



Roj: **ATS 2597/2019 - ECLI: ES:TS:2019:2597A**

Id Cendoj: **28079130012019200417**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/03/2019**

Nº de Recurso: **5338/2018**

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: 08/03/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 5338/2018

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.: 5338/2018

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 8 de marzo de 2019.

HECHOS

PRIMERO.- La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha dictado, con fecha 16 de mayo de 2018, sentencia por la que desestimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la procuradora D.^a Gloria Robledo Machuca, en nombre y representación de Telefónica de España, SAU (TESAU), contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 24 de febrero de 2016, por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor, por ser conforme a derecho.

La Sala de instancia confirma la resolución administrativa argumentando, en primer lugar, en relación con el enfoque adoptado para la determinación de las áreas geográficas donde Telefónica estaría obligada a prestar el servicio NEBA-local, que el criterio de la Administración está suficientemente justificado, entendiendo apropiado que la identificación de la zona BAU esté fundamentada sobre las inversiones que efectivamente han llevado a cabo los operadores, pues, de lo contrario, dada la incertidumbre sobre las decisiones de inversión futura y el alcance de las mismas, existe el riesgo de que la acción regulatoria condicione las decisiones de inversión sobre la base de unas premisas que la evidencia de mercado disponible no habría permitido contrastar en medida suficiente.

Y concluye la Sala de instancia que:

"Lo cierto es que el informe de la SETSI es tenido en cuenta por la CNMC, de tal forma que en la decisión objeto de recurso, se contesta dicho informe en términos que acabamos de reflejar. Conviene destacar que la CNMC considera importante - no ofrece duda a la Sala este extremo-, que debe conciliarse inversión eficiente con desarrollo de competencia sostenible, es decir, que debe establecerse la necesidad del mantenimiento de ámbitos regulados que no sólo responden, ni deben responder, al criterio de superar el 20% de cobertura individual y mínimo de tres redes NGA. En definitiva, se busca la competencia efectiva entre operadores y la promoción de la inversión en infraestructuras en redes NGA. La CNMC considera datos reales de mercado a efectos de concluir que existen zonas que requieren un cierto nivel de regulación, dada la posición preeminente de TESAU en las mismas.

Por lo demás, la CNMC toma en consideración las inversiones realizadas y las previstas por todos los operadores, planteándose el control de precios en base a un test de replicabilidad económica, por lo que no se acude al anterior sistema de orientación a costes. Se pretende otorgar al operador con poder significativo de mercado, cierta flexibilidad para configurar las ofertas minoristas, asegurando que los principales productos de banda ancha ultra-rápida puedan ser replicados de forma sostenible por los competidores, permitiendo que puedan realizarse inversiones."

Añadiendo que:

"Considera la Sala que la CNMC da cumplida respuesta al referido informe, toma en consideración parámetros de decisión que exceden a los que refleja la SETSI y realiza una labor de prospectiva que es suficiente, sin perjuicio de que debe tomar un momento concreto como referencia, que fija en junio de 2015. No apreciamos que se menoscabe la previsión de la Directiva de Acceso, en los términos que pretende la actora."

Y concluyendo que:

"La Sala aprecia que la decisión es objetiva, transparente, proporcional y no discriminatoria, cumpliendo las previsiones de los artículos 12.6, 13.4 y 14.1 LGTel. Se refleja en la decisión impugnada que la revisión del mercado no puede hacerse en un periodo corto de tiempo, pues los operadores deben disponer de un marco regulatorio bien definido, que permita la adopción de estrategias de inversión duraderas en un periodo temporal razonable."

SEGUNDO.- La procuradora D.^a Gloria Teresa Robledo Machuca, en nombre y representación de la entidad Telefónica de España, S.A.U. ha preparado recurso de casación contra la mencionada sentencia.

Invoca, en su escrito de preparación, en primer lugar la vulneración del artículo 9.3 de la Constitución Española, en relación con el Considerando 27 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, y los Considerandos 6 y 9 de la Recomendación de la Comisión Europea de 9 de octubre de 2014, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación.

En segundo lugar, alega la infracción de los artículos 12.6, 13.4 y 14.1.d) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, así como los artículos 4.2 y 10 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre.

Invoca, para la apreciación del interés casacional objetivo, la letra d) del apartado 3 del artículo 88 LJCA, al proceder a proceder el acto administrativo de un organismo regulador o de supervisión cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.

Asimismo, alega la circunstancia prevista en la letra b) del artículo 88.2 del mismo texto legal, por entender que la sentencia sienta una doctrina gravemente dañosa para el interés general, pues es contraria al mandato establecido en la Directiva marco y en la Recomendación de mercados relevantes por cuanto ha fijado una serie de municipios considerados como competitivos, sin tener en cuenta el principio de prospectividad que obliga a que cualquier análisis de mercados de comunicaciones electrónicas debe considerar si la falta de competencia efectiva es duradera.

En tercer lugar, invoca el supuesto previsto en el artículo 88.2.c), por entender que la sentencia recurrida afecta a la prestación de un servicio mayorista a una pluralidad de operadores y, por tanto, a decenas de miles de clientes de dichos operadores.

Por último, alega la circunstancia contenida en el apartado f) del artículo 88.2, argumentando que la sentencia interpreta y aplica el Derecho de la Unión Europea en contradicción aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, esgrimiendo en este punto la vulneración de la Directiva Marco, así como los considerandos 6 y 9 de la Recomendación de mercados relevantes, por entender que se vulnera el principio de prospectividad establecido en el Derecho de la Unión Europea.

Y concluye argumentando sobre la conveniencia de un pronunciamiento de esta Sala Tercera, al reprochar a la sentencia recurrida que no tenga en cuenta el Informe de la SETSI, donde se establece una metodología que es perfectamente compatible con la establecida en la resolución recurrida y que evidencia que 18 municipios tienen un grado de competencia en infraestructuras equivalente a los 66 municipios fijados por la CNMC en dicha resolución, así como por incumplir el principio de prospectividad y afirmar que la resolución recurrida realiza una labor prospectiva que es suficiente.

TERCERO.- La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso por auto de 25 de julio de 2018, 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 la representación de la entidad recurrente y el Sr. Abogado del Estado, quien, con ocasión del trámite conferido para la personación ha manifestado su oposición a la admisión del recurso de casación. Asimismo, se han personado como recurridas la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL), y la entidad Vodafone Ono, S.A.U.

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

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La sentencia contra la que se anuncia el presente recurso de casación desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 24 de febrero de 2016, por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor.

Frente a ello, la entidad recurrente Telefónica, S.A.U. invoca la infracción de los artículos 9.3 de la Constitución Española, en relación con el Considerando 27 de la Directiva 2002/21/CE, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, así como de los Considerandos 6 y 9 de la Recomendación de la Comisión Europea de 9 de octubre de 2014, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación. Asimismo, invoca la infracción de los artículos 12.6, 13.4 y 14.1.d) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, así como los artículos 4.2 y 10 del Reglamento sobre mercados de

comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre.

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, además de los apartados b), c) y f) del artículo 88.2 de la Ley Jurisdiccional, la circunstancia prevista en el apartado a) del artículo 88.3 del mismo texto legal para razonar la concurrencia del interés casacional. Al respecto conviene aclarar que las presunciones recogidas en dicho precepto no son absolutas 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".

Así, en lo relativo a estas circunstancias y a la eventual inadmisión cuando el Tribunal aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo, procede efectuar algunas consideraciones:

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 este 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).

CUARTO.- Pues bien, aplicando las premisas anteriores al asunto del caso, hemos de concluir que las cuestiones planteadas y las alegaciones desplegadas en el escrito de preparación deben tildarse de manifiestamente carentes de interés casacional y ello porque las cuestiones que ponen de manifiesto los recurrentes se ciñen a los aspectos más casuísticos del litigio, pues lo que la parte pretende cuestionar es la valoración que de los informes y documentación obrante en el expediente administrativo ha llevado a cabo la Sala de instancia, en concreto en lo se refiere a aquellos elementos que han servido al órgano *a quo* para tener por acreditado, en el ámbito del despliegue de redes de telecomunicaciones de nueva generación, la existencia de zonas en las que se precisa cierto nivel de regulación, ante la posición preeminente de la entidad aquí recurrente, frente a otras zonas en las que no se plantea tal necesidad, dada la existencia de varios operadores que están desplegando sus redes de nueva generación y cuentan con la infraestructura pasiva de Telefónica, lo que les permite competir en igualdad de condiciones con esta entidad.

En definitiva, las cuestiones suscitadas no superan el limitado marco del litigio, ni suscitan problemas hermenéuticos extrapolables a otros casos, pues lo pretendido por la parte, a tenor de su escrito de preparación, es cuestionar la valoración realizada por la Sala de los informes obrante en autos, conforme a los que viene a concluir que la CNMC, al tomar en consideración parámetros de decisión que exceden de los aportados por la SETSI, ha realizado una labor prospectiva suficiente. En este sentido, es sabido que están excluidas del recurso de casación las cuestiones de valoración probatoria, conforme al artículo 87 bis 1 de la Ley Jurisdiccional y al criterio reiterado de esta Sección de admisión [sentado, entre otros autos, en los de 8 de marzo de 2017 (RC 242/2016) y de 10 de abril de 2017 (RC 227/2017)].

QUINTO.- 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 mil euros la cantidad que, por todos los conceptos, la condenada al pago de las costas ha de satisfacer a la Abogacía del Estado y de quinientos euros para cada una de las restantes partes recurridas y personadas.



Por lo expuesto,

La Sección de Admisión acuerda:

Declarar la inadmisión del recurso de casación n.º 5338/2018, preparado por la procuradora D.ª Gloria Teresa Robledo Machuca, en nombre y representación de la entidad Telefónica de España, S.A.U., contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, con fecha 16 de mayo de 2018, en el procedimiento ordinario registrado con el n.º 224/2016; y ello 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 Maria Diez-Picazo Gimenez D. Rafael Fernandez Valverde Dª. Maria del Pilar Teso Gamella

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy D. Francisco Jose Navarro Sanchis D. Fernando Roman Garcia