



Roj: **ATS 11697/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:11697A**

Id Cendoj: **28079130012019201672**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/11/2019**

Nº de Recurso: **5501/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **FERNANDO ROMAN GARCIA**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo**

**Contencioso-Administrativo**

**Sección: PRIMERA**

**AUTO**

Fecha del auto: 07/11/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 5501/2019

Materia: TELECOMUNICACIONES

Submateria:

Fallo/Acuerdo: Auto Inadmisión

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Roman Garcia

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M. Concepción Riaño Valentín

Secretaría de Sala Destino: 003

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 5501/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Roman Garcia

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M. Concepción Riaño Valentín

**TRIBUNAL SUPREMO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN: PRIMERA**

**AUTO**

Excmos. Sres.

D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez, presidente

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Jose Luis Requero Ibañez

D. Francisco Jose Navarro Sanchis

D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 7 de noviembre de 2019.

## HECHOS

**PRIMERO.-** La representación procesal de la Telefónica de España, S.A.U, interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Octava) contra la resolución del a Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 15 de diciembre de 2016, por la que se declara a la citada mercantil responsable de una infracción muy grave consistente en el incumplimiento de resoluciones firmes dictadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel) -en particular, el incumplimiento de la Oferta mayorista de Acceso al Bucle de Abonado (OBA)- y se le impone una sanción de 5 millones de euros.

La resolución administrativa considera acreditado que, durante el periodo de tiempo que se relaciona, Telefónica ha estado incumpliendo las estipulaciones establecidas en la OBA, en el siguiente sentido: a) *Irregularidades en la imputación de falsas averías* y b) *Porcentaje de averías imputables a Telefónica por bucle accedido*.

**SEGUNDO.-** Seguido el recurso contencioso-administrativo n.º 54/2017, el citado órgano jurisdiccional dictó sentencia estimatoria del mismo en fecha 12 de abril de 2019, anulando la citada resolución administrativa e imponiendo a la recurrente una sanción, rebajada, de 50 mil euros por la comisión de una infracción tipificada en el artículo 78.12 LGTel (desestimando el recurso en todo lo demás).

Considera la Sala que "en el presente supuesto, se trata del incumplimiento de "algunas" obligaciones impuestas en la OBA, por lo que no cabe apreciar la concurrencia del tipo del artículo 76.12 LGTel, pues no estamos ante el incumplimiento continuado y generalizado de obligaciones comprendidas en la OBA". A esta conclusión llega tras referirse a la STS de 21 de octubre (RC 2319/2011) en relación con la infracción muy grave tipificada entonces en el artículo 53.r) LGTel 2003 consistente en el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la (extinta) Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que lleven a cabo en el procedimiento arbitral previsto sometimiento voluntario de las partes.

En la mencionada STS se afirma que "el mandato de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de modificación de una OBA (...) supone también la de cumplir los mandatos y especificaciones contenidos en la OBA de manera puntual y completa. Ahora bien, la OBA es un código de numerosos mandatos y obligaciones técnicas impuestos al operador que ha de aplicarla, muchos de ellos de complicada ejecución y de interpretaciones no siempre inequívocas, y que con frecuencia afectan a intereses contrapuestos del operador dominante o con poder significativo por un lado y los operadores alternativos por otro. Pues bien, (...) no puede identificarse el incumplimiento o el defectuoso cumplimiento de cualquiera de dichos mandatos con el tipo infractor aplicado de incumplir una resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Y, (...) resulta irrazonable y contrario al principio de proporcionalidad que el incumplimiento o defectuoso cumplimiento de algunas de dichas obligaciones pueda ser conceptualizado sin más como una desobediencia al mandato básico de modificación y cumplimiento de la OBA".

Tiene en cuenta, asimismo, que en origen se planteó un conflicto por Vodafone y Orange, que se archivó al llegar las operadoras a un acuerdo con Telefónica consistente en la revisión del procedimiento actual de gestión de averías, con el fin de mejorarlo. Y, por tanto, tomando en consideración el resultado y la propuesta de dicho procedimiento de conflicto, el discutible resultado del muestreo en que se basa la resolución sancionadora, la Sala entiende que no resulta acreditada la conducta infractora como incumplimiento de una resolución de la CNMC (artículo 76.2 LGTel), sino que "la infracción podría encuadrarse en el tipo del artículo 78.12 LGTel, como falta leve por "incumplimiento de las obligaciones en materia de calidad del servicio". Las infracciones leves, se sancionan con multa hasta 50.000 euros (artículo 78.1.d) LGTel)" y acuerda la imposición de 50.000 euros.

**TERCERO.-** Notificada la sentencia, la Abogacía del Estado ha preparado recurso de casación en el que denuncia la infracción del artículo 76.12 LGTel alegando que la Sala de instancia recalifica la infracción como leve al entender que no se trata del incumplimiento continuado y generalizado de la OBA, sino del incumplimiento de *algunas* obligaciones -lo que reconduce a la observancia de estándares de calidad-. Sin embargo, tal forma de proceder contraría el propio tenor del artículo 76.12 LGTel que no exige un cumplimiento

generalizado y continuado, resultando además que en este caso no se trata de un incumplimiento puntual y se refiere a aspectos importantes de la OBA que tiene una clara incidencia en la actividad de los competidores.

Insiste en que, de la lectura del precepto legal, se desprende que no hace falta que se incumplan todas las previsiones de la OBA (que es extensísima) para considerar el tipo de infracción de incumplimiento de resoluciones y que la STS que se trae a colación en la resolución recurrida, consideró la reducción de la sanción por el escaso número de incumplimientos acreditados, pero no realizó un cambio de calificación de la infracción para que ésta pasase de muy grave a grave o bien, para que pasara directamente a leve, como sí, en cambio, ha efectuado la Audiencia Nacional. Además, se acaba eligiendo un tipo cuya sanción no corresponde a la CNMC sino al Ministerio con arreglo a la distribución de competencias operada en el artículo 84.2 LGTel.

Por lo que concierne al interés casacional objetivo, la Abogacía del Estado invoca las presunciones prevista en el artículo 88.3. a) y d) LJCA, aduciendo que, si bien existe jurisprudencia sobre la tipología de las infracciones permanentes y su incidencia en el cómputo del plazo de la prescripción la infracción; es necesario un pronunciamiento de este Tribunal para matizar y precisar dicha jurisprudencia para realidades jurídicas diferentes. Pone de manifiesto la existencia de algunas sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo, de signo variable, en relación con la sanción a operadoras por incumplimientos de resoluciones de la CNMC.

**CUARTO.-** La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso por auto de 1 de julio de 2019, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia dentro del plazo de treinta días ante esta Sala, así como la remisión de los autos originales y del expediente administrativo.

Se ha personado ante esta Sala en tiempo y forma la Abogacía del Estado en calidad de parte recurrente. Se ha personado, asimismo, en calidad de parte recurrida, la procuradora D.<sup>a</sup> Gloria Teresa Robledo Machuca en representación de Telefónica S.A.U.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Roman Garcia, Magistrado de la Sala.

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** Procede, en primer lugar, poner de manifiesto que el escrito de preparación presentado por la parte cumple con los requisitos formales que prevé el artículo 89.2 de la Ley Jurisdiccional, identificando, en particular, con precisión, las normas que la parte considera infringidas, indicadas más arriba, así como fundamentando, con singular referencia al caso, los supuestos que, con arreglo a los apartados 2 y 3 del artículo 88 de la Ley Jurisdiccional, permiten apreciar el interés casacional objetivo y la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

La cuestión litigiosa se centra en determinar si la infracción muy grave tipificada en el artículo 76.12 LGTel -"El incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa o de las medidas cautelares a que se refiere el artículo 82 de esta Ley dictadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que se lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes"- sólo puede integrarse por un *incumplimiento generalizado y continuado* de la resolución firme de la CNMC de que se trate (en este caso, la OBA), sin que resulte proporcional ni adecuado, como entiende la Sala de instancia, sancionar con arreglo al citado precepto el incumplimiento de *algunas* obligaciones; o si, como entiende la Abogacía del Estado, el precepto legal no califica cómo ha de ser el incumplimiento, resultando procedente la aplicación del preceptos en casos como el enjuiciado.

**SEGUNDO.-** Planteada en estos términos la controversia, no es posible obviar que la Abogacía del Estado, junto a los supuestos del artículo 82.b) y c) LJCA, invoca en su escrito las presunciones previstas en los apartados a) y d) del artículo 88.3.d) LJCA.

Hemos declarado en numerosas ocasiones, respeto de la citada presunción del artículo 88.3.a) LJCA, que ésta no tiene carácter absoluto pues el propio artículo 88.3, *in fine*, permite inadmitir (mediante "auto motivado") los recursos inicialmente beneficiados por la misma cuando este Tribunal Supremo "aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia". Carencia manifiesta de interés que se produce, por ejemplo, cuando "se pretende anudar el interés casacional a infracciones normativas circunscritas a las concretas vicisitudes del caso litigioso sin trascender a cuestiones dotadas un mayor contenido de generalidad o con posible proyección a otros litigios" – ATS de 6 de marzo de 2017 (RCA 150/2016)-.

Asimismo, hemos puesto de manifiesto que la *inexistencia de jurisprudencia* a que alude la presunción del artículo 88.3.a) LJCA tampoco ha de ser interpretada en términos absolutos; pues cabe apreciar su

conurrencia cuando, aun existiendo un pronunciamiento interpretativo del Tribunal Supremo sobre la cuestión suscitada, sea necesario matizarlo, precisarlo o concretarlo, para realidades jurídicas diferentes a las ya contempladas en la jurisprudencia.

Pues bien, aplicando estas premisas al caso que nos ocupa, hemos de concluir que la cuestión planteada y las alegaciones desplegadas en el escrito de preparación deben considerarse manifiestamente carentes de interés casacional; conclusión también hemos alcanzado en otros precedentes similares en relación con el incumplimiento de resoluciones de la CNMC en el sector de las telecomunicaciones.

Así, por ejemplo, en el ATS de 19 de febrero de 2018 (RCA 6709/2018) pusimos de relieve dicha carencia de interés casacional pues lo suscitado entonces en relación con la sanción impuesta a Telefónica conforme al artículo 76.12 LGTel por incumplimiento de la Oferta de Interconexión de Referencia (OIR), era una mera discrepancia con el contenido de las obligaciones incluido en la OIR (obligación de desglose). Y en el ATS de 7 de junio de 2019, inadmitimos el RCA 1558/2019, poniendo de manifiesto que "sobre la vinculación al operador dominante de las Ofertas de referencia, la STS de 28 de junio de 2011 (RC 5732/2008) afirmaba ya que "concorre un interés general que se concreta en que la oferta de acceso anunciada (OBA) que vincula al operador dominante se cumpla y se lleve a efecto en la realidad de manera que las condiciones preestablecidas se observen en la práctica para favorecer el acceso y que la competencia en el ámbito de las telecomunicaciones sea real y efectiva", añadiendo que "es imprescindible que las previsiones al respecto, como es la oferta del bucle, no se conviertan en enunciados meramente formales o ilusorios que puedan estar a disposición o ser negociadas o alteradas las partes interesadas". Por otra parte, de las SSTS de 13 de noviembre de 2011 -RC 4037/2010- y 7 de octubre de 2014 -RC 2319/2011, se extrae la conclusión que el incumplimiento continuado y generalizado de obligaciones contenidas en la Oferta de referencia constituyen el tipo infractor del artículo 53.r LGTel 2003 (actual artículo 76.12 LGTel)".

Existe por tanto ya jurisprudencia sobre la cuestión planteada, lo que permite afirmar la manifiesta carencia en el asunto de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, sin que resulte necesario ya el análisis individualizado del resto de las circunstancias esgrimidas por la entidad recurrente.

**TERCERO.-** Procede, por tanto, declarar la inadmisión del recurso; y, de conformidad con lo previsto en el artículo 90.8 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, ello comporta la imposición de las costas a la parte recurrente. Ahora bien, como autoriza ese mismo precepto, la Sala considera procedente limitar hasta una cifra máxima de dos mil euros (2.000 €) la cantidad que la parte condenada al pago de las costas ha de satisfacer a la parte recurrida por todos los conceptos, más el IVA correspondiente, si procediere.

#### **La Sección de Admisión acuerda:**

Declarar la inadmisión del recurso de casación n.º 5501/2019 preparado por la Abogacía del Estado, en la representación que legalmente ostenta, contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con fecha 12 de abril de 2019, en el recurso contencioso-administrativo n.º 54/2017.

Así lo acuerdan y firman.

D. Luis María Díez-Picazo Giménez D. Wenceslao Francisco Olea Godoy D. José Luis Requero Ibañez

D. Francisco José Navarro Sanchis D. Fernando Roman García