

Roj: **ATS 6597/2017 - ECLI: ES:TS:2017:6597A**Id Cendoj: **28079130012017201292**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **04/07/2017**Nº de Recurso: **2135/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**Tipo de Resolución: **Auto**

AUTO

En la Villa de Madrid, a 4 de julio de 2017

HECHOS

PRIMERO.- La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha dictado, con fecha 5 de octubre de 2016, por la que se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por Telefónica de España SAU, (en adelante Telefónica), frente a la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 18 de junio de 2014, por la que se resuelve el conflicto de acceso interpuesto por France Telecom España SAU, (en adelante, Orange) y Vodafone España SAU, (en adelante, Vodafone) contra Telefónica de España SAU en relación con el acceso de infraestructuras verticales de los edificios.

La sentencia desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto, al rechazar la arbitrariedad de la resolución recurrida, por entender que la resolución administrativa impugnada si tomo en consideración los costes de Telefónica y se habían tomado en consideración la remuneración del capital invertido y la prima de riesgo que se consideran cubiertas con el beneficio que obtiene Telefónica con cada acceso, concluyendo, tras analizar las diferentes partidas cuestionadas, que <<el hecho de que las conclusiones a las que se llega en la resolución recurrida no sean las deseadas por la recurrente, no priva de razonabilidad y fundamento al criterio del órgano regulador demandado>>.

Para ello, a lo largo de la sentencia, razona las diferentes partidas controvertidas, afirmando que <<Como hemos dicho en el primer fundamento, tras analizar la razonabilidad de los precios del acuerdo entre Jazztel y Telefónica, comparando los costes estimados de despliegue de las infraestructuras a compartir y analizando si los precios allí fijados constituirían una barrera a la entrada de un operador que desplegara su propia red, llega la Comisión a la conclusión de que la estimación de costes realizados por Telefónica es la que más se ajusta a una experiencia real de despliegue, siendo la referencia que podría considerarse más consistentes, salvo para aquellas partidas en las que carece de justificación la imputación de coste realizada por Telefónica, para las cuales se considera de utilidad la referencia de costes aportadas por los otros operadores. Considera la Comisión que los precios fijados a las infraestructuras en el interior de los edificios en el mencionado acuerdo no suponen una barrera a la entrada para un operador que solicite el acceso a las infraestructuras verticales, considerando razonables dichos precios y consistentes con las obligaciones impuestas en el contexto de la resolución de 12 de febrero de 2009. Asimismo, se estudia la necesidad de incluir en el precio un recargo adicional, teniendo en cuenta el incremento que propone Telefónica y el fijado por la CMT en su resolución de 11 de julio de 2013.

De nuevo destaca la Comisión que la situación a la que responde el acuerdo Telefónica-Jazztel no es análoga a la que plantean Orange y Vodafone, las cuales no presentan compromisos concretos de construcción de verticales. No obstante, estudiando el margen positivo con el que cuenta la recurrente respecto a sus costes, estimado en torno a un 16%, cada vez que Telefónica constituye un IRU por el uso de las verticales construidas por ella, obtendrá un beneficio positivo que servirá para remunerar tanto el capital invertido como el riesgo en que incurre, por lo que no se estima adecuado aplicar un recargo adicional a dichos precios. Se



hace un razonamiento específico para los edificios que requieren la actualización de la CTO para permitir la compartición, pues en este caso se ha de considerar, además de los costes de los elementos de red propios de la vertical, aquellos derivados de la actualización de los elementos instalados. No obstante se considera que el precio incluido en el acuerdo con Jazztel en relación con las fincas que requieren de la mencionada actualización, incluye tanto los gastos de la CTO inicial, de su actualización, mediante soluciones técnicas distintas, así como la instalación de la CTO modular, de manera que en el cálculo de los costes Telefónica incluye una serie de márgenes encaminados a reflejar las ineficiencias derivadas de las primeras fases del despliegue. Por ello, se considera adecuado mantener los mismos precios que los fijados en el acuerdo citado, sin incluir recargo alguno, con la salvedad de las verticales instaladas en las primeras etapas del despliegue de Telefónica, en las que no están claros los potenciales planes de despliegue del resto operadores, fijando la fecha determinante de una u otra situación de 7 octubre de 2012.

Respecto de los precios de transmisión las acometidas, tal como se ha expuesto anteriormente, se considera adecuado aplicar la fórmula elegida en el acuerdo Telefónica-Jazztel, contemplando un período de amortización de 20 años. Y si bien en la audiencia se propuso mantener los mismos precios fijados en el referido acuerdo, considera la Comisión que se ha de contemplar la depreciación que sufre la acometida con el tiempo, adoptando como mejor solución la de calcular un precio medio único teniendo en cuenta una depreciación media en función de la antigüedad>>.

SEGUNDO.- La mercantil Telefónica ha preparado recurso de casación contra la sentencia de 5 de octubre de 2016 dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo, de la Audiencia Nacional Sección Primera (procedimiento ordinario 479/2014).

Denuncia, en síntesis, la recurrente la infracción de los artículos 9.3 y 24 CE en relación con artículos 217, 335, 347 y 348 LEC y la jurisprudencia sobre infracción de valoración de la prueba, dado que la sentencia parte de que el precio ha tenido en cuenta los costes de Telefónica, incluyendo la remuneración del capital invertido y una prima de riesgo y, sin embargo, Telefónica no obtiene margen ninguno, solo pérdidas económicas. Aun cuando la CNMC estimó razonable el precio al obtener Telefónica un margen del 16%, no analizó exclusivamente los costes de dicho operador sino que por el contrario, optó por comparar los costes de telefónica con los costes de Jazztel, Orange y Vodafone, identificando el coste mínimo de cada una de las partidas, sin tener en cuenta el proyecto global y a pesar de que estos últimos no tienen apenas experiencia real en despliegue de redes FTTH, en lugar de tener como referencia el despliegue de Telefónica (único desde 2009). Todo ello con la finalidad de calcular los teóricos costes de un operador eficiente (que es un operador hipotético, inexistente y artificioso), y sobre ellos, fijó unos precios finalmente aplicables al acceso de las verticales. Añade la recurrente que la prueba es arbitraria, por cuanto del acuerdo entre Telefónica y Jazztel se aprecia que están basados en precios reales y no tiene repercutido la remuneración del capital por la inversión en redes de nueva generación, siendo un acuerdo de coinversión, no de uso compartido. Considera que, en cualquier caso, el precio es perjudicial, al tratarse de un precio estático, independientemente del plazo transcurrido desde la construcción de la vertical hasta la fecha de entrada del acceso solicitado por el operador, ignorando la capitalización de los precios (como factor a tener en cuenta en la remuneración del capital invertido con el interés), sin que el informe pericial pudiera ser ratificado, aun a pesar del recurso de reposición interpuesto.

En segundo lugar, denuncia la infracción del artículo 13 de la Directiva 2002/19/CE, de 7 de marzo, de acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, artículo 14.1. e) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones, artículo 11 del Reglamento de Mercados de Comunicaciones Electrónicas, Acceso a Redes y Numeración, (aprobado por Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre), y del artículo 8 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco). Considera la recurrente que todos estos artículos hacen referencia al deber de garantizar una tasa razonable de rendimiento sin mención alguna a un teórico operador eficiente.

En tercer lugar, alega la incongruencia omisiva y la falta de motivación al no explicar la sentencia como se han analizado los costes, ni dar respuesta a las alegaciones sobre el beneficio, ni los costes sobre las líneas fallidas, WACC, ni el mayor riesgo incurrido en la inversión, ni la valoración del tiempo transcurrido entre la construcción de la vertical y el momento en que un operador solicita acceder a la misma; todo lo cual ocasiona una rentabilidad negativa.

Finalmente, denuncia la infracción del apartado 2 del Anexo I de la resolución de 12 de febrero de 2009 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por la que se aprueba la imposición de obligaciones simétricas de acceso a los operadores de comunicaciones electrónicas en relación con las redes de fibra de su titularidad que despliegan en el interior de los edificios, la resolución de la CMT de 28 de febrero de 2013 y la Recomendación de la Comisión Europea de 20 de septiembre de 2010 relativa al acceso regulado a las



redes de acceso de nueva generación (NGA) (2010/572/UE), que establece que los precios de acceso a la fibra óptica deben tener en cuenta el riesgo de la inversión y el principio de seguridad jurídica. Toda vez que Telefónica, (según afirma), no estaría cubriendo todos sus costes, ni estaría siendo resarcido por el mayor riesgo asumido por invertir tempranamente en fibra (3 años antes de Vodafone y Orange).

Invoca, para la apreciación del interés casacional objetivo, la letra d) del artículo 88.3 LJCA, al impugnarse una resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.

TERCERO.- La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso por Auto de 27 marzo de 2017, 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, Telefónica, como recurrente y Vodafone, Orange y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en concepto de parte recurridas. La Comisión manifestó su oposición a la admisión del presente recurso sobre la base de no justificar la concurrencia del interés casacional objetivo, (no bastando la mención al apartado d) del artículo 88.3 de la LJCA), y por tratarse de la valoración de la prueba sobre el coste de la inversión y la prima de riesgo, elemento excluido del recurso de casación.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde, Magistrado de la Sala

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La sentencia contra la que se prepara el presente recurso de casación desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por Telefónica, frente a la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 18 de junio de 2014, por la que se le resuelve el conflicto de acceso presentado por Orange y Vodafone contra Telefónica, en relación con el acceso a las infraestructuras verticales.

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.- En el escrito de preparación se invoca el apartado d) del artículo 88.3 de la LJCA para razonar la concurrencia del interés casacional. Conviene aclarar que la presunción recogida en el meritado precepto no es absoluta 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» Con relación a este inciso procede que hagamos algunas puntualizaciones:

1º) Por tal «asunto» ha de entenderse no tanto el tema litigioso de la instancia, globalmente considerado, sino más bien el que la propia parte recurrente plantea en su escrito de preparación, pues es a éste al que se refiere al fin y al cabo el juicio sobre el interés casacional que justifica la admisión del recurso; y

2º) 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) LJCA en su inicial redacción, que configuraba como causa de inadmisión del recurso de casación la consistente en carecer manifiestamente de fundamento el recurso). Así, a título de ejemplo, el recurso podría ser inadmitido mediante auto, según lo previsto en el artículo 88.3 *in fine* LJCA, precisamente por carecer manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, si se pretende anudar el interés casacional a infracciones normativas circunscritas a las concretas vicisitudes del caso litigioso sin trascender a cuestiones dotadas de un mayor contenido de generalidad o con posible proyección a otros litigios (en el mismo sentido, ATS de 6 de marzo de 2017, rec.150/2016).

Pues bien, partiendo de que la parte invoca la presunción de interés casacional contenida en el art. 88.3.d) de la LJ, al proceder el acto impugnado de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia cuyo enjuiciamiento correspondió a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, corresponde



determinar si, pese a ello, el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, según dispone el art. 88.3 *in fine* de la LJ .

La sentencia, tal y como hemos reseñado en los antecedentes de esta resolución, aprecia la razonabilidad de los costes tenidos en cuenta por la CNMC para fijar los precios, según el propio informe de la CNMC y previa valoración del informe pericial de parte, concluyendo la inexistencia de arbitrariedad en la resolución del conflicto de acceso planteado.

Del contenido del escrito de preparación se aprecia que más que la interpretación de la normativa denunciada como infringida sobre los precios orientados a costes y la tasa de rentabilidad razonable, para su común aplicación, lo que se pretende es que se efectúe una nueva valoración de la prueba y que, a la vista de la misma, se concluya que no procede «corregir» los precios propuestos por Telefónica, pretensión con la que no se pretende una formación de jurisprudencia, sino un nuevo examen sobre las circunstancias, los costes tenidos en cuenta y la metodología aplicada para su fijación. Ello se corrobora por la alegación sobre la vulneración de los artículos 9.3 y 24 CE en relación con artículos 217, 335, 347 y 348 LEC, ante una pretendida valoración arbitraria de la prueba.

La sentencia que se pretende recurrir en casación deja claro, contrariamente a lo afirmado por la parte en su escrito de preparación, que la desestimación del recurso contencioso- administrativo estaba motivada en las concretas circunstancias en que, en atención al acervo probatorio existente en el proceso, la Sala sentenciadora consideró que los precios propuestos por Telefónica estaban sobredimensionados, partiendo de los precios fijados por esta, y no de los costes hipotéticos de un operador eficiente, (tanto en lo que se refiere a la compartición de las infraestructuras verticales en el interior de los edificios como en lo referente a la transmisión de la acometida de los clientes), pero excluyendo los porcentajes aplicados por la recurrente, (al apreciarse un margen suficiente para cubrir los costes) y alterando la fórmula del cálculo en lo concerniente a las acometidas en atención a su depreciación (según el informe *WIK*). Partiendo de esta consideración, lo que realmente se denuncia a través del escrito de preparación, lo que se imputa a la sentencia recurrida, es una errónea valoración de la prueba efectuada, lo cual no tiene encaje en ninguno de los apartados del artículo 88 LJCA ni en ningún otro, siendo así que el propio artículo 87.bis.1 de la LJCA excluye de este recurso extraordinario las cuestiones de hecho.

De ahí que el litigio presenta un cariz marcadamente casuístico, al estar ligados a la apreciación de los datos fácticos concurrentes en el caso individualmente considerado, por lo que el debate que subyace realmente gravita sobre la convicción a la que llega la Sala *a quo* sobre la razonabilidad de los precios aprobados por la CNMC en el conflicto de acceso.

CUARTO.- Procede, por tanto, declarar la inadmisión del recurso y, de conformidad con lo previsto en el artículo 139.1, párrafo primero de la Ley de esta Jurisdicción, la inadmisión debe comportar la imposición de las costas a la parte recurrente. La Sala considera procedente en este supuesto limitar hasta una cifra máxima de 2000 euros la cantidad que, por todos los conceptos, para la Administración oponente ha de satisfacer la parte recurrente y quinientos euros, para cada una de las demás partes recurridas que se han personado y no se han opuesto a la admisión.

Por lo expuesto,

La Sección de Admisión acuerda:

Declarar la inadmisión del recurso de casación nº 2135/2017 preparado por la representación de Telefónica de España SAU, contra la sentencia de 5 de octubre de 2016, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Octava, dictada en el procedimiento ordinario núm. 479/2014, 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. Manuel Vicente Garzon Herrero D. Segundo Menendez Perez D. Octavio Juan Herrero Pina D. Eduardo Calvo Rojas D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco D. Diego Cordoba Castroverde D. Jesus Cudero Blas