



Roj: **ATS 7375/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:7375A**

Id Cendoj: **28079130012019201044**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/07/2019**

Nº de Recurso: **1564/2019**

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: 05/07/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 1564/2019

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.: 1564/2019

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. Rafael Fernandez Valverde

Dª. Maria del Pilar Teso Gamella



D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Francisco Jose Navarro Sanchis

D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 5 de julio de 2019.

## HECHOS

**PRIMERO.-** La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha dictado, con fecha 12 de diciembre de 2018, sentencia en el recurso n.º 241/2017, desestimatoria del recurso interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. (TESAU) contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 10 de enero de 2017, por la que se aprueba la Oferta de Referencia del Servicio Mayorista NEBA Local.

La sentencia, en lo que aquí interesa, y en primer lugar, no considerada justificada la excepción para la aplicación de penalizaciones en aquellos supuestos en que la indisponibilidad del servicio NEBA Local pueda venir derivada de un "exceso de pedidos" por parte del operador contratante del servicio. La sentencia, tras recoger lo que al respecto dice la resolución administrativa recurrida, razona que "Dentro de las competencias de la CNMC, precisamente en función de los principios que ya hemos citado en fundamento anterior, parece acertada la previsión de suprimir esta causa de no aplicación del pago de penalizaciones. Por una parte, el arbitrio de la operadora PSM podría ser excesivo, ante la ambigüedad de la previsión, suponiendo una ruptura del principio de aseguramiento de la provisión de los servicios mayoristas dentro de los plazos que se marquen en la Oferta de Referencia. Debemos tener en cuenta la importancia del correcto desarrollo de la banda ancha, en el momento actual, y que el posible exceso de pedidos debería ser, en todo caso, puntual por lo que podría compensarse si tomamos en consideración la totalidad de los operadores que formulen los pedidos".

Y, en segundo lugar, considera que la medida de suspensión en la prestación del servicio, caso de impago, es excesivamente onerosa y de consecuencias graves. Razona al efecto que, como afirma la Administración demandada, "(...) en la resolución impugnada se recogen mecanismos de incentivación del cumplimiento por parte de los operadores alternativos de sus obligaciones económicas con TESAU, tales como la constitución de fianza o la situación de mora por retraso en el pago (Cláusulas 9 y 7.5 del contrato tipo NEBA Local), permitiéndose la posibilidad de revisión semestral de la facturación mensual media así como los informes de solvencia, de casa a actualizar el importe de los avales prestados". Añade que "(...) el nivel de riesgo de impago o mora en los servicios asociados a la banda ancha, hasta el momento, no es equivalente sino menor al que se produce en otros servicios mayoristas. El nivel de inversión propia que requiere acceder al servicio NEBA Local implica un suficiente nivel de compromiso financiero por parte del operador alternativo, para contratar los accesos a nivel mayorista. Coincidimos con la resolución impugnada, en el sentido de que la medida que propone TESAU puede ser desproporcionada. Cuestión distinta sería que un concreto operador alternativo tuviera un nivel de impagos elevado o persistente, situación fáctica que podría solventarse mediante la correspondiente solicitud de autorización a la CNMC para, en el concreto caso, resolver el contrato con el operador que incumpla. La interoperabilidad exigible respecto de los clientes finales, aconseja mantener en este punto los términos de la resolución impugnada".

**SEGUNDO.-** La representación procesal de Telefónica de España, S.A.U. ha preparado recurso de casación contra la citada sentencia de 12 de diciembre de 2018, denunciando la infracción del artículo 106.1 en relación con el artículo 9.3 CE, y ello en relación con:

(i) El régimen de imposición de obligaciones [ artículos 13.4 y 14.1 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), artículo 10 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (Reglamento de Mercados) y artículo 12 de la Directiva 2002/19/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo (Directiva de Acceso)]. Régimen que, añade, debe atemperarse con los principios y objetivos recogidos en el artículo 3 LGTel y con lo dispuesto en los artículos 12.6 y 13.4 de la LGTel, artículo 4.2 del Reglamento de Mercados y artículo 5.3 de la Directiva de Acceso.

Y (ii) Los principios de buena regulación que proclama el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de diciembre, del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), y, entre ellos, los de proporcionalidad y seguridad jurídica; este último en su dimensión de elemento habilitador del control judicial de la discrecionalidad administrativa en tanto que dicho principio exige certidumbre en la elaboración y aplicación del marco regulatorio; certidumbre que se proyecta, entre otros aspectos, en el deber de objetividad de la actuación administrativa ( artículos 3.1 de la LRJSP y 103.1 CE ) y en la vinculación de la Administración al precedente administrativo [ artículo 35.1.c) de la LPAC ], así como los principios que sienta el artículo 4.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).



Alega, en síntesis, que el contrato tipo equivalente al del servicio de NEBA Local debería ser el del servicio NEBA, que preveía la situación de exceso de pedidos como excepción al pago de penalizaciones; sin embargo, la resolución administrativa considera que el de la OBA es el contrato tipo equivalente, y así lo confirma la Audiencia Nacional, y elimina tal facultad a TESAU, aduciendo que no se encuentra contemplada en la OBA, lo cual no es correcto, pues sí se recoge en el contrato tipo de la OBA esa facultad de TESAU. Y en el mismo sentido para el caso de suspensión del servicio en caso de impago, pues esta pretensión es congruente con lo dispuesto en el contrato tipo del servicio NEBA; además, suprimir la posibilidad de suspensión del servicio en caso de impago va más allá de la discrecionalidad técnica de la Administración; el contrato de servicio NEBA Local vincula a dos operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas, esto es, se trata de un contrato de arrendamiento de servicios, en el que, según lo señalado en el artículo 1544 Código Civil, una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto desde el momento en que firma sus términos y condiciones, momento en el que nacen las obligaciones contractuales previstas en el mismo. Añade que la facultad de TESAU de suspender el servicio ante impago del operador al que se le presta ya ha sido reconocida por STS de 4 de marzo de 2008.

Para la apreciación del interés casacional objetivo la parte recurrente invoca las letras a), b) y c) del artículo 88.2 de la LJCA, y las letras a) y d) del apartado 3 del citado artículo 88.

En cuanto al artículo 88.3.a) LJCA, afirma que no existe jurisprudencia sobre el artículo 129 LPAC, siendo necesario que se resuelva si el hecho de separarse de lo dispuesto en el contrato tipo del servicio equivalente al NEBA Local se ajusta al mandato legal contenido en el citado precepto. En relación con la presunción del artículo 88.3.d) LJCA, alega que estamos ante una resolución dictada por un organismo de supervisión y regulador cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, existiendo un interés casacional objetivo en que el Tribunal Supremo se pronuncie, desde la perspectiva del artículo 106.1 CE, sobre la correcta aplicación por la Audiencia Nacional de las técnicas de control de la discrecionalidad técnica diseñadas jurisprudencialmente. En relación con el artículo 88.2.a) LJCA, afirma la recurrente que la sentencia recurrida contradice la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2008, alegando que en el caso resuelto por dicha sentencia, al igual que en este recurso, el contrato contempla la posibilidad de extinción del mismo en caso de incumplimiento de las obligaciones esenciales contenidas en el contrato por una de las partes, y ello porque responde a las previsiones del artículo 1124 Código Civil. En relación con el artículo 88.2.b) LJCA, alega que las cuestiones suscitadas afectan al interés general en tanto que inciden en aspectos directamente ligados a aquél, como son la competencia en el mercado y la potenciación de los intereses de los usuarios finales. Y en relación con el artículo 88.2.c) LJCA, alega que afecta a todos aquellos servicios mayoristas en los que se contemplan tanto la situación de exceso de pedidos como causa de no aplicación de penalizaciones a los operadores, como la facultad de TESAU de suspender la prestación del servicio por retraso en el pago.

**TERCERO.**- La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso por auto de 28 de febrero 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 nombre de la mercantil Telefónica de España, S.A.U., en concepto de parte recurrente, y el Abogado del Estado, en concepto de parte recurrida.

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, S.A.U. contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 10 de enero de 2017, por la que se aprueba la Oferta de Referencia del Servicio Mayorista NEBA Local.

**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.-** Junto a la invocación del artículo 88.2.a ), b ) y c) de la LJCA , en el escrito de preparación se invoca los apartados a ) y d) del artículo 88.3 de la LJCA para razonar la concurrencia del interés casacional. Centrándonos en estos últimos, 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 las presunciones 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) de la LJCA en su inicial redacción, que configuraba como causa de inadmisión del recurso de casación la consistente en carecer manifiestamente de fundamento el recurso).

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

En efecto, la resolución administrativa recurrida señala, y así se recoge en la sentencia, que la excepción para el abono de las penalizaciones en caso de exceso de pedidos no está contemplada en la oferta mayorista equivalente (la oferta de acceso al bucle de abonado, OBA); ahora bien, ese no es el único razonamiento por el que la resolución administrativa suprime la situación de exceso de pedidos como causa de no aplicación del pago de penalizaciones, sino que la Administración tiene en cuenta otros factores, como son el que TESAU no cuantifica ni motiva los supuestos concretos en los que un posible "exceso de pedidos" podría impedir el cumplimiento de los tiempos de provisión, y que la determinación de los supuestos en que un exceso de pedidos por parte del operador contratante podría dar lugar a una exención del pago de penalizaciones queda al arbitrio de TESAU.

Y, lo que es más importante, teniendo en cuenta que el objeto del recurso de casación es la impugnación de la resolución judicial recurrida y no el acto administrativo, la sentencia, más allá de transcribir en parte la resolución administrativa, no funda la desestimación del recurso en el hecho de que la excepción en cuestión no esté contemplada en la oferta mayorista equivalente, sino que, en atención a los principios de libre competencia, alternativas posibles y criterio de proporcionalidad, la sentencia funda su fallo desestimatorio en que "(...) el arbitrio de la operadora PSM podría ser excesivo, ante la ambigüedad de la previsión, suponiendo una ruptura del principio de aseguramiento de la provisión de los servicios mayoristas dentro de los plazos que se marquen en la Oferta de Referencia. Debemos tener en cuenta la importancia del correcto desarrollo de la banda ancha, en el momento actual, y que el posible exceso de pedidos debería ser, en todo caso, puntual por lo que podría compensarse si tomamos en consideración la totalidad de los operadores que formulen los pedidos".

Esto es, la Sala de instancia no tuvo en cuenta la cuestión sobre el contrato tipo, sino que fundó su fallo en atención a los principios que cita y valorando los términos en que fue presentada la oferta de referencia por la operadora PSM, por lo que, la cuestión quedaría reducida a la valoración de los datos fácticos tomados en consideración, sin que sobre los mismos se plantee ninguna cuestión que trascienda del caso individualmente considerado.

**QUINTO.-** Y lo mismo puede afirmarse respecto de la suspensión del servicio en caso de impago, cuestión que no es abordada por la sentencia desde la perspectiva del cumplimiento de obligaciones de un contrato de arrendamientos de servicios, como ahora se plantea por la recurrente, a cuyo fin invoca la sentencia de esta Sala de 4 de marzo de 2008 , de la que no se puede afirmar la "sustancial igualdad" de las cuestiones resueltas en una y otra, en el bien entendido de que la "cuestión" cuya igualdad se predica viene determinada tanto por la norma aplicada como por la realidad a la que se aplica (la sentencia invocada de contraste traía causa de una resolución que tenía por acreditada la concurrencia de la causa de resolución recogida en la Cláusula número 15.1.4 del Acuerdo General de Interconexión de 29 de julio de 1999 (AGI) vigente entre ambos operadores, así como la concurrencia de la causa de suspensión de la interconexión prevista en la Cláusula número 12.5 del mismo Acuerdo). Además, se invocan unos artículos del Código Civil de los que no se justifica que fueran alegados en el proceso o tomados en consideración por la Sala de instancia, o que ésta hubiera debido observarlos aun sin ser alegados, ex artículo 89.2.b) LJCA .

La sentencia consideró desproporcionada la medida en cuestión con base en los mismos principios de libre competencia, alternativas posibles y criterio de proporcionalidad, concluyendo que la medida resulta desproporcionada desde la perspectiva de la interoperabilidad exigible respecto de los clientes finales, existiendo, además, otras posibilidades para paliar los efectos en caso de impago, como son el que la resolución impugnada recoge mecanismos de incentivación del cumplimiento, la valoración del nivel de riesgo



de impago o mora en los servicios asociados a la banda ancha, el nivel de inversión propia que requiere acceder al servicio NEBA Local, y la posibilidad de solicitar autorización a la CNMC para, en el concreto caso, resolver el contrato con el operador que incumpla. Valoración del principio de proporcionalidad sobre el que no se plantea ninguna cuestión de interés casacional que trascienda del caso individualmente considerado.

**SEXTO.**- Procede, por tanto, declarar la inadmisión del recurso; y, de conformidad con lo previsto en el artículo 90.8 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, 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 la parte recurrida por todos los conceptos, más el IVA correspondiente, si procediera.

La Sección de Admisión

**acuerda:**

Declarar la inadmisión del recurso de casación n.º 1564/2019 preparado por la representación de Telefónica de España, S.A.U. contra la sentencia de 12 de diciembre de 2018, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso n.º 241/2017, 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. Rafael Fernandez Valverde D<sup>a</sup>. Maria del Pilar Teso Gamella D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Francisco Jose Navarro Sanchis D. Fernando Roman Garcia