



Roj: **ATS 1116/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:1116A**

Id Cendoj: **28079130012020200220**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/02/2020**

Nº de Recurso: **6849/2019**

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: 07/02/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 6849/2019

Materia: COM NACI DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Submateria:

Fallo/Acuerdo: Auto Inadmisión

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Román García

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.: 6849/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Román García

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.

D. Luis María Díez-Picazo Giménez, presidente

D. José Luis Requero Ibáñez



D. César Tolosa Tribiño

D. Fernando Román García

D. Dimitry Berberoff Ayuda

En Madrid, a 7 de febrero de 2020.

## HECHOS

**PRIMERO.-** La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha dictado, con fecha 19 de junio de 2019, sentencia por la que se acuerda declarar terminado, por carencia sobrevenida de objeto, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 24 de noviembre de 2015, dictada en ejecución de la STS de 18 de noviembre de 2014 (casación 4689/2011), que, en relación con el precio del bucle desagregado, acordó anular el "resuelve primero" de la resolución de la CMT de 28 de noviembre de 2008, en cuanto modifica "el apartado de precios de la OBA, de manera que la cuota mensual de prolongación de par en acceso completamente desagregado pase a ser de 7,79 euros, el "resuelve tercero" en cuanto dispone que aquel importe será de aplicación "a partir de la fecha de aprobación de la presente resolución".

Razona la sentencia que, frente a la misma resolución aquí recurrida, la recurrente promovió incidente de ejecución de la STS de 18 de noviembre de 2014, el cual fue desestimado, confirmándose la desestimación en reposición; recurridos los autos de ejecución en casación, el TS dictó sentencia de 16 de noviembre de 2017 - aclarada por auto de 19 de diciembre de 2017- que, revocando los autos recurridos, estimó en parte el incidente de ejecución, anulando la resolución en cuanto no se ajuste al pronunciamiento siguiente: 3º.- Declaramos que en el cálculo del precio de la cuota mensual de prolongación de par en acceso completamente desagregado correspondiente al periodo comprendido entre el 11 de diciembre de 2008 y la fecha de entrada en vigor de la subsiguiente resolución de precios de abril de 2011, el coste de todos los pares vacantes ha de repartirse entre Telefónica y los otros operadores en proporción a los ares que tiene en servicio cada operador, de conformidad con lo expuesto en el fundamento de Derecho noveno de esta sentencia. 4º.- Desestimamos en lo demás el incidente de ejecución de la sentencia de este Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2014 (casación nº 4689/2011), formulado por Telefónica de España S.A.U."; y, por resolución de 26 de julio de 2018, la SSR-CNMC ha procedido a la ejecución de la STS de 16 de noviembre de 2017, habiéndose recurrido en vía contencioso-administrativa dicha resolución por Telefónica y por Orange.

Por todo ello, concluye la sentencia que "[...] habiéndose planteado en el incidente de ejecución de sentencia (P.O. 253/2009) las mismas pretensiones después deducidas en este recurso jurisdiccional, y habiéndose resuelto dicho incidente en STS de 16 de noviembre de 2017, aclarada mediante ATS de 19 de diciembre siguiente, a juicio de esta Sala, lo que ha venido a producirse propiamente, no es la inadmisibilidad del contencioso por mala fe procesal derivada inherente a la dualidad de impugnaciones subsumibles en el art. 11 LOPJ -cuestión que la Sala resolvió en trámite de alegaciones previas-, o por concurrencia de cosa juzgada ( arts. 222 LEC y 69 LJCA), sino la pérdida sobrevenida de objeto del presente recurso jurisdiccional ( art. 22 LEC), además de haberse dictado una nueva resolución de la CNMC en ejecución de la expresada STS, que las partes han procedido a impugnar ante este órgano judicial".

**SEGUNDO.-** La representación procesal de Telefónica de España, S.A.U. ha preparado recurso de casación contra la citada sentencia.

La parte recurrente considera que la sentencia infringe los artículos 24.1 CE y 22 LEC, además de la doctrina constitucional referida a los mismos.

Alega que impugnó la resolución aquí impugnada por dos vías: 1. Por un lado, formuló incidente de ejecución de sentencia por separarse la resolución de la STS de 2014, tanto en lo referente a los pares vacantes, como a la motivación, al principio de orientación a costes, a la falta de procedencia de la aplicación de un modelo *bottom up*, etc. 2. Y, por otro lado, interpuso recurso contencioso-administrativo, que no estaba constreñido al concreto contenido de la STS de 2014, sino que atacaba tanto aspectos formales como de contenido sustantivo de la resolución impugnada: la metodología (ilegalidad sustantiva del modelo *bottom up*, no aplicación del principio de orientación a costes), la infracción del principio de orientación a costes, y la ilegalidad de la inclusión de los pares vacantes.

Añade que en el recurso desistió de aquellas alegaciones planteadas y resueltas en el incidente de ejecución (pares vacantes y falta de motivación), pero mantuvo las referidas a la infracción del ordenamiento jurídico.



Además, la única manera de impugnar los criterios de la resolución impugnada que se habían mantenido inalterados en la resolución posterior de 26 de julio de 2018 era impugnando aquélla, no ésta.

Para la apreciación del interés casacional objetivo la parte recurrente invoca las letras a) y d) del apartado 3 del artículo 88, y las letras c) y e) del apartado 2 del citado artículo.

En cuanto al artículo 88.3.a) LJCA, afirma la recurrente que, aunque existe jurisprudencia sobre la desaparición sobrevenida del objeto y sobre la posibilidad de formular simultáneamente contra una misma actuación administrativa un incidente de ejecución de una resolución judicial previa y un recurso contencioso-administrativo autónomo, sin embargo no existe jurisprudencia específica sobre la vertiente concreta que se da aquí: qué sucede cuando (i) el incidente de ejecución se ha estimado en parte, (ii) se ha dictado una nueva resolución que sustituye a la impugnada solo parcialmente (en aquello en lo que el incidente de ejecución ha sido estimado), conservándose la resolución anterior en todo lo demás, y (iii) el órgano judicial que conoce del recurso contencioso autónomo debe decidir si continúa o no con el procesal.

En cuanto al artículo 88.3.d) LJCA, alega que el recurso versa sobre un acto de un organismo regulador cuyo enjuiciamiento correspondía a la AN en única instancia.

Por lo que se refiere al artículo 88.2.c) LJCA, alega que el esquema procesal indicado se puede dar en cualquier otro caso.

Por último, en relación con el artículo 88.2.e) LJCA, manifiesta que la sentencia ha aplicado erróneamente la doctrina del TC, que fija como doctrina que solo puede cerrarse el proceso por pérdida sobrevenida del objeto cuando "la pérdida del interés legítimo sea completa", y, en el presente caso, las cuestiones suscitadas en la demanda sobre la legalidad sustantiva de la nueva metodología *bottom up* introducida por la resolución impugnada continúan siendo pertinentes, al no haber sido abordadas.

**TERCERO.-** La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso por auto de 10 de octubre de 2019, 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 procuradora D.<sup>a</sup> Gloria Teresa Robledo Machuca, en representación de Telefónica de España, S.A.U., en concepto de parte recurrente, y, en concepto de partes recurridas, el procurador D. Roberto Alonso Verdú, en representación de Orange Espagne, S.A.U., y la Abogacía del Estado, quienes se oponen a la admisión a trámite del recurso de casación.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Román García, Magistrado de la Sala.

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** 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.

**SEGUNDO.-** Junto a la invocación del artículo 88.2.c) y e) LJCA, en el escrito de preparación se invoca las presunciones de las letras a) y d) del artículo 88.3 LJCA para razonar la concurrencia del interés casacional. Centrándonos en estas últimas, conviene aclarar que las presunciones recogidas en los citados apartados del precepto no son absolutas pues el propio artículo 88.3, in fine, permite inadmitir (mediante "auto motivado") los recursos inicialmente beneficiados por la presunción cuando este Tribunal Supremo "aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia".

Con relación a este inciso del precepto procede puntualizar que 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).



**TERCERO.-** Pues bien, aplicando estas premisas al caso que nos ocupa, hemos de concluir que la cuestión planteada y las alegaciones desplegadas en el escrito de preparación deben considerarse manifiestamente carentes de interés casacional.

En efecto, sobre la carencia sobrevenida de objeto del recurso, ex artículo 22 LEC, existe abundante doctrina constitucional y jurisprudencia de esta Sala, que la propia recurrente cita; y la cuestión litigiosa queda reducida al problema singular y casuístico de si en atención a los datos fácticos concurrentes en el caso individualmente considerado, estos reúnen o no los requisitos necesarios para poder acordar terminado el procedimiento por pérdida sobrevenida del recurso, no pudiendo pretenderse en el contexto de un recurso de casación con vocación nomofiláctica y de generación de jurisprudencia uniforme que en el supuesto del artículo 88.3.a) LJCA quepa incluir la inexistencia de una resolución específica que resuelva un supuesto singular idéntico en sus aspectos fácticos al que se recurra en cada momento ante el Tribunal Supremo ( ATS de 5 de octubre de 2017 (RQ 470/2017), entre otros).

**CUARTO.-** Procede, por tanto, declarar la inadmisión del recurso; y, de conformidad con lo previsto en el artículo 90.8 LJCA, ello comporta la imposición de las costas a la parte recurrente. Ahora bien, como autoriza ese mismo precepto, la Sala considera procedente limitar hasta una cifra máxima de mil euros (1.000 €) la cantidad que la parte condenada al pago de las costas ha de satisfacer a cada una de las partes recurridas por todos los conceptos, más el IVA correspondiente, si procediere.

La Sección de Admisión

**acuerda:**

Declarar la inadmisión del recurso de casación n.º 6849/2019 preparado por la representación de Telefónica de España, S.A.U. contra la sentencia de 19 de junio de 2019, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso n.º 52/2016, 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 D. José Luis Requero Ibáñez D. César Tolosa Tribiño

D. Fernando Román García D. Dimitry Berberoff Ayuda