

Roj: **ATS 9380/2017 - ECLI: ES:TS:2017:9380A**Id Cendoj: **28079130012017201632**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **18/10/2017**Nº de Recurso: **3012/2017**

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 18 de octubre de 2017

HECHOS

PRIMERO.- La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha dictado, con fecha 31 de marzo de 2017, sentencia desestimatoria del recurso contencioso-administrativo número 298/2015 interpuesto por la entidad Telefónica de España SAU, contra la resolución de 31 de julio de 2014, de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en materia de estimación del coste neto del servicio universal (2001).

La resolución de 31 de julio de 2014 recurrida, acuerda que <<En cumplimiento de la sentencia (se refiere a la sentencia de 28 de noviembre de 2006 de la Audiencia Nacional (Sección Octava), Sala de lo contencioso administrativo, recurso 802/2003), y analizando no solo los efectos de la telefonía fija, sino también de los servicios de telefonía móvil, procede declarar que el coste derivado de la prestación del servicio universal para Telefónica de España SA, en el ejercicio de 2001 no supuso una desventaja apreciable en su capacidad de competir, no estando justificada la puesta en marcha del Fondo Nacional de Financiación del Servicio Universal para dicho ejercicio>>.

La sentencia desestima el recurso al considerar que el acto recurrido constituye un acto de ejecución de la sentencia firme de la misma Sala y Sección de 28 de noviembre de 2006 que dispone que para el cálculo del coste neto del servicio universal de 2001 se ha de tener en cuenta la telefonía fija, y además la móvil y las redes públicas en las zonas no rentables a efectos de determinar si ha existido una carga injustificada o desventaja competitiva, conforme a lo previsto en la Ley General de Telecomunicaciones 11/1998, 24 de abril, (BOE núm. 99, de 25 de abril), sin que resulte de aplicación retroactiva la Ley General de Telecomunicaciones 32/2003, de 3 de noviembre (BOE núm. 264, de 4 de noviembre). Además, descarta el carácter arbitrario de la justificación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el cálculo efectuado.

SEGUNDO.- La procuradora de los Tribunales, D^a Gloria Teresa Robledo Machuca, en nombre y representación de la entidad Telefónica de España SU, bajo la dirección letrada de D. Antonio Serrano Acitores, ha preparado recurso de casación contra la sentencia de 31 de marzo de 2017, dictada por la Sección Octava, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional en el procedimiento ordinario núm. 298/2015.

Denuncia, en síntesis, la recurrente que la sentencia de 28 de noviembre de 2006 obligaba a determinar si existió una carga injustificada o desventaja competitiva, teniendo en cuenta además de la telefonía fija, la móvil y las redes públicas en el mercado de referencia en las zonas no rentables y considera que el cálculo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia así como la sentencia, infringen la disposición transitoria primera apartado 10 de la Ley General de Telecomunicaciones 32/2003 con relación a la disposición transitoria segunda y artículo 2.3 CC, al rechazar la retroactividad en grado mínimo. Añade que la Ley General de Telecomunicaciones 32/2003, frente al concepto de desventaja competitiva de la disposición anterior, erige el concepto de carga injustificada dándole un significado más adecuado a las necesidades del mercado a fin



de lograr la apertura del mecanismo de financiación del servicio universal adaptado a la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal) (DOUE de 24 de abril de 2002). Considera además que la sentencia conculca los artículos 9.3 CE, 7.1 CC y 3.1 LRJPAC, pues la CNMC se ha apartado del criterio seguido en años anteriores. Además considera infringidos los artículos 24 y 118 CE, 17 LOPJ, 103 LJCA con relación al art 62.1.e) LRJPAC, pues se ha apartado de los términos previstos en la sentencia previa cuya ejecución comporta, soslayando el derecho de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, al recalcular el coste neto del servicio universal sin tomar expresamente en consideración las redes públicas en zonas no rentables, contrariamente a lo dispuesto en la sentencia firme. Añade que, ante la imposibilidad de ejecución, debió haberse seguido lo previsto en el art 105.2 LJCA. Finalmente, denuncia la recurrente la errónea valoración de la prueba al considerar la sentencia, que el perito propuesto por la parte recurrente en la instancia se ha excedido en sus valoraciones de carácter jurídico, sin valorar su informe infringiéndose los artículos 120.3 CE, 209 y 219 LEC.

Invoca, para la apreciación del interés casacional objetivo, las letras a) del artículo 88.2 LJCA, y la letra b) y d) del apartado 3 del citado artículo 88. Se fundamenta en que el servicio universal es un servicio básico de comunicaciones electrónicas que toda la población tiene derecho a recibir, de forma que la sentencia puede deteriorar la calidad y el precio.

TERCERO.- La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso por auto de 30 de mayo 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, la entidad Telefónica de España SU, en concepto de parte recurrente, y la Abogacía del Estado como parte recurrida, quien con ocasión al trámite conferido para la personación ha manifestado las siguientes causas de inadmisión. Resumidamente, considera que la cuestión radica en la discrepancia sobre la valoración de la prueba efectuada por la sentencia respecto de los dictámenes, cuestión que reputa ajena a este recurso, y que no resulta extrapolable a otros casos. También la recurrida Orange Espagne SAU se ha personado, evacuando alegaciones sobre la inadmisión del recurso, concretamente con relación a la falta de justificación del interés casacional y la carencia manifiesta de interés casacional, al tratarse, la cuestión sobre la aplicación retroactiva, de una cuestión resuelta por la jurisprudencia y finalmente, por haberse planteado la errónea valoración de la prueba, elemento ajeno al 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 contra la resolución de 31 de julio de 2014 de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

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 como supuestos de interés casacional objetivo los supuestos previstos en el artículo 88.2.a) de la LJCA y apartados b) y d) del artículo 88.3 de la LJCA.

Centrándonos, en primer lugar, en el apartado b) del artículo 88.3 LJCA, el interés casacional objetivo presumido en este apartado, relativo al «apartamiento deliberado de la jurisprudencia por considerarla errónea», exige identificar la concreta jurisprudencia aplicada en la sentencia que se recurre y las razones por las que la Sala decide apartarse, deliberadamente, de la doctrina en ella contenida por considerarla errónea (AATS, Sección Primera, de 6 de febrero de 2017, rec.35/2016 y de 26 de abril de 2017, rec. queja 212/2017).

Aplicando estas premisas al asunto del caso, no se aprecia que concurren los presupuestos exigidos para apreciar la concurrencia del interés casacional previsto en el art. 88.3.b), a tenor de la interpretación realizada por los Autos del Tribunal Supremo reseñados, pues para ello la parte tendría que haber razonado en su escrito de preparación, y no lo ha hecho, cual es la doctrina del Tribunal Supremo recogida en la sentencia de instancia



de la que se aparta por considerarla errónea, sin que baste la mera cita de este precepto sin razonamiento alguno que lo desarrolle. Por consiguiente, no justificado el presupuesto necesario, no puede operar la precita presunción.

CUARTO.- De otro lado, se invoca el apartado d) del artículo 88.3 LJCA, al tratarse de un acto dictado por la CNMC. 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, aplicando estas premisas al asunto del caso, hemos de concluir que las cuestiones planteadas y las alegaciones desplegadas en el escrito de preparación, carecen manifiestamente del interés casacional, por las razones que seguidamente se exponen:

- En primer lugar, en lo concerniente a la pretendida aplicación retroactiva de la Ley General de Telecomunicaciones 32/2003 para el cálculo del coste neto del servicio universal, por cuanto, es cuestión que ha sido resuelta en la sentencia de la Audiencia Nacional 28 de noviembre de 2006 y confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2009 desestimatoria del recurso de casación núm. 592/2007 y, por tanto, afectada por la intangibilidad de la cosa juzgada inherente a toda sentencia firme.

Todo ello sin perjuicio de que es jurisprudencia pacífica (STS núm. 5/2017, de 9 de enero, recurso de casación núm. 2961, entre otras) la que afirma que las disposiciones y las modificaciones introducidas en torno a la forma de calcular el coste de la prestación del servicio universal solo opera para los ejercicios posteriores a la entrada en vigor de dicha norma, sin que sus determinaciones, en especial, la metodología para el cálculo del coste que su prestación genera, puedan aplicarse de forma retroactiva a ejercicios anteriores a su entrada en vigor, con independencia que la resolución destinada a liquidar el coste neto se produjese después de su entrada en vigor.

- En segundo lugar, en cuanto concierne al tema de la exclusión de la redes públicas en las zonas no rentables para el cálculo del coste neto que efectúa la CNMC, debe tildarse de manifiestamente carentes de interés casacional y ello por cuanto las cuestiones planteadas por la parte recurrente se ciñen a los aspectos más casuísticos del litigio, sin superar este limitado marco, ni suscitar, sólidamente, problemas hermenéuticos extrapolables a otros casos.

Así, aún a pesar de los esfuerzos argumentativos, la propia sentencia recurrida, partiendo de la prueba desplegada en el proceso, concluye en su Fundamento de Derecho noveno: «[...] la resolución impugnada da cabal cumplimiento a la sentencia de 28 de noviembre de 2006, firme en virtud de sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2009, habiendo tomado en consideración todos los criterios que en su fallo se establecían, si bien

realiza la valoración de la eventual concurrencia de desventaja competitiva para Telefónica sin tomar en consideración las redes públicas en zonas no rentables, decisión que está debidamente motivada y avalada por los datos obrantes en el expediente. Sin que la prueba pericial de parte haya desvirtuado la recta actuación de la CNMC, por las razones expuestas [...]».

De esta forma, el litigio presenta un cariz marcadamente casuístico, al estar ligados a la apreciación de la suficiencia de la justificación del informe de la CNMC para el cálculo del coste neto en liza y la valoración del informe de la parte recurrente presentado en la instancia, sin que el recurso de casación pueda abarcar, según lo antes expuesto, la discrepancia con la valoración de la prueba realizada en la sentencia de instancia, ni la



revisión de los datos fácticos concurrentes en el caso individualmente considerado, (artículo 87.bis.1 de la LJCA).

En definitiva, la vocación nomofiláctica de este recurso extraordinario unida a la aplicación *ad casum* de estos criterios impide la favorable acogida del interés casacional.

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 la cantidad que, por todos los conceptos, la condenada al pago de las costas ha de satisfacer a cada una de las partes recurridas.

Por lo expuesto,

La Sección de Admisión acuerda:

Declarar la inadmisión del recurso de casación nº 3012/2017 preparado por la representación de Telefónica de España SA, contra la sentencia 31 de marzo de 2017, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo número 298/2015, 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. Manuel Vicente Garzón Herrero D. Segundo Menendez Perez D^a. Celsa Pico Lorenzo D. Emilio Frias Ponce D. Diego Cordoba Castroverde D. Jose Juan Suay Rincon D^a. Ines Huerta Garicano