



Roj: **STS 3343/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3343**

Id Cendoj: **28079130032018100360**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **28/09/2018**

Nº de Recurso: **2954/2016**

Nº de Resolución: **1432/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FERNANDO ROMAN GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2367/2016,**  
**STS 3343/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Tercera**

#### **Sentencia núm. 1.432/2018**

Fecha de sentencia: 28/09/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2954/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/09/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Roman Garcia

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 8

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por:

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2954/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Roman Garcia

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Tercera**

#### **Sentencia núm. 1432/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D<sup>a</sup>. Maria Isabel Perello Domenech

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 28 de septiembre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 2954/2016, interpuesto por la procuradora D.<sup>a</sup> Carmen Ortiz Cornago, en nombre y representación de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Belén Calvet Bardají, contra la sentencia de fecha 30 de mayo de 2016, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en su recurso contencioso-administrativo nº 377/2014, sobre la revisión de precios de la oferta de acceso mayorista a línea telefónica (AMLT). Han sido partes recurridas la Administración General del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado, y la mercantil Orange Espagne, S.A.U., representada por el procurador D. Roberto Alonso Verdú, bajo la dirección letrada de D. Pablo Mayor Menéndez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Roman Garcia.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En el proceso contencioso-administrativo antes referido la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Octava) dictó sentencia el 30 de mayo de 2016, cuyo fallo literalmente establecía:

«Que debemos DESESTIMAR como DESESTIMAMOS el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora D.<sup>a</sup> Carmen Ortiz Cornago, en nombre y representación de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU, contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 13 de mayo 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.»

**SEGUNDO.-** Contra la referida sentencia la representación procesal de Telefónica de España, S.A.U. presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en diligencia de ordenación de fecha 26 de septiembre de 2016, en la que se mandó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de la partes.

**TERCERO.-** Emplazadas las partes, la recurrente (Telefónica de España, S.A.U.), compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo y con fecha 11 de noviembre de 2016 presentó escrito de interposición de recurso de casación, en el cual formuló los siguientes motivos de impugnación:

Primero.- Al amparo del art. 89 de la LJCA, vulneración del artículo 13.2.a) de la LGTEL de 2014 ( artículo 10.2.a) de la LGTEL de 2003) y 3.1 del Reglamento de Mercados .

Segundo.- Vulneración del deber de congruencia e infracción del artículo 14.1 de la LGTEL y 11 del Reglamento de Mercados .

Terminó su escrito suplicando: «[...] y en su día dicte Sentencia por la que estimando el presente recurso de casación, case la anterior sentencia en el sentido de declarar su no conformidad a derecho y la anule y, en última instancia, tras el análisis de fondo del asunto, anule la Resolución de fecha 13 de mayo de 2014, dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente DT 2013/1189, en materia de revisión de precios de la Oferta de acceso mayorista a la línea telefónica. Todo ello con la condena en costas que proceda en los términos legalmente establecidos.»

**CUARTO.-** Por providencia de fecha 12 de diciembre de 2016 se admitió el recurso de casación, y mediante diligencia de ordenación de fecha 13 de enero de 2017 se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a las partes comparecidas como recurridas, a fin de que, en el plazo de treinta días, pudieran oponerse al recurso, y en escrito presentado el 22 de febrero de 2017, el Abogado del Estado solicitó: «[...] tenga por impugnado y por presentada oposición frente al recurso de casación interpuesto para, previa la tramitación legal correspondiente, resolver dicho recurso mediante sentencia por la que: 1º. CON INADMISIÓN del motivo de casación segundo y DESESTIMACIÓN del primero, se confirme la sentencia recurrida.; 2º. Subsidiariamente, SE DESESTIME íntegramente el recurso y confirme la sentencia recurrida; 3º. En ambos casos, se condene a la parte recurrente a pagar las costas procesales causadas en este recurso.»



Asimismo, el procurador D. Roberto Alonso Verdú, en representación de la mercantil Orange Espagne, S.A.U., también parte recurrida, presentó escrito el 28 de febrero de 2017 y solicitó: «[...] tenga por formulado escrito de oposición al recurso de casación interpuesto por Telefónica contra la Sentencia de 30 de mayo de 2016 y, previos los trámites que procedan en Derecho, se sirva dictar en su día sentencia por la que desestime el mismo, confirme en cuanto al objeto de dicho recurso los pronunciamientos de la Sentencia impugnada, todo ello con condena en costas a Telefónica.»

**QUINTO.-** Por diligencia de ordenación de fecha 6 de abril de 2018 se acordó dar traslado a las partes recurridas para alegaciones respecto del documento presentado por la parte recurrente, al amparo del art. 270.1 de la LEC, lo que efectuó el Abogado del Estado en escrito de fecha 10 de abril de 2018 con el resultado que obra en los autos.

**SEXTO.-** Por providencia de fecha 15 de junio de 2018 se designó nuevo Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Fernando Roman Garcia y se señaló para votación y fallo de este recurso el día 11 de septiembre de 2018, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.- Objeto del recurso.**

Es objeto de este recurso de casación la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 30 de mayo de 2016, que desestimó el recurso contencioso-administrativo nº 377/2014.

El citado recurso había sido interpuesto por TELEFÓNICA S.A.U. (en adelante Telefónica) contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de 13 de mayo de 2014, sobre Revisión de precios de la oferta de acceso mayorista a la línea telefónica (AMLT), con base en los siguientes motivos de impugnación:

- (i) La CNMC no ha respetado el principio de orientación a costes que establece la normativa de aplicación.
- (ii) La CNMC incurrió en arbitrariedad e infringió el principio de confianza legítima al no utilizar el método de orientación a costes y cambiar la metodología utilizada anteriormente.
- (iii) La resolución impugnada es contraria a la LGTEL y a su normativa de desarrollo y vulneradora de los principios de necesidad, proporcionalidad y simplicidad.
- (iv) La CNMC no debió llevar a cabo esta modificación sin la revisión -preceptiva- del mercado 2.

### **SEGUNDO.- Sobre la inadmisión del recurso alegada por ORANGE, S.A.U.**

ORANGE, S.A.U. (en adelante Orange) alega, en primer término, que el recurso debe ser inadmitido al amparo del artículo 93.2.d) por las siguientes razones: (i) los dos motivos de casación se basan en una norma que no guarda relación con las cuestiones debatidas en instancia, pues en ambos se alega la vulneración de la LGT 9/2014 cuando el procedimiento fue tramitado bajo la LGT de 2003; (ii) los dos motivos de casación contenidos en el escrito de interposición denuncian la infracción de preceptos que no fueron anunciados en el escrito de preparación; (iii) la recurrente no especifica al amparo de qué apartado del artículo 88 LJCA formula los motivos de casación; (iv) el primer motivo de casación plantea cuestiones nuevas, no alegadas en la instancia; (v) el segundo motivo incluye dos submotivos heterogéneos y, además, el segundo submotivo no fue anunciado en preparación; (vi) existe falta de correspondencia entre el segundo motivo de casación elegido y el desarrollo argumental del mismo; (vii) en el segundo motivo la vulneración que se denuncia no se corresponde con los preceptos citados.

En consecuencia, señala, el número de motivos de inadmisión en que incurre el recurso es muy notable, poniendo de manifiesto una deficiente técnica casacional, lo que debe llevar a la inadmisión del recurso.

Esta solicitud de inadmisión de Orange debe ser analizada a la luz de la doctrina sentada, entre otras muchas, en la **STS de 20 de julio de 2012 (RC 1320/2009)**, que al efecto establece:

«Ha de recordarse, ante todo, que según jurisprudencia constante, no debe considerarse cerrada la posibilidad de apreciar la inadmisión del recurso, o de un concreto motivo del mismo, aunque ésta haya de apreciarse en sentencia, como pone de manifiesto la previsión que al respecto establece el artículo 95.1 LRJCA; y tampoco es obstáculo para que se acuerde la inadmisión en sentencia el hecho de que el recurso hubiese sido admitido en un momento procesal anterior, pues, según jurisprudencia constante, aquella admisión tiene carácter provisional, en el sentido de supeditada a lo que se resuelva en sentencia.»



Por añadidura, esta concreta causa de inadmisión no fue examinada ni resuelta en el auto de la Sección Primera de esta Sala de 10 de septiembre de 2009 , por el que se acordó la admisión del recurso de casación, por lo que no es de aplicación la regla del artículo 94.1.2º de la LRJCA .

(...)

La jurisprudencia consolidada [recogida, entre otras muchas, en la reciente sentencia de esta Sala de 16 de diciembre de 2011 (casación 6081/2008 )] tiene dicho que es carga del recurrente en casación indicar ya en la fase de preparación el concreto o concretos motivos en que se fundará el recurso, con especificación de los preceptos o de la jurisprudencia que se reputan infringidos o del contenido de las infracciones normativas o jurisprudenciales que se pretendan denunciar y desarrollar en el escrito de interposición del recurso de casación, aunque fuere de forma sucinta; pues si así no se exigiera, es decir, si se estimara innecesario anticipar el motivo o motivos al que se acogerá el escrito de interposición en los términos expresados, el trámite de preparación quedaría privado de su sentido y finalidad característicos, desde el momento que el Tribunal *a quo* quedaría desprovisto de elementos de juicio para verificar que el recurso de casación cumple el más primario requisito de procedibilidad, cual es que se funda formalmente en uno de esos cuatro motivos, con indicación de las infracciones normativas o jurisprudenciales denunciadas, y no en otro tipo de consideraciones ajenas al sistema de la Ley procesal, y la parte recurrida carecería de la información necesaria al respecto para adoptar la posición procesal que estimara pertinente. Asimismo, ha añadido esta Sala que no se puede tener por debidamente cumplida esa carga si las infracciones jurídicas anunciadas en la preparación no tienen nada que ver con las ulteriormente desarrolladas en la interposición».

Esta doctrina ha sido reflejada igualmente por el Tribunal Supremo en múltiples resoluciones de fecha posterior a aquella sentencia, pudiendo citarse, por todas, las **SSTS de 23 de julio de 2013 (RC 4849/2010 ) y de 18 de febrero de 2016 (RC 1753/2014 )**.

Partiendo de esta consolidada doctrina jurisprudencial daremos respuesta a las diferentes causas de inadmisión alegadas:

(i) La primera se refiere a que los dos motivos de casación se basan en una norma que no guarda relación con las cuestiones debatidas en instancia, pues en ambos se alega la vulneración de la LGT 9/2014 cuando el procedimiento fue tramitado bajo la LGT de 2003.

Examinando el escrito de preparación constatamos que, al aludir al primer motivo, la recurrente se refiere a la "*infracción del artículo 13.2.a) de la Ley 9/2014* ", así como del " *artículo 3.1 del Real Decreto 2296/2004* "; y que, al referirse al segundo motivo, alega " *infracción del artículo 14.1.e) LGT y del artículo 11.3 del Reglamento de Mercados* ". Y resume finalmente su postura indicando: " *Ninguna duda ofrece que la sentencia de instancia: 1) vulnera los artículos 13.2.a ) y 3.1 de la LGT y su reglamento de desarrollo y, además, 2) se opone al principio de contabilidad de costes e incurre en el vicio de incongruencia omisiva* ".

A su vez, en el escrito de formalización, la recurrente incluye como primer motivo de casación la " *Vulneración del artículo 13.2.a) de la LGTel de 2014 (o 10.2.a) de la LGTel de 2003) y 3.1 del Reglamento de Mercados* "; y como segundo motivo de casación la " *Vulneración del deber de congruencia. Vulneración del artículo 14.1 de la LGTel y 11 del Reglamento de Mercados* ".

Basta la simple comparación de los preceptos indicados en uno y en otro escrito, así como del tenor de los mismos, para concluir que en este caso estaríamos ante un defecto formal por error en la cita del precepto infringido que no tiene entidad suficiente para provocar la inadmisión del recurso a la luz de la doctrina jurisprudencial antes indicada, dado que aquí no cabe apreciar que "las infracciones jurídicas anunciadas en la preparación no tienen nada que ver con las ulteriormente desarrolladas en la interposición".

(ii) La segunda causa de inadmisión invocada se refiere a que los dos motivos de casación contenidos en el escrito de interposición denuncian la infracción de preceptos que no fueron anunciados en el escrito de preparación, alegación que tenemos que rechazar por las razones indicadas en el apartado anterior.

(iii) La tercera causa de inadmisión alegada alude a que la recurrente no especifica al amparo de qué apartado del artículo 88 LJCA formula los motivos de casación, alegación que debe ser rechazada tras comprobar que la recurrente invocó expresamente el artículo 88.1.d) LJCA en su escrito de preparación para fundar su recurso y que, asimismo, en el escrito de interposición, invocó la aplicación al caso de la STS de 8 de abril de 2013 , que al efecto establece que "*en aquellos casos extremos en que la apreciación de la prueba por la Sala de instancia sea de todo punto ilógica o arbitraria -lo que es distinto de la discrepancia con la valoración- también deben encauzarse por el motivo previsto en la letra d) del artículo 88.1 (Autos de 1 de abril y 8 de julio de 2004, entre otros).*"



(iv) En la cuarta causa de inadmisión se indica que el primer motivo de casación plantea cuestiones nuevas, no alegadas en la instancia.

Concretamente, señala Orange que " *Telefónica atribuye ahora a la Resolución de 13 de mayo de 2014 el no haber respetado unos supuestos plazos vinculantes para la revisión del Mercado 2, de acuerdo con lo señalado en la Directiva 2002/21/CE, el artículo 3.1 RM y el artículo 13.2 de la LGT 2014, lo que no se señaló en instancia.*

*Añade además que la Resolución de 13 de mayo de 2014 se dictó prescindiendo del procedimiento legalmente previsto para ello, lo que determinaría su nulidad. Esta alegación es igualmente nueva y no se planteó en instancia".*

Esta causa de inadmisión debe ser rechazada, al constatarse sin dificultad alguna en la sentencia recurrida (Fundamentos Segundo y Tercero) que, precisamente, el cuarto motivo de impugnación alegado por Telefónica en el recurso interpuesto ante la Audiencia Nacional, se refería a que la CNMC no debió llevar a cabo la modificación de precios sin la previa y preceptiva revisión del mercado 2, lo que fue analizado por la Sala de instancia, no apreciando la concurrencia de motivo de nulidad en la resolución impugnada por no haberse realizado previamente la revisión del mercado 2.

(v) Como quinta causa de inadmisión se aduce por Orange que el segundo motivo de casación incluye dos submotivos heterogéneos y, además, el segundo submotivo no fue anunciado en preparación.

También esta causa de inadmisión debe ser rechazada.

Telefónica sostiene que la Sala de instancia no dio respuesta a su alegación de arbitrariedad en relación con la estimación de los costes laborales hecha por la CNMC, lo que supuso - a su juicio- una omisión contraria a las exigencias de motivación y al deber de congruencia; y además, relaciona directamente esta omisión con la prueba pericial practicada a instancia del Abogado del Estado, criticando que la sentencia admita que la vida útil aplicable a la contabilidad de costes de 2012 pueda aplicarse a este caso, en el que la contabilidad de costes empleada ha sido la de 2011. Por tanto, no cabe afirmar -al menos no en términos tan rotundos como pretende Orange- la concurrencia de heterogeneidad entre los dos submotivos y, en consecuencia, fundar en aquélla la inadmisión del recurso resultaría excesivamente riguroso.

Por otra parte, del segundo motivo indicado en el escrito de preparación se desprende claramente la crítica de Telefónica a la sentencia impugnada en relación con los razonamientos vertidos por la Sala de instancia en el Fundamento Tercero, en el que dicha Sala entra a "valorar la alegación principal de la actora sobre el no respeto del principio de orientación a costes" y rechaza las conclusiones del informe del perito aportado por Telefónica. Por tanto, consideramos que, a la vista de las circunstancias concurrentes, resultaría desproporcionada la consecuencia de inadmisión del recurso que pretendiera fundarse en no haber sido anunciado en preparación el segundo submotivo de casación.

(vi) En sexto lugar, alega Orange que existe falta de correspondencia entre el segundo motivo de casación elegido y el desarrollo argumental del mismo.

Esta alegación, efectuada en los términos descritos, no puede ser acogida, pues basta la lectura de los escritos de preparación y de interposición para constatar que no concurre esa falta de correspondencia entre el motivo de casación elegido y el desarrollo argumental empleado para la defensa del mismo.

Distinto es que Orange, bajo esa rúbrica, en realidad se refiera a que la incongruencia omisiva de la sentencia que denuncia Telefónica debiera haberse hecho valer por el cauce del artículo 88.1.c) y no por el del artículo 88.1.d) de la LJCA .

Ahora bien, consideramos que, en este concreto supuesto, a la vista de las circunstancias concurrentes que hemos venido indicando (singularmente, en los precedentes apartados iii) y v) de este mismo Fundamento), resultaría excesivo y desproporcionado inadmitir el recurso.

(vii) Finalmente, Orange alega que en el segundo motivo de casación la vulneración que se denuncia no se corresponde con los preceptos citados.

También esta alegación debe ser rechazada, pues, prescindiendo de que se comparta o no la construcción argumental empleada por Telefónica, lo cierto es que tanto en el escrito de preparación (página 6) como en el escrito de interposición (páginas 18 y 19) se incluye el correspondiente razonamiento referido a la relación existente entre la vulneración alegada y los preceptos citados.

Por tanto, en el supuesto de que tal explicación no resultara convincente lo procedente sería desestimar el motivo, pero no apreciamos razones para inadmitir el motivo.

En consecuencia, rechazadas todas las causas de inadmisión alegadas por Orange, pasaremos a examinar el fondo del recurso.

**TERCERO. - Sobre el primer motivo de casación.**

En su primer motivo de impugnación la recurrente alega, en esencia, que la sentencia impugnada ha incurrido en vulneración del artículo 13.2.a) de la LGTEL de 2014 (o 10.2.a de la LGTEL de 2003) y 3.1. del Reglamento General de Mercados al confirmar la Resolución impugnada, dado que la CNMC llevó a cabo la revisión de precios sin haber efectuado previamente y en el plazo normativamente establecido el análisis del mercado 2 (tres años, con carácter general y seis en caso de concurrencia de circunstancias excepcionales que, a su juicio, aquí no se aprecian), habiendo tenido lugar el último análisis del mercado 2 en 2008.

A este motivo se oponen las partes demandada y codemandada. La Abogacía del Estado sostiene que los preceptos citados no impiden la revisión de precios de determinados mercados cuando sea notorio que se han quedado obsoletos, como es el caso, ni los condicionan a una previa revisión del mercado de referencia, por lo que no se ha omitido ningún requisito previo cuya nulidad determine la existencia de una causa de nulidad de pleno derecho.

Por su parte, Orange alega que la CNMC no estaba obligada a revisar el mercado 2 para poder actualizar los precios AMLT, por lo que la sentencia impugnada no ha vulnerado la normativa de mercados.

Planteada la cuestión polémica en estos términos, podemos anticipar que este motivo de casación debe ser desestimado.

En efecto, la sentencia impugnada señala al respecto (página 7):

«En cuanto a la revisión del mercado correspondiente que sería lo que según la actora habría debido hacer la CNMC, esta comunicó a la Comisión Europea el día 1 de abril de 2014 lo siguiente:

*"Aprobar el Proyecto de Medida que se adjunta como Anexo a la presente Resolución, y acordar su notificación a la Comisión Europea, a las Autoridades Nacionales de Reglamentación de otros Estados miembros de la Unión Europea, al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (ORECE), al Ministerio de Industria, Energía y Turismo y al Ministerio de Economía y Competitividad, para que en el plazo máximo de un mes presenten sus observaciones al mismo"*

La Comisión Europea en el documento ES/2014/1584 de 5 de mayo de 2014 emitió sus observaciones. En estas, parcialmente reproducidas por el acto administrativo impugnado se indica que *"El artículo 16, apartado 6, letra a), de la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco) prevé un período de tres años entre revisiones del mercado. La Comisión subraya que la revisión del mercado previa correspondiente al mercado de origen de llamadas en la red telefónica pública en una ubicación fija en España fue realizada y notificada a la Comisión en 2008, hace aproximadamente seis años. Posteriormente, la CNMC actualizó los precios en 2011, pero todavía no ha llevado a cabo una nueva revisión del mercado."*

Y añade la conveniencia de "una evaluación adecuada de la situación del mercado" e insta a la CNMC a revisar el mercado 2.

En este conjunto de circunstancias no aprecia la Sala un motivo de nulidad de la resolución impugnada.»

La conclusión alcanzada por la Sala de instancia es compartida por este Tribunal. La normativa reguladora de mercados aplicable *ratione temporis* (LGTel 32/2003 y RD 2296/2004) no impone expresamente -ni de ella se deduce- que la ausencia de realización de un previo análisis del mercado 2 en los plazos establecidos en el artículo 10.2 de la LGTel de 2003 deba llevar aparejada necesariamente y en todo caso la consecuencia de impedir la revisión de precios AMLT.

Por tanto, aun siendo obvia la conveniencia de realizar en los plazos normativamente establecidos los referidos análisis de mercado, también debemos afirmar que el retraso en dicha realización no comporta automáticamente la imposibilidad de revisar los precios AMLT.

En el presente caso, el análisis del mercado 2 habría concluido en 2016 (según se infiere de la página 10 de escrito de formalización del recurso), esto es, con posterioridad a la fecha en que la CNMC dictó la Resolución de revisión de precios AMLT.

Pero, para valorar la trascendencia que debemos asignar a este dato objetivo, debemos ponerlo en relación con el resto de las circunstancias concurrentes. Y, en este punto, es conveniente recordar que la SAN impugnada establece en su Fundamento Quinto lo siguiente:



«El resumen de ambas pretensiones de la parte actora podría ser el siguiente: es arbitrario revisar los precios de un mercado sin conocer el nivel de competencia y la necesidad de regulación del mismo, máxime cuando debía revisarse este mercado.

La Comisión Europea recomienda, en efecto, la revisión de determinados mercados, y así en sus observaciones ES/2014/1584 pone de relieve la conveniencia de revisar el mercado 2, pero es evidente, a la vista del conjunto de actuaciones llevadas a cabo en el expediente administrativo, que existía la necesidad de introducir cambios en la oferta para el Acceso Mayorista a la Línea Telefónica. Se ha establecido y no hay sido objeto de debate en este litigio, que la última revisión se llevó a cabo en el año 2011 sobre la base de la contabilidad de costes de Telefónica del año 2008, datos que, dadas las características del mercado afectado, y vista la solicitud de Orange, justifican la revisión.

En consecuencia, el hecho de que se haya puesto de manifiesto la conveniencia de revisar el mercado no es obstáculo a la revisión de los precios. No se han acreditado los denunciados por la parte actora "graves errores" que invalidarían los "modelos", no habiéndose demostrado la alegada arbitrariedad de la resolución impugnada.

En resumen: la revisión no es arbitraria, y está justificada por ser la anterior fijación de precios obsoleta, y por la existencia de nuevos criterios de cálculo, específicamente por la introducción del nuevo sistema de consideración de los costes del operador eficiente».

En consecuencia, conforme a lo antes razonado, este motivo de casación debe ser desestimado.

#### **CUARTO.- Sobre el segundo motivo de casación.**

En su segundo motivo de casación Telefónica sostiene -en síntesis- que la Sala de instancia no dio respuesta a su alegación de arbitrariedad en relación con la estimación de los costes laborales hecha por la CNMC, lo que supuso - a su juicio- una omisión contraria a las exigencias de motivación y al deber de congruencia; y, además, relaciona directamente esta omisión con la prueba pericial practicada a instancia del Abogado del Estado, criticando que la sentencia haya admitido que la revisión de precios de la Oferta AMLT haya tomado en consideración la contabilidad del ejercicio 2011, por lo que estima que la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia es irrazonable.

Este motivo de casación debe ser rechazado. Contra lo que afirma la recurrente, la Sala de instancia a través de los razonamientos incorporados a los Fundamentos de la sentencia impugnada (y, singularmente, en el Fundamento Quinto), ha dado respuesta a las alegaciones referidas a la arbitrariedad de la resolución impugnada, explicando de forma razonable los motivos por los que no consideró arbitrario revisar los precios sin la previa revisión del mercado, pronunciándose -igualmente de forma razonada y razonable- sobre la alegación principal de la actora relativa al no respeto del principio de orientación a costes, analizando la metodología utilizada y rechazando motivadamente las conclusiones del informe pericial emitido por el Sr. Jaime .

Asimismo, la sentencia recurrida, tras examinar la prueba practicada, ha considerado que no se había acreditado la comisión de los graves errores que -según la recurrente- invalidarían los "modelos" utilizados y que no había quedado demostrada la alegada arbitrariedad de la resolución impugnada, analizando la jurisprudencia sentada al respecto y valorando la prueba pericial practicada a instancia del Abogado del Estado.

Así las cosas, debemos recordar lo dicho en nuestra **STS nº 381/2018, de 12 de marzo de 2018, RC 3879/2015** (por citar solo una de las más recientes), en la que establecíamos:

«Una jurisprudencia constante viene señalando que la fijación de los hechos del litigio corresponde al tribunal de instancia tras la valoración de las pruebas practicadas, que en el caso de las periciales ha de realizarse según las de la sana crítica ( artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ). La apreciación del tribunal de instancia únicamente puede ser revisada en casación en supuestos excepcionales, como sucede cuando se justifique que ha incurrido en la vulneración de algún precepto regulador del valor tasado de determinados medios de prueba o cuando el análisis llevado a cabo resulta contrario a aquellas reglas, arbitrario o ilógico. Por tanto, no basta con aducir que el resultado probatorio obtenido por la Sala de instancia pudo ser otro que se considera más ajustado, o incluso que es erróneo, sino que resulta obligado demostrar que la valoración realizada es, insistimos, arbitraria, irrazonable o que conduce a resultados inverosímiles. Y para ello es necesario que el recurrente concrete que prueba o parte de la misma ha sido arbitraria o irrazonablemente valorada sin que baste una genérica referencia a la inexistencia de una valoración adecuada de la prueba practicada».



En consecuencia, no concurriendo en este caso las excepcionales circunstancias exigidas para revisar en casación la valoración probatoria efectuada por la Sala de instancia, debemos rechazar también este motivo de casación.

#### **QUINTO.- Conclusión y costas.**

Visto lo razonado en los precedentes Fundamentos, debemos desestimar el recurso de casación interpuesto por Telefónica, sin que tal conclusión deba ser alterada por el documento presentado por Telefónica mediante su escrito de 23 de marzo de 2018 pues, además de ser extemporánea su aportación, resulta irrelevante en orden a resolver sobre la cuestión planteada, referida a la exigibilidad o no, con carácter previo y preceptivo a la revisión de precios, de la revisión del mercado 2.

Conforme a lo previsto en el artículo 139 LJCA , procede imponer a la recurrente las costas, si bien la Sala, haciendo uso de la facultad que le confiere el apartado 3 de dicho precepto, limita a 4.000 €, el importe máximo a reclamar por todos los conceptos, más el IVA correspondiente, en su caso.

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

**Primero.-** No haber lugar al recurso de casación nº 2954/2016 interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictada en fecha 30 de mayo de 2016, en el recurso contencioso-administrativo nº 377/2014 y, en consecuencia, confirmar la sentencia objeto de este recurso.

**Segundo.-** Efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso a la parte recurrente, con la limitación establecida en el último Fundamento de esta sentencia.

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

Así se acuerda y firma.

D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas D.ª Maria Isabel Perello Domenech

D. Diego Cordoba Castroverde D. Angel Ramon Arozamena Laso D. Fernando Roman Garcia

**PUBLICACIÓN** .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Fernando Roman Garcia, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.