



Roj: **STS 1032/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1032**

Id Cendoj: **28079130032018100116**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **19/03/2018**

Nº de Recurso: **2395/2015**

Nº de Resolución: **435/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1859/2015,**
STS 1032/2018,
AATS 4699/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 435/2018

Fecha de sentencia: 19/03/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2395/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/03/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 8

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: AVJ

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2395/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 435/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente



D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. Maria Isabel Perello Domenech

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 19 de marzo de 2018.

Esta Sala ha visto constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 2395/2015, interpuesto por Telefónica de España, S.A.U., (Telefónica), representada por la procuradora de los tribunales doña Carmen Ortiz Cornago y bajo la dirección letrada de doña Silvia Marín Rojas, contra la sentencia de 4 de mayo de 2015, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso-administrativo núm. 446/2013, contra la resolución de fecha 11 de abril de 2013, relativa a la migración de los servicios mayoristas Gig ADSL y ADSL-IP al nuevo servicio NEBA. Recurridas en reposición, resultó confirmada en la posterior de 18 de julio de 2013. Han sido partes recurrentes R Cable y Telecomunicaciones Galicia, S.A., representada por la procuradora doña María Isabel Campillo García y bajo la dirección letrada de doña Ana Pardo Antequera, Orange Espagne, S.A.U., representada por el procurador don Roberto Alonso Verdú con la asistencia letrada de don Pablo Mayor Menéndez y don Álvaro Sánchez-Bordona Benardelli y la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La sentencia recurrida contiene parte dispositiva del siguiente tenor:

«FALLAMOS.-

PRIMERO.-DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo formulado por "**TELEFONICA DE ESPAÑA, SAU**", contra resolución del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, de fecha 28 de enero de 2011, a que las presentes actuaciones se contraen.

SEGUNDO .- Se imponen las costas a la parte actora.».

SEGUNDO. Notificada la anterior sentencia, el representante legal de Telefónica España SAU (en adelante Telefónica) interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sección octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 4 de mayo de 2015 (rec. 446/2013) por la que se desestimó el recurso interpuesto por esa misma entidad contra las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 11 de abril de 2013, posteriormente confirmada en reposición por resolución de 18 de julio de 2013.

El recurso se funda en los siguientes motivos de casación:

1º El primero motivo, formulado al amparo del art. 88.1.c) de la LJ, considera que la sentencia recurrida no responde a todas las cuestiones planteadas por Telefónica y le falta claridad en cuanto a las pretensiones.

Afirma que la sentencia de instancia no ha tenido en cuenta el conjunto de las pretensiones aducidas centrándose en las referidas en el Anexo I de la resolución DT 2012/14477 sin tomar en consideración que su demanda cuestionó también el f.j material segundo del acto recurrido AJ 2013/884 y la vulneración de principios generales contemplados en la LGTEL.

Así mismo considera que la sentencia identifica de forma errónea en el fallo la resolución impugnada y el órgano que la dictó, por lo que entiende que la sentencia no tiene coherencia interna al no tener la necesaria correlación entre la *ratio decidendi* y lo resuelto en el fallo.

2º El segundo motivo, planteado al amparo del art. 88.1.c) de la LJ, aduce la vulneración de los artículos 218.2 de la LEC y de los artículos 120.3 y 24.1 de la Constitución por falta de motivación de la sentencia.

Considera que la finalidad última de los actos recurridos era la disponibilidad del servicio NEBA lo antes posible. El órgano regulador ha supeditado una efectividad técnica y operativa real de disponibilidad del servicio NEBA, que estaba disponible al 28 de junio de 2013, a un procedimiento administrativo que se ha dilatado por nueve meses. Dilación que ha provocado que Telefónica tuviera que asumir durante el tiempo que duró ese



procedimiento administrativo de comprobación dos obligaciones: mantenimiento de la obligación de prestar los servicios ADSL IP y GigADSL IP en condiciones reguladas y con descuentos; aplicación de unos descuentos en el servicio AMLT por más tiempo del inicialmente impuesto. La sentencia no realiza una ponderación de los intereses afectados por los actos recurridos y lejos de motivar su decisión se limita a verter afirmaciones imprecisas y sin fundamento.

3º El tercer motivo, formulado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ , alega la vulneración del artículo 12.6 y 14.3 de la LGTEL, 9.3 y 103 de la CE , art. 3.1 de la LJ . Eficacia y seguridad jurídica en relación con el principio de intervención mínima.

A su juicio, la sentencia no vierte razonamiento jurídico alguno que justifique que la disponibilidad efectiva de un servicio exija un plazo administrativo adicional sin tener en cuenta que el servicio ya se venía usando por los operadores de la competencia. La sentencia ni siquiera cuestiona que el servicio estuviera disponible el 28 de junio de 2013.

También considera que las obligaciones impuestas a Telefónica de aplicar descuentos se han mantenido con una conducta de la CMT que no ha respetado el principio de objetividad, disponibilidad del servicio, falta de transparencia y falta de proporcionalidad.

4º El cuarto motivo, formulado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ , por vulneración del artículo 3.1 LRJPAC en relación con el artículo 103 de Constitución por la defectuosa o ausente valoración de hechos y de la prueba pericial.

La sentencia debería haber dedicado un razonamiento jurídico mínimo por el que se rechaza la pericial técnica aportada, tendente a acreditar que el servicio NEBA estaba disponible el 28 de junio de 2013 y que la CMT lo pudo verificar desde la fecha de comunicación de disponibilidad.

TERCERO. Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, la parte recurrente, se personó ante esta Sala e interpuso el anunciado recurso de casación, expresando los motivos en que se funda.

CUARTO. Teniendo por interpuesto y admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó a las partes recurridas para que en el plazo de treinta días, formalizaran escrito de oposición, lo que realizó el Abogado del Estado, oponiéndose al recurso de casación y suplicando a la Sala: «[...] dictando sentencia por la que se rechacen los motivos y el recurso, confirmando la sentencia recurrida. Con costas».

La representación procesal de R Cable y Telecomunicaciones Galicia, S.A., presento escrito oponiéndose y suplicando a la Sala: «[...] dicte sentencia por la que:

1. inadmita los motivos tercero y cuarto del recurso de casación interpuesto de contrario y desestime los motivos primero y segundo del recurso de casación interpuesto de contrario confirmando íntegramente la sentencia impugnada con expresa condena en costas a la recurrente.

2. subsidiariamente y para el caso de no estimarse la solicitud de inadmisión de los motivos tercero y cuarto del recurso de casación, desestime todos y cada uno de los motivos del recurso de casación interpuesto de contrario confirmando íntegramente la sentencia impugnada con expresa condena en costas a la recurrente.».

La representación procesal de Orange, formalizó el trámite de oposición, presentado escrito oponiéndose y suplicando a la Sala: «[...] acuerde inadmitir el recurso y, en su caso, desestime íntegramente el mismo, con expresa condena en costas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA .».

QUINTO. Evacuado dicho trámite, se dieron por conclusas las actuaciones, señalándose para votación y fallo la audiencia el día 13 de marzo de 2018, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . Telefónica interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sección octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 4 de mayo de 2015 (rec. 446/2013) por la que se desestimó el recurso interpuesto por esa misma entidad contra las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 11 de abril de 2013, posteriormente confirmada en reposición por resolución de 18 de julio de 2013.

La resolución de 11 de abril de 2013 en relación con la migración al servicio Neba, cuyo Anexo I estipulaba que la declaración sobre disponibilidad del servicio NEBA quedaba condicionada a que Telefónica notificase a la CMT el cumplimiento de los hitos indicados en una previa resolución y a la posterior comprobación administrativa («la CMT abrirá un procedimiento administrativo al objeto de constatar la disponibilidad efectiva del servicio



NEBA»). La sentencia de instancia consideró que dicha condición era conforme a derecho, rechazando la pretensión de la parte recurrente de que la disponibilidad se entendiese efectiva desde que materialmente el servicio estuvo operativo, lo que ocurrió el 28 de junio de 2013.

SEGUNDO . Sobre la inadmisibilidad del motivo tercero.

La entidad Orange plantea la inadmisibilidad del motivo tercero, por entender que está defectuosamente preparado y no contiene una crítica a la sentencia.

Aun cuando es cierto que a lo largo del razonamiento utilizado en este tercer motivo la parte llega a sostener que la sentencia no vierte razonamiento jurídico alguno que justifique la existencia de un mecanismo de comprobación sine die, por lo que pudiera pesarse que plantea una falta de motivación. Lo cierto es que esta expresión es utilizada en un contexto en el que la parte critica el razonamiento jurídico utilizado por la sentencia y la remisión a un precedente anterior y critica la falta de una fundamentación consistente que sustente su conclusión jurídica, cuestiones estas que se incardinan en el intento de razonar una incorrecta aplicación de principios jurídicos tales como el de eficacia que la parte entiende han sido vulnerados por la sentencia. Por ello, no puede considerarse que en este motivo se esté denunciando una falta de motivación y, en consecuencia, no se aprecia una mezcla de infracciones sustantivas y procedimentales que pueda conducir a la inadmisión de este motivo.

Así mismo sostiene que el motivo debe ser inadmitido por cuanto reitera lo ya señalado en la demanda sin existir referencias específicas a la sentencia. Esta alegación de inadmisión tampoco puede ser acogida pues a lo largo de este motivo se critica el razonamiento y fundamentación de la sentencia de instancia para entender que se fija un criterio con el que muestra su disconformidad y que rebate.

Se rechaza la causa de inadmisibilidad planteada.

TERCERO. Sobre la falta de claridad de la sentencia.

El primero motivo considera que la sentencia recurrida no responde a todas las cuestiones planteadas por Telefónica y le falta claridad en cuanto a las pretensiones.

Basta procede a la lectura de la demanda para constatar que la sentencia ha dado respuesta a su pretensión y a la cuestión nuclear planteada, sin que pueda considerarse que la sentencia incurra en incongruencia alguna, pues no puede tenerse como tal la falta de alusión o respuesta a cada una de las afirmaciones contenidas en la demanda que no constituyan una pretensión o fundamento esencial que la justifique.

Por otra parte, el hecho de que la sentencia cometa un error al tiempo de reseñar en el fallo el acto impugnado carece de trascendencia anulatoria, pues el acto administrativo está correctamente identificado en el resto de la sentencia y de su fundamentación jurídica se aprecia que el tribunal se ha pronunciado respecto de la cuestión litigiosa planteada, por lo que se trata de un mero error material carente de trascendencia alguna.

CUARTO . Sobre la falta de motivación de la sentencia.

El segundo motivo aduce la falta de motivación de la sentencia por entender que no realiza una ponderación de los intereses afectados por los actos recurridos y se limita a verter afirmaciones imprecisas y sin fundamento.

La parte recurrente plantea como falta de motivación lo que, en realidad, es una discrepancia respecto de la decisión de supeditar a un procedimiento administrativo de comprobación la disponibilidad del servicio Neba, en lugar de tomar en consideración como tal la fecha en la que el recurrente consideró que el servicio estaba disponible. Alcanzada esta conclusión la pretendida ponderación sobre los perjuicios que implicaba el mantenimiento del anterior servicio resulta irrelevante para la decisión adoptada. Basta proceder a la lectura de la sentencia impugnada para constatar que en ella se motiva la decisión de fondo adoptada, sin que pueda confundirse la falta de motivación con la discrepancia con la motivación ofrecida.

QUINTO . Sobre la fecha de declaración de disponibilidad del servicio NEBA y la valoración de la prueba.

El tercer motivo considera que la sentencia no vierte razonamiento jurídico alguno que justifique que la disponibilidad efectiva de un servicio exija un plazo administrativo adicional para comprobar su disponibilidad sin tener en cuenta que el servicio ya se venía usando por los operadores de la competencia. Se invocan como infringidos los preceptos de la LGTEL y los principios de eficacia y seguridad jurídica en relación con el principio de intervención mínima. Y así mismo se denuncia en el siguiente motivo la defectuosa o ausente valoración de hechos y de la prueba pericial, al no haber razonado porque rechazaba la pericial aportada para acreditar que el servicio NEBA estaba disponible el 28 de junio de 2013 y que la CMT lo pudo verificar desde la fecha de comunicación de disponibilidad.



Este Tribunal, siguiendo el criterio sentado en la STS de 15 de marzo de 2018 (rec. 3683/2015), considera que «[...] la puesta en funcionamiento de un servicio técnicamente complejo y que afecta a otros operadores del sector justifica que quede sujeto a una labor de comprobación administrativa por parte del órgano regulador antes de darle plena operatividad técnica y jurídica. En ese sentido, hemos de reiterar también ahora que resulta irrelevante la prueba pericial aducida por Telefónica sobre la fecha el servicio en que estaba materialmente operativo, pues no es esa la cuestión litigiosa, sino la legalidad de prever un procedimiento administrativo de comprobación antes de avalar la plena operatividad del servicio. Y si bien en algún momento la parte se queja de la excesiva duración de dicho período, tampoco afirma que fuese abusivo o manifiestamente desmesurado. No cabe duda, por lo demás, de que se trata de un procedimiento complejo con intervención de los operadores afectados para que comprueben asimismo la funcionalidad del sistema, lo que inevitablemente implica una duración mayor de lo que requeriría, por ejemplo, una verificación puntual de una instalación» .

Por lo que respecta a la defectuosa o ausente valoración de los hechos y de la prueba por no haber atendido a la prueba practicada en autos sobre la efectiva operatividad del sistema NEBA el día de la comunicación de disponibilidad efectuada por Telefónica el 28 de junio de 2013 o incluso antes. Tan solo cabe reiterar que, como se ha apuntado en el anterior fundamento de derecho, tal operatividad no constituye un óbice a la procedencia de la comprobación administrativa por parte del regulador, tal como estaba establecido en el anexo I de la Resolución de Migración.

SEXTO . Costas.

Procede, por todo lo expuesto, la desestimación del recurso de casación con la preceptiva condena en costas a la parte que lo ha sostenido, conforme prescribe el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional . A tenor del apartado tercero de este artículo, la imposición de las costas podrá ser «a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima». La Sala considera procedente en este supuesto limitar hasta una cifra máxima de cuatro mil euros la cantidad que, por todos los conceptos, la condenada al pago de las costas ha de satisfacer a la parte recurrida.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación de Telefónica España SAU (en adelante Telefónica) contra la sentencia de la Sección octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 4 de mayo de 2015 (rec. 446/2013) con imposición de las costas del presente recurso a la parte recurrente, en los términos fijados en el último fundamento de derecho de esta sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas D^a. Maria Isabel Perello Domenech

D. Diego Cordoba Castroverde D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente **D.Diego Cordoba Castroverde** , estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.