



Roj: **STS 2672/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2672**

Id Cendoj: **28079130032018100300**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **12/07/2018**

Nº de Recurso: **2160/2016**

Nº de Resolución: **1207/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4437/2015,**
STS 2672/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.207/2018

Fecha de sentencia: 12/07/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2160/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 26/06/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde

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

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

Transcrito por: AVJ

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2160/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1207/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

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

En Madrid, a 12 de julio de 2018.

Esta Sala ha visto constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 2160/2016, interpuesto por el procurador de los tribunales don Juan Antonio García San Miguel y Orueta en nombre y representación de Telefónica de España, SAU, bajo la dirección letrada de doña Elena Montero de Cózar Álvarez, contra la sentencia de 3 de diciembre de 2015, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso administrativo número 80/2014, contra la resolución dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 26 de noviembre de 2013.

Han intervenido como partes recurridas el Abogado del Estado, en la representación que ostenta, el procurador de los tribunales don Roberto Alonso Verdú en nombre y representación de Orange Espagne, S.A.U., con la asistencia de los letrados don Pablo Mayor Menéndez y don Álvaro Sánchez-Bordona Benardelli, y el procurador de los tribunales don Alberto Hidalgo Martínez en nombre y representación de Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL), bajo la dirección letrada de don Enrique Hidalgo Martínez.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El representante legal de Telefónica de España SAU (en adelante Telefónica) interpone recurso de casación contra la sentencia de la sección octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 3 de diciembre de 2015 (rec. 80/2014) por la que desestimó el recurso interpuesto por dicha entidad contra la resolución dictada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 26 de noviembre de 2013, por la que se establece un precio de 26.12 € para las falsas averías, tanto de acceso directo como de acceso indirecto.

La parte dispositiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

«FALLAMOS.-

Que debemos **DESESTIMAR** y **DESESTIMAMOS** el recurso de contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU** contra la resolución dictada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el día 26 de noviembre de 2013 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho. Con condena a la parte actora al pago de las costas.».

El recurso se funda en los siguientes motivos de casación:

1º El primer motivo, formulado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ, alega la 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 (Directiva de Acceso) y en los artículos 13.e) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y el art. 11 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, Reglamento de Mercados .

Considera que el precio de 26,12 €, fijado por la CMT para las penalizaciones por falsas averías en el marco de las ofertas mayoristas, vulnera el principio de orientación a costes, tal y como se desprende de los datos de su contabilidad que fueron aprobados por el organismo regulador. Se considera que la CMT habría incurrido en una clara arbitrariedad al optar por la utilización de un método extracontable, que adolece de graves errores y subestima importantes costes.

El principio de orientación a costes persigue que el operador obtenga una tasa razonable de rendimiento en relación con el capital invertido y con el riesgo asumido.

La entidad recurrente no se opone a que la CMT tenga plenas facultades para, discrecionalmente, decidir qué método va a seguir a la hora de revisar un precio, ya sea la contabilidad de costes aportada por Telefónica ya sea un método extracontable pero lo que no puede permitirse es que se imponga a un operador la obligación de suministrar el servicio de falsas averías incurriendo en pérdidas, pues ello vulnera el artículo 13.1.e) de la



Ley General de Telecomunicaciones . Telefónica tiene una contabilidad de costes, aprobada por la CMT, sin que se explique porqué ha decidido prescindir de dicha contabilidad de costes.

2º El segundo motivo, planteado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ , denuncia la infracción de los artículos 10.4 y 13.e) de la Ley General de Telecomunicaciones , de los artículos 11.1 y 11.3 del Reglamento de Mercados y del principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 CE .

La resolución recurrida revisó el precio de las penalizaciones por notificación de falsas averías en el marco de varios mercados, sin que pueda prescindir de los datos que resultan de la contabilidad de costes válidamente aprobada por la CMT.

Si la metodología de la fijación de precios que se debían aplicar en los mercados 4, 5 y 2 se determinó por resoluciones de 22 de enero de 2009 y 12 de diciembre de 2008, no es aceptable que una resolución singular de la CMT, como la recurrida, ordene la revisión de precios para falsas averías apartándose de la metodología prevista en esas resoluciones generales y aplique una metodología extracontable.

3º El tercer motivo, planteado al amparo del art. 88.1.c) de la LJ , denuncia el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio y las normas reguladoras de la sentencia, por entender que la sentencia de instancia incurre en incongruencia omisiva y falta de motivación sobre las razones de la desestimación del recurso, con infracción de los artículos 33 y 67 de la LJCA y 216 y 218 de la LEC y art. 24 de la Constitución .

A su juicio, la sentencia no se pronuncia sobre las siguientes cuestiones: si la resolución recurrida está revisando dos resoluciones previas de la CMT en las que se disponía que en los mercados 4, 5 y 2, los precios se basarían en la contabilidad de costes de Telefónica, lo que implica una revisión de oficio de un acto declarativo de derechos, acordada prescindiendo absolutamente del procedimiento legalmente establecido; y tampoco se pronuncia sobre si con los precios fijados en la resolución recurrida telefónica pierde dinero.

4º El cuarto motivo, planteado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ , invoca la infracción de los artículos 9.3 y 24 de la Constitución en relación con los artículos 217 , 335 , 347 y 348 de la LEC , así como la jurisprudencia que impide una valoración de la prueba que resulte ilógica, absurda, arbitraria o irracional.

La parte aportó en la instancia un informe pericial que, a su juicio, evidenciaba graves errores de la CMT al emplear el método extracontable. Considera que la valoración de los hechos realizada por la Audiencia Nacional resulta arbitraria.

El informe pericial aportado emplea el mismo método extracontable utilizado por la CMT, pero corrigiendo lo que considera errores relevantes, entre los que destaca los relativos a los costes de personal dedicado a la detección y comprobación de las falsas averías. El precio que se fija para la penalización por la notificación de falsas averías de 36,99 € en lugar de los 26,12 calculados por el órgano regulador. Aprecia esa valoración arbitraria en los siguientes puntos:

- La sentencia reprocha al informe pericial la aplicación, de costes comunes cuando la CMT añade un 5% de costes comunes a los costes laborales. Y tampoco entiende que la sala considere poco justificado el cálculo de porcentajes comunes que considera de aplicación el perito y, sin embargo, admite la aplicación del 5% de gastos comunes añadidos acordados por la resolución sin explicación alguna.
- Calculo de los salarios base medios para cada categoría. La sentencia considera que los salarios de los convenios colectivos son una referencia válida. Pero ni la demanda ni el informe pericial puso objeción a la utilización de los convenios colectivos como herramienta para calcular el salario base medio, lo que el informe pericial sostiene es que la rebaja de la CMT no es consistente con la información contenida en los convenios. Según la resolución administrativa en el nuevo Convenio Colectivo 2011-2013 de Telefónica se produce una reducción del salario base cuando, en realidad, el salario permanece estable o incluso se incrementa.
- La sentencia justifica que la resolución recurrida no incluya los beneficios sociales de Telefónica por no ser representativos del sector, lo que determina que se dé por valido el factor corrector del 15% que asume la CMT, el cual no permite cubrir las cotizaciones sociales a la Seguridad Social y considera que se debe asumir el factor corrector del 40% propuesto en el informe pericial, que únicamente incorpora las cotizaciones a la Seguridad Social y los complementos de antigüedad.
- Número de horas anuales de trabajo. La sentencia considera que el informe pericial incluye los costes de absentismo simultáneamente en varias partidas (el computo de horas trabajadas, en la partida de beneficios y cargas sociales, en los costes de Seguridad Social). Esta valoración, según la entidad recurrente, es errónea pues los costes de absentismo únicamente se han tenido en cuenta en el informe pericial para reducir las horas de trabajo efectivas de los empleados (página 14).



- Salarios por hora del personal. La sentencia desestima el cálculo de los salarios por hora del personal del informe pericial porque utiliza un suelo base de 2.720 euros mensuales, considerado que estos salarios solo corresponden a empleados cualificados, que no son los que habitualmente se dedican a tramitar las denuncias por averías.

A juicio de la empresa recurrente, el informe pericial no toma en consideración una estimación de 2720 € mensuales, sino que en su página 13 se limita a realizar una comparativa del salario base que resultaría en función de aplicar las condiciones del Convenio 2008-2010 al Convenio 2011-2013 para demostrar que los sueldos de este último son ligeramente superiores, por lo que no se sostiene la reducción del coste laboral aplicado por la CMT.

SEGUNDO. El representante legal de la Asociación de Empresas Operadora y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL) se opone al recurso.

Considera que para la fijación de un precio orientado a costes el regulador puede utilizar la contabilidad de costes del operador afectado (en este caso Telefónica) o recurrir, si la misma no es fiable (como es el caso), a otros métodos extra-contables.

La determinación de los precios orientados a costes se fijan teniendo en cuenta todas las referencias de costes disponibles- como pueden ser la contabilidad de Telefónica, modelos de costes elaborados por consultores independientes bajo la supervisión de la CNMC y referencias internacionales- siguiendo los objetivos regulatorios que se pretenden conseguir.

Argumenta que para el cálculo del precio de las falsas averías, la extinta CMT se basó en el mismo modelo de costes utilizado por la revisión general de precios del acceso desagregado de 18 julio de 2013 y concluyó que los costes arrojados no podían ser considerados como referencia válida para establecer los precios de las altas de los servicios regulados, fundamentalmente porque se obtenía una serie de datos alejados del resto de referencias contempladas, y que tampoco indicaban una tendencia claramente definida hacia un rango de valores estable, lo cual desaconsejaba su consideración como referencia relevante.

Tampoco puede considerarse que la revisión del precio de las penalizaciones se hizo prescindiendo de la contabilidad de costes pues lo que se ha hecho, es utilizar criterios extracontables para suplir las deficiencias en los datos que arrojaban las cuentas de Telefónica.

Todos los operadores, incluida Telefónica, aportaron sus correspondientes análisis de costes, la CNMC los evaluó y determinó el precio final. Entiende ASTEL que no es objeto del presente recurso volver a discutir la valoración de cada una de esas partidas, tarea que corresponde a la CNMC y respecto a la que TESAU puede solicitar en cualquier momento su reconsideración (especialmente la partida de coste de personal imputado que le preocupa especialmente a este operador).

Los costes considerados por la CNMC son los más actuales y coherentes con el servicio cuyo coste se trata de calcular. No cabe, como pretende TESAU, calcular el precio de unos servicios actuales de acuerdo con los costes de hace 3 años.

Por lo que respecta a la pretenda vulneración del principio de seguridad jurídica considera que no ha conseguido justificar en qué manera la sentencia recurrida ha vulnerado el principio de seguridad jurídica, pues no puede considerarse que ello se produce por el hecho de que la CMT no ha utilizado su contabilidad.

La CMT (hoy CNMC) tenía la competencia plena para introducir los cambios aprobados que considerara oportuno en la oferta de referencia, para hacer plenamente efectivas las obligaciones que se le han impuesto a Telefónica al ser declarado operador con peso significativo en el mercado, con el fin de equilibrar las posibilidades de competencia del resto de los operadores y beneficiar el interés general.

Tampoco aprecia la existencia de incongruencia omisiva o falta de motivación, pues una cosa es que los precios se habían calculado partiendo del modelo de costes establecido el 18 de julio de 2013 en la resolución sobre los precios del acceso desagregado y otra muy distinta es que Telefónica no comparta la valoración que la CMT hizo de algunas partidas incluidas en la contabilidad. Los resultados de la contabilidad no garantizan la eficiencia de los costes asignados, ni que tampoco la contabilidad no tenga errores y pueda conducir a resultados negativos. Y ello con independencia de que el cómputo de falsas averías se realiza unilateralmente por Telefónica. Por otra parte, el alto precio asignado a las falsas averías anteriormente se calculaba teniendo en cuenta las tareas que se producían respecto a averías de mucha mayor entidad, ocasionando que los precios cargados a los operadores estuviesen muy por encima de lo razonable, pues se imputaban unos costes por unas averías que, por su propia naturaleza, son de mayor entidad, por lo que los costes considerados en la resolución y confirmada en la Sentencia recurrida son los más coherentes con el servicio cuyo coste se trata de calcular.



Y respecto al reproche que dirige a la sentencia respecto a la valoración de la prueba. A tal efecto, razona que la Sala describe y valora cada una de las partidas señaladas por el perito, concluyendo que no era procedente tener en cuenta sus manifestaciones por variadas razones.

TERCERO. El Abogado del Estado se opone al recurso.

Comienza por afirmar que la sentencia recurrida no ha infringido el principio de orientación costes, lo que niega es que los costes deban de ser los que señala Telefónica.

Podrá discutirse si los costes considerados son todos los que deben ser o si su cuantía es o no correcta, pero ello constituye una cuestión de prueba. La resolución, identifica los distintos costes y su precio y la sentencia razona la procedencia del precio fijado.

No puede existir incongruencia omisiva sobre la pretendida existencia de una revisión de oficio de resoluciones anteriores de la CNMC por cuanto sobre esta alegación nada se reclamó en la demanda ni en el escrito de conclusiones, luego es una cuestión nueva.

Y por lo que respecta a la pretendida incongruencia por no dar respuesta a la alegación de que con los precios aprobados pierde dinero, afirma la sentencia se ocupa de los costes por lo que se está dando respuesta a dicha cuestión. Para demostrar la situación de pérdidas habría que demostrar que el precio asignado no cubre costes, no es un precio que se corresponda con los costes reales pero la parte aportó una prueba pericial que fue valorada por el tribunal de forma detallada llegando a la conclusión de que no desvirtúa el precio alcanzado por la CNMC.

También descarta que la sentencia haya incurrido en una arbitraria valoración de la prueba, analizando los diferentes extremos de la misma.

CUARTO. El representante legal de Orange Espagne SAU (en adelante Orange) se opone al recurso.

Los dos primeros motivos de casación de Telefónica deben ser desestimados, toda vez que la Sentencia de 3 de diciembre de 2015 no ha vulnerado el principio de orientación a costes que preside la fijación de precios regulados en el mercado de las telecomunicaciones.

Respecto al tercer motivo de casación debe ser desestimado por carecer completamente de fundamento, al no existir incongruencia omisiva ya que difícilmente se iba a pronunciar la Sentencia de 3 de diciembre de 2015 sobre una cuestión que no está recogida en la demanda de la recurrente.

En cualquier caso, la Sala de instancia ha indicado con claridad a Telefónica que el principio de orientación a costes no implica que el precio regulado que se fije deba cubrir cualesquiera costes en que incurra Telefónica.

Y finalmente el cuarto motivo de casación ha de ser desestimado, por cuanto el juez *a quo* ha valorado el dictamen aportado por Telefónica según las reglas de la sana crítica y, por ello, la Sentencia de 3 de diciembre de 2015 no ha vulnerado los preceptos citados por la recurrente ni la jurisprudencia que los interpreta.

QUINTO. Se dieron por conclusas las actuaciones, señalándose para votación y fallo la audiencia el día 26 de junio de 2018, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Telefónica interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, de 3 de diciembre de 2015 (rec. 80/2014), por la que desestimó el recurso interpuesto por dicha entidad contra la resolución dictada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 26 de noviembre de 2013 por la que se establece un precio de 26,12 € para las falsas averías, tanto de acceso directo como de acceso indirecto.

SEGUNDO . Sobre la vulneración del principio de orientación a costes.

Tal y como acertadamente afirma la sentencia de instancia, la cuestión litigiosa se centra en torno único precio promedio fijado por la CMT (en la actualidad CNMC) para las falsas averías. La parte recurrente entiende que dicho precio no respeta el principio de orientación a costes, porque se ha apartado de la contabilidad elaborada por Telefónica, y se ha utilizado un sistema extracontable en el cual se han ignorado los datos aportados por Telefónica, con la consecuencia de que con estos precios se ocasionan graves perjuicios económicos a esta compañía que no cubre costes.



Es cierto que el principio de orientación a costes trata de evitar que un operador fije precios excesivos respecto a terceros, pero, al mismo tiempo, y en el extremo contrario, intenta conseguir que el operador obligado a prestar un determinado servicio recupere el coste del servicio que presta.

Lo cierto es que los precios orientados a costes se fijan teniendo en cuenta todas las referencias de costes disponibles siguiendo los objetivos regulatorios que se pretenden conseguir en cada caso. En este caso, la fijación de un precio de penalización por falsa avería, (aquellas en las que tras su comprobación se constata que debería haber sido resuelta por otro operador), no tiene por finalidad resarcir a Telefónica del coste de la reparación sino del coste que le supone tener que detectar que estamos en presencia de una avería que debe resolver aquel operador que notificó a la telefónica la avería correspondiente.

La entidad recurrente no se opone a que la CMT tenga plenas facultades para decidir qué método va a seguir a la hora de revisar un precio, ya sea la contabilidad de costes de Telefónica ya sea un método extracontable, pero objeta que se trate de imponer a un operador la obligación de suministrar el servicio de falsas averías incurriendo en pérdidas.

Es cierto que el ente regulador encargado de fijar el precio de referencia puede utilizar diferentes métodos, sin que el precio fijado implique que el servicio ha de prestarse incurriendo en pérdidas. Ahora bien, ello no implica, como parece concluir la empresa recurrente, que el regulador deba asumir íntegramente la contabilidad proporcionada por la empresa operadora sin poder corregir o cuestionar partida alguna.

El principio de orientación a costes no implica asumir como único método fiable la contabilidad proporcionada por el operador. La propia empresa recurrente no niega que la CMT tenga plenas facultades para «discrecionalmente, decidir qué método va a seguir a la hora de revisar un precio, ya sea la propia contabilidad de costes de mi mandante, puesto que la misma es aprobada ya auditada por dicho órgano regulador, ya sea un método diferente extracontable como ha sucedido en el caso que nos ocupa sobre el que, a priori, no ponemos ninguna objeción». Es más, aun cuando utilice como punto de referencia inicial la contabilidad proporcionada por la empresa, el operador está facultado incluir o descartar algunas de las partidas que en ella figuran, siendo perfectamente posible utilizar criterios extracontables para suplir las deficiencias o corregir los datos incluidos en las cuentas proporcionadas, sin que por ello se vulnere el principio de orientación a costes.

Partiendo de estas premisas no puede concluirse que la sentencia recurrida infrinja el principio de orientación a costes. En ningún momento la sentencia sostiene que los precios deben hacerse prescindiendo de dicho principio ni que la operadora deba asumir pérdidas por la prestación del mismo. Es más, la sentencia impugnada abiertamente se basa en él, y de lo en ella afirmado no se advierte contradicción alguna con el citado principio, rectamente entendido. Pero ello no implica que se asuman automáticamente todos los costes aportados por el operador, pues lo que la sentencia niega, y es lícito, es que los costes deban de ser los proporcionados por Telefónica.

En realidad, la parte recurrente plantea una cuestión distinta, consistente de determinar si la sala ha valorado correctamente la prueba practicada al tiempo de determinar las partidas y costes que deben ser incluidos para fijar un precio que, bajo el principio de orientación a costes, cubra el importe de la prestación del servicio correspondiente.

TERCERO. Revisión de oficio.

Se cuestiona también el que la resolución impugnada pueda apartarse del sistema de contabilidad previamente definido en anteriores resoluciones sin acudir el procedimiento de revisión de oficio, infringiendo así el principio de seguridad jurídica.

Tanto el Abogado del Estado como la empresa demandada sostienen que dicha cuestión no se planteó en la instancia en tales términos, por lo que se trata de una cuestión nueva.

A tal efecto, ha de partirse, tal y como hemos razonado anteriormente, de que el principio de orientación a costes no exige asumir íntegramente la contabilidad aportada, aun cuando ésta se hubiese elaborado siguiendo las directrices generales proporcionadas por el ente regulador. Ahora bien, en este motivo se alega que cualquier decisión que desconozca los costes aportados por el operador siguiendo las instrucciones anteriormente adoptadas por el ente regulador implica una vulneración del principio de seguridad jurídica ya que debería haberse acudido al procedimiento de revisión de oficio.

Planteadas en estos términos, tienen razón los demandados cuando afirman que se trata de una cuestión nueva no abordada en la instancia, y que se plantea por vez primera en casación. A tal efecto, este Tribunal se ha pronunciado reiteradamente sobre la improcedencia del planteamiento de cuestiones nuevas en casación. Ya hemos afirmado que la pretensión revocatoria casacional no puede fundamentarse en un motivo que suponga el planteamiento por el recurrente de cuestión nueva que no haya sido suscitada en la instancia y que, por



consiguiente, no haya sido objeto de controversia ni de decisión en la sentencia recurrida, y ello por dos razones; por una parte, porque el recurso de casación tiene por finalidad propia valorar si se infringieron por el Tribunal *quo* normas o jurisprudencia aplicables y resulta imposible que pueda producirse aquella infracción en relación con una cuestión que ni siquiera fue considerada y sobre la que, por tanto, no hubo pronunciamiento en la sentencia y, por otra, porque tan singular *mutatio libelli* afectaría al mismo derecho de defensa del recurrido que garantiza el artículo 24 de la Constitución, en el supuesto de que, «sin las posibilidades de la alegación y de la prueba que corresponden a la instancia, se entendiera admisible el examen y decisión de una cuestión sobrevenida a través del recurso de casación con las limitaciones que comporta su régimen respecto de dichos medios de defensa» (Sentencia de 5 de julio de 1996, RC 4689/93, reproducida, junto a otras, en la de 7 de abril de 2007 [RC 5066/2004]).

CUARTO . Sobre la incongruencia omisiva y falta de motivación.

El tercer motivo, denuncia el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio y las normas reguladoras de la sentencia, por entender que la sentencia de instancia incurre en incongruencia omisiva y falta de motivación. A su juicio, la sentencia no se ha pronunciado sobre las siguientes cuestiones: a) si la resolución recurrida está revisando dos resoluciones previas de la CMT en las que se disponía que en los mercados 4, 5 y 2, los precios se basarían en la contabilidad de costes de Telefónica, lo que implica una revisión de oficio de un acto declarativo de derechos, acordada prescindiendo absolutamente del procedimiento legalmente establecido; b) sobre si con los precios fijados en la resolución recurrida telefónica pierde dinero.

Respecto a la primera incongruencia denunciada ya hemos señalado que dicha alegación no se planteó en tales términos en la instancia por lo que no puede apreciarse que la sentencia incurra en incongruencia omisiva por la falta de respuesta a la misma.

En segundo lugar, por lo que respecta a la pretendida falta de respuesta a la alegación de que Telefónica pierde dinero, no existe tal incongruencia pues la sentencia de instancia ha argumentado profusamente sobre el precio fijado y la procedencia de tomar en consideración las diferentes partidas, llegando a la conclusión de que el precio fijado es adecuado, por lo que implícitamente descarta que ese precio implique que Telefónica incurra en pérdidas.

No debe olvidarse al respecto que no toda falta de respuesta a las cuestiones planteadas por las partes es determinante de una incongruencia omisiva, de forma que es preciso ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si el silencio de la resolución judicial representa una auténtica lesión del derecho reconocido en el artículo 24.1 CE o si, por el contrario, puede interpretarse razonablemente como una desestimación tácita que satisface las exigencias de la tutela judicial efectiva. Para ello debe distinguirse entre lo que son meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas. Respecto de las alegaciones puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada de todas ellas, pudiendo bastar, en atención a las particulares circunstancias concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales, mientras que, en cambio, respecto de las pretensiones la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor, sin más excepción que la de una desestimación tácita de la pretensión, de modo que del conjunto de razonamientos de la decisión pueda deducirse, no ya que el órgano judicial ha valorado la pretensión, sino además los motivos de la respuesta tácita (por todas, STC 85/2000, de 27 de marzo, FJ 3).

QUINTO . Sobre la valoración de la prueba.

Finalmente, la parte cuestiona la valoración de la prueba pericial realizada por la sentencia de instancia al considerarla ilógica, absurda, arbitraria o irracional.

Lo cierto es que para demostrar su discrepancia con el precio fijado la parte aportó una prueba pericial que fue valorada por el tribunal de forma detallada y conforme a la regla de la sana crítica, llegando a la conclusión de que no desvirtúa el precio alcanzado por la CNMC. La valoración del tribunal no puede calificarse de ilógica, absurda o arbitraria, lo que se pretende en casación es una valoración alternativa, partida por partida, lo cual es ajeno a este recurso.

Una jurisprudencia reiterada 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. Más concretamente y en relación con la prueba pericial, es doctrina jurisprudencial consolidada que no cabe invocar en casación los preceptos que en la valoración de las pruebas obligan a sujetarse a la sana crítica con el fin de sustituir la del juzgador por la propia, salvo que la misma resulte ilógica o arbitraria, o como señala la sentencia de 18 de abril de 2005, no basta con justificar que el resultado probatorio obtenido por la Sala de instancia pudo ser, a juicio de la parte recurrente, más acertado o ajustado al contenido real de la prueba, sino que es menester demostrar que dicha apreciación es arbitraria o irrazonable, o conduce a resultados inverosímiles.

El informe pericial aportado emplea el mismo método extracontable utilizado por la CMT, pero corrigiendo lo que considera errores relevantes, entre los que destaca los relativos a los costes de personal dedicado a la detección y comprobación de las falsas averías. El precio que se fija para la penalización por la notificación de falsas averías de 36,99 € en lugar de los 26,12 calculados por el órgano regulador.

Pero lo cierto es que, si bien la parte discrepa de los razonamientos aplicados en relación con determinadas partidas, en ningún caso puede sostenerse que se haya producido una valoración irracional o arbitraria.

Así, respecto a los costes comunes el recurrente afirma que la sentencia reprocha al informe pericial la aplicación de costes comunes cuando la CMT añade un 5% de costes comunes a los costes laborales. Y tampoco entiende que la sala considere poco justificado el cálculo de porcentajes comunes que considera de aplicación el perito y, sin embargo, admite la aplicación del 5% de gastos comunes añadidos acordados por la resolución sin explicación alguna. Lo cierto es que de la lectura de la sentencia respecto a este extremo no se desprende la conclusión sostenida por la recurrente pues la sentencia no niega la posibilidad de añadir un porcentaje de costes comunes si bien cuestiona su cuantía afirmando que:

«Esta valoración del peso porcentual que han de tener los costes comunes de la compañía para calcular el precio de las falsas averías no puede prosperar, a juicio de esta Sala. Como indica el Abogado del Estado, en la contabilidad los costes son "totalmente distribuidos" entre una gran variedad de servicios, no estando justificada cual es precisamente la vinculación directa con una o con otro, y aquí no se ha justificado el por qué debe ser el 23,5 o el 22,6% adicional para las falsas averías.

No es procedente trasladar automáticamente un coste a un servicio sin mayores justificaciones. Las tareas de gestión, están incluidas en el modelo de costes de la Administración, pero no en forma de sobrecoste aplicable al coste horario como sostiene el perito sino en forma de horas de trabajo. Los costes de estructura están incluidos como costes comunes en un porcentaje que es calificado como no explicado por la Administración pero que guarda relación con la trascendencia de esta actividad en el conjunto de la llevada a cabo por la operadora, al contrario de lo que ocurre con el porcentaje que esta pretende se admita, que otorga a esta actividad un peso del 23,4%».

Tampoco se aprecia valoración arbitraria por lo que respecta al cálculo de los salarios. La parte recurrente afirma que la sentencia considera que los salarios de los convenios colectivos son una referencia válida, pero ni la demanda ni el informe pericial puso objeción a la utilización de los convenios colectivos como herramienta para calcular el salario base medio, lo que el informe pericial sostiene es que la rebaja de la CMT no es consistente con la información contenida en los convenios. Según la resolución administrativa en el nuevo Convenio Colectivo 2011-2013 de Telefónica se produce una reducción del salario base cuando, en realidad, el salario permanece estable o incluso se incrementa.

Lo cierto es que la sentencia y la propia parte recurrente consideran que no existe ningún reproche a que la referencia salarial de los Convenios sea válida, por lo que no se entiende donde se encuentra la valoración irracional o arbitraria.

Tampoco se aprecia una valoración ilógica o arbitraria respecto a lo afirmado en relación con los beneficios sociales, pues lo que la sentencia afirma es que en la partida de beneficios sociales no pueden integrarse beneficios singulares o especiales que concede la citada empresa a sus trabajadores, ajenos a lo que constituye la práctica normal en otras empresas, razonamiento que no puede considerarse ilógico o arbitrario.

Tampoco se considera ilógica o arbitraria la valoración respecto a los salarios por hora del personal al sostener que «Igualmente debe desestimarse la consideración relativa a los salarios por hora del personal, que según los cálculos del informe pericial lleva a un sueldo base de 2.720 euros mensuales, salario que según el Convenio no corresponde sino a empleados cualificados que razonablemente no puede considerarse sean los que habitualmente se dedican a tramitar las denuncias por averías». Dicha afirmación es perfectamente válida y lógica. La recurrente sostiene, sin embargo, que el informe pericial no toma en consideración una estimación de 2720 € mensuales, sino que se limita a realizar una comparativa del salario base que resultaría en función de aplicar las condiciones del Convenio 2008-2010 a las Convenio 2011-2013 para demostrar que los sueldos



de este último son ligeramente superiores, por lo que no se sostiene la reducción del coste laboral aplicado por la CMT.

Lo cierto es que sin perjuicio de que se hayan mantenido el nivel de sueldo de ciertas categorías profesionales, la sala de instancia toma en consideración la existencia de nuevas categorías profesionales menos cualificadas, y consiguientemente con unos salarios más bajos, que serían los encargados de desempeñar esa tarea de comprobación.

SEXTO. Costas.

Procede, por todo lo expuesto, la desestimación del recurso de casación con la preceptiva condena en costas a la parte que lo ha sostenido, conforme prescribe el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional. A tenor del apartado tercero de este artículo, la imposición de las costas podrá ser «a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima». La Sala considera procedente en este supuesto limitar hasta una cifra máxima de dos mil euros la cantidad que, por todos los conceptos, la condenada al pago de las costas ha de satisfacer a cada parte recurrida que haya formalizado su oposición.

FALLO

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

Que, por lo expuesto, declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Telefónica de España SAU contra la sentencia de la sección octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 3 de diciembre de 2015 (rec. 80/2014), con imposición de las costas del presente recurso a la parte recurrente, en los términos fijados en el último fundamento de derecho de esta sentencia.

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

Así se acuerda y firma.

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