Roj: **ATS 13554/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:13554A**

Id Cendoj: **28079130012018202210**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **1**
Fecha: **17/12/2018**
Nº de Recurso: **5943/2018**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**
Ponente: **JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR**
Tipo de Resolución: **Auto**

FONDO DOCUMENTAL CE

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo

Contencioso-Administrativo

Sección: PRIMERA

AUTO

Fecha del auto: 17/12/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 5943/2018

Materia: COM NACI DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Submateria:

Fallo/Acuerdo: Auto Inadmisión

Ponente: Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor

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:

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 5943/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor

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

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: PRIMERA

A U T O

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Luis María Díez Picazo Giménez, presidente

D. Rafael Fernández Valverde

Dª. María del Pilar Teso Gamella

D. José Antonio Montero Fernández

D. José María del Riego Valledor

Dª. Inés Huerta Garicano

En Madrid, a 17 de diciembre de 2018.

HECHOS

PRIMERO.- La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha dictado, con fecha 7 de junio de 2018 (P.O. n.º 37/2017), sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Telefónica de España, S.A. contra la resolución dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el día 24 de noviembre de 2016 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho".

La resolución de 24 de noviembre de 2016, de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), se dictó en ejecución de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 14 de enero de 2013, dictada en el procedimiento 370/2011, que había estimado en parte el recurso interpuesto por Telefónica contra la resolución de la CNMC de 7 de diciembre de 2010, por la que se aprobó el Coste Neto de Prestación del Servicio Universal (CNSU) para el ejercicio 2008. Dicha sentencia anuló la resolución recurrida y acordó que se realizase una nueva valoración de los beneficios no monetarios correspondientes a la "imagen de marca" y la "ubicuidad", del ejercicio 2008, con libertad de criterio regulatorio aunque con la pertinente motivación. La parte dispositiva de la resolución de 24 de noviembre de 2016 confirma el importe de 5.831.751,21 euros del beneficio monetario derivado de la mejora en la imagen de marca aprobado por la resolución de 7 de diciembre de 2010, así como el importe de 2.794.062,31 euros del beneficio no monetario por ubicuidad.

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

Invoca en su escrito de preparación la infracción del artículo 24 de la Constitución en relación con el artículo 40.3.a) y g) 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 electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios.

Alega que, ante situaciones en las que el cálculo inicial realizado por la CNMC de los beneficios no monetarios en la valoración del CNSU ha sido declarado nulo por una sentencia firme y la CNMC no cuenta con los elementos de juicio necesarios relativos al concreto ejercicio respecto del cual dicho coste ha de ser recalculado, es conveniente un pronunciamiento del Tribunal Supremo a fin de que 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.

Añade que la CNMC decidió utilizar, en relación con el beneficio por imagen de marca, una encuesta que no se refería al conocimiento que, en relación con el ejercicio 2008, pudiera tener el público, al utilizar una encuestad de 2012; y en relación con el beneficio derivado de la ubicuidad, la CNMC procedió a confirmar el cálculo inicial ante la imposibilidad de reconstruir el pasado. Con ese proceder, infringe el derecho a la tutela judicial efectiva, al no tener en cuenta los datos más próximos en el tiempo, resultantes tanto de los informes contratados por la Administración como del informe pericial aportado por TESAU.

Invoca, para la apreciación del interés casacional objetivo, 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 la letra a) del mismo apartado 3 del artículo 88 de la LJCA, por entender que no existen precedentes jurisprudenciales en los que el Tribunal Supremo se haya pronunciado sobre qué sucede cuando la Administración está obligada a retrotraerse en el tiempo y no puede disponer, por ser materialmente imposible, de los datos relativos a ese momento procesal, con los efectos que de ello se derivan en el derecho a la tutela judicial efectiva. Además, el recurso permitirá al Tribunal Supremo perfilar su jurisprudencia sobre el alcance de la discrecionalidad técnica de la CNMC a la hora de calcular el beneficio no monetario del CNSU. Por último, invoca el supuesto de interés casacional previsto por en la letra c) del apartado 2 del artículo 88 LJCA, alegando que el asunto afecta a un gran número de situaciones y trasciende del caso concreto.

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, representada por la procuradora D.ª María del Carmen Ortiz, y el abogado del Estado como parte recurrida, 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. José María del Riego Valledor, Magistrado de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- 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 la presunción recogida en los meritados apartados 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".

Así, en lo relativo a las circunstancias invocadas del artículo 88.3.a) y d) de la LJCAy a la eventual inadmisión cuando el Tribunal aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo, procede efectuar algunas consideraciones:

1.º) 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

2.º) 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).

SEGUNDO.- Pues bien, aplicando estas premisas al asunto del caso, hemos de concluir que las cuestiones planteadas deben tildarse de manifiestamente carentes de interés casacional y ello por cuanto se ciñen a los aspectos más casuísticos del litigio, sin superar este limitado marco, ni suscitar, sólidamente, problemas hermenéuticos extrapolables a otros casos.

En concreto, la entidad recurrente cuestiona en su escrito de preparación los datos tomados en consideración por la resolución de la CNMC para la valoración de los beneficios no monetarios correspondientes a la "imagen de marca" y la "ubicuidad" del ejercicio 2008, y la toma en consideración por la sentencia del concepto de discrecionalidad técnica.

La sentencia que aquí se pretende recurrir en casación considera, en relación con la valoración de la imagen de marca, que la sentencia de 14 de enero de 2013 se ha ejecutado conforme a derecho, pues en ningún momento dijo que la valoración deba ser calculada exactamente como la calcula Telefónica, pues de ser así habría bastado con dictar una resolución recogiendo las conclusiones de los peritos de la parte actora. Añade que la discrepancia fundamental está en cómo llevar a cabo la encuesta, considerando la entidad recurrente que deben aceptarse los resultados obtenidos por el perito Sr. Nomen, y, en concreto, la conclusión de que el 97,3% de los clientes de Telefónica desconocían el servicio universal y la obligación de prestarlo y, en consecuencia, que el beneficio en cuestión es cero; pero, razona la sentencia, no se estableció tal conclusión en la sentencia que se ejecuta, y tomando en consideración la encuesta de IFERFEL, elaborada sobre 1.500 entrevistados válidos, las preguntas realizadas, y los principales datos resultantes sobre el conocimiento del Servicio Universal que aparecen en el folio 34 de la misma, concluye que la sentencia ha sido correctamente ejecutada en relación con la valoración del cálculo del beneficio no monetario del CNSU prestado por TESAU correspondiente al ejercicio 2008 en relación con la cuantificación de las partidas de imagen de marca del proveedor del servicio universal.

Y en relación con la valoración del beneficio no monetario por ubicuidad, la sentencia considera que ni la Audiencia Nacional ni el Tribunal Supremo han establecido que no haya beneficio alguno por este concepto, ni han establecido unos resultados matemáticos o aceptado expresamente una conclusión de importes concretos, pues no van más allá de la cuestión de la metodología, señalando que "se pueden realizar encuestas", y el acto administrativo recoge y reproduce lo que a tal efecto indica en el informe de Arthur D. Little, concluyendo que "Telefónica no ha facilitado la información necesaria, y así lo reconoce expresamente, si bien indica que deben aceptarse los resultados propuestos en el informe de parte. En trámite de ejecución de sentencia, se trata de "elaborar y aplicar una metodología" porque se consideró que la resolución de la CMT se apartaba completamente del criterio del informe de Audiencia sin exponer las razones y sin haber sometido a los interesados la metodología que decidió utilizar".

Pues bien, como correctamente apunta la Abogacía del Estado en su escrito de oposición, 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. Como hemos visto, la sentencia se ciñó a examinar los datos tomados en consideración por las partes para la valoración de los beneficios no monetarios correspondientes a la "imagen de marca" y la "ubicuidad" del ejercicio 2008, llegando a su conclusión de desestimación del recurso contencioso-administrativo tras efectuar una valoración de la prueba aportada por cada una de ellas. 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, las cuestiones suscitadas por la entidad recurrente presentan un cariz marcadamente casuístico, al estar ligadas 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 obrantes en autos.

TERCERO.- 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 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 n.º 5943/2017, preparado por la representación de la entidad Telefónica de España, S.A.U., contra la sentencia de 7 de junio de 2018, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en el procedimiento ordinario n.º 37/2017; 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

Dª. María del Pilar Teso Gamella D. José Antonio Montero Fernández

D. José María del Riego Valledor Dª.Inés Huerta Garicano

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ