



Roj: **ATS 577/2019 - ECLI: ES:TS:2019:577A**

Id Cendoj: **28079130012019200174**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/02/2019**

Nº de Recurso: **5999/2018**

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: 01/02/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 5999/2018

Materia: COMISION NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

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.: 5999/2018

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 Excmo. Sra.

D. Luis Maria Díez-Picazo Gimenez, presidente, presidente

D. Rafael Fernandez Valverde



D^a. Maria del Pilar Teso Gamella
D. Wenceslao Francisco Olea Godoy
D. Fernando Roman Garcia
En Madrid, a 1 de febrero de 2019.

HECHOS

PRIMERO.- La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha dictado, con fecha 5 de junio de 2018 (P.O. 557/2016), sentencia desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Telefónica de España, S.A. contra la resolución dictada por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) adoptada, en sesión celebrada el día 28 de julio de 2016, en ejecución de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 19 de enero de 2015, que estimó el recurso por Telefónica contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de julio de 2011, dictada en el recurso núm. 384/2009, y ordena a la CNMC que proceda a "elaborar y aplicar una metodología sobre el cálculo del beneficio no monetario del Coste Neto del Servicio Universal prestado por Telefónica de España S.A.U. correspondiente al ejercicio de 2006, en relación con la cuantificación de las partidas de imagen de marca del proveedor del servicio universal y ventajas derivadas de la ubicuidad, que sea adecuada a la naturaleza y finalidad de los beneficios intangibles considerados".

La resolución del 28 de julio de 2016, de la citada Sala de Supervisión, resolvió el procedimiento para determinar el coste neto incurrido por Telefónica de España durante el ejercicio 2016, diciendo su parte dispositiva literalmente:

"PRIMERO.- Una vez valorada la utilización de la metodología del informe pericial de Telefónica y del informe de AdL en los términos expuestos por la sentencia de la AN de 24 de enero de 2011, se confirma, en aplicación de la interdicción de la *reformatio in peius*, el importe de 15.169.760,84 euros del beneficio no monetario derivado de la mejora en la imagen de marca aprobado en la resolución de 12 de marzo de 2009.

SEGUNDO.- Una vez valorada la utilización de la metodología del informe pericial de Telefónica y del informe de AdL en los términos expuestos por la sentencia de la AN de 24 de enero de 2001, se confirma, ante la falta de los datos necesarios para realizar el cálculo, el importe de 3.495.048,60 euros del beneficio no monetario por ubicuidad aprobado en la resolución de 12 de marzo de 2009".

SEGUNDO.- La procuradora D.^a María del Carmen Ortiz Cornago, en representación de Telefónica de España, S.A.U. ha preparado recurso de casación contra la anterior sentencia.

Invoca en su escrito de preparación la infracción del artículo 24 de la CE en relación con el artículo 40.3, letras a) y b), del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicación electrónicos, el servicio universal y la protección de los usuarios.

Alega que el cálculo inicial realizado por la CNMC de los beneficios no monetarios en cuestión ha sido declarado nulo por una sentencia firme, y la CNMC no cuenta con los elementos de junio necesarios relativos al concreto ejercicio respecto del cual dicho coste ha de ser recalculado. Considera necesario que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre quién debe soportar las consecuencias derivadas de la imposibilidad de "reconstruir el pasado" cuando la necesidad de retrotraerse a un momento anterior en el tiempo deriva, única y exclusivamente, de una actuación contraria a Derecho llevada a cabo por la Administración.

Invoca, para la apreciación del interés casacional objetivo, la letra a) del artículo 88.3 LJCA, alegando que no existe jurisprudencia sobre qué sucede cuando la Administración está obligada a retrotraerse en el tiempo y no disponer, por ser materialmente imposible, de los datos relativos a ese momento temporal. También invoca la letra d) del apartado 3 del artículo 88 LJCA, al haberse emitido el acto impugnado por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Por otra parte, invoca el supuesto del apartado c) del artículo 88.2, argumentando que la sentencia recurrida trasciende de su caso concreto, pues la cuestión planteada afectará a otros supuestos en que los Tribunales anulen el cálculo del CNSU y la CNMC se vea obligada a retrotraerse en el tiempo para llevar a cabo el recálculo y no cuente con los datos relativos a ese concreto momento temporal.

TERCERO.- La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso por auto de 20 de septiembre 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 han personado ante esta Sala la entidad recurrente y, como parte recurrida, la Abogacía del Estado, quien, con ocasión al trámite conferido para la personación, ha manifestado su oposición a la admisión del recurso de casación.



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 contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 28 de junio de 2016, la cual, en aplicación de la interdicción de la *reformatio in peius*, confirma el importe de 15.169.760,84 euros del beneficio no monetario derivado de la mejora en la imagen de marca aprobado en la resolución de 12 de marzo de 2009; y, ante la falta de los datos necesarios para realizar el cálculo, confirma el importe de 3.495.048,60 euros del beneficio no monetario por ubicuidad aprobado en la resolución de 12 de marzo de 2009.

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 invocan, además del apartado c) del artículo 88.2 de la LJCA, los apartados a) y d) del artículo 88.3 del mismo texto legal para razonar la concurrencia del interés casacional. Al respecto conviene aclarar, respecto de estos últimos supuestos, que las presunciones recogidas en los meritados preceptos no son absolutas pues el propio artículo 88.3, *in fine*, permite inadmitir (mediante "auto motivado") los recursos inicialmente beneficiados por las mismas cuando este Tribunal Supremo "aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia".

Así, en lo relativo a las circunstancias invocadas del artículo 88.3.a) y d) 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 estas premisas al asunto del caso, hemos de concluir, en lo que respecta a la cuestión planteada en este recurso, que la misma debe tildarse de manifiestamente carente de interés casacional y ello por cuanto se ciñe a los aspectos más casuísticos del litigio, sin superar este limitado marco, ni suscitar, sólidamente, problemas hermenéuticos extrapolables a otros casos.

En efecto, la sentencia objeto del presente recurso considera que no puede considerarse que la Administración demandada no esté procediendo a ejecutar la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo en sus propios términos. En concreto, la sentencia llega a la conclusión que la sentencia se ha ejecutado de conformidad a Derecho en relación con la valoración de la imagen de marca, y ello tanto a la vista de lo resuelto por la Administración, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas -en concreto del informe elaborado por AdL y de la encuesta contrata por la CNMC para la estimación del beneficio de imagen de marca en el coste neto del ejercicio 2012, del informe aportado por la recurrente firmado por Arthur D. Little, S.L., del informe aportado por la misma parte y elaborado por Porfirio, y del informe pericial aportado por el abogado del Estado-; y las mismas razones considera que son aplicables en relación con el beneficio no monetario por ubicuidad, sin que la sentencia del Tribunal Supremo estableciera que no haya beneficio alguno por este



concepto, no yendo más allá de la cuestión de la metodología, señalando que "se pueden realizar encuestas", y el acto administrativo impugnado recoge y reproduce lo que a tal efecto se indica en el informe de AdL, sin que Telefónica haya facilitado la información necesaria.

Y la entidad recurrente considera que el informe de Remigio y el informe pericial por ella aportado eran más próximos en el tiempo que la encuesta de 2012 tomada en consideración por la resolución recurrida, y se referían a estimaciones del beneficio intangible ahora concernido, por lo que se tenía que haber acudido a ellos para efectuar el recálculo del coste neto del servicio universal.

En definitiva, nos encontramos ante elementos fácticos valorados por la Sala a quo, cuyo reexamen no tiene encaje en ninguno de los apartados del artículo 88 LJCA, lo que exime del análisis individualizado de las circunstancias esgrimidas por la entidad recurrente, siendo así que el propio artículo 87.bis.1 de la LJCA excluye de este recurso extraordinario las cuestiones de hecho. Por consiguiente, la vocación nomofiláctica de este recurso extraordinario unida a la aplicación *ad casum* de estos criterios impide la favorable acogida del interés casacional.

De esta forma, la cuestión suscitada por la entidad recurrente 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 a partir del examen de las pruebas periciales e informes obrantes en autos.

Por último, como correctamente apunta la Abogacía del Estado en su escrito de oposición, una cuestión semejante fue planteada por Telefónica de España S.A.U. en los recursos de casación núms. 6521/2017 y 4357/2018, que tenían por objeto la determinación del coste neto de la prestación del servicio universal en los años 2012 y 2013. Dichos recursos de casación fueron inadmitidos a trámite por autos de fecha de 7 de mayo y 8 de octubre de 2018, respectivamente.

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 dos mil euros (2.000 €) la cantidad que, por todos los conceptos, la condenada al pago de las costas ha de satisfacer a la parte recurrida.

Por lo expuesto,

La Sección de Admisión

acuerda:

Declarar la inadmisión del recurso de casación nº 5999/2018, preparado por la representación de la entidad Telefónica de España, S.A.U., contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 5 de junio de 2018, dictada en el procedimiento ordinario número 557/2016; 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, presidente D. Rafael Fernández Valverde D^a. María del Pilar Teso Gamella

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy D. Fernando Roman García