

Id Cendoj: 28079130032007100349
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 123/2005
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: EDUARDOESPINTEMLADO
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x TELECOMUNICACIONES x
- x SERVICIO UNIVERSAL x
- x DEFENSA DE LA COMPETENCIA x
- x COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES x
- x ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MERCADO x
- x DESVIACIÓN DE PODER x
- x INCONGRUENCIA OMISIVA x

Resumen:

Una vez rechazadas las alegaciones relativas a supuestas incongruencias de la sentencia de instancia, se señala que la parte recurrente no ha aportado elemento de prueba alguno que permitiera deducir la irrazonabilidad de la actuación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones al considerar que, en la prestación del servicio universal en el ejercicio del año 2000, no se ha producido una desventaja competitiva.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Noviembre de dos mil siete.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 123/2.005, interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., representada por la Procuradora D^a Magdalena Cornejo Barranco, contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 21 de octubre de 2.004 en el recurso contencioso-administrativo número 270/2.002, sobre el coste neto del servicio universal en el ejercicio 2000.

Es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado.

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 21 de octubre de 2.004, desestimatoria del recurso promovido por Telefónica de España, S.A. contra la resolución de la Comisión de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 31 de enero de 2.002 sobre el "coste neto de prestación del servicio universal en el año 2000 propuesto por Telefónica de España, S.A.U."

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 3 de diciembre de 2.004, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la representación procesal de Telefónica, S.A. compareció en forma en fecha 27 de enero de 2.005, mediante escrito interponiendo 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-Administrativa, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en concreto, del *artículo 71.1.b) de la misma Ley* jurisdiccional, en relación con el *artículo 5.1 de la Directiva CE/97/33 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1.997*, con los *artículos 31 y 32 del Reglamento por el que se desarrolla el Título III de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones* en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, con el *artículo 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* y la jurisprudencia que lo desarrolla, y con los *artículos 9.3 y 24.1 de la Constitución*;

- 2º, basado en el apartado 1.d) del citado *artículo 88 de la norma procesal*, por infracción de los *artículos 39.1 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones*, de los *artículos 31 y 32 del Reglamento por el que se desarrolla el Título III de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones* en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, en relación con el *artículo 5.1 de la Directiva CE/97/33 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1.997* y con el *artículo 9.3 de la Constitución*;

- 3º, amparado en el mismo motivo que el anterior, por infracción del *artículo 12 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas* y del Procedimiento Administrativo Común, del *artículo 24.1.c) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno*, de los *artículos 38.2 y 39 de la Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones*, y de los *artículos 18.1 y 24 del Reglamento por el que se desarrolla el Título III de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones* en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones, aprobado por *Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, en relación con el artículo 9.3 de la Constitución*;

- 4º, que se basa en el mismo apartado que el motivo anterior, por infracción del *artículo 24.1 del Reglamento por el que se desarrolla el Título III de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones* en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, en relación con el *artículo 38.2 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones*, y

- 5º, que se ampara 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 concreto, del *artículo 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* y de la jurisprudencia que lo desarrolla, en relación con los *artículos 27 y 29 del ya citado Reglamento* aprobado por *Real Decreto 1736/1998*.

Termina suplicando que se case y anule la sentencia recurrida, que se declare la nulidad de la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 31 de enero de 2.002 y se condene a la misma a que, en función de la pretensión ejercitada en los apartados 1º a 4º del suplico de la demanda, reconozca el coste neto que le ha supuesto a Telefónica de España la prestación del servicio universal en 2.000 y que dicho coste ha significado para la compañía una desventaja competitiva y, en consecuencia, ponga en marcha el procedimiento previsto en el *artículo 37 de la Ley 11/1998* para su financiación.

El recurso de casación ha sido admitido por providencia de la Sala de fecha 21 de febrero de 2.006 .

CUARTO.- Personado el Abogado del Estado, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia por la que se desestime, confirmando íntegramente la recurrida, con imposición de las costas a la actora.

QUINTO.- Por providencia de fecha 14 de junio de 2.007 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 20 de noviembre de 2.007, en que han tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso de casación.

Telefónica de España, S.A.U., impugna la Sentencia dictada el 21 de octubre de 2.004 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional en relación con el coste neto de prestación del servicio universal en el año 2.000. La recurrente había impugnado ante la jurisdicción contencioso administrativa la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 31 de enero de 2.002, por la que se cuantificaba el coste neto del servicio universal para el citado año 2.000, se declaraba que dicho coste no había constituido una desventaja competitiva para Telefónica de España S.A.U., y se establecían determinadas previsiones para el cálculo de referido servicio universal para el año 2.001.

La Sentencia recurrida fundamenta su fallo desestimatorio en las siguientes consideraciones:

"CUARTO.- En el presente procedimiento se plantean a la decisión de este Tribunal dos cuestiones claramente diferenciables: a) determinar si la resolución aquí impugnada cumple, en la metodología empleada con relación al cálculo del coste neto del servicio relativo a la conexión a la red telefónica pública fija y al acceso a la prestación del servicio telefónico fijo disponible al público, los criterios establecidos en la Ley General de Telecomunicaciones (LGT) y en el Reglamento del Servicio Universal (RSU); y b) determinar si la obligación de la prestación del servicio universal implica una desventaja competitiva para TESAU.

Como antecedente necesario, al que se remite la resolución objeto de este recurso, hay que tener en cuenta:

- La resolución de la CMT de fecha 9 de julio de 2001 (también recurrida ante esta Sala y Sección) que en el "Resuelve Tercero" recoge "Que para el cálculo del coste neto del servicio universal correspondiente al año 2000 TESAU deberá analizar los resultados positivos o negativos de la explotación de los servicios para cada una de las zonas, definidas de acuerdo con lo señalado en el fundamento de derecho quinto de la presente resolución."

En el fundamento quinto se indica, fundamentalmente, que la determinación de las zonas no rentables de prestación del servicio universal deben tener en cuenta el elemento geográfico y el elemento socioeconómico, tal como pauta el *artículo 24 del RSU*, y no definirse exclusivamente por la estructura de red de TESAU, que supuso llegar a un resultado tan sorprendente como considerar dividido el territorio nacional en 19.159 zonas (existen 8.095 municipios en España y 510 distritos tarifarios), que se categorizan en un 96% como no rentable en la propuesta de Telefónica.

La citada resolución ha sido confirmada respecto al cálculo del coste neto del servicio universal por sentencia de esta Sala y Sección (Recurso 1651/01).

QUINTO.- Pues bien, debemos resolver en primer lugar si en la resolución impugnada se ha realizado el cálculo del coste neto del servicio universal, para el ejercicio del año 2000, conforme a la previsión legal sobre la materia.

El 22 de octubre de 2001 Telefónica presentó ante al CMT el cálculo del coste neto del servicio universal para el año 2000, descomponiéndolo en dos etapas: definición de zonas que ha de abarcar todo el marco de numeración asociado por una central local, y el tratamiento de ingresos y costes de las zonas a fin de determinar las que resultan rentables comercialmente y cuales no.

Siguiendo fundamentalmente la citada metodología, Telefónica presentó tres alternativas:

a) La alternativa que Telefónica denominaba "alternativa obligada", con la que muestra su disconformidad, pero que afirma se adecúa a la resolución de 19-07-01. En esta alternativa Telefónica divide el territorio nacional en 744 zonas, con un coste neto en zonas no rentables de 68.189.481.423 pesetas, que unido al coste neto de prestación del servicio universal a clientes con tarifas especiales y discapacitados, así como el servicio de información y guías, supone un coste total del servicio universal de 80.198.135.142 pesetas o 482.000.499,69 Euros.

b) Alternativa A. Telefónica, a través del algoritmo utilizado, entiende que también se puede tener en cuenta el efecto sustitución, que produce un cambio en la definición de zona que se amplían a 7.022 zonas, en lugar de las 744 de la alternativa anterior, y genera un coste neto por zonas de 92.814.007.159 pesetas o 557.823 miles de euros que, manteniendo las mismas cantidades en cuanto a las partidas del coste neto

por la prestación del servicio a clientes con tarifas especiales y discapacitados y de información y guías, supone un coste neto total del servicio universal de 104.822.660.868 pesetas o 629.996.879,95 Euros. Alternativa de cálculo que Telefónica propone como suya y definitiva.

c) Alternativa B. Esta alternativa utiliza idéntica metodología que en el planteamiento de partida (sin considerar el efecto sustitución), peor alterando la definición de zonas de forma más desagregada, llegando así a 7.022 zonas, que genera un coste neto por zonas de 78.904.290.343 pesetas o 474.230 miles de euros, y ello supone un coste total del servicio universal de 90.912.940.052 pesetas o 474.223 miles de euros.

SEXTO.- En la resolución aquí impugnada, la CMT considera no aceptables las alternativas A y B y en cuanto a la denominada por Telefónica alternativa obligada, la considera una base de "partida máxima" que pasa a desarrollar.

La CMT considera que las 724 zonas identificadas por Telefónica deben reducirse a 538 áreas disjuntas (en término de la CMT) consecuencia de agregar áreas geográficas superpuestas o eliminar áreas geográficas coincidentes.

También ajusta la CMT el denominado pseudo-coste de terminación del tráfico internacional de salida de las zonas, restableciendo el sentido original de la "tasas de retribución", resultando un margen de aportación (ganancia) por minuto de salida internacional de 0,1396 Euros/minutos, en vez de una pérdida de 0,0933 Euros/minutos.

Además, la CMT considera que la resolución de 19-07-01 permite observar la determinación de los eventuales costes netos incurridos por la prestación del servicio universal con un mayor grado de agregación, aprovechando las posibles sinergias de la misma, y considera insuficientes, como determinante final del modelo de emulación, los ámbitos territoriales correspondientes a central local (que resultan ser las del operador dominante).

La CMT se basa en el criterio de interés comercial que, en las áreas no rentables, tendría un operador eficiente analizando el conjunto del mercado y de las áreas geográficas coherentes, de evidente reconocimiento social, evitando el aislamiento artificial en nichos muy rentables o deficientes. Al aplicar el criterio de interés comercial, la CMT llega a la conclusión de que, si bien en 149 zonas (áreas geográficas disjuntas) se produce aisladamente un coste neto por la prestación del servicio universal, en otras zonas se obtiene una contribución positiva ("al margen extraordinario o atípico de explotación" por la prestación del servicio universal) suficiente para compensar las pérdidas que se origina en las otras zonas de una provincia. En la resolución se añade que en veintitrés provincias, que enumera, las operadoras sustitutas habrían de considerarlas plenamente de interés comercial, debiendo excluirse del coste neto del servicio universal en zonas no rentables los 64.104 miles de euros, que según los cálculos, se origina en 65 zonas aisladas pertenecientes a provincias en las que se obtiene un margen conjunto positivo de explotación del servicio universal.

Y tal cifra (64.104 miles de euros), según la CMT, constituye un beneficio no monetario derivado de "las ventajas derivadas de la ubicuidad (*artículo 29.2 RSU*) que revierten a Telefónica.

Después de efectuados los anteriores ajustes, la C M T determina que el coste neto del servicio universal, para el ejercicio del año 2000, asciende a 267.990 miles de euros o 44.578 millones pesetas.

SEPTIMO.- Del coste que del servicio universal ha fijado la CMT en la resolución objeto de este recurso, no se ha cuestionado por la entidad demandante lo relacionado con: 1º) la valoración del coste neto del servicio universal por prestación del servicio a clientes con tarifas especiales y discapacitados. 2º) la valoración por la prestación del servicio de información y guías. 3º) la atribución al coste neto del servicio universal de los beneficios no monetarios. Y 4º) el ajuste efectuado por la CMT respecto de los pseudo-costes de terminación de tráfico internacional de salida de las zonas.

Siendo así, la controversia entre las partes, respecto al coste neto del servicio universal, se centra en: a) la competencia de la CMT para fijar las zonas; b) la definición de las zonas en las que se divide el territorio nacional a tal efecto; y c) la inclusión o no del llamado "efecto sustitución".

En cuanto a la discutida competencia de la CMT para fijar las zonas en que se divide el territorio nacional, a los efectos de calcular el coste neto, hay que partir del *artículo 18.1 último párrafo del Real Decreto 1736/98*, que aprueba el Reglamento del Servicio Universal que establece "El operador

inicialmente dominante presentará a la CMT una descripción de las zonas geográficas en las que no le resulte rentable la prestación del servicio universal. Ello se entiende sin perjuicio de las facultades del Ministerio de Fomento de determinar, mediante orden, dichas zonas. "Es decir, el Ministerio de Fomento (o él que posteriormente asumió sus competencias) puede determinar las zonas en que debe dividirse el territorio nacional a los efectos de la prestación del servicio universal, e indudablemente, tal determinación, hubiera aportado un plus de seguridad jurídica a la hora de fijar el coste neto del mismo, sin embargo, tal falta de determinación de las zonas no quiere decir que el operador inicialmente dominante sea el competente para ello.

Es cierto que, como indica la representación procesal de la entidad actora, el operador inicialmente dominante, es decir TESAU, deberá presentar una descripción de las zonas no rentables así como la determinación del coste neto, pero deberá ajustarse en la determinación del coste a " los criterios generales establecidos por la CMT. La propia CMT habrá de aprobar el resultado del cálculo, previa auditoria realizada por ella misma o por la entidad que, a estos efectos, designe. "(*artículo 39 de la LGT*). Del precepto se colige, sin género de duda, que la CMT no está vinculada a la descripción de las zonas definidas por el operador, sino que tiene atribuida la competencia para establecer criterios generales en la determinación del coste y la posibilidad de aprobar o no el resultado del cálculo.

Siendo así, hay que concluir que la competencia para determinar las zonas corresponde al Ministerio competente, en tanto que la CMT no está habilitada para determinar un mapa general de las zonas en que se divide el territorio nacional, pero sí puede fijar criterios generales para la determinación del coste del servicio, en cuyo cálculo la determinación de las zonas es un elemento nuclear en la fijación del coste neto del servicio universal.

Cuestión distinta es si los criterios fijados por la CMT se ajustan o no a las normas sectoriales aplicables o si se ha excedido al señalar los mismos, problemas todos ellos que analizaremos en posteriores fundamentos.

OCTAVO.- En la normativa de telecomunicaciones no existe una definición de zona, limitándose el *artículo 24 del RSU* a pautar la obligada consideración del elemento geográfico y socioeconómico para definir las mismas.

Así el citado *precepto se refiere en sus apartados primero y segundo* al componente geográfico y al elemento socioeconómico, respectivamente, en los siguientes términos "... se considerarán zonas no rentables las demarcaciones geográficas de prestación de los servicios que un operador eficiente no cubriría a precio asequible, atendiendo a razones exclusivamente comerciales. (...) A los efectos de la consideración de una zona como no rentable, se tendrá especialmente en cuenta su nivel de desarrollo socioeconómico, el grado de dispersión y densidad de población y su carácter de rural o insular. En todo caso, tendrán la consideración de zonas no rentables aquellas en las que los costes directos de la prestación del servicio sean superiores a los ingresos facturados por los mismos a los usuarios de la zona.

Conectando el anterior precepto con el *artículo 27 del RSU* , resulta que el concepto de zona responde a una división del territorio nacional coherente geográfico y socio económicamente, coherencia que exige partir de una estructura de red que desplegaría un operador eficiente.

Telefónica sigue manteniendo que "...lo razonable es tomar en consideración la estructura y dimensión de la red del operador prestador de los servicios y no la de un operador hipotético e inexistente, como pretende hacer la CMT. (...) el concepto de zona no rentable que está estrechamente vinculado con la red del operador que presta el servicio universal. "

Tal argumento esgrimido por Telefónica, supone desconocer la obligada consideración establecida en LGT y en el RSU de emular la prestación del servicio universal por un " operador eficiente " y que estuviese basado en una dimensión óptima de la planta, al margen, por tanto, de que la red esté amortizada, de la razones históricas del operador dominante, de los fondos y subvenciones obtenidos a tales efectos. Estructura de red que puede o no coincidir con la estructura de red de Telefónica, pero que la normativa sectorial impone tener en cuenta, como la CMT ha hecho.

De otra parte resulta cuando menos sorprendente que Telefónica mantenga en su demanda que la determinación de zona debe realizarse coincidiendo con el núcleo de demanda que define, a su vez, como área de municipio servido por una central telefónica o, en su caso, el municipio, y que supone dividir el territorio nacional en 19.150 zonas. Esta propuesta de zona la presentó Telefónica para el cálculo del coste neto del servicio universal de los años 1998 y 1999. Pero para el cálculo del coste neto del año 2000, como ya hemos señalado, Telefónica propuso como alternativa, que asumía como definitiva, aquella que definía la

zona como área servida por una central, sea está local o remota, y que suponía la división del territorio nacional en 7.022 zonas.

La representación procesal de la parte actora plantea una contradicción inaceptable: hizo una propuesta de zona para calcular el coste neto de la prestación del servicio universal en el año 2000, utilizando una metodología que propone como propia para tal determinación de zona y luego, en sede jurisdiccional, defiende otro criterio que nada tiene que ver con su propuesta de cálculo del coste neto para la año 2000. La actora formula peticiones contradictorias, y ello resulta poco serio e impide entrar a conocer la delimitación de zona que resulta de la resolución aquí impugnada ya que la recurrente nada ha alegado con relación a tal determinación.

NOVENO.- Telefónica mantiene en su demanda que la fórmula empleada para determinar el coste neto del servicio universal debe introducir el denominado " efecto sustitución " que supone considerar que, al dejar de prestar el servicio en una zona, no se pierden todos los ingresos de salida, pues los habitantes de esta zona utilizarán teléfonos de familiares o los del trabajo para realizar llamadas y asimismo no se pierde la totalidad de los ingresos de llamadas procedentes de otras zonas ya que es posible que parte de los usuarios de estas zonas no atendidas adquieran teléfonos móviles.

La LGT, recogiendo el contenido del *artículo 3.g) de la Directiva 97/33*, prevé que deberá garantizarse el servicio universal (*artículo 37.1*) y para garantizar tal servicio en todo el territorio nacional cualquier operador que tenga la consideración de dominante en una zona determinada, podrá ser designado para prestar dentro de ella cualquiera de los servicios incluidos en el concepto de servicio universal (*artículo 38.1*).

El servicio universal debe basarse en los principios de universalidad, igualdad y continuidad (Resolución del Consejo de la Unión Europea de 2 de febrero de 1994). Así pues, aunque Telefónica no prestase el servicio universal en determinadas zonas, éste sería prestado por otro operador, garantizando la continuidad en la prestación de este servicio público. Así la hipótesis planteada por Telefónica no es real y no puede ser contemplada.

DECIMO.- De lo hasta aquí analizado resulta evidente que la prestación de la obligación del servicio universal en el año 2000 ha representado un coste neto para Telefónica de 267.920 miles de euros. Siendo así procede resolver la segunda cuestión sometida a la consideración de la Sala: si, como defiende la parte actora, la financiación del coste neto, cuando éste sea positivo, debe ser soportado por todos los operadores que exploten redes públicas de telecomunicaciones o que presten servicios disponibles al público.

La *Directiva 97/33*, relativa a la interconexión en las telecomunicaciones, por lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la oferta de red abierta, recoge en su Considerando 8 el concepto de " carga injusta " para el operador obligado a prestar el servicio universal y en su *artículo 5.1* establece " Cuando (...) las obligaciones de servicio universal representan una carga no equitativa para un organismo, establecerá un mecanismo que permita compartir el coste neto de las obligaciones de servicio universal con otros organismos que exploten redes públicas de telecomunicación y servicios de telefonía vocal accesibles al público.... ".

Ahora bien, la Directiva no define que se entiende por carga no equitativa, que no equipara a la existencia de coste neto, sino que deberá ser determinada por las autoridades nacionales de reglamentación, tal como se deduce del *apartado cuarto del mismo artículo 5* que añade " Cuando esté justificado sobre la base del cálculo del coste neto (...) Las autoridades nacionales de reglamentación determinarán si está justificado establecer un mecanismo que permita compartir el coste neto de las obligaciones de servicio universal. "

Así, en el ámbito de los Estados Miembros de la Unión Europea, unos han considerado necesario repartir el coste neto del servicio universal, en tanto que otros no han establecido instrumentos para el reparto del mismo entre los distintos operadores. La representación procesal de la entidad actora resalta la situación creada en Francia a partir de la *Ley 96/659, de 26 de julio de 1996*, de regulación de las telecomunicaciones, si bien no cita que esta ley dio lugar a un recurso por incumplimiento, resuelto por el STJCE de fecha 6 de diciembre de 2001, Comisión/Francia, que declaró que la República Francesa había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del *artículo 4 quarter de la Directiva 90/388* y en el *artículo 5 apartados 1 y 3 a 4 de la Directiva 97/33*.

Nuestro derecho interno no prevé que el servicio universal sea objeto de financiación compartida por

el mero hecho de que su prestación suponga un coste neto positivo, sino que es necesario que implique " una desventaja competitiva " para el operador que lo presta (*artículo 39.1 LGT* y al *artículo 22.1 RSU*). Si bien ni la LGT ni el RSU definen que se entiende por desventaja competitiva, pero de la norma tendrá que deducirse las bases para concretar tal concepto.

La competencia es una manifestación del derecho constitucional de la libertad de empresa y, en sectores tradicionalmente monopolísticos, a través de la misma se asegura la existencia de una concurrencia suficiente de operadores en el mercado. El TC, en su sentencia 88/1986 , recoge que " El reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución, como marco obligado de la libertad de empresa, y el compromiso de proteger el ejercicio de ésta -*artículo 38, inciso 2º* - por parte de los poderes públicos supone la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales. Y una de las actuaciones que pueden resultar necesarias es la consistente en evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre Empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de Empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tenencias naturales de éste. (...) No debe, sin embargo, entenderse esta actuación como tendente a la eliminación de cualquier tipo de interferencia entre empresas, lo que a la postre destruiría la posibilidad misma de competir en el mercado, sino, más bien, la de prevenir y, en su caso, corregir situaciones que afectan a la estructura del mismo. "

La LGT, como recoge su Exposición de Motivos y se deduce de su articulado, persigue promover la plena competencia mediante la aplicación de los principios de no discriminación y de transparencia y garantizar, a todos, un servicio básico a precio asequible, el denominado servicio universal. La nueva regulación pretende que no se produzca un ejercicio abusivo de una posición dominante en el mercado. Al operador, que por razones históricas tuviere un peso desproporcionado frente a los nuevos operadores, se le impone una serie de obligaciones que, en algunos casos, constituyen medidas de discriminación a favor de los operadores que emergen al mercado de las telecomunicaciones, bien para permitir la competencia (el acceso a las redes, la interconexión en determinadas condiciones) o bien para cubrir adecuadamente un servicio público como es el servicio universal.

Así, del contenido de la LGT se deduce que las medidas reguladoras que favorecen la competencia vienen determinadas, fundamentalmente, por las relativas a la interconexión, acceso a redes y selección de operador, en tanto que la obligación de prestar el servicio universal, como servicio público, debe responder en gran medida al principio de neutralidad, de forma que la prestación del mismo no suponga un beneficio competitivo de unos operadores frente a otros ni conlleve a una desventaja competitiva del operador obligado a prestarlo. Desventaja competitiva, que a la luz de la normativa sectorial, existirá si supone una carga relevante para el operador que asume la obligación de prestar el servicio universal, es decir que afecte a su rentabilidad global y, en este sentido, que no sea una carga insignificante respecto a los ingresos totales del operador dominante, pues, en tal caso, podría no estar justificado establecer los mecanismos que permiten compartir el coste neto de la obligación del servicio universal.

UNDECIMO.- El *artículo 39 de la LGT* habilita a la CMT para determinar si la obligación de la prestación del servicio universal implica o no una desventaja competitiva para el operador que la lleva a cabo.

Ahora bien, y contrariamente a lo indicado por la CMT, este Tribunal entiende que la CMT no actúa, en tal caso, en el ejercicio de una potestad discrecional, sino que la proposición " desventaja competitiva ", " carga injustificada " u otras similares, es un concepto jurídico indeterminado que actúa como mecanismo de control que permite llegar a que sólo una decisión sea jurídicamente posible siendo injustas o contrarias al ordenamiento jurídico las restantes (entre otras STS 13 de julio de 1984, 15 de octubre de 1985, 11 de junio de 1991 y 19 de julio de 2000) .

En la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados la jurisprudencia diferencia entre las zonas de certeza positiva y negativa y un llamado " halo o zona de incertidumbre " que suele implicar la utilización de criterios valorativos que requieren, en muchos casos, un conocimiento técnico preciso, de forma que resulta necesario en tales supuestos, para rectificar la apreciación que de aquél haya hecho la Administración, acreditar que ésta ha obrado con arbitrariedad o irrazonabilidad (STS 19 de julio de 2000) .

La CMT, en la resolución objeto de este recurso, concluye que, en su función de velar por la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones equilibrando, en su caso, las situaciones discriminatorias, encuentra que no debe aplicarse a los costes netos incurridos durante el ejercicio 2000 el sistema de financiación compartida, recogida en la LGT, y ello lo justifica de la siguiente forma :a) El nivel de

cuota efectivamente perdida por la operadora prestadora del servicio universal no ha sido de cuantía relevante, sino por un valor inferior al 10% en volumen de negocio de los servicios que forman parte del servicio universal. b) Durante el año 2000 la desventaja competitiva no se ha manifestado en un efecto esperable, cual hubiera sido que el resto de los operadores hubiera captado, entre todos ellos, una parte relevante del volumen total del negocio. c) Telefónica ha tenido una " tasa de retorno " sobre el capital invertido superior al 12,6%, no viéndose obligada a utilizar su capacidad competitiva residual para defender su cuota de mercado.

La parte actora, frente a los argumentos esgrimidos por la CMT, manifiesta en su demanda que la Administración ha incurrido en desviación de poder y en un ejercicio arbitrario de las potestades que le atribuye la LGT. Sin embargo, TESAU no ha aportado a este procedimiento elemento de prueba alguno que permitiera deducir la irrazonabilidad de la actuación de la CMT al considerar que, en la prestación del servicio universal en el ejercicio del año 2000, no se ha producido una desventaja competitiva.

Resulta evidente que, cuando la prestación de la obligación del servicio universal representa un coste neto positivo para el operador obligado a ello, existe un indicio de que la prestación del servicio universal supone una desventaja competitiva, siendo la CMT quien, en tal caso, tiene que desvirtuar dicho indicio. Pues bien, las razones esgrimidas por la CMT, para considerar que en el ejercicio del año 2000 la prestación del servicio universal no ha supuesto una desventaja competitiva para Telefónica, no resultan arbitrarias o irrazonables y desvirtúan el indicio anteriormente señalado. Y como ya hemos adelantado, para determinar la proposición " desventaja competitiva " se requiere valorar una serie de conocimientos técnicos precisos que exceden de los criterios o parámetros jurídicos y, por tanto, exige la acreditación de que la Administración ha actuado con arbitrariedad o irrazonabilidad en la determinación de la llamada " zona de incertidumbre " de tal concepto jurídico, en otro caso, se pretende una sustitución judicial de la valoración técnica efectuada por la Administración, sin acreditar que la valoración efectuada por la misma fuera arbitraria.

Telefónica afirma en la demanda, al hablar del efecto sustitución, "Mi representada es consciente de que los anteriores extremos escapan a la ciencia jurídica razón por la cual serán debidamente acreditados mediante la correspondiente prueba pericial.". Sin embargo, ni en relación al efecto sustitución ni respecto a otros criterios técnicos recogidos en la resolución impugnada, se han aportado por Telefónica elementos de pruebas que permitiesen cuestionar la valoración técnica efectuada por la Administración.

DUODECIMO.- La representación procesal de la actora denuncia que la CMT ha incurrido en desviación de poder y en el ejercicio arbitrario de las potestades que tiene atribuidas por la LGT.

La desviación de poder, como vicio constitucionalmente conectado con las facultades de control de los Tribunales sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican, es considerada por la ley como motivo de nulidad de los actos administrativos (STS 13 de junio de 2000) y definida en el *artículo 70.2 de la Ley Jurisdiccional* como "el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico."

Para la apreciación de la desviación de poder se requiere la existencia real de una divergencia entre la finalidad del precepto o preceptos que constituyen la cobertura formal de la resolución administrativa y la realidad intrínseca de la finalidad perseguida efectivamente por la Administración, divergencia que ha de quedar demostrada y no meramente alegada por quien en ella se apoya para impugnar el acto (STS en 24 de abril y 14 de noviembre de 2000).

Pues bien, Telefónica afirma que la CMT busca el efecto contrario al fijado por el ordenamiento jurídico: que la misma se encuentre en una situación de desventaja competitiva frente al resto de los operadores de telecomunicaciones.

Como ya hemos indicado anteriormente no puede apreciarse el vicio de desviación de poder ya que Telefónica no ha alegado los supuestos de hecho en que se funda y menos ha justificado la razonabilidad de su afirmación ni ha demostrado que la CMT, con su actuar, pretendiese alcanzar fines distintos a los perseguidos en el ordenamiento jurídico. La actora se apoya en una interpretación subjetiva de la resolución impugnada, carente de cualquier elemento de justificación objetiva de la oculta intención de la CMT.

También denuncia la representación procesal de la actora la falta de motivación de la resolución impugnada, en lo que afecta a la apreciación de la inexistencia de desventaja competitiva respecto a la prestación del servicio universal por Telefónica en el año 2000.

Pues bien, podrá compartirse o no la motivación de la resolución impugnada, pero no resulta posible negar la evidencia de su existencia, frente a la que ciertamente la representación procesal de la actora tuvo oportunidad de impugnación, con conocimiento de la causa que determinó la no apreciación por la CMT de la existencia de desventaja competitiva.

Así las cosas, no habiendo prosperado los motivos de impugnación aducidos por TESAU, procede la desestimación del presente recurso por ser conforme a derecho la resolución impugnada." (fundamentos cuarto a duodécimo)

SEGUNDO.- Planteamiento del recurso.

El recurso de casación se articula mediante cinco motivos. Dos de ellos, el primero y el quinto, se acogen al *apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción* y en ambos se aduce que la Sentencia impugnada incurre en incongruencia omisiva: en el primer motivo, por la supuesta falta de análisis del fondo de las pretensiones formuladas en relación con la metodología y las propuestas de evaluación del coste del servicio universal efectuadas por la actora; en el quinto motivo, por la falta de respuesta a algunas cuestiones sobre las que apenas se había pronunciado la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones: la ausencia de contabilización de beneficios no monetarios, el empleo de costes históricos y no de costes corrientes y la inexistencia de una relación clara de la propuesta de Telefónica con el modelo de costes aprobado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en sus resoluciones de 15 de junio de 2.000 y 19 de julio de 2.001.

Los otros tres motivos se amparan en el apartado 1.d) del citado *artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción*. En el segundo motivo se aduce la infracción de los *artículos 39.1 de la Ley General de Telecomunicaciones y 31 y 32 del Reglamento sobre Prestación del Servicio Universal*, aprobado por el *Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio*, al haber admitido que el coste efectivo del servicio asumido por Telefónica no le había supuesto a ésta una desventaja competitiva. El tercer motivo se funda en la supuesta infracción del *artículo 24.1.c) de la Ley del Gobierno (Ley 52/1997, de 27 de noviembre)* y de los *artículos 38.2 y 39 de la Ley General de Telecomunicaciones y 18.1 y 24 del citado Reglamento* sobre prestación del servicio universal, por admitir la competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para determinar las zonas de prestación del servicio. Finalmente, en el cuarto motivo se aduce la infracción del *artículo 24.1 del referido Reglamento*, en relación con el *artículo 38.2 de la Ley General de Telecomunicaciones*, al no haber reconocido el concepto de zona propuesto por la actora.

TERCERO.- Sobre el primer motivo, relativo a la incongruencia omisiva en relación con la metodología para la determinación del coste del servicio universal.

En el primero motivo se imputa a la Sentencia impugnada haber cometido incongruencia omisiva por no haber procedido al análisis de las propuestas metodológicas para el cómputo del coste del servicio universal formuladas por Telefónica, limitándose a señalar la supuesta contradicción en que habría incurrido la actora, afirmándose en el fundamento derecho octavo, in fine:

"[...] De otra parte resulta cuando menos sorprendente que Telefónica mantenga en su demanda que la determinación de zona debe realizarse coincidiendo con el núcleo de demanda que define, a su vez, como área de municipio servido por una central telefónica o, en su caso, el municipio, y que supone dividir el territorio nacional en 19.150 zonas. Esta propuesta de zona la presentó Telefónica para el cálculo del coste neto del servicio universal de los años 1998 y 1999. Pero para el cálculo del coste neto del año 2000, como ya hemos señalado, Telefónica propuso como alternativa, que asumía como definitiva, aquella que definía la zona como área servida por una central, sea esta local o remota, y que suponía la división del territorio nacional en 7.022 zonas.

La representación procesal de la parte actora plantea una contradicción inaceptable: hizo una propuesta de zona para calcular el coste neto de la prestación del servicio universal en el año 2000, utilizando una metodología que propone como propia para tal determinación de zona y luego, en sede jurisdiccional, defiende otro criterio que nada tiene que ver con su propuesta de cálculo del coste neto para el año 2000. La actora formula peticiones contradictorias, y ello resulta poco serio e impide entrar a conocer la delimitación de zona que resulta de la resolución aquí impugnada ya que la recurrente nada ha alegado con relación a tal determinación." (fundamento de derecho octavo)

De esta manera, afirma la actora, la Sentencia da por buena la fundamentación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y no entra en el fondo de lo pedido, rechazando la cuantificación del coste de prestación del servicio propuesta por la actora.

La actora formula el motivo sobre la base de una supuesta incongruencia omisiva de la Sentencia, esto es, denunciando una supuesta omisión de respuesta respecto a la queja por la no aceptación de la metodología para el cómputo del coste del servicio universal propuesto por ella. Ello no obsta para que en el propio motivo la recurrente se extienda en una larga argumentación en defensa de dicha metodología, lo que es en realidad ajeno al contenido del motivo que debemos examinar, que se limita a si la Sentencia contiene o no una respuesta a la pretensión de la actora de que se admita la metodología que ella propone.

Pues bien, circunscribiéndonos a este contenido propio del motivo, es claro que debe ser rechazado, pues la Sentencia de instancia sí da respuesta a lo planteado por la parte. En efecto, en primer lugar la afirmación de la Sala que se ha reproducido y que la parte objeta como insuficiente por omitir el correspondiente análisis de fondo de su metodología, es ya en si misma una respuesta que impide hablar de incongruencia omisiva, puesto que rechaza la pretensión de la actora achacándola de contradictoria, por defender en sede jurisdiccional una metodología que ya fue rechazada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en su resolución de 19 de julio de 2.001 y que no coincide con la propugnada en este litigio en vía administrativa. En opinión de la Sala de instancia esta contradicción impediría examinar la delimitación de zona adoptada por la resolución ahora recurrida, puesto que la actora no argumenta respecto de ella. Esta interpretación de la Sala podría ser tachada de errónea o acusada de infracción de normas, pero no de incongruencia omisiva, puesto que constituye una respuesta coherente respecto al fondo de lo planteado (la controversia sobre la metodología para determinar las zonas de prestación del servicio universal), aunque no examine la definición de zona expuesta por la parte en su demanda. Por lo demás debe decirse que tiene razón la Sala de instancia en su crítica, puesto que al ser rechazada la propuesta de zona formulada por Telefónica para los ejercicios de 1.998 y 1.999, la actora propuso para el ejercicio del 2.000 varias alternativas que la Sentencia recurrida resume en el fundamento de derecho quinto. Sin embargo, tras exponer dicha propuesta, toda la argumentación de la recurrente en el recurso contencioso administrativo consiste en insistir en su concepto de zona rechazado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en la citada resolución de 19 de julio de 2.001, y que no se corresponde con la empleada para el cómputo del coste para el año 2.000 rechazado por la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 31 de enero de 2.002.

Pero no sólo esto es así, sino que de la lectura de los fundamentos transcritos más arriba resulta con toda claridad que la Sala de instancia no se ha limitado a oponer el citado argumento, sino que previamente, en el propio fundamento de derecho octavo que está reproducido supra en su integridad, rechaza explícitamente el criterio mantenido por Telefónica de partir, para la delimitación de las zonas no rentables, de la estructura de su propia red; se desconoce con ello, afirma la Sentencia, la obligada consideración establecida en la Ley General de Telecomunicaciones y en el Reglamento sobre el servicio universal, de emular la prestación del servicio por un operador eficiente.

Por lo demás no puede dejar de tenerse en cuenta que la Sentencia hace un examen completo de lo planteado en su recurso por la parte actora, examen del que resulta el rechazo de las pretensiones deducidas por ésta. Así, en el fundamento quinto se resumen las alternativas de cómputo ofrecidas por Telefónica, en el sexto la respuesta de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el séptimo las cuestiones respecto a las que discrepa Telefónica, que son examinadas en ese mismo fundamento -la cuestión competencial-, en el octavo -el concepto de zona, en el que se denuncia la referida contradicción en las posiciones mantenidas por la actora- y en el noveno -la cuestión del llamado "efecto sustitución"-; finalmente, el resto de los fundamentos se dedica a examinar si el coste del servicio universal que ha tenido que soportar Telefónica le ha supuesto una desventaja competitiva. Así pues, examinada en conjunto la Sentencia recurrida, se aprecia que ha incurrido en incongruencia omisiva, aunque el enfoque dado a la respuesta a algunas de las cuestiones suscitadas pueda no satisfacer a la parte actora.

Hay que tener en cuenta, finalmente, que según una consolidada jurisprudencia constitucional reiteradamente aplicada por esta Sala, el derecho a la tutela judicial efectiva queda satisfecho con la respuesta a las pretensiones deducidas por las partes, así como, para evitar que dicha respuesta sea puramente formal, a las alegaciones esenciales de las que derivaría la estimación o rechazo de aquéllas, sin que sea preciso, en cambio, dar respuesta puntual a todos los argumentos expuestos por las partes. Pues bien, dicho standard constitucional se cumple en el caso de autos, como hemos examinado, sin que obste a ello el que no se examine el concepto de zona propuesto por la actora con el detenimiento que ésta considera deseable.

CUARTO.- Sobre el motivo quinto, relativo a la incongruencia omisiva en relación con otras cuestiones.

Por análogas razones a las vistas en el fundamento de derecho anterior debe rechazarse también el

motivo quinto. En él sostiene la recurrente que no se le ha dado contestación a su queja respecto a la infracción por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de los *artículos 27 y 29 del Reglamento del servicio universal en tres aspectos*, la ausencia de contabilización de beneficios no monetarios, el empleo de costes históricos y no de costes corrientes y la inexistencia de una relación clara de la propuesta realizada por Telefónica con el modelo aprobado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. La actora denuncia que el rechazo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a tales cuestiones en los apartados VI y VII fue inmotivada y que así lo puso de manifiesto en su escrito de demanda y en las conclusiones en el recurso contencioso administrativo, sin que la Sentencia impugnada haya dado respuesta a su queja.

Pues bien, tal como se ha puesto de manifiesto en el anterior fundamento de derecho, la Sentencia impugnada da una respuesta suficiente a la pretensión de nulidad de la resolución impugnada formulada por la actora, examinando las cuestiones esenciales respecto a las que la parte discrepaba de la misma. Al asumir la conformidad a derecho de la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en tales cuestiones básicas, ha de considerarse que la Sala descarta implícitamente cualquier otra alegación específica frente a la misma. Por lo demás la actora, de forma impropia en un recurso de casación, dirige más su queja contra la supuestamente insuficiente motivación de la resolución administrativa que contra la propia Sentencia de instancia, a la que parece trasladar la imputación de falta de respuesta de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Sin embargo, si a juicio de la actora la respuesta de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones fue insuficiente -no inexistente-, la queja frente a ello ha de entenderse tácitamente desestimada al convalidar la Sala la legalidad de la resolución impugnada en cuanto a la metodología para computar el coste del servicio universal, el concepto de zona deficitaria y la consideración de que dicho coste no supuso desventaja competitiva. De hecho, en el fundamento de derecho decimosegundo, in fine, la Sala rechaza la imputación de falta de motivación por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en lo que afecta a la apreciación de inexistencia de desventaja competitiva, poniendo de relieve que podría discreparse respecto de la motivación de la resolución impugnada, pero difícilmente de la existencia de dicha motivación. Apreciación que puede predicarse tanto de la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones como de la propia Sentencia ahora impugnada, en la que el rechazo a las cuestiones esenciales y la asunción de la regularidad a derecho de la resolución administrativa hacen que la imputación de incongruencia omisiva en relación con alegatos específicos haya de ser rechazada.

QUINTO.- Sobre el motivo segundo, referido a la apreciación sobre la concurrencia de desventaja competitiva.

Dedica la actora el motivo segundo a glosar el voto particular firmado por uno de los Magistrados de la Sala de instancia, manteniendo la opinión coincidente con dicho voto en el sentido de que la carga de haber soportado en su integridad el coste del servicio universal, en proporción superior, por tanto, a la que correspondería en función de la actividad desarrollada en el sector, supone por sí misma la existencia de una desventaja competitiva. De esta manera, se equipara la noción de desventaja competitiva con el sólo hecho de soportar el coste del servicio universal en proporción superior a la cuota de mercado correspondiente. Entiende la parte que semejante noción de desventaja competitiva deriva de lo regulado en el *artículo 32 del Reglamento del servicio universal, apartado 1*, sin que pueda sostenerse que la existencia o no de desventaja competitiva dependa de los criterios fijados discrecionalmente por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, lo que resultaría además contrario al principio de seguridad jurídica recogido en el *artículo 9.3* de la Constitución.

Ha de rechazarse semejante noción de desventaja competitiva, que vendría a equivaler, simplemente, a que la prestación del servicio universal implicase algún coste neto, ya que dicho coste ha de ser necesariamente asumido por el operador u operadores calificados como dominantes con exclusión de los que no tengan tal carácter, por lo que en principio siempre se producirá una diferencia entre el coste asumido y la cuota de mercado correspondiente. Semejante concepción no es admisible a la vista de los términos del *artículo 39.1 de la Ley General de Telecomunicaciones* (hoy derogada por la *Ley 32/2003, de 3 de noviembre*), reiterados en el *artículo 22.1 del Reglamento del Servicio Universal* (aprobado por *Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio*; Reglamento hoy sustituido por el aprobado mediante el *Real Decreto 424/2005, de 15 de abril*). En efecto, el citado precepto legal establece que :

"La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones determinará si la obligación de la prestación del servicio universal implica una desventaja competitiva, o no, para los operadores que la lleven a cabo. En el primer supuesto, se establecerán y harán públicos los mecanismos para distribuir entre los operadores el coste neto de dicha prestación, en los términos previstos en este artículo."

Es evidente que de admitirse la tesis de la recurrente no tendría sentido tal dicción del precepto, puesto que el legislador se habría limitado entonces a prever que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones debería establecer los mecanismos de distribución del coste neto de la prestación del servicio universal entre todos los operadores. Sin embargo, el legislador imputa su coste a los operadores dominantes (*artículo 38.1*) y se preocupa luego de distinguir que la prestación del servicio puede o no implicar tal desventaja competitiva, y sólo en el caso de que así sea, entra en juego la previsión de repartir el coste entre todos los operadores, dominantes o no. Esta interpretación está claramente explicitada por el *artículo 20.3 del Reglamento del Servicio Universal*, que estipula que la designación de un operador como dominante y, por tanto, responsable de prestar el servicio universal le dará derecho a recibir fondos del Fondo Nacional de Financiación del Servicio Universal de las Telecomunicaciones o, en su defecto, del mecanismo de compensación entre operadores que reclama la actora "en el caso de que la prestación del servicio universal implique un coste neto y suponga una desventaja competitiva". Esto es, se mencionan ambos factores de manera separada y acumulativa, contradiciendo la interpretación de la actora que los hace prácticamente equivalentes.

Por lo demás, debe tenerse en cuenta que por la propia concepción del servicio universal contemplado en el *artículo 37 de la Ley General de las Telecomunicaciones* (prestaciones universales a coste razonable con independencia de la localización geográfica de los usuarios y con una calidad determinada) ha de suponerse su carácter deficitario global de manera casi inevitable, esto es, que su prestación implicará presumiblemente en todo caso un coste neto, razón por la cual el legislador lo establece como una obligación de servicio público a costa de los operadores dominantes. Ahora bien, para evitar que dicha prestación suponga un perjuicio empresarial establece el mecanismo de que si la misma supone una "desventaja competitiva", "una carga no equitativa" en los términos de la normativa comunitaria (*artículo 5 de la Directiva 93/33 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1.997*) y "carga injustificada" en la vigente *Ley General de Telecomunicaciones de 2.003*, su coste sea compartido por los restantes operadores en los términos previstos por la ley.

Por último, también se deriva del tenor literal del referido *artículo 39 de la Ley General de Telecomunicaciones* que, en contra de lo que sostiene la empresa actora, es la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la competente para determinar si dicho coste del servicio universal constituye una desventaja competitiva, lo que implica atribuirle la capacidad de elaborar una definición de esta noción. Naturalmente que dicha noción puede ser revisada por esta jurisdicción en caso de que la misma pueda reputarse de arbitraria, irrazonable o poco justificada. Sin embargo, la concepción de la desventaja competitiva basada en la idea de que la misma supone un perjuicio en la posición relativa y capacidad para competir con los restantes operadores y su valoración en función de los respectivos volúmenes de negocio, costes de mercado o indicadores análogos, tal como se explicita en el apartado IX de la Resolución impugnada de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y como asume la Sala de instancia en el fundamento de derecho undécimo, es una definición fundada y razonable que no puede ser calificada como contraria a la Ley y Reglamentos que la determinan.

Debe pues, en consecuencia, desestimarse este motivo.

SEXTO.- Sobre el motivo tercero, relativo a la competencia para determinar el concepto de zona geográfica no rentable.

Esta cuestión fue examinada por la Sentencia de esta Sala dictada el 10 de julio de 2.007 (RC 11.387/2.004), en relación con el coste del servicio universal de los años 1.998 y 1.999. Reiteramos por ello la respuesta dada entonces:

"CUARTO.- Sobre el motivo segundo, relativo a la competencia para dictar normas reglamentarias sobre el cómputo del coste del servicio universal.

Según la sociedad recurrente la Sentencia impugnada ha infringido el *artículo 12 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas* y del Procedimiento Administrativo Común (*Ley 30/1992, de 26 de noviembre*), el *artículo 24.1.c) de la Ley del Gobierno* (*Ley 52/1997, de 27 de noviembre*), los *artículos 38.2 de la Ley General de Telecomunicaciones* (*Ley 11/1998, de 24 de abril*) y los *artículos 18.1 y 24 del Reglamento regulador del servicio universal* (*Real Decreto 1736/1998*), en relación con el *artículo 9.3 de la Constitución*.

Dichas infracciones se deberían a que la Sala de instancia no ha admitido la falta de competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para determinar el concepto de "zona geográfica no rentable", por lo que los apartados tercero y cuarto de la resolución impugnada se han dictado por un

órgano manifiestamente incompetente. Así, de acuerdo con el *artículo 38.2 de la Ley General de Telecomunicaciones*, la determinación de las zonas en las que se debe prestar el servicio universal correspondía al Gobierno, mientras que el *artículo 39.1* del mismo texto legal le atribuye a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones exclusivamente la capacidad para establecer los parámetros económicos para la fijación del coste del servicio universal. La competencia del Gobierno para la determinación de dichas zonas es igualmente reconocida de forma expresa por el *Reglamento del servicio universal en su artículo 18.1*. Por ello se habrían infringido las normas competenciales y las del procedimiento de elaboración de disposiciones a las que habría de ajustarse la elaboración de la norma reglamentaria que debería haber determinado las referidas zonas geográficas no rentables. Y de entenderse que lo que hizo la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones fue ejercer su competencia para dictar instrucciones, tampoco se habría respetado el régimen para la elaboración de las mismas previsto en el *artículo 20 del Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre*.

La Sentencia impugnada trata el tema competencial en la primera parte del tercer fundamento jurídico, reproducido supra, así como en el fundamento jurídico cuarto:

[...] (fundamento jurídico cuarto)

Tiene razón la Sentencia recurrida al rechazar la objeción competencial que la actora dirige a la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Nadie pone en duda, y desde luego no la Sentencia impugnada, que en el bloque normativo aplicable *ratione temporis*, el Gobierno tenía competencia para dictar normas sobre las zonas geográficas en relación con el servicio universal, porque así se lo atribuía expresamente el *artículo 38.2 de la Ley General de las Telecomunicaciones de 1.998*:

"Reglamentariamente se establecerán las condiciones y procedimientos de designación de los operadores encargados de garantizar la prestación del servicio universal. Dichas condiciones incluirán las zonas geográficas afectadas, los servicios a llevar a cabo y el período de su prestación. Asimismo, se determinarán los supuestos en que podrá prestarse, en una determinada zona geográfica, el servicio universal por un operador no dominante, siempre y cuando los estándares de calidad y de precio que ofrezca sean iguales o más beneficiosos para el usuario que los que oferte el operador dominante."

Y, efectivamente, se refiere a dicha competencia el *artículo 18.1 del Reglamento del servicio universal*, en los siguientes términos:

"[...] El operador inicialmente dominante presentará a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones una descripción de las zonas geográficas en las que no le resulta rentable la prestación del servicio universal. Ello se entiende sin perjuicio de las facultades del Ministerio de Fomento de determinar, mediante Orden, dichas zonas."

Ahora bien, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no ha procedido a regular dichas zonas, usurpando la competencia reglamentaria gubernamental, sino que se ha limitado a valorar negativamente los criterios empleados por la propia actora en defecto de disposición reglamentaria dictada por el Ministerio y a expresar los que considera pertinentes a partir de la propia regulación sobre la materia, actividad evaluadora y formulación de criterios que forman parte de las competencias que expresamente atribuyen a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones los preceptos indicados. No nos encontramos en el caso de autos con una actividad normativa -ni siquiera con una instrucción de las contempladas por el *artículo 20 del Real Decreto 1994/1996*, como sugiere la recurrente- sino con una resolución singular que aplica e interpreta en lo necesario las normas de pertinente aplicación y que proyecta hacia el futuro los criterios formulados, lo que hubiera ocurrido en todo caso aunque la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no lo hubiese indicado expresamente.

Pues bien, los *artículos 39.1, tercer párrafo de la Ley General de Telecomunicaciones y 30.2 del Reglamento del Servicio Universal* expresamente establecen que la operadora dominante debe determinar el coste neto del servicio universal que preste "de acuerdo con los criterios generales establecidos por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones", según los términos de la Ley, y "de acuerdo con los principios y las normas de este Reglamento y siguiendo las instrucciones que dicte la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus facultades", según los del citado Reglamento. Así pues, es evidente que el regulador tiene expresamente atribuida la competencia para formular los criterios para cuantificar el coste del servicio universal y, entre ellos, los relativos a la determinación de las zonas afectadas, claro es que a partir de los elementos que la propia normativa legal y reglamentaria proporcionan.

Por lo demás es evidente que si la operadora dominante debía elaborar dicha propuesta inexcusablemente al presentar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la cuantificación del coste neto del servicio universal, ésta tenía que valorar si la descripción de zonas propuesta era conforme con la regulación existente, ya que compete al órgano regulador aprobar el cálculo del coste del servicio (ibidem), y no puede concebirse que tuviese que aceptar de manera irremisible los criterios relativos a la determinación de las zonas deficitarias empleados por la operadora, que son absolutamente decisivos respecto al resultado del coste. Así pues, la capacidad de establecer criterios para la determinación de las zonas deficitarias y, por ello, afectadas por la obligación de prestar el servicio universal, se configura como una facultad necesaria para el ejercicio de la citada competencia de aprobación de la cuantificación del coste.

Para finalizar, ha de reconocerse que el hecho de que ni el Ministerio competente ni la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones hubiesen ejercido previamente sus respectivas competencias reglamentarias y de establecimiento de criterios, sin duda dificultaba la labor de determinación del coste que había de realizar la operadora. Pero no es menos cierto que la Ley General de Telecomunicaciones y el Reglamento del servicio universal reiteradamente citados ofrecen una serie de elementos que debían orientar a la operadora dominante, los cuales, desde luego, habían de ser interpretados después por el regulador en el ejercicio de sus facultades, como efectivamente hizo sin que se le pueda acusar por ello de invadir las competencias reglamentarias del Gobierno.

En definitiva y en lo que toca al fundamento de este motivo, la Sentencia recurrida no ha infringido los preceptos alegados al rechazar que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones hubiese actuado más allá de sus propias competencias en cuanto a determinados aspectos de su resolución." (fundamento de derecho cuarto)

SÉPTIMO.- Sobre el motivo cuarto, relativo al concepto de zona no rentable.

Discute en este motivo la recurrente el concepto de zona no rentable empleado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en la resolución de 31 de enero de 2.002 de la que trae causa el presente litigio. Achaca asimismo a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones haber cambiado el concepto empleado en su previa resolución de 19 de julio de 2.001, y considera que la asunción por la Sentencia impugnada de la noción sostenida por el órgano regulador vulnera el *artículo 24.1 del Reglamento del Servicio Universal* en relación con el *artículo 38.2 de la Ley General de Telecomunicaciones*.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se refiere a la noción de zona no rentable en los apartados III.1 y 2, IV y V de su resolución de 31 de enero de 2.002. La Sentencia de instancia, por su parte, dedica al tema de la determinación de las zonas no rentables los fundamentos quinto, sexto y octavo. De unos y otros se deduce que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no ha cambiado en la resolución ahora combatida los criterios básicos empleados en la primera de las dos resoluciones citadas, sino que aplica y perfila dicho criterio a la vista de la propuesta elaborada por Telefónica en aplicación de los criterios sentados en dicha resolución de 2.001.

Por su parte, la actora se limita en su recurso de casación a reiterar su propio criterio metodológico frente al de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que ella misma ha empleado para la contabilización del coste del servicio para el año 2.000, pero no acredita que la metodología del órgano regulador, admitida por la Sentencia recurrida, conculque los preceptos legales y reglamentarios alegados.

Así las cosas, y habida cuenta que esta cuestión también fue examinada en la citada Sentencia de esta Sala de 10 de julio de 2.007, basta reiterar lo que entonces dijimos respecto de la conformidad a derecho de la metodología empleada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y asumida en ambos pleitos por las correspondientes Sentencias de la Audiencia Nacional para la determinación de las zonas no rentables en la prestación del servicio universal:

"QUINTO.- Sobre el motivo tercero, relativo a los criterios empleados por Telefónica, S.A.U. para la determinación de las zonas de prestación del servicio universal.

Considera la parte recurrente que la Sentencia impugnada ha vulnerado el *artículo 24.1 del Reglamento* que regula la prestación del servicio universal, en relación con el *artículo 38.2 de la Ley General de Telecomunicaciones*, al no haber aceptado la determinación de las zonas de prestación de dicho servicio empleadas por la actora al cuantificar el coste del mismo. Afirma que procuró ajustar la determinación de las zonas de prestación del servicio universal a la estructura de la red de la compañía por

ser ésta la que prefigura la secuencia y magnitud de las inversiones. Para la determinación de las zonas se parte de los dos elementos básicos que recoge el informe WIK (elaborado en 1.997 para la Dirección General XIII de la Comisión Europea), la mínima configuración de la red y el tamaño de cada zona y se respeta la premisa de que en las zonas determinadas por Telefónica no sería rentable para otros operadores dirigirse a un subconjunto de clientes potencialmente rentables sin prestar el servicio a todo el área.

Entiende que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones le ha instado a utilizar un concepto de zona apenas definido y, por ello, imposible de aplicar, mientras que la Sala sentenciadora se ha limitado a hacer una remisión al *artículo 23 del Reglamento* del servicio universal, obviándose por completo lo dispuesto por el *artículo 24.1* del mismo respecto al criterio de rentabilidad comercial que debe regir la determinación de las zonas no rentables. El que este precepto se refiera a las demarcaciones geográficas no significa que no se puedan tomar en consideración otros componentes, como se deriva del apartado 2 del mismo artículo y permite el *artículo 38 de la Ley General de Telecomunicaciones*. En concreto, en la propuesta formulada por Telefónica, S.A.U. se tuvieron en cuenta el factor geográfico, la densidad y la dispersión de la población, el carácter rural del territorio y el nivel de desarrollo económico, además de otros tales como la demanda de servicios, la unidad de inversión o la estructura de su red. La actora se extiende sobre la justificación de su propuesta y su apoyo en las premisas determinadas por el citado informe WIK, afirmando que el servicio universal es deficitario y que en los años 1.998 y 1.999 arrojó claras pérdidas.

Concluye la recurrente que el concepto de zona no rentable empleado por Telefónica de España, S.A.U. es plenamente conforme con las disposiciones vigentes y, en particular con lo dispuesto en los *artículos 23 y 24 del Reglamento* que regula el régimen aplicable al servicio universal. Y que primar el componente geográfico o cualquier otro factor sobre las "razones exclusivamente comerciales" infringe el *artículo 24.1 del Reglamento*.

No puede estimarse el motivo formulado por la actora. Debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que la cuestión planteada en el mismo -la determinación del concepto de zona no rentable- posee un carácter marcadamente técnico sobre la que forzosamente es preciso reconocer una considerable capacidad decisoria al órgano regulador a partir, claro está, de los parámetros y criterios presentes en la regulación sobre la materia. Asimismo es forzoso tener presente que esta regulación -en concreto, el *artículo 24 del Reglamento* del servicio universal- tiene una gran generalidad, por lo que requiere una inexcusable y amplia tarea interpretativa que corresponde en primer lugar al regulador, y no a los tribunales de lo contencioso. Esto no quita, naturalmente, que en el curso de la revisión jurisdiccional de esa tarea interpretativa los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa han de confrontarla con los preceptos legales o reglamentarios correspondientes, pero dentro del respeto a los criterios técnicos del regulador. De esta manera, salvo que la interpretación de los criterios sobre determinación de las zonas no rentables por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones resulte contraria a dicha regulación, o se revele como manifiestamente irrazonable o carente de sentido, no puede un Tribunal de esta jurisdicción sustituir el criterio técnico de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por los criterios propuestos por un operador dominante o por otros hipotéticos criterios formulados por la propia Sala juzgadora, que debe atemperar su juicio a la comprobación de si los criterios empleados por el órgano administrativo son conformes a la ley y, dentro de la amplitud de esta, razonables y no arbitrarios ni discriminatorios.

Así planteada la cuestión, en defecto de una directa determinación de las zonas afectadas por la obligación de prestar el servicio universal por parte del poder reglamentario, dicha determinación debe ajustarse a los criterios del regulador -según hemos visto en el anterior fundamento de derecho- a partir de lo determinado por la normativa existente, que es, como ya se ha indicado, el citado *artículo 24 del Reglamento* del servicio universal. Pues bien, este precepto establece lo siguiente:

"*Artículo 24*. Componente geográfico: zonas no rentables.

1. A los efectos de este Reglamento, se consideran zonas no rentables las demarcaciones geográficas de prestación de los servicios que un operador eficiente no cubriría a precio asequible, atendiendo a razones exclusivamente comerciales.

2. A los efectos de la consideración de una zona como no rentable, se tendrán especialmente en cuenta su nivel de desarrollo socioeconómico, el grado de dispersión y densidad de la población y su carácter de zona rural o insular.

En todo caso, tendrán la consideración de zonas no rentables aquellas en las que los costes directos de la prestación de los servicios sean superiores a los ingresos facturados por los mismos a los usuarios de la zona."

El precepto parte de un concepto geográfico de "zona no rentable" -demarkación geográfica de prestación de los servicios-, entendiendo la no rentabilidad como la cualidad de que dicha zona no sería cubierta por un operador eficiente a precio asequible, atendiendo a razones exclusivamente comerciales. Y emplea como factores para la consideración de zonas como no rentables determinados elementos socioeconómicos como el nivel de desarrollo socioeconómico, el grado de dispersión y densidad de la población y su carácter de zona rural o insular. Puede comprobarse, por tanto, que la norma no contempla ningún criterio territorial que por si mismo pudiera ayudar a la delimitación geográfica de las zonas, sino que los criterios materiales que proporciona atienden más bien a la condición de su falta de rentabilidad.

En tales condiciones, la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cuyos criterios son asumidos por la Sala juzgadora, objeto fundamentalmente a la operadora haberse basado en la estructura de su red -en particular a la consideración del ámbito atendido por sus centrales telefónicas- y de llegar a unos resultados abusivos, como el que el 96% de las zonas en que divide el territorio nacional son calificadas como no rentables. Critica asimismo la inconsistencia de la tesis de la operadora, ya que parte del municipio como demarcación máxima (aunque varios de ellos sean atendidos por una misma central) pero admite, en cambio, zonas más reducidas cuando en un mismo municipio se dan áreas inferiores atendidas por una central telefónica propia. Y concluye que la operadora no respeta el criterio de áreas geográficas que un operador eficiente decidiría cubrir en su totalidad. Y, a pesar de las afirmaciones de la operadora, entiende la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que no ha tomado en consideración debidamente los criterios de naturaleza socioeconómica. En definitiva, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones objeta a la propuesta de la actora que se limita a una división de zonas según áreas municipales servidas por una central telefónica.

La valoración de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (fundamento quinto.1.A) -confirmada por la Sala de instancia- se presenta como una crítica técnica razonada y razonable de la propuesta formulada por la actora, valoración basada en la norma aplicable y que no puede ser corregida o substituida por otra propia por parte de esta Sala, al no evidenciar la actora en su recurso que la misma sea contraria al mencionado *artículo 24 del Reglamento* del servicio universal o que constituya un rechazo irrazonable o arbitrario de su propuesta.

El regulador entiende y justifica que la propuesta de la operadora no respeta la normativa vigente al centrarse, en esencia, en la estructura de su propia red en vez de en los criterios legales. Dicha argumentación y los criterios en que se basa encuentran suficiente apoyo en el precepto señalado del Reglamento del servicio universal como para ser aceptados como expresión de las competencias interpretativas que el *artículo 39.1 de la Ley General de Telecomunicaciones* le atribuye, aunque se expresen al hilo de una resolución singular.

Lo anteriormente expuesto conduce a la desestimación del motivo. Ello no obsta a que deba reiterarse en este aspecto la dificultad a que se enfrentaba la operadora ante la falta de determinación reglamentaria de las zonas del servicio universal y sin la previa aprobación de criterios por parte del regulador." (fundamento jurídico quinto)

OCTAVO.- Conclusión y costas.

El rechazo de todos los motivos suponen la desestimación del recurso de casación. En aplicación de lo previsto en el *artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción* , se imponen las costas a la parte que lo ha sostenido.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Que NO HA LUGAR y por lo tanto DESESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por Telefónica de España, S.A. contra la sentencia de 21 de octubre de 2.004 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 270/2.002 . Se imponen las costas a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, , lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Fernando Ledesma Bartret.-Óscar González González.- Manuel Campos Sánchez-Bordona.-Eduardo Espín Templado.-José Manuel Bandrés Sánchez- Cruzat.-Firmado.-

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. EDUARDO ESPIN TEMPLADO, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.-Alfonso Llamas Soubrier.-Firmado.-