



Roj: **ATS 10905/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:10905A**

Id Cendoj: **28079130012018201806**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/10/2018**

Nº de Recurso: **3737/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo**

**Contencioso-Administrativo**

**Sección: PRIMERA**

**AUTO**

Fecha del auto: 08/10/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 3737/2018

Materia: COM NACI DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Submateria:

Fallo/Acuerdo: Auto Inadmisión

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Maria 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.: 3737/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Maria 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**

**AUTO**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez, presidente

D. Rafael Fernandez Valverde



D<sup>a</sup>. Maria del Pilar Teso Gamella

D. Jose Antonio Montero Fernandez

D. Jose Maria del Riego Valledor

D<sup>a</sup>. Ines Huerta Garicano

En Madrid, a 8 de octubre de 2018.

## HECHOS

**PRIMERO.**- La procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. María del Carmen Ortiz Cornago, en nombre y representación de Telefónica de España S.A.U., interpuso recurso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de 23 de julio de 2015, en materia de revisión del precio de la capacidad en PAI del servicio de banda ancha mayorista (NEBA), acordándose la modificación de los precios.

Mediante sentencia dictada en fecha 14 de marzo de 2018 (procedimiento ordinario 510/2015), el citado órgano jurisdiccional desestimó el recurso confirmando la resolución impugnada. En síntesis, la sentencia declara que el método utilizado para calcular los costes en que incurre Telefónica (operador significativo en el mercado), como consecuencia de la prestación del servicio de oferta de acceso mayorista a la banda ancha (el método *bottom up*), es adecuado y conforme a las recomendaciones de la Comisión Europea y ha sido avalado por la propia Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo.

Entiende la Sala de instancia, contra lo sostenido por la demandante, que de la valoración conjunta de los dictámenes y restantes documentos obrantes en el proceso, resulta que la aplicación del citado método no impide la recuperación de costes del desarrollo del servicio NEBA por Telefónica. Y añade que no se ha acreditado la afirmación base del recuso, esto es, la importante desviación entre la demanda de servicio de acceso a la banda ancha estimada y la demanda real. Por otro lado, la sentencia pone de manifiesto que del informe de la autoridad reguladora resulta que Telefónica ha obtenido beneficios con la prestación del servicio NEBA (sin haberse acreditado que los costes teóricos coincidan con los costes reales) y que, si bien el modelo aplicado es prospectivo (parte de la demanda conocida para estimar la demanda futura), consta que los precios no fueron bajos como sostiene Telefónica, sino altos, desincentivando la migración al servicio.

En definitiva, concluye la Sala que no aprecia la infracción de los principios de proporcionalidad, objetividad y seguridad jurídica, amparándose la actuación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) en los arts. 14.1 e) Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), el artículo 11. 4 del llamado Reglamento de mercados y el artículo 13. 1 de la Directiva de acceso. Los citados preceptos, se señala en la sentencia, permiten que la CNMC revise y controle los precios para fomentar la competencia efectiva y la protección de los consumidores, pudiendo utilizar métodos de cálculo distintos a los manejados por el operador para determinar una tasa razonable de rendimiento. No aprecia la Sala de instancia arbitrariedad y subraya que la *tasa razonable de rendimiento* no supone una contraprestación exacta de lo que la operadora considere que debe recibir por la prestación del servicio, así como *orientación a costes* no significa equivalencia de costes.

Finalmente, la Sala de instancia concluye realizando unas consideraciones sobre la valoración de la prueba, razonando por qué las conclusiones del informe de parte no han desvirtuado las conclusiones del perito independiente de la administración.

**SEGUNDO.**- Notificada la sentencia, la representación procesal de la entidad recurrente ha preparado recurso de casación en el que denuncia, en primer lugar, la infracción del artículo 9.3 de la Constitución Española (CE) en relación con el artículo 14.1.e) LGTel, con el artículo 11.4 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre ("Reglamento de Mercados") y con el artículo 13.1 de la Directiva 2002/19/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados y a su interconexión ("Directiva de Acceso").

Desde esta perspectiva alega la recurrente que se ha vulnerado el principio de permitir una *tasa razonable de rendimiento* de la inversión efectuada por Telefónica, como operador declarado con peso significativo en el mercado de acceso de banda ancha al por mayor y, por tanto, obligado a prestar el servicio mayorista NEBA.

En segundo lugar, denuncia Telefónica de España S.A.U. la infracción de los artículos 12.6 y 13.4 LGTel, el artículo 4.2 del Reglamento de Mercados y el artículo 5.3 de la Directiva de Acceso, que establecen que que las obligaciones y condiciones que imponga la CNMC al operador que tenga peso significativo en el mercado

serán objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias. Todo ello en relación, también, con el art. 4.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, relativo a la proporcionalidad de las limitaciones.

Finalmente, denuncia la infracción del art. 218 LEC de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, puesto que la sentencia recurrida no ha valorado la prueba pericial presentada por Telefónica conforme a las reglas de la lógica y de la razón.

Por lo que concierne a la justificación del interés casacional objetivo, se invoca en el escrito de preparación la concurrencia de la presunción prevista en el artículo 88. 3 d) de la Ley de la Jurisdicción (LJCA), así como la concurrencia de los supuestos contemplados en los apartados b) y c) del artículo 88. 2 LJCA puesto que, al entender de la recurrente, se ha sentado una doctrina gravemente dañosa, consistente en permitir la prestación de un servicio mayorista sin la debida recuperación de costes. Invoca también la concurrencia del artículo 88. 2 e) LJCA argumentando que la sentencia ha incurrido en error o mala interpretación de la doctrina constitucional sobre la valoración de la prueba.

**TERCERO.** - La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso por auto de 30 de mayo 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 ha personado ante esta Sala en tiempo y forma la entidad recurrente, representada por la procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. María del Carmen Ortiz Cornago.

Se ha personado, en la representación que legalmente ostenta, el Sr. abogado del Estado, quien formula oposición a la admisión del recurso. Alega, en resumen, que el asunto carece manifiestamente de interés casacional tratándose de un supuesto referido únicamente a la valoración de la prueba.

Se ha personado asimismo como parte recurrida la mercantil Orange Espagne, S.A.U., representada por el procurador de los Tribunales D. Roberto Alonso Verdú, quien formula oposición al recurso por el carácter eminentemente fáctico de las cuestiones suscitadas, que evidencian una discrepancia con la valoración de las pruebas realizada en la sentencia, que queda excluida del recurso de casación con arreglo a lo dispuesto en el artículo 87 bis 1 de la LJCA.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor, Magistrado de la Sala.

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.**- La cuestión debatida en la instancia, que da origen a este recurso de casación, es la revisión de los precios del servicio de oferta mayorista de banda ancha que presta Telefónica como operador significativo del mercado. Entiende la mercantil que la revisión operada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) no le permite recuperar los costes de la inversión. La actora no cuestiona tanto el método concreto utilizado, como los datos incorporados al cálculo por la Comisión, datos que, a su entender, parten de una sobreestimación de la demanda del servicio NEBA, con la consiguiente imposibilidad para Telefónica de recuperar la inversión realizada y la quiebra de los principios de rentabilidad razonable, objetividad y proporcionalidad.

La Sala de instancia, por el contrario, considera que la metodología aplicada es la correcta y que no se ha acreditado ni la importante desviación entre demanda estimada y estimada real que alega la actora, ni que los precios aplicados en relación con los otros servicios hayan impedido que Telefónica recupere su inversión. Y recuerda que el principio de orientación a costes, no significa equivalencia de costes.

**SEGUNDO.**- Planteada en estos términos la controversia, y con carácter previo a la verificación de si concurre un interés casacional en el asunto, debemos señalar que el escrito de preparación no cumple con el requisito que impone al escrito de preparación el artículo 89. 2 d) de la Ley de la Jurisdicción (LJCA), concerniente a la justificación de la relevancia de la infracción, al menos en lo relativo a dos de los bloques de infracciones denunciadas.

La verificación de que el escrito de preparación contiene un razonamiento sobre el por qué y en qué manera las infracciones que se denuncian han sido determinantes del fallo, debe realizarse con carácter previo al estudio de los eventuales supuestos de interés casacional objetivo alegados, pues se trata de un requisito distinto, y de carácter previo, al de justificar la existencia del interés casacional del asunto.

Esta ausencia de juicio de relevancia (de justificación de su carácter determinante en el fallo), es la que se aprecia en relación con la infracción de los preceptos de la LGTel, del Reglamento de Mercados y de la Directiva de Acceso respecto, por un lado, la vulneración del principio de tasa razonable de rendimiento de la inversión efectuada por Telefónica y, por otro lado, la quiebra de los principios de objetividad, proporcionalidad y carácter



no discriminatorio de las obligaciones y condiciones impuestas a los operadores con peso significativo en el mercado. En definitiva, no se cumplen los requisitos de prosperabilidad del recurso y, por tanto, éste debe ser inadmitido al menos respecto de tales infracciones.

El obligado juicio de relevancia que impone el artículo 89.2 d) LJCA, sí se contiene (únicamente) en relación con la infracción de los preceptos relativos a las reglas de valoración de la prueba; valoración de la prueba que la recurrente considera contraria a las reglas de la sana crítica.

**TERCERO.** - Centrado por tanto el análisis de lo planteado en el recurso de casación a las alegaciones en torno a la valoración de la prueba, resulta evidente que, aun concurriendo la presunción prevista en el artículo 88. 3 d) LJCA, el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia puesto que, sin necesidad de complejos razonamientos o profundos estudios del tema litigioso -vid. autos de 10 de abril de 2017 (RRCA 225/2017 y 227/2017)-, se desprende que lo único que se imputa a la Sala de instancia una errónea e ilógica valoración de la prueba (en concreto, del dictamen pericial de parte) que, como se argumenta en los escritos de oposición al recurso, queda extramuros del recurso de casación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 87 bis LJCA.

En definitiva, en *el asunto suscitado por la parte recurrente* no se aprecia una cuestión jurídica que requiera de interpretación para la formación de jurisprudencia, careciendo de virtualidad expansiva, pues lo cuestionado es, en realidad, el resultado valorativo de la prueba, sin plantear una infracción de la norma jurídica que establece los criterios de valoración que debe utilizar un Tribunal.

**CUARTO.** - 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 mil euros la cantidad que la condenada al pago de las costas ha de satisfacer a cada una de las partes recurridas por su personación y oposición al recurso.

Por lo expuesto,

#### La Sección de Admisión acuerda:

1º. Declarar la inadmisión del recurso de casación núm. 3737/2018 preparado por la representación procesal de Telefónica de España S.A.U, contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Octava, de 14 de marzo de 2018 (procedimiento ordinario núm. 510/2015), con imposición de costas a la parte recurrente en los términos señalados en el último razonamiento 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