



Roj: **ATS 6331/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:6331A**

Id Cendoj: **28079130012019200907**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/06/2019**

Nº de Recurso: **1558/2019**

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: 07/06/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 1558/2019

Materia: COM NACI DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

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.: 1558/2019

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. y Excma. Sra.

D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez, presidente

D. Rafael Fernandez Valverde



D^a. Maria del Pilar Teso Gamella
D. Wenceslao Francisco Olea Godoy
D. Francisco Jose Navarro Sanchis
D. Fernando Roman Garcia
En Madrid, a 7 de junio de 2019.

HECHOS

PRIMERO.- La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha dictado, con fecha 27 de diciembre de 2018, sentencia en el recurso n.º 594/2015, desestimatoria del recurso interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. (TESAU) contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 8 de octubre de 2015, por la que se declara a la recurrente responsable de una infracción continuada muy grave tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido las resoluciones aprobadas por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 20 de diciembre de 2007, 7 de diciembre de 2010 y 18 de julio de 2013, relativas a la aprobación y modificación de las Ofertas de Referencia de Líneas Alquiladas (ORLA) de Telefónica de 2007 y 2010, y se le impone una multa de cinco millones de euros (5.000.000 €) por la anterior conducta.

La sentencia considera que está fuera de toda duda que se trata de circuitos afectados por la ORLA, y que, de ser cierto que los acuerdos privados entre operadores fueran libremente aceptados, se desvirtuaría el carácter de mínimos que debe tener la oferta minorista, no pudiendo quedar a la voluntad de los operadores, y menos del operador con Peso Significativo en el Mercado (PSM), el cumplimiento de la resolución que aprueba la Oferta de Referencia. Por otra parte, considera que se trata del incumplimiento de obligaciones que TESAU conoce por razón de su actividad, por lo que no puede apreciarse falta de voluntariedad en la imposición de condiciones distintas a las previstas en la ORLA. Considera que se trata de una infracción continuada, y el límite de la sanción se sitúa en el tanto al quíntuplo del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción, sin que entienda infringido el principio de proporcionalidad.

SEGUNDO.- La representación procesal de Telefónica de España, S.A.U. ha preparado recurso de casación contra la citada sentencia de 27 de diciembre de 2018.

La parte recurrente considera que la sentencia infringe:

(i) El artículo 12.3 Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), en relación con el art. 1255 Código Civil, toda vez que la sentencia rechaza que la prestación de los 103 circuitos objeto de la resolución sancionadora se llevase a cabo conforme a los términos y condiciones específicos negociados entre Telefónica y Vodafone, Jazztel y BT. Alega que el acceso siempre estuvo garantizado, en tanto en cuanto los 103 circuitos solicitados por Vodafone, Jazztel y BT fueron prestados por Telefónica, si bien determinadas cuestiones no se regían por la ORLA sino que se regían por los concretos términos negociados entre los operadores.

(ii) El principio de mínima intervención, recogido en el art. 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Alega que, cuando existen relaciones entre operadores amparadas por acuerdos privados suscritos entre los mismos, la actuación de la Administración debe adecuarse al citado principio, interviniendo únicamente cuando deba preservar el interés general y cuando el juego de las libres relaciones entre los operadores del mercado pueda producir resultados indeseados desde la perspectiva del interés público.

(iii) Los artículos 9.3 y 24 CE, en relación con los arts. 217, 335 y 348 LEC, en cuanto que ha incumplido las reglas para la valoración de la prueba documental y pericial. Alega que la sentencia no ha exteriorizado el resultado de la valoración de la prueba practicada, adoleciendo de la motivación y precisión necesarias.

Para la apreciación del interés casacional objetivo la parte recurrente invoca las letras a) y c) del artículo 88.2 de la LJCA, y la letrada d) del apartado 3 del citado artículo 88.

En cuanto al artículo 88.2.a) de la LJCA, afirma la recurrente que la sentencia recurrida contradice la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2011, de la que resulta que el hecho de que existan servicios sobre los que el operador con Peso Significativo en el Mercado está obligado a publicar una Oferta de Referencia, no es óbice para que dicho operador con PSM pueda válidamente celebrar acuerdos privados con otros operadores, prevaleciendo la autonomía de la voluntad de los contratantes. En relación con el artículo 88.2.c) LJCA, alega que Telefónica está obligada a publicar diversas Ofertas de Referencia, además de la ORLA, y conviene aclarar



si en ninguna de ellas se pueden acordar términos y condiciones que difieran de lo establecido en dichas Ofertas. Por último, y en relación con la presunción del artículo 88.3.d) LJCA, alega que estamos ante una resolución dictada por un organismo de supervisión y regulador cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, existiendo un interés casacional objetivo en que se aclare si, por el hecho de que un operador con PSM deba de publicar una Oferta de Referencia para un servicio concreto, ello significa que no puede libremente alcanzar acuerdos privados con otros operadores.

TERCERO.- La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso por auto de 28 de febrero 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 han personado ante esta Sala la procuradora D.^a Gloria Teresa Robledo Machuca, en nombre de la mercantil Telefónica de España, S.A.U., en concepto de parte recurrente, y el abogado del Estado, en concepto de parte recurrida, manifestando su oposición a la admisión del presente recurso.

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

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La sentencia contra la que se prepara el presente recurso de casación desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de 8 de octubre de 2015, por la que se declara a la recurrente responsable de una infracción continuada muy grave tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, y se le impone una multa de cinco millones de euros (5.000.000 €).

SEGUNDO.- La Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, introduce en su Disposición Final Tercera una reforma del recurso de casación contencioso-administrativo con la finalidad de intensificar las garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos. Tal y como se señala en el Preámbulo de la Ley, "[...] con la finalidad de que la casación no se convierta en una tercera instancia, sino que cumpla estrictamente su función nomofiláctica, se diseña un mecanismo de admisión de los recursos basado en la descripción de los supuestos en los que un asunto podrá acceder al Tribunal Supremo por concurrir un interés casacional [...]". Es por tanto carga del recurrente argumentar de forma suficiente las razones por las cuales concurre el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, sin que la mera invocación de los supuestos previstos en la norma satisfaga dicha necesidad.

TERCERO.- Junto a la invocación del artículo 88.2.a) y c) de la LJCA, en el escrito de preparación se invoca el apartado d) del artículo 88.3 de la LJCA para razonar la concurrencia del interés casacional. Centrándonos en este último, conviene aclarar que la presunción recogida en el citado apartado del precepto no es absoluta pues el propio artículo 88.3, in fine, permite inadmitir (mediante "auto motivado") los recursos inicialmente beneficiados por la presunción cuando este Tribunal Supremo "aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia".

Con relación a este inciso del precepto procede puntualizar que la inclusión del adverbio "manifiestamente" implica que la carencia de interés ha de ser claramente apreciable, sin necesidad de complejos razonamientos o profundos estudios del tema litigioso (así se caracterizó por la jurisprudencia constante esta locución al hilo del antiguo artículo 93.2.d) de la LJCA en su inicial redacción, que configuraba como causa de inadmisión del recurso de casación la consistente en carecer manifiestamente de fundamento el recurso).

CUARTO.- 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.

En efecto, la resolución recurrida califica la conducta por la que se sanciona a la recurrente como una infracción de las previstas por el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, que tipifica como infracción muy grave "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". Y la misma conducta imputada a la recurrente estaba ya tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, que tipifica como infracción muy grave "El incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes".



Pues bien, sobre la vinculación al operador dominante de las Ofertas de referencia, la propia STS de 28 de junio de 2011 -RC 5732/2008 -, citada por la recurrente, comparte las afirmaciones contenidas en la sentencia impugnada en dicho recurso, que, en su fundamento jurídico quinto, afirmaba 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 de la Ley 9/2014 -.

Por último, la afirmación que hicimos en la citada sentencia de 28 de junio de 2011 -RC 5732/2008 - de que "La autonomía de la voluntad de los contratantes prevalece en esta materia", la formulamos en relación con las previsiones sobre penalizaciones, al entender que las mismas debían seguir el mismo régimen que el que corresponde a las indemnizaciones por incumplimientos contractuales; cuestión que no tiene relación con la aquí planteada.

Por lo expuesto, estamos ante una cuestión sobre la que ya existe jurisprudencia, todo lo cual permite afirmar la manifiesta carencia en el asunto de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, lo que exime del análisis individualizado del resto de las circunstancias esgrimidas por la entidad recurrente.

QUINTO.- 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 procediera.

La Sección de Admisión acuerda:

Declarar la inadmisión del recurso de casación n.º 1558/2019 preparado por la representación de Telefónica de España, S.A.U. contra la sentencia de 27 de diciembre de 2018, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso n.º 594/2015, con imposición de costas a la parte recurrente en los términos señalados en el último fundamento jurídico de la presente resolución.

Así lo acuerdan y firman.

D. Luis María Díez-Picazo Giménez D. Rafael Fernández Valverde D^a. María del Pilar Teso Gamella

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy D. Francisco José Navarro Sanchis D. Fernando Roman García