



Roj: **ATS 1373/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1373A**

Id Cendoj: **28079130012018200288**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/02/2018**

Nº de Recurso: **6709/2017**

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: 19/02/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 6709/2017

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: Secretaría Sección 103

Secretaría de Sala Destino:

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 6709/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor

Letrada de la Administración de Justicia: Secretaría Sección 103

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: PRIMERA

AUTO

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez, presidente



D^a. Celsa Pico Lorenzo

D. Emilio Frias Ponce

D. Jose Antonio Montero Fernandez

D. Jose Maria del Riego Valledor

D^a. Ines Huerta Garicano

En Madrid, a 19 de febrero de 2018.

HECHOS

PRIMERO.- La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha dictado, con fecha 11 de octubre de 2017, sentencia desestimatoria del recurso contencioso-administrativo número 144/2016, interpuesto por la entidad Telefónica de España S.A.U., contra la resolución de 2 de febrero de 2016 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se declara a la recurrente responsable de una infracción del artículo 77.27 de la Ley General de Telecomunicaciones, y se le impone una sanción de 50.000 euros.

La citada resolución de 2 de febrero de 2016 señala que Telefónica no ha emitido los certificados de detalle de impagos debidamente desglosados por operador asignatario de la numeración desde el 1 de julio de 2011 hasta el 28 de febrero de 2015, lo que supone una infracción muy grave tipificada en el artículo 76.12 de la LGTel, por el incumplimiento de los apartados 6.5.3 y 6.5.4 de la Oferta de Interconexión de Referencia (OIR) de Telefónica, en los términos modificados por la resolución de la CMT, de fecha 23 de junio de 2011, por la que se resolvieron los recursos de reposición interpuestos por Telefónica y por Orange contra la resolución de 18 de noviembre de 2010 que modificó la OIR.

La sentencia desestima el recurso. Razona que Premium Numbers planteó conflicto ante la CNMC frente a Telefónica, solicitando que dicho operador le remitiera la información sobre impagos de servicios de tarificación adicional por parte de los abonados de Telefónica de conformidad con lo establecido en la resolución del recurso de modificación de la OIR de 2010, conflicto que fue resuelto mediante resolución de la citada Comisión de fecha 10 de febrero de 2015, el cual fue recurrido ante la jurisdicción contencioso-administrativa, siendo resuelto el recurso por sentencia de 10 de abril de 2017, dictada por la misma Sala y Sección de la Audiencia Nacional. Añade que la cuestión que ahora se plantea como base para imponer la sanción es la misma que la dilucidada en la citada sentencia, que concluyó entendiendo que la obligación impuesta a Telefónica era conforme a derecho, y ello por considerar que Telefónica <<tiene la obligación de facilitar Orange los datos y documentación prevista en los apartados 6.5.3 y 6.5.4 OIR, información de impagos de tarifas especiales, en este caso de Premium Numbers, debidamente desagregada de la del resto de los operadores a los que Orange entrega las llamadas, de modo que este operador "se las pasará a Premium Numbers para que pueda llevar a cabo sus acciones de cobro", además de que "Telefónica deberá entregar un documento firmado digitalmente que certifique los impagos definitivos desglosados por factura y por operador asignatario de la numeración de tarificación adicional">>, y que <<conforme a las determinaciones establecidas en la OIR, Telefónica está obligada a poner a disposición del operador de red inteligente los documentos de detalle en los que se certifique la finalización de las gestiones de cobro con los datos debidamente desglosados>>.

Por otra parte, la sentencia pone de manifiesto que en su previa sentencia de 10 de abril de 2017 ya se resolvieron las alegaciones pertinentes respecto de la antijuridicidad de la conducta, así como lo referido a los principios de legalidad, proporcionalidad, objetividad y seguridad jurídica, y concluye que la conducta que aquí es objeto de sanción es típica y antijurídica, al venir determinada por el incumplimiento de una obligación impuesta en la modificación de la OIR.

Por último, en cuanto a la culpabilidad, la sentencia, remitiéndose a lo razonado en previa sentencia de 5 de julio de 2017, considera que no puede sostenerse una falta de culpabilidad.

SEGUNDO.- La procuradora de los Tribunales, D.^a Carmen Ortiz Cornago, en nombre de la entidad Telefónica de España, S.A.U., bajo la dirección letrada de D.^a Silvia Marín Rojas, ha preparado recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Octava) de 11 de octubre de 2017, (recurso núm. 144/2016).

Denuncia que la sentencia infringe el artículo 77.27 de la LGTel, el principio de tipicidad previsto en el artículo 25.1 CE, el principio de seguridad jurídica previsto en los artículos 9.3 y 106 CE, los artículos 33 y 67 LJCA, 216 y 218 LEC y 24 CE, que velan por la congruencia de las sentencias, y el artículo 130.1 Ley 30/1992, así como la jurisprudencia que cita relativa al principio de tipicidad.



Alega, en síntesis, que la conducta presuntamente infractora se limita a una forma concreta de realizar el desglose en los certificados de impagos por parte de Telefónica no predeterminada expresamente; forma de desglose, por otra parte, que se ha venido realizando desde 2011 de la misma manera sin que existiera reclamación o incidencia alguna por parte de los operadores. Añade que las resoluciones de la CNMC por las que se modifica la OIR, supuestamente infringidas, ni siquiera modificaron uno de los dos apartados -6.5.3- cuya conducta, presuntamente, fue incumplida, por lo que nunca se pudo incumplir la presunta modificación del citado apartado, ya que las resoluciones no lo modificaron. Y en cuanto al apartado 6.5.4, el mismo no predetermina que la obligación consista en emitir certificados de impago independientes por cada PSTA, sino que se limita a obligar a "aportar la información de impagos debidamente desglosada por PSTA"; esto es, no determinan que para dar cumplimiento a la obligación de desglosar por operador en el certificado de impagos se deban emitir certificados independientes. Por ello, considera jurídicamente inaceptable, a la luz del principio de tipicidad, que el tipo infractor en que se pretende encajar la conducta reprochada pueda ser configurado mediante una interpretación extensiva e interesada de los apartados 6.5.3 y 6.5.4 de la OIR, y no de la literalidad de los mismos. Por otra parte, y en relación con la sentencia de la Sala de instancia de 10 de abril de 2017, en la que se funda la sentencia que aquí se pretende recurrir para afirmar que la conducta es típica porque se trata de una obligación que se ha confirmado por esa previa sentencia, alega que dicha sentencia, aparte de haberse recurrido en casación, se refería a unos hechos concretos y se circunscribían a un conflicto exclusivo entre dos operadores, y no se pronuncia sobre los principios e tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Invoca, para la apreciación del interés casacional objetivo, las letras a) y d) del apartado 3 del artículo 88 LJCA; la letra a), porque se ha aplicado el artículo 77.27 LGTel, sobre el que no existe jurisprudencia; y la letra d), puesto que se resuelve sobre la resolución dictada por el órgano regulador competente en materia de Telecomunicaciones, CNMC.

También invoca el supuesto de interés casacional del artículo 88.2.e) en relación con su letra a), porque la sentencia se aleja de criterios jurisprudenciales consolidados en la interpretación del principio de tipicidad que rige el procedimiento sancionador administrativo; alega que ni las resoluciones presuntamente infringidas ni el propio texto de la OIR establece de una forma concreta en la que debe realizarse el desglose que hagan presumir o suponer con certeza a su representada -o a un tercero- que el desglose implica la emisión de certificados independientes y/o de una forma diferente a la habitual en el sector; y que lo que presenta interés casacional es si la conducta por la que puede ser sancionado un operador, conforme a lo dispuesto en el artículo 77.27 LGTel, debe estar predeterminada previamente.

Por último, invoca la letra c) del artículo 88.2 LJCA, pues cada Oferta regulada por la CNMC puede contener más de 500 obligaciones, por lo que el debate puede extrapolarse y afectar a infinidad de casos en similar o idéntica situación, ya que el debate jurídico que se plantea es si su representada, o cualquier otro operador y/o obligado, pueden ser sancionados por una conducta que no está definida con la suficiente certeza en cuanto a la forma de llevarla a cabo en una norma o en una resolución.

TERCERO.- La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso por auto de 20 de diciembre 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, S.A.U., en concepto de parte recurrente, y el abogado del Estado, en concepto de parte recurrida, quien ha vertido alegaciones oponiéndose a la admisibilidad del recurso de casación.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor, 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 contra la resolución de 2 de febrero de 2016 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se declara a Telefónica, S.A.U. responsable de una infracción del artículo 77.27 de la Ley General de Telecomunicaciones, y se le impone una sanción de 50.000 euros.

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 afirma la recurrente que concurren las presunciones de interés casacional de las letras a) y d) del artículo 88.3 LJCA , al haberse aplicado el artículo 77.27 LGTel, sobre el que no existe jurisprudencia; y porque la resolución recurrida ha sido dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

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).

CUARTO.- 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, en cuanto concierne al tema de fondo debatido en el litigio, deben tildarse de manifiestamente carentes de interés casacional, al igual que concluimos al inadmitir, por auto de fecha 24 de octubre de 2017, el recurso de casación RCA/3295/2017, preparado por la misma mercantil aquí recurrente contra la sentencia de 10 de abril de 2017, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional , en el procedimiento ordinario núm. 175/2015, a la que se remite la sentencia objeto del presente recurso de casación como fundamento de su fallo.

En efecto, en dicho auto de 24 de octubre de 2017 dijimos:

<<Concretamente, la recurrente afirma que la forma en que se ha remitido la información sobre impagados es conforme a la OIR, sin que sea necesario el desglose desagregado por prestadora de servicios de tarificación adicional, siendo así que ello no se desprende de la OIR, sin que a la sazón se haya ocasionado ningún perjuicio hasta ahora.

Sin embargo, la sentencia parte de que los apartados 6.5.3 y 6.5.4 de la OIR exige la aportación de la información y certificación detalle de forma desagregada por prestador de servicios de tarificación adicional conforme a la resolución del recurso frente a la modificación de la OIR, (tal y como señala la CNMC), ya que no es responsabilidad de los operadores de tránsito, (Orange, en este caso), tratar los datos de los certificados que envíe Telefónica, para filtrar la información a remitir posteriormente a los operadores prestadores de servicios de tarificación adicional, a que se ve obligada dado que las acreditaciones se facilitan sin ningún tipo de identificador relevante y se mezclan detalles de llamadas impagadas efectuadas contra números asignados a diferentes operadores.

En atención a lo expuesto, los términos en que está planteado el debate nos lleva a concluir la carencia manifiesta de interés casacional, pues, no deja de suponer la discrepancia de la recurrente sobre la aplicación de la OIR, en lo afectante a la forma de aportación de la información sobre impagados de forma desagregada al caso concreto, que carece de proyección o interés general para la formación de jurisprudencia>>.

Y ahora, con ocasión del expediente sancionador, Telefónica, S.A.U. incide en las mismas cuestiones, alegando que no puede ser sancionada, porque la OIR no establece que sea necesario el desglose desagregado por prestadora de servicios de tarificación adicional, cuestión que ya se ha dicho por esta Sala en el citado auto que carece de interés general para la formación de jurisprudencia.

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 recurrente ha de satisfacer a la parte recurrida.

Por lo expuesto,

La Sección de Admisión acuerda:

Declarar la inadmisión del recurso de casación n.º 6709/2017 preparado por la representación de la entidad Telefónica de España, S.A.U. contra la sentencia de 11 de octubre de 2017, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el procedimiento ordinario n.º 144/2016.

Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

Así lo acuerdan y firman.

D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez D^a. Celsa Pico Lorenzo

D. Emilio Frias Ponce D. Jose Antonio Montero Fernandez

D. Jose Maria del Riego Valledor D^a. Ines Huerta Garicano

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ