable o desfavorable- de la Sala, cuyo juicio global al respecto ("sin que la entidad recurrente haya probado que los criterios en los que pretende basar su tesis sean más correctos que los de la decisión administrativa, cabalmente motivados y que no han quedado desvirtuados por los elementos probatorios existentes en autos") no satisface en su integridad las exigencias procesales correspondientes. Razón de más para que la casación de la sentencia, derivada de la estimación del cuarto motivo, se base también en el acogimiento del primero.

Cuarto. - Situado este Tribunal en la posición que deriva del artículo 95.2.d) de la Ley Jurisdiccional (la casación de la sentencia de instancia obliga a que la Sala resuelva "[...] lo que corresponda dentro de los términos en que apareciera planteado el debate") hemos de decidir tan sólo si se respetó en este caso el criterio de "orientación a costes" inserto en todas las normas, nacionales y de la Unión Europea, invocadas por la recurrente y aplicadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Normas que regulan la intervención de este organismo en la imposición de obligaciones específicas a los operadores de telecomunicaciones con poder significativo en el mercado y entre las que figura la relativa a los precios máximos que pueden cobrar a otros operadores en los ámbitos objeto de regulación. La controversia no es tanto sobre los perfiles generales de aquel criterio, ni en sentido estricto sobre la interpretación de normas (aunque lógicamente la función hermenéutica estará siempre presente), sino sobre los presupuestos que, en concreto, utilizó la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en este caso para hacer el cálculo, a la luz de las pruebas practicadas.

No será necesario, pues, proceder en este momento a una exposición, que nada aportaría en realidad al debate, de los preceptos nacionales, legales o reglamentarios, invocados ni reiterar los términos aplicables de la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión. Tampoco será menester examinar las consideraciones de orden general sobre el principio de orientación a costes contenidas en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de abril de 2008 (asunto C-55/06) en la que da respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por un tribunal administrativo alemán respecto de la interpretación del Reglamento (CE) número 2887/2000, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, sobre el acceso desagregado al bucle local, en relación con el principio de orientación en función de los costes, las diferentes partidas de éstos (los intereses vinculados al capital invertido y la amortización de los activos inmovilizados, entre otros), los diferentes costes computables (corrientes e históricos), su justificación y los diferentes métodos analíticos (ascendente y descendente) para calcularlos.

Sí es pertinente, no obstante, que subrayemos cómo en la citada sentencia el Tribunal de Justicia no obliga a "generalizar" el sistema de control jurisdiccional restringido, en cuya virtud las apreciaciones efectuadas por las autoridades nacionales de reglamentación sobre esta materia específica (los precios o tarifas para el acceso al bucle local) "[...] constituyen apreciaciones económicas complejas y, por lo tanto, el control del juez nacional debe ser asimismo limitado". Por el contrario, afirma, corresponde a cada Estado configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho comunitario confiere a los justiciables, y decidir en definitiva la intensidad del control jurisdiccional aplicable, en términos de equivalencia y efectividad.

Si la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones puede, como así ocurre, introducir cambios en unas ofertas de referencia suscritas por el operador histórico, para hacer efectivas las obligaciones derivadas del fomento de la competencia, debe hacerlo, lógicamente "cargándose de razón" en sus decisiones. Aun cuando corresponde el operador "proponente" la prueba de que sus cuotas se han determinado en función de los costes, incluyendo una tasa razonable de rendimiento de la inversión, la autoridad nacional de reglamentación que puede revisar aquellas cuotas ha de hacerlo poniendo de relieve, mediante otras pruebas, el error o los defectos de cálculo presentes en la propuesta de precios OBA. Y en último extremo la revisión jurisdiccional, según las pautas características de nuestro sistema de control, no puede dejar de tener en cuenta los elementos probatorios de una y otra parte.

El examen de todo ese material probatorio que esta Sala realiza -ahora en su función de instancia, por aplicación del ya citado artículo 95.2.d) de la Ley Jurisdiccional - da un resultado favorable a la pretensión actora en lo que concierne al punto clave de la controversia.

Quinto.- Son varios los presupuestos inspiradores de la fijación del precio adoptado finalmente (7,79 euros mensuales) que, a nuestro entender, no resisten el análisis crítico que la empresa recurrente ha desplegado en el litigio.

A) El primero es el factor empleado para el cálculo del precio, resultado de dividir los costes totales por el número de pares de cobre instalados, tanto si están en servicio como si están vacantes. Obviamente, si un mismo numerador de costes se divide por 21 millones de líneas (conjunto de las que están en servicio y las

vacantes) tal como se hace en la resolución objeto de litigio, el resultado difiere de dividirlo por sólo 16 millones (total de líneas en servicio activo).

Hasta el acto impugnado, según las pruebas practicadas -y, en cierto modo, así lo viene a admitir la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones cuando afirma "a mayor abundamiento" que "de ser mayor el número de pares instalados que el considerado en anteriores ocasiones TESAU se habría estado beneficiando de una cuota superior a la que le hubiera correspondido"- la división del coste total se había hecho tomando como divisor el número de líneas instaladas que daban servicio. Así se hizo en las revisiones correspondientes a los años 2002, 2004 y 2006, según se refleja en la prueba practicada. El cambio producido a finales del año 2008 obedecería al hecho de que "Telefónica de España, S.A.U." había dado la cifra de "pares totales" (incluidos los vacantes) en su respuesta al requerimiento hecho por la propia Comisión. Pero, como bien afirma la recurrente, no es imaginable que el organismo regulador desconociera en los años anteriores cuál era el número real de líneas telefónicas existentes en España, estuvieran en servicio o no, cuando las diferencias son de los millones antes apuntados.

El cambio de criterio, sin embargo, no sería de suyo reprochable pues, efectivamente, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podía haber reconocido las deficiencias de sus cálculos precedentes y variar sus pautas contables. Lo que no puede es simultáneamente reivindicar que mantiene "el método usado en todas las anteriores ocasiones en que se ha revisado la OBA" y emplear un factor (el número de pares totales) que, al margen de las causas, propias o ajenas, por las que no lo hiciera, no fue el empleado en aquellas otras ocasiones.

B) Otro de los presupuestos básicos en que se basa el cálculo final del precio revisado es que sólo "Telefónica de España, S.A.U." debería correr con los costes de los pares vacantes pues, a juicio de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en la resolución impugnada, "la razón de ser [de dichos pares vacantes] es la disponibilidad exclusiva para TESAU de tales recursos para la prestación futura de servicios a nuevos abonados finales (vacantes) y para el mantenimiento de la calidad de los servicios de sus abonados existentes (pares en reserva)". La prueba practicada, sin embargo, ha acreditado que los pares vacantes también están a disposición de los operadores alternativos, hasta el punto de que, en palabras literales (no contradichas por otras en sentido contrario) del perito, "[...] en la actualidad cerca del 50% de las altas de operadores alternativos mediante bucle desagregado se realizan sobre pares vacantes. Como se observa en la Tabla 5, en 2008 este porcentaje representó el 41,8% de las altas mediante acceso desagregado, y en los meses de enero a junio de 2009, aumentó hasta el 49,4%".

La disponibilidad de los bucles vacantes, los que no están en servicio, a favor de los operadores entrantes figuraba, por lo demás, en la oferta de referencia (OBA) aprobada por la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

C) Tampoco da el organismo regulador respuesta satisfactoria a dos alegaciones, conexas, de "Telefónica de España, S.A.U." sobre el empleo de la metodología adoptada. No lo hace cuando prescinde, sin dar razón suficiente para ello, del método que preside la contabilidad de costes de "Telefónica de España, S.A.U.", tal como la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones exige a dicho operador, y acoge, a la vez, un método que en la demanda se denomina "extracontable" aun cuando en realidad se trata de otro más de los métodos, en principio admisibles, que pueden ser aplicados para fijar los diversos costes, y entre ellos las bases de la cuota mensual del bucle desagregado. Es cierto que el regulador puede emplear, a los efectos del cálculo del coste del suministro eficaz de los servicios, "métodos de contabilización de costes distintos de los utilizados por la empresa" (artículo 13.2 de la Directiva de Acceso), pero si él mismo impone estos últimos para que el operador con peso significativo en el mercado se atenga a ellos, sólo con una exigente motivación podrá prescindir de su aplicación ulterior.

Tampoco hay una explicación suficiente, en términos de razonabilidad, sobre el hecho de que para la valoración del coste de unos mismos elementos de la red, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones llegue a "resultados distintos en función del servicio al que esos costes se van a aplicar", conclusión que obtiene el informe pericial -que la tacha de "inconsistente"- al referirse al coste "de la acometida convencional, de la infraestructura de pares de cobre y del 50% del repartidor principal (es decir, exactamente los mismos elementos de red)", como factores divergentes "en función de si se trata del alquiler de bucle desagregado o de otros servicios."

D) Aun cuando obviamente no se pueda reprochar al organismo regulador, en el momento temporal en que adopta la resolución impugnada, la falta de utilización de datos contables referidos al ejercicio 2009, lo cierto es que en el proceso de instancia se aportó un segundo informe pericial para corroborar las alegaciones - estas sí presentes en la fase administrativa- a tenor de las cuales el precio fijado de 7,79 euros mensuales provocaría pérdidas al operador a quien se imponía.



La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no llega en ningún momento a afirmar que sea legítima una fijación del precio que provoque pérdidas al operador histórico. Siendo ello así, si el nuevo informe pericial se basaba en la contabilidad de "Telefónica de España, S.A.U." del año 2009 (el primero en el que se aplicó aquella cuota mensual) tal como había sido auditada y presentada al organismo regulador, para demostrar que generaba pérdidas, constituye un elemento de convicción adicional, incorporado al litigio, que unido a los demás contribuye a poner de relieve la falta de ajuste del precio final al criterio rector que ha de inspirar su fijación.

De hecho, aun cuando sea también *a posteriori* -y por tanto, no se pueda traducir en un argumento decisorio- la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones revisaría ulteriormente al alza, sobre la base de los resultados de la contabilidad de costes de "Telefónica de España, S.A.U." referidos al ejercicio 2008, la cuota mensual del par en acceso completamente desagregado. El precio fijado tras la revisión objeto del presente litigio sería, pues, el más bajo en una serie descendiente que vuelve a ascender tras la revisión de la contabilidad correspondiente el año 2008. Ciertamente que en último este fenómeno han podido influir modificaciones en la metodología de costes, partiendo de unos resultados contables que proporcionen una información convenientemente desglosada, pero ello no empece a la realidad de que un mismo fenómeno recibe respuestas no coherentes entre sí.

Sexto. - La conclusión de cuanto se deja expuesto es que, conforme a las pruebas practicadas en su contraste con la resolución objeto de litigio, el cálculo del precio fijado por el organismo regulador en su resolución de 28 de noviembre de 2008 no ha arrojado un resultado fiable que pueda ser corroborado en su revisión jurisdiccional como plenamente acorde con el criterio de la "orientación a costes". En ese mismo sentido, debemos declararlo no conforme a Derecho, lo que obligará a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a sustituirlo por otro más ajustado a las cifras contables (esto es, de costes) y a aquel criterio.

Como límite inexorable del obligado proceso de re-cálculo figura que el precio fijado por la futura resolución -en sustitución de la ahora anulada- no supere al establecido en ésta, lo que supondría una inadmisibile *reformatio in peius*. Salvado ese límite, el organismo regulador recupera su capacidad de concretarlo, a cuyo efecto podrá, fundadamente y en términos de coherencia, tanto variar el numerador de los componentes de costes (al que se refería en su voto discrepante uno de los vocales de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que daba la razón a "Telefónica de España, S.A.U." en cuanto al denominador, la suma de pares en servicio más los vacantes) como el propio denominador. Y podrá asimismo tomar en consideración que la recurrente propugnaba "no que el coste de los pares vacantes sea soportado sólo por los otros operadores" sino que lo fuese por "Telefónica de España, S.A.U." y por aquéllos en una determinada proporción (a su entender, ochenta a veinte). Podrá asimismo, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ya que dispone de ellos retrospectivamente, utilizar los datos "reales" de la contabilidad de "Telefónica de España, S.A.U." referida el año 2008, como ejercicio previo al de aplicación de la cuota que en este proceso es analizada.

Séptimo.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción, no procede la imposición de costas ni en la instancia ni en la casación.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Primero. Ha lugar al recurso de casación número 4689/2011 interpuesto por "Telefónica de España, S.A.U." contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava, de la Audiencia Nacional con fecha 17 de mayo de 2011 en el recurso 253 de 2009, que casamos.

Segundo. Estimar el recurso número 253/2009 interpuesto por "Telefónica de España, S.A.U." contra la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 28 de noviembre de 2008, confirmada de reposición el 12 de marzo de 2009, recaída en el expediente DT 2008/877, y anular, por su disconformidad a Derecho, los siguientes apartados del acto impugnado:

- A) El "resuelve primero" en cuanto modifica "el apartado de precios de la OBA, de manera que la cuota mensual de prolongación de par en acceso completamente desagregado pase a ser de 7,79 euros".
- B) El "resuelve tercero" en cuanto dispone que aquel importe será de aplicación "a partir de la fecha de aprobación de la presente Resolución".

Tercero.- No hacer imposición de las costas procesales ocasionadas en la instancia ni en la casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Pedro Jose Yague Gil.- Manuel Campos Sanchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- Jose



Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Eduardo Calvo Rojas.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricados.
PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ