



Roj: **STS 892/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:892**

Id Cendoj: **28079130032018100097**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **15/03/2018**

Nº de Recurso: **3683/2015**

Nº de Resolución: **416/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3226/2015,**
STS 892/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 416/2018

Fecha de sentencia: 15/03/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3683/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 30/01/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado

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

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

Transcrito por: PJM

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3683/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 416/2018

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. Angel Ramon Arozamena Laso

En Madrid, a 15 de marzo de 2018.

Esta Sala ha visto, constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 3683/2015, interpuesto por Telefónica de España, S.A.U., representada por la procuradora D.^a María del Carmen Ortiz Cornago y bajo la dirección letrada de D. Andrés González de la Aleja Gregorio, contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 28 de septiembre de 2015 en el recurso contencioso-administrativo número 276/2014. Es parte recurrida la Administración General del Estado, representada por la Sra. Abogada del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 28 de septiembre de 2015, desestimatoria del recurso promovido por Telefónica de España, S.A.U. contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 1 de abril de 2014, sobre la solicitud de declaración de disponibilidad efectiva del servicio NEBA.

SEGUNDO .- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en diligencia de ordenación de la Secretaria de la Sala de instancia de fecha 23 de noviembre de 2015, que también acordaba emplazar a las partes para su comparecencia ante esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO .- Emplazadas las partes, la representación procesal de Telefónica de España, S.A.U. ha comparecido en forma en fecha 13 de enero de 2016, mediante escrito por el que interpone el recurso de casación, que articula en los siguientes motivos:

- 1º, formulado al amparo del apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en concreto, de los artículos 209.3^a y 218.1 de la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil;

- 2º, que se basa en el apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley jurisdiccional, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en este caso del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de los artículos 120.3 y 24.1 de la Constitución;

- 3º, basado en el apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción, por infracción de los artículos 12.6, 13.4 y 14.3 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones; de los artículos 9.3 y 103 de la Constitución, y del artículo 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, y

- 4º, que se ampara en el mismo apartado del artículo 88 de la Ley jurisdiccional que el anterior, por infracción del artículo 3.1 de la Ley 30/1992, en relación con el artículo 103 de la Constitución.

Termina el escrito suplicando que se dicte sentencia por la que se case y revoque la recurrida.

El recurso de casación ha sido admitido por providencia de la Sala de fecha 18 de febrero de 2016.

CUARTO .- Personada la Abogada del Estado, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, en el que solicita que se dicte sentencia desestimando los motivos uno a tres e inadmitiendo el cuarto, o subsidiariamente desestimando el recurso en su totalidad, por ser conforme a derecho la resolución judicial impugnada, con imposición de costas a la contraparte.

QUINTO .- Por providencia de fecha 20 de octubre de 2017 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 30 de enero de 2018, habiendo continuado la deliberación del mismo el día 13 de marzo de 2018, conjuntamente con la casación 2395/2015, que se encontraba señalada para dicha fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Objeto y planteamiento del recurso.



Telefónica de España. S.A., impugna en casación la sentencia dictada el 28 de septiembre de 2015 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional en materia de servicios de telecomunicaciones. La citada sentencia desestimó el recurso que la citada mercantil había entablado contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 1 de abril de 2014, en relación con la fecha de disponibilidad efectiva del servicio NEBA.

El recurso se funda en cuatro motivos. Los dos primeros motivos se acogen al apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia. En el primero de ellos se alega la vulneración de los artículos 209.3^a y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al haber incurrido la sentencia en incongruencia o incoherencia interna, ya que se limita a reproducir otra sentencia recaída sobre un supuesto distinto.

El segundo motivo se funda en la infracción de los artículos 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 120.3 y 24.1 de la Constitución, por insuficiencia en la motivación sobre las razones que justificaban los perjuicios económicos impuestos a Telefónica al establecer como fecha de disponibilidad del servicio NEBA la de la resolución recurrida.

Los motivos tercero y cuarto se amparan en el apartado 1.d) del referido artículo 88 de la Ley jurisdiccional, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia. En el tercero se aduce la vulneración de los artículos 12.6, 13.4 y 14.3 de la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 9/2014, de 9 de mayo), correspondientes a los artículos 10.4, 11.5 y 13.1 de la anterior Ley (32/2003, de 3 de noviembre), vigente en el momento de dictarse la resolución administrativa. La vulneración de dichos preceptos sería consecuencia de deferir la fecha de disponibilidad a la de la resolución administrativa en vez de la de 28 de junio de 2013, en que el servicio estaba ya efectivamente disponible.

El cuarto motivo se funda en la infracción del artículo 3.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre), por la defectuosa valoración de los hechos y de la prueba pericial.

SEGUNDO .- Sobre los fundamentos de la sentencia impugnada.

La Sala de instancia justifica la desestimación del recurso en los siguientes argumentos jurídicos:

" **PRIMERO**.- Se recurre en las presentes actuaciones resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 1 de abril de 2014, en la que, entre otros extremos, se decidió que el servicio NEBA se considera efectivamente disponible desde la fecha de aprobación de la propia resolución, y exclusivamente a efectos de lo previsto en la resolución de migración.

Los motivos de la demanda deducida por TESAU se centran, en síntesis, en su discrepancia en relación con la fecha de aplicación de la efectividad del servicio NEBA, basándose en la literalidad de las resoluciones de la CMT de 11 de abril y 18 de julio de 2013, en que no existe, en la interpretación que preconiza, afectación a intereses de terceros, y en la desproporción de la medida. Se solicita se anule el que se tenga por disponible el servicio NEBA desde el 1 de abril de 2014 y se tome en consideración como fecha a tener en cuenta el 28 de junio de 2013, en que, a juicio del operador recurrente, el servicio ya estaba efectivamente disponible.

SEGUNDO.- La cuestión nuclear del pleito que nos ocupa ya ha sido abordada por esta Sala y Sección en su Sentencia de fecha 4 de mayo de 2015, recaída en el Recurso 446/2013 de su conocimiento, resolución referida al recurso contencioso- administrativo deducido por TESAU contra la decisión adoptada por la CMT en fecha 11 de abril 2013 (ulteriormente confirmada en la de 18 de julio del mismo año), que aprobó el marco de la migración hacia el nuevo servicio NEBA. Habida cuenta de que en ese precedente pleito se cuestionaba también la fecha a tener en cuenta, reproducimos a continuación sus razonamientos:

<< **PRIMERO**.- Se recurre en autos resolución de la COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES de fecha 11 de abril de 2013, relativa a la migración de los servicios mayoristas Gig ADSL y ADSL-IP al nuevo servicio NEBA. Recurrida en reposición, resultó confirmada en la posterior de 18 de julio de 2013. El resuelve del acto administrativo tiene el siguiente tenor:

"PRIMERO. - El marco de aplicación para el cese de las obligaciones de dar nuevas altas en GigADSL y ADSL-IP indicado en el Anexo 3 de la Resolución MTZ 2008/626 de 22 de enero de 2009 así como para la posible migración de las conexiones existentes será el contenido en el Anexo I.

SEGUNDO.- La definición y condiciones aplicables a las migraciones masivas hacia NEBA serán las indicadas en el Anexo II

TERCERO.- Suprimir la obligación impuesta en el resuelve octavo de la Resolución DT 2009/497, de 11 de noviembre de 2010, sobre la comercialización por terceros de las ofertas minoristas FTTH de Telefónica."



El aludido Anexo I ("Marco para la migración de los servicios indirectos actuales a NEBA") contiene la siguiente disposición: "Telefónica deberá notificar a la CMT el cumplimiento de todos los hitos indicados en la Resolución DT 2011/738 y en el calendario establecido por la Resolución DT 2011/2744. Tras esta notificación, la CMT abrirá un procedimiento administrativo al objeto de constatar la disponibilidad efectiva del servicio NEBA".

SEGUNDO.- Precisamente, este concreto aspecto que contempla el Anexo I es el caballo de batalla de la demanda, en la que se cuestiona la fecha a tener en cuenta a aquellos efectos.

Así, la línea impugnatoria de la demanda se centra en dos aspectos. En primer lugar, basándose en una particular interpretación del artículo 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en relación con la eficacia jurídica del acto administrativo, afirma que la desregulación que a la recurrente beneficia deberá producirse desde la disponibilidad del servicio NEBA, sin que lo decisivo es que TESAU cumpla con todas las condiciones impuestas en orden a tenerlo disponible, lo que se produjo el 28 de junio de 2013. En segundo lugar, con invocación del artículo 9.3 de la Constitución, se argumenta sobre la pretendida inseguridad jurídica que generan los actos recurridos, pues una cosa es la disponibilidad efectiva, técnica y operativa y otra el procedimiento administrativo para validarla.

Por el demandado se sostiene el pleno acomodo de la resolución y de su Anexo I a la legalidad, con invocación de resoluciones precedentes de la CMT que contenían similar criterio, sin que sea factible alegar inseguridad jurídica alguna.

TERCERO.- La resolución que nos ocupa ya fue objeto de atención en nuestra Sentencia de 9 de marzo pasado, recaída en Recurso 449/2013. En ella, aunque referida a impugnación de distinto operador y en relación con otros aspectos de la decisión del regulador, en su Fundamento de Derecho Cuarto, antepenúltimo párrafo, se indicaba que "tal como se expone en los fundamentos de la resolución impugnada, desde la entrada en funcionamiento de NEBA hasta que la Comisión (...) verifica la disponibilidad, los operadores disponen de tiempo suficiente para preparar la migración, durante el cual se benefician del descuento". Esto es, parece claro que, aunque fuera implícitamente, esta Sala y Sección valida la efectividad subordinada a la comprobación de la disponibilidad del servicio NEBA.

Pero hay más. Ya la resolución de la CMT de 22 de enero de 2009, relativa a un nuevo sistema de acceso mayorista (que luego daría paso al NEBA que nos ocupa), establecía que "hasta la comprobación de esa disponibilidad", TESAU seguiría manteniendo servicios GigADSL y ADSL-IP. Esa resolución fue objeto del Recurso 353/09, de conocimiento de este Tribunal, resuelto en Sentencia desestimatoria de fecha 15 de octubre de 2011, sin que la recurrente TESAU impugnara, precisamente, aquél concreto aspecto. La Sentencia resultó confirmada por la del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2014 (Recurso de casación 6540/11).

Y es que la resolución recurrida reproduce tanto la reseñada, de 22 de enero de 2009 (MTZ 2008/626), como las de 7 de septiembre de 2009 (DT2009/871) y de 11 de noviembre de 2010 (DT2009/497), la primera sobre modificación de los servicios de acceso mayorista de banda ancha y la segunda sobre propuesta de nuevo servicio de acceso mayorista de banda ancha, en las que se contempla la necesidad de verificación por la CMT de la disponibilidad operativa del servicio de tráfico de paquetes para telefonía IP (Resolución de 7 de septiembre de 2009) y de la disponibilidad efectiva e implantación satisfactoria del nuevo servicio (Resolución de 11 de noviembre de 2010). Tal sistema es el que ulteriormente se traslada al acuerdo de la CMT que ahora se combate, respecto del que el demandado, con sumo acierto, enfatiza sea tributario del que precedentes decisiones, consentidas o validadas jurisdiccionalmente, consagraban.

CUARTO.- Cuanto hemos expuesto conduce inexorablemente a la desestimación del recurso deducido, sin que pueda reprocharse inseguridad jurídica a un criterio del regulador de consolidada traza, plenamente justificado por la más que evidente necesidad de velar por el cabal discurrir del mercado de las telecomunicaciones, salvaguardando tanto los intereses de los diferentes operadores que en él actúan como de los propios usuarios. A esta conclusión no puede obstar la pericial de parte practicada en las actuaciones, en cuanto acreditar la disponibilidad del sistema en determinada fecha, anterior a la labor de verificación del regulador, en nada empaña el ejercicio de una potestad administrativa concreta que, según lo razonado, goza de plena cobertura y razonabilidad, siendo así, incluso, que, según se alega en trámite de conclusiones por el Abogado del Estado, en resolución de la CNMC de 1 de abril de 2014 (OFE/DTSA/1287/13/disponibilidad) se concluye que el NEBA está disponible, y en el procedimiento del que trae causa formularon alegaciones los distintos operadores, en un racional "iter", añadimos, necesario para asegurar la plena operatividad, resultando entonces incluso irrelevante se cumpliera tal condición en la data señalada por TESAU, al resultar ineludible el trámite tantas veces indicado.>>

TERCERO.- En consecuencia, el lógico corolario de cuanto se reproduce en el ordinal anterior, en cuanto ceñido, repetimos, a la misma cuestión ahora objeto de controversia, es la desestimación del presente recurso jurisdiccional." (fundamentos jurídicos primero a tercero)

**TERCERO** .- Sobre los motivos referidos a la motivación de la sentencia de instancia.

Como hemos indicado, los dos primeros motivos se basan en las supuestas deficiencias de motivación de la sentencia recurrida. Así, en el primer motivo Telefónica aduce que la Sala juzgadora ha razonado respecto a otra sentencia con pleno olvido de las pretensiones formuladas en el recurso, de manera que no se expresan las razones y fundamentos legales del fallo que se dicta.

El motivo es manifiestamente infundado, ya que la parte confunde la motivación por referencia a un supuesto que la Sala sentenciadora considera que resuelve la cuestión debatida con la falta de razonamiento sobre su propia demanda. Pues bien, en multitud de ocasiones hemos señalado que no existe problema con apoyar la fundamentación de una sentencia en las razones ofrecidas con ocasión de un supuesto semejante. En este caso la Sala indica en el fundamento segundo que "la cuestión nuclear del pleito que nos ocupa ha sido ya abordada por esta Sala y Sección en su sentencia de fecha 4 de mayo de 2015 " y reproduce los fundamentos de dicha sentencia, que citaba además precedentes anteriores. Tales fundamentos se refieren al recurso que la propia demandante interpuso contra la resolución de 11 de abril 2013 sobre migración al servicio NEBA, cuyo anexo I estipulaba que la declaración sobre disponibilidad del servicio NEBA quedaba condicionada a la correspondiente comprobación administrativa. Y ya en dicha sentencia la Sala declaró que tal condicionamiento era conforme a derecho, rechazando la pretensión de la actora de que la disponibilidad se entendiese efectiva desde que materialmente el servicio estuvo operativo, lo que había sucedido el 28 de junio de 2013.

Pues bien, la remisión de la sentencia impugnada a tal precedente no es sólo admisible por la razón genérica antedicha (la admisibilidad de la fundamentación por remisión a supuestos análogos), sino que en este caso la sentencia de 4 de mayo de 2015 ya había resuelto materialmente la cuestión que constituye el objeto del presente procedimiento, la fecha sobre la eficacia del servicio NEBA, tal como afirma la sentencia impugnada. En efecto, en dicha sentencia la Sala ya estableció que era conforme a derecho hacer depender la fecha de disponibilidad del servicio NEBA del procedimiento administrativo para validar tal disponibilidad efectiva del servicio, necesariamente posterior a la de su puesta en marcha operativa el 28 de junio de 2014.

Así las cosas, es evidente que al remitirse a dicha sentencia la Sala no hacía sino mostrar que ya había resultado el objeto litigioso de la litis, rechazando plenamente la pretensión deducida en el recurso en el que se volvía a pretender que la fecha de disponibilidad del servicio NEBA a tener en cuenta fuese la de disponibilidad operativa (el 28 de junio de 2013) y no la de resolución administrativa recurrida en este procedimiento que validaba dicha operatividad tras un procedimiento de comprobación.

Del mismo modo hay que rechazar el segundo motivo, en el que la parte aduce insuficiencia de motivación al no expresar las razones que justifican la determinación de una fecha de disponibilidad del servicio NEBA posterior a su funcionamiento operativo y dependiente de un procedimiento administrativo que se ha prolongado en demasía sin responsabilidad de la demandante y sin que la Sala haya justificado la proporcionalidad del perjuicio económico causado. No es obligado que la respuesta judicial contenga todos los razonamientos que las partes puedan considerar necesarios o que se responda puntualmente a todos sus argumentos. En el presente supuesto la Sala ha considerado que era conforme a derecho que la disponibilidad efectiva del servicio NEBA quedase condicionada a la verificación administrativa de un adecuado funcionamiento del mismo, lo que en puridad era ya una cuestión decidida en el procedimiento al que se remite la sentencia y que, por lo demás, constituye por sí mismo un criterio bastante para decidir, razonable y no arbitrario.

CUARTO .- Sobre el motivo tercero relativo a la fecha de declaración de disponibilidad del servicio NEBA.

Combate la recurrente en este tercer motivo el criterio de la sentencia recurrida de que es conforme a derecho posponer la eficacia de la disponibilidad del servicio NEBA a una resolución administrativa que así lo declare a pesar de que el servicio ya estaba plenamente operativo con anterioridad, a fecha de 28 de junio de 2013. Se invocan como infringidos los preceptos de la Ley General de Comunicación Audiovisual reseñados en el primer fundamento de derecho, así como en términos genéricos el principio de legalidad y la proscripción constitucional de la arbitrariedad.

Para mayor claridad es preciso tener presente el marco de resoluciones administrativas en el que se inserta la recurrida en este procedimiento, explicitada en la resolución de la que trae causa el presente procedimiento:

- Resolución de los Mercados 4 y 5, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) de 22 de enero de 2009 (Resolución por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado de acceso físico al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas).



En esta resolución se establecía la senda de tránsito de los servicios mayoristas de banda ancha GigADSL y ADSL-IP al nuevo servicio NEBA. Dicha transición preveía una progresiva desregulación para los servicios GigADSL y ADSL-IP, condicionada a la disponibilidad efectiva de NEBA. Así, se preveía que "una vez esté disponible de manera efectiva el nuevo servicio, en los ámbitos de cobertura coincidentes Telefónica no estaría obligada a continuar aceptando nuevas altas sobre los servicios GigADSL y ADSL-IP, aun cuando lógicamente los servicios podrían seguir prestándose en condiciones comerciales por parte del operador con ISM. Por el contrario, en las zonas no cubiertas todavía por el nuevo servicio, si las hubiere, debería mantenerse la prestación de los servicios actuales. En relación con los clientes ya existentes, cualquier posible migración desde los servicios GigADSL y ADSL-IP hacia el nuevo servicio mayorista de banda ancha deberá en todo caso llevarse a cabo de manera que se garantice la continuidad en la prestación del servicio en términos equivalentes a los actuales por parte de los operadores alternativos".(2)

- Resolución de Migración, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 11 de abril de 2013, (Resolución sobre el proceso de migración de los servicios mayoristas GigADSL y ADSL-IP al nuevo servicio NEBA). En el anexo I de esta resolución se establecía que "Telefónica deberá notificar a la CMT el cumplimiento de todos los hitos indicados en la Resolución DT 2011/738 y en el calendario establecido por la Resolución DT 2011/2744. Tras esta notificación, la CMT abrirá un procedimiento administrativo al objeto de constatar la disponibilidad efectiva del servicio NEBA".

- Con fecha de 1 de julio de 2013 Telefónica presentó un escrito a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el que solicitaba al regulador que declarase la disponibilidad efectiva del servicio NEBA.

- El 4 de julio de 2013 la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones procedió a incoar el procedimiento administrativo encaminado a verificar la disponibilidad efectiva del citado servicio NEBA, procedimiento que se desarrolló con participación y trámites de alegaciones de los interesados y practicándose diversas actuaciones de comprobación sobre tal disponibilidad.

- El 1 de abril de 2014 se aprueba la resolución sobre disponibilidad efectiva del servicio NEBA, que se considera disponible desde la fecha de la propia resolución. En la parte dispositiva de la resolución se imponen además a Telefónica determinadas obligaciones relativas a la implementación del referido servicio.

Pero es que, en segundo lugar, esta Sala hace suyos los razonamientos expresados por la Sala de instancia en la referida sentencia de 4 de mayo de 2015, expresados en su fundamento de derecho cuarto y reiterados en la ahora recurrida. Así, la resolución impugnada en este concreto procedimiento -en aquél era la Resolución de Migración- ostenta plena cobertura normativa en las facultades regulatorias de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones -hoy la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia- y en las resoluciones sobre mercados 4 y 5 y de migración, y goza asimismo de plena razonabilidad. En efecto, la puesta en funcionamiento de un servicio técnicamente complejo y que afecta a otros operadores del sector justifica que quede sujeto a una labor de comprobación administrativa por parte del órgano regulador antes de darle plena operatividad técnica y jurídica. En ese sentido, hemos de reiterar también ahora que resulta irrelevante la prueba pericial aducida por Telefónica sobre la fecha en que estaba materialmente operativo, pues no es esa la cuestión litigiosa, sino la legalidad de prever un procedimiento administrativo de comprobación antes de avalar la plena operatividad del servicio. Y si bien en algún momento la parte se queja de la excesiva duración de dicho período, tampoco afirma que fuese abusivo o manifiestamente desmesurado. No cabe duda, por lo demás, de que se trata de un procedimiento complejo con intervención de los operadores afectados para que comprueben asimismo la funcionalidad del sistema, lo que inevitablemente implica una duración mayor de lo que requeriría, por ejemplo, una verificación puntual de una instalación.

QUINTO .- Sobre el cuarto motivo, relativo a la valoración de la prueba.

En el cuarto motivo la mercantil recurrente aduce una "defectuosa o ausente valoración de hechos y prueba pericial" por no haber atendido a la prueba practicada en autos sobre la efectiva operatividad del sistema NEBA el día de la comunicación de disponibilidad efectuada por Telefónica el 28 de junio de 2013 o incluso antes.

Como se ha apuntado ya en el anterior fundamento de derecho, hemos de reiterar la consideración de la Sala de instancia respecto a la relevancia de dicha circunstancia, pues tal operatividad no constituye un óbice a la procedencia de la comprobación administrativa por parte del regulador, tal como estaba establecido en el anexo I de la Resolución de Migración.

SEXTO .- Conclusión y costas.

La desestimación de los motivos en los que se apoya el recurso de casación supone que no ha lugar al mismo. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción, se imponen las costas a la



parte recurrente hasta un máximo de 4.000 euros por todos los conceptos legales, más el IVA que corresponda a la cantidad reclamada.

FALLO

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

1. Declarar que no ha lugar y, por lo tanto, desestimar el recurso de casación interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la sentencia de 28 de septiembre de 2015 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 276/2014 .
2. Confirmar la sentencia objeto del recurso.
3. Imponer las costas de la casación a la parte recurrente conforme a lo expresado en el fundamento de derecho sexto.

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

Así se acuerda y firma.

Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.-Eduardo Calvo Rojas.-Maria Isabel Perello Domenech.-Angel Ramon Arozamena Laso.-Firmado.-

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituída la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.-Firmado.-