



Roj: **ATS 5638/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:5638A**

Id Cendoj: **28079130012019200842**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/05/2019**

Nº de Recurso: **1170/2019**

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: 24/05/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 1170/2019

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.: 1170/2019

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 Excmo. Sra.

D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez, presidente

D. Rafael Fernandez Valverde



D^a. Maria del Pilar Teso Gamella
D. Wenceslao Francisco Olea Godoy
D. Francisco Jose Navarro Sanchis
D. Fernando Roman Garcia
En Madrid, a 24 de mayo 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 (recursos acumulados 19/2017 y 21/2017), sentencia desestimando los recursos contencioso-administrativos interpuestos por Telefónica Móviles España, S.A.U. (TME) y Telefónica de España, S.A.U. (TESAU) contra la resolución dictada el día 17 de noviembre de 2016 por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), por la que se establece la tasa anual del coste del capital para 2016 de los operadores Telefónica de España, S.A.U., Telefónica Móviles España, S.A.U., Vodafone España, S.A. y Orange Espagne, S.A.U.

La sentencia pone de manifiesto que no se discute por la parte recurrente la competencia de la CNMC para determinar el sistema de contabilidad de costes que deberá aplicarse, sino que lo que se discute es si en el ejercicio de las competencias que a dicho Regulador otorga el artículo 70.2 de la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones, ha incurrido en arbitrariedad.

Razona la sentencia que en la resolución de diciembre de 2012 en ningún momento se imponía como criterio metodológico exclusivo la aplicación de la mediana, lo cual supondría la utilización de más de dos fuentes, y tampoco se determina el número de fuentes a considerar. Añade que la Comisión ha ido variando de fuentes de referencia, por lo que no puede mantenerse que se haya apartado en el ejercicio 2016 de la metodología aplicada desde el año 2012, y que en dicho año no se tuvo en cuenta las estimaciones de las dos fuentes que TESAU y TME pretendían que se tuviesen como fuente en 2016. En cuanto a la aplicación de la mediana para efectuar el cálculo, razona que tuvo su razón de ser en los años en que las fuentes de información fueron cuatro y cinco, pero que en el año 2016, al tomarse solo dos fuentes, la estimación ha de hacerse con la media, estando ambos sistemas expresamente previstos en la resolución de 2012. Por todo ello, concluye la sentencia que la metodología empleada para la estimación de la prima por riesgo de mercado (P_m) está suficientemente justificada en la resolución impugnada.

A continuación, la sentencia examina el informe pericial aportado por la parte recurrente y el informe técnico aportado por el Abogado del Estado, y concluye:

"Teniendo en consideración todo lo expuesto y actuado, las competencias de la CNMC en materia de control de precios y contabilidad de coste, su discrecionalidad técnica, la suficiente motivación de la aplicación de la metodología previamente adoptada, respecto al año 2016, así como el resultado de los informes periciales aportados por ambas partes en el recurso, entiende el tribunal que no pueden ser acogidos los motivos de impugnación de TESAU y TME, por cuanto su razonable -y ampliamente razonado- criterio en relación con la estimación de la prima de mercado, evidencias su lógica pretensión de que se adopte la fórmula de estimación que daría el resultado a su juicio más favorable a sus intereses, pero no justifica que la Comisión se haya excedido en sus competencias ni que haya actuado de manera arbitraria, vulnerando la seguridad jurídica o generando indefensión a las entidades recurrentes".

SEGUNDO.- La procuradora D.^a María del Carmen Ortiz Cornago, en representación de Telefónica Móviles España, S.A.U. y Telefónica de España, S.A.U., ha preparado recurso de casación contra la anterior sentencia.

Invoca en su escrito de preparación la infracción del artículo 106.1 en relación con el artículo 9.3 CE, por ausencia de motivación lógica, suficiente y razonable (artículo 35.1.i) Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) de la resolución de la CNMC que la sentencia considera ajustada a Derecho, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo que perfila los parámetros de control de la discrecionalidad técnica y del alcance de las potestades de la Administración autora del acto.

También invoca la infracción del artículo 106.1 CE desde la perspectiva que habilita a los Tribunales a fiscalizar no solo la legalidad de la actuación de la Administración, sino también el sometimiento de ésta a los fines que la justifican. Alega que la Sala de instancia ha incurrido en un déficit de control del cumplimiento de dichos fines por la resolución recurrida, y ello en relación con el régimen de imposición de obligaciones (artículos 13.4 y 14.1 de la LGTel y 11 del Reglamento de Mercado) a los operadores declarados con poder significativo en el



mercado, régimen que debe atemperarse a los principios y objetivos recogidos en los artículos 3 y 13.4 de la LGTel y 4.2 del Reglamento de Mercado, así como en el artículo 8.5 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento y del Consejo, de 7 de marzo de 2002. Añade que se han infringido los principios de buena regulación que proclama el artículo 129 de la Ley 39/2015, 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 (artículo 3.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y 103.1 CE) y en la vinculación de la Administración al precedente administrativo (artículo 35.1.c) de la Ley 40/2015), así como los principios que sienta el artículo 4.1 de la Ley 40/2015, relativos al ejercicio por las Administraciones Públicas de competencias de intervención cuando establezcan medidas limitativas de los derechos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad.

Y, en tercer lugar, invoca la infracción del artículo 24 CE, en relación con la prueba impracticada, concerniente a la negativa de la Dirección General de Aviación Civil a cumplimentar -escudándose en una injustificada confidencialidad- el oficio que la Sala de instancia le dirigió requiriéndole que facilitara el dato del valor asignado a la Pm en el procedimiento de cálculo del WACC del sector aeroportuario, prueba que la Sala *a quo* decidió finalmente no practicar, y que tenía por finalidad desvirtuar uno de los razonamientos nucleares de la resolución de la CNMC, como era que la utilización de solamente dos fuentes para estimar la Pm de Telefónica atendía a la necesidad de amortizar la metodología de cálculo del WACC en el sector de las telecomunicaciones con la utilizada por la CNMC en su informe de 21 de junio de 2016 relativo al sector aeroportuario.

Invoca, para la apreciación del interés casacional objetivo, la letra a) del artículo 88.3 LJCA, alegando que, al hilo del artículo 129 -principios de buena regulación- de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo, la cuestión que se suscita es si la decisión controvertida se ajusta al mandato legal contenido en dicho precepto, cuyos apartados 1 y 4 proclaman el principio de seguridad jurídica como criterio de buena regulación, principios que fueron introducidos *ex novo* por la citada Ley de 2015, y que la sentencia considera que no se ha vulnerado. También invoca la letra d) del apartado 3 del artículo 88 LJCA, al haberse emitido el acto impugnado por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, siendo necesario 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; y, desde la perspectiva del artículo 24 CE, sobre si la prueba impracticada contraviene la consolidada doctrina sentada al hilo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Por otra parte, invoca los supuestos de las letras b) y c) del apartado 2 del artículo 88 LJCA.

TERCERO.- La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación en auto de fecha 11 de febrero de 2019 y ordenó 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 las entidades recurrentes, representadas por la procuradora D.^a María del Carmen Ortiz Cornago, y, como parte recurrida, la Abogacía del Estado, quien, con ocasión al trámite conferido para la personación, ha manifestado su oposición a la admisión del recurso de casación.

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 Móviles España, S.A.U. y Telefónica de España, S.A.U. contra la resolución dictada el día 17 de noviembre de 2016 por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la tasa anual del coste del capital para 2016 de los operadores Telefónica de España, S.A.U., Telefónica Móviles España, S.A.U., Vodafone España, S.A. y Orange Espagne, S.A.U.

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 se invocan, además de las letras b) y c) del apartado 2 del artículo 88 de la LJCA , los apartados a) y d) del artículo 88.3 del mismo texto legal para razonar la concurrencia del interés casacional. Al respecto conviene aclarar, respecto de estos últimos supuestos, que las presunciones recogidas en los meritados preceptos no son absolutas pues el propio artículo 88.3, *in fine* , permite inadmitir (mediante "auto motivado") los recursos inicialmente beneficiados por las mismas cuando este Tribunal Supremo "aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia".

Así, en lo relativo a las circunstancias invocadas del artículo 88.3.a) y d) y a la eventual inadmisión cuando el Tribunal aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo, procede efectuar algunas consideraciones:

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 este 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, RCA 150/2016).

CUARTO.- Pues bien, aplicando estas premisas al asunto del caso, hemos de concluir, en lo que respecta a las cuestiones planteadas en este recurso, que las mismas deben tildarse de manifiestamente carente de interés casacional y ello por cuanto se ciñe a los aspectos más casuísticos del litigio, sin superar este limitado marco, ni suscitar, sólidamente, problemas hermenéuticos extrapolables a otros casos.

En efecto, en relación con la cuestión de fondo debatida, esto es, sobre la metodología empleada por la CNMC para el cálculo del coste medio ponderado del capital (WACC) y, en concreto, la prima por riesgo de mercado (Pm), la recurrente sostiene, en síntesis, que la Sala de instancia incumple el deber de fiscalización que le es exigible para verificar si, a la luz de las alegaciones, motivos y pruebas en que Telefónica fundó su pretensión, los argumentos plasmados por la CNMC en su resolución a la hora de justificar el cambio de criterio metodológico (dos fuentes en 2016 versus cinco en ejercicios anteriores y consiguiente utilización de la "media" en vez de la "mediana") adolecen de falta de motivación suficiente y objetiva, en el sentido de razonable y racionalidad.

Y la sentencia objeto del presente recurso considera, como hemos expuesto en los Hechos de la presente resolución, que la resolución recurrida no se ha apartado de la metodología aplicada desde el año 2012, pues la resolución de diciembre de 2012 no imponía como criterio metodológico exclusivo la aplicación de la mediana, ni determinaba el número de fuentes a considerar, estando ambos sistema (media y mediana) expresamente previstos en la resolución de 2012; añade que la Comisión ha ido variando de fuentes de referencia en las diferentes anualidades, por lo que no puede mantenerse que se haya apartado en el ejercicio 2016 de la metodología aplicada desde el año 2012; y concluye, teniendo en cuenta las competencias de la CNMC en materia de control de precios y contabilidad de coste, su discrecionalidad técnica, así como el resultado de los informes periciales aportados por ambas partes en el recurso, que la resolución recurrida está suficientemente motivada y que la Administración no ha actuado de manera arbitraria ni ha vulnerado la seguridad jurídica o generado indefensión a las entidades recurrentes.

En definitiva, nos encontramos ante elementos fácticos valorados por la Sala a quo (fundamentalmente el examen de las metodologías empleadas en los diferentes años a partir de 2012, las razones esgrimidas por la Administración para justificar la metodología aplicada, los informes periciales aportados por las partes) para concluir que la resolución recurrida no se ha apartado de la metodología aplicada desde el año 2012 y que la resolución recurrida está suficientemente motivada y no incurre en arbitrariedad ni vulnera el principio de seguridad jurídica o genera indefensión a las entidades recurrentes. Elementos fácticos cuyo reexamen no tiene encaje en ninguno de los apartados del artículo 88 LJCA , lo que exime del análisis individualizado de las circunstancias esgrimidas por la entidad recurrente, siendo así que el propio artículo 87.bis.1 de la LJCA excluye de este recurso extraordinario las cuestiones de hecho. Por consiguiente, la vocación nomofiláctica de este recurso extraordinario unida a la aplicación *ad casum* de estos criterios impide la favorable acogida del interés casacional.



QUINTO.- Por último, sobre el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes existe abundante doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia de esta Sala Tercera que, por conocida, exime de su cita, y que hace innecesarios nuevos pronunciamientos del Tribunal Supremo, ya que la parte no deja de suscitar un problema de aplicación al caso concreto de las referidas doctrina y jurisprudencia.

SEXTO.- 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 (2.000 €) la cantidad que, en total y por todos los conceptos, las condenadas al pago de las costas han de satisfacer a la parte recurrida.

La Sección de Admisión

acuerda:

Declarar la inadmisión del recurso de casación n.º 1170/2019, preparado por la representación de las entidades Telefónica Móviles España, S.A.U. y Telefónica de España, S.A.U. contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 12 de diciembre de 2018, dictada en los recursos acumulados 19/2017 y 21/2017; 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. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez, presidente D. Rafael Fernandez Valverde D^a. Maria del Pilar Teso Gamella

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy D. Francisco Jose Navarro Sanchis D. Fernando Roman Garcia