



Roj: **ATS 4724/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:4724A**

Id Cendoj: **28079130012018200910**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/05/2018**

Nº de Recurso: **6521/2017**

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: 07/05/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 6521/2017

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.: 6521/2017

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 7 de mayo de 2018.

HECHOS

PRIMERO.- La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha dictado, con fecha 20 de septiembre de 2017 (P.O. 340/2015), sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor literal: <<Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador Sr. García San Miguel Orueta en nombre y representación de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU, contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 21 de mayo de 2015, descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho>>.

La resolución del 21 de mayo de 2015, de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia resolvió el procedimiento para determinar el coste neto incurrido por Telefónica de España durante el ejercicio 2012, diciendo su parte dispositiva literalmente:

PRIMERO.- Determinar que el coste neto del servicio universal incurrido por Telefónica de España, S.A.U. en el ejercicio 2012 asciende a 21.033.828 euros, con el detalle de la tabla siguiente (cifras en euros):

Coste neto en zonas no rentables 22.265.540

Coste neto por prestaciones a usuarios con discapacidad 11.369

Coste neto derivado de usuarios con tarifas especiales 10.532.130

Total coste neto apreciado en el año 32.809.039

Menos: total beneficios no monetarios 11.775211

Coste neto del servicio universal 21.033.828

SEGUNDO.- Reconocer la existencia de una carga injustificada para Telefónica de España, S.A.U. como consecuencia de la obligación de prestación del servicio universal en el ejercicio 2012 ."

SEGUNDO.- El procurador D. Juan Antonio García San Miguel Orueta, en representación de Telefónica de España, S.A.U. ha preparado recurso de casación contra la anterior sentencia.

Invoca en su escrito de preparación la infracción de los artículos 9.3 y 24 de la Constitución en relación con los artículos 217, 335 y 348 de la Ley 172000, de Enjuiciamiento Civil, por cuanto considera que ha incumplido las reglas para la valoración de la prueba documental y pericial, conforme a las reglas de la sana crítica, habiendo realizado la Sala una valoración arbitraria e irracional del material probatorio obrante en autos. En concreto, considera esta parte que la Sala de instancia ha dado por válido el error muestral empleado por la empresa de estudios de mercado Ikerfel, en la elaboración del informe, cuando éste es incorrecto.

En segundo lugar, opone esta parte la infracción de la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 22 de noviembre de 2012, por la que se resolvió la nueva metodología para el cálculo del coste neto del servicio universal y la resolución 2011/1982, de la misma Comisión, sobre la aprobación del coste neto del servicio universal presentado por Telefónica para el ejercicio 2009, la cual, según argumenta la parte, los servicios de ADSL eran servicios no incluidos en el ámbito del servicio universal. Cuestiona la parte la afirmación de la sentencia conforme a la cual una ayuda pública destinada a financiar la cobertura de banda ancha está por definición vinculada a la prestación del servicio.

Invoca, para la apreciación del interés casacional objetivo, 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. Por otra parte, invoca la letra b) del apartado 2 del artículo 88, por entender que la sentencia sienta una doctrina gravemente dañosa para el interés general al no haber calculado correctamente el beneficio no monetario de la imagen de marca, en concreto, en lo que respecta al porcentaje de usuarios fieles. Igualmente, invoca la parte el supuesto del apartado c) del artículo 88.2, argumentando que la sentencia recurrida trasciende de su caso concreto, pues no se ciñe únicamente al cálculo del coste neto del servicio universal de 2012 sino que afecta a los procedimientos atinentes al cálculo y aprobación de dicho coste para el resto de anualidades.



TERCERO.- La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso por auto de 30 de noviembre 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 recurrente 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, y la parte codemandada en la instancia, la entidad Orange Espagne, S.A.U. quien igualmente se opuso a la admisión 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, en lo que aquí interesa, desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por Telefónica de España contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 21 de mayo de 2015, la cual determinaba que el coste neto del servicio universal incurrido por dicha entidad en el ejercicio 2012 ascendió a la suma de 21.033.828, y reconocía la existencia, para dicha entidad, de una carga injustificada como consecuencia de la obligación de prestación del servicio universal en el ejercicio 2012.

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 los apartados b) y c) del artículo 88.2 de la LJCA , el apartado y d) del artículo 88.3 del mismo texto legal para razonar la concurrencia del interés casacional. Al respecto conviene aclarar, respecto de este último supuesto, 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».

Así, en lo relativo a la circunstancia invocada del artículo 88.3.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, rec.150/2016).

CUARTO.- Pues bien, aplicando estas premisas al asunto del caso, hemos de concluir, en lo que respecta a la primera cuestión planteada, que la misma debe 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 concreto, la entidad recurrente cuestiona en su escrito de preparación el método de muestreo utilizado por la entidad Ikerfel para la obtención del dato de usuarios fieles de la recurrente, que a su vez es un componente de los beneficios no monetarios obtenidos por dicha entidad, los cuales sirven, descontándolos del coste neto

directo, para obtener el coste neto del servicio universal. Y la entidad recurrente aportó un dictamen pericial que incluía una metodología correcta, conforme a cuyo resultado se obtenía un resultado de 0,90% de clientes fieles, y no de 1,90%. En segundo lugar, la parte recurrente esgrimió un error muestral, al haberse realizado una incorrecta segmentación geográfica, pues se realizó el mismo número de entrevistas para cada una de las áreas geográficas en las que se dividió España. Por su parte, la Sala de instancia concluyó, en primer lugar, que la pretensión de la actora se basaba exclusivamente en el informe pericial por ella aportada, pretendiendo imponer sus conclusiones a las obtenidas por el profesional al que la Administración encomendó la realización de la encuesta; y, en segundo lugar, que el método aporportional empleado por Ikerfel fue adecuado, pues en cada una de las ocho zonas tomadas en consideración, se aplicaron coeficientes de ponderación ligados a la importancia poblacional.

Pues bien, como correctamente apuntan tanto la Abogacía del Estado como la representación de Orange Espagne, S.A.U. en su escrito de oposición, nos encontramos ante elementos fácticos valorados por la Sala *a quo*, cuyo reexamen no tiene encaje en ninguno de los apartados del artículo 88 LJCA, lo que exige 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.

De esta forma, la cuestión suscitada por la entidad recurrente presenta un cariz marcadamente casuístico, al estar ligados a la apreciación de los datos fácticos concurrentes en el caso individualmente considerado, por lo que el debate que subyace realmente gravita sobre la convicción a la que llega la Sala *a quo* a partir del examen de las pruebas periciales obrantes en autos.

QUINTO.- En lo que respecta a la segunda de las cuestiones suscitadas por la entidad recurrente, relativa a la minoración del coste neto del servicio universal en el importe correspondiente a una subvención percibida de la Xunta de Galicia para la extensión de redes de transporte de alta capacidad en poblaciones con mayor demanda desatendida de Galicia, como resalta la Sala de instancia, la cuestión debatida se centra en determinar si el despliegue de redes objeto de la subvención debe asociarse al concepto de prestación del servicio, no vinculado al servicio universal, o al acceso, que sí se encuentra vinculado al servicio universal.

Señala en este punto la Sala de instancia que:

<< las redes de transporte son parte esencial de la infraestructura que se tiene que desplegar para proveer el acceso , y que, en concreto, el acceso funcional a la banda ancha fija requiere, además de la llamada "última milla" o conexión física con el cliente final, que también se desplieguen las redes de transporte que concentren el tráfico >>; y que

<<[...] el hecho de que la tecnología que se implanta permita velocidades superiores a 1 mbit no excluye este despliegue del SU como pretende la recurrente. Es igualmente un hecho que las redes de transporte concentran el tráfico de clientes con velocidades de banda ancha muy dispares, lo cual hace que tengan mayor capacidad que las redes de acceso, pero para conseguir que las velocidades de acceso de un núcleo de población sean de al menos 1 o 2 Mbit/s, la red de transporte que conecta dicha localidad debe estar dimensionada de forma correcta y su capacidad, por definición, será muy superior a 1 o 2 Mbit/s>> .

Añade la Sala de instancia que:

<<Es en consecuencia conforme a derecho la conclusión alcanzada por la Administración según la cual no son criterios válidos para determinar la vinculación de una subvención a la prestación del servicio universal ni la tipología de la inversión ni la velocidad de banda ancha. Lo relevante es el objeto, en este caso, la financiación del despliegue de nuevas redes de banda ancha en zonas de la Comunidad Autónoma de Galicia que carecían de cobertura>>

Y concluye afirmando que una ayuda pública destinada a financiar la cobertura de banda ancha en núcleos de población que carecen de la misma está por definición vinculada a la prestación del servicio universal.

Pues bien, la parte recurrente entiende infringidas por la sentencia de instancia la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 22 de noviembre de 2012, por la que se resolvió la nueva metodología para el cálculo del coste neto del servicio universal y la resolución 2011/1982, de la misma Comisión, sobre la aprobación del coste neto del servicio universal presentado por Telefónica para el ejercicio 2009, conforme a las cuales, según argumenta la parte, los servicios de ADSL eran servicios no incluidos en el ámbito del servicio universal. Sin embargo, mientras que la primera de las resoluciones citadas se circunscribe a establecer una metodología de cálculo, la materia litigiosa se encuentra regulada, por una parte, en el artículo 52 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, conforme al cual la conexión a la red pública de comunicaciones electrónicas con capacidad de acceso funcional a internet, garantizada por el servicio



universal de telecomunicaciones, debe permitir comunicaciones de datos en banda ancha a una velocidad en sentido descendente de 1 Mbit por segundo; mandato que fue incorporado por el Real Decreto 726/2011, que modificó el Reglamento del Servicio Universal aprobado por Real Decreto 424/2005, en el sentido de incluir, en su artículo 27.2.a), como parte del servicio público universal que *"todos los usuarios finales puedan obtener una conexión a la red pública de comunicaciones electrónicas desde una ubicación fija con las características que se establecen en el artículo 28.1, siempre que sus solicitudes se consideren razonables en los términos establecidos en el artículo 29"*. Por su parte, el artículo 28.1.b) establece que *"la conexión a la red pública de comunicaciones electrónicas, desde una ubicación fija, referida en el apartado 2.a) del artículo anterior, provista a través de cualquier tecnología, deberá ofrecer a sus usuarios finales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 29.1, la posibilidad de: b) establecer comunicaciones de datos a velocidad suficiente para acceder de forma funcional a internet. A estos efectos y en virtud de lo establecido en el artículo 52 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, la conexión a la red deberá permitir comunicaciones de datos en banda ancha a una velocidad en sentido descendente de 1 Mbit por segundo"*. Tales disposiciones han quedado incorporadas a la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (artículo 25.1.a), no aplicable al presente recurso por razones temporales.

Expuesta la normativa aplicable a la materia, es de advertir que la misma no es ni siquiera citada en el escrito de preparación, mientras que de las resoluciones de la CNMC invocadas por la parte recurrente como normas infringidas, la resolución 2011/1982, sobre aprobación del coste neto del servicio universal prestado por Telefónica en 2009, no puede considerarse como una disposición general, y si la parte recurrente quería decir que la resolución impugnada se aparta de un precedente de la propia CNMC sobre la misma materia, debería haber invocado -en su caso- la falta de motivación del cambio de criterio, y por lo que se refiere a la infracción de la resolución de fecha 22 de noviembre de 2012, sobre la nueva metodología para el cálculo del coste neto del servicio universal, el escrito de preparación no cita la disposición o precepto infringido y, en realidad, no se refiere a la aplicación equivocada de algún precepto, sino a la apreciación de la sentencia recurrida (FD 7º) de que las subvenciones de la Xunta de Galicia para financiar la cobertura de banda ancha sirven a la finalidad de proveer el acceso a la banda ancha, lo que es imputable al servicio universal.

Como en el caso anterior, la cuestión se circunscribe al tratamiento, a efectos de la determinación del coste neto del servicio universal, de unas concretas subvenciones de la Xunta de Galicia, habiendo aceptado la CNMC los argumentos de la parte recurrente respecto de otras subvenciones percibidas por dicha parte, por lo que estimamos que la cuestión presenta un matiz casuístico ligado a la apreciación de la Sala sobre la finalidad de las subvenciones, sin suscitar problemas interpretativos que requieran un pronunciamiento de esta Sala.

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 mil euros la cantidad que, por todos los conceptos, la condenada al pago de las costas ha de satisfacer a cada una de las partes recurridas.

Por lo expuesto,

La Sección de Admisión

acuerda:

Declarar la inadmisión del recurso de casación n.º 6521/2017, preparado por la representación de la entidad Telefónica de España, S.A.U., contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha dictado, con fecha 20 de septiembre de 2017, dictada en el procedimiento ordinario registrado con el número 340/2015; 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 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