

Roj: STS 475/2010
Id Cendoj: 28079130032010100070
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 2880/2007
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: EDUARDO ESPIN TEMPLADO
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x MEDIDAS CAUTELARES x
- x PRESUPUESTOS (MEDIDAS CAUTELARES) x
- x PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO x
- x RECURSO DE CASACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO x

Resumen:

Medidas cautelares. Expediente sancionador en materia de telecomunicaciones.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Febrero de dos mil diez.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 2.880/2.007, interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., representada por el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado, contra el auto dictado por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 22 de marzo de 2.007 en la pieza separada de medidas cautelares dimanante del recurso contencioso-administrativo número 46/2.007, por el que se desestima el recurso de súplica interpuesto contra el auto de 14 de febrero de 2.007, que denegaba la suspensión de la ejecución del acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 16 de noviembre de 2.006 por el que se acuerda la resolución del expediente sancionador RO/2004/1811.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En la pieza separada de medidas cautelares del proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional dictó auto de fecha 14 de febrero de 2.007 denegando la suspensión de la ejecución del acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 16 de noviembre de 2.006, por el que se aprobaba la resolución del expediente sancionador RO/2004/1811 incoado a Telefónica de España S.A.U. por acuerdo del mismo Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 9 de junio de 2.005, la cual había sido solicitada por la demandante, Telefónica de España, S.A.U., al interponer el recurso.

Contra dicho auto la representación procesal de la demandante interpuso recurso de súplica que, previos los trámites procesales, fue resuelto por auto de fecha 22 de marzo de 2.007, desestimatorio del recurso.

SEGUNDO .- Notificado el auto denegatorio del recurso de súplica a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 4 de mayo de 2.007, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO .- Emplazadas las partes, la representación procesal de Telefónica de España, S.A.U. ha comparecido en forma en fecha 20 de junio de 2.007 mediante escrito interponiendo recurso de casación,

formulando un único motivo al amparo del *apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio*, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción del *artículo 130* de la misma norma y de la jurisprudencia.

Termina su escrito suplicando que se dicte sentencia por la que se revoque los autos impugnados y en su lugar acuerde la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad de la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

El recurso de casación ha sido admitido por providencia de la Sala de fecha 14 de noviembre de 2.007.

CUARTO .- No habiéndose personado parte recurrida alguna, se han declarado concluidas las actuaciones por resolución de 25 de enero de 2.008, y por providencia de fecha 14 de enero de 2.010 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 9 de febrero de 2.010, en que han tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Objeto y planteamiento del recurso de casación.

La sociedad mercantil Telefónica de España, S.A.U., impugna en casación los Autos de 14 de febrero y 22 de marzo de 2.007, dictados por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional, por los que se desestimó la concesión de la medida cautelar de suspensión de la multa impuesta a la actora por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. El citado organismo regulador impuso a la entidad recurrente una sanción de 20 millones de euros por una infracción muy grave tipificada en el *artículo 53.r de la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 32/2003, de 3 de noviembre)*, por haber incumplido determinados aspectos de sendas resoluciones del organismo regulador relativas a la oferta de acceso al bucle de abonado de Telefónica.

La Sala de instancia denegó la medida cautelar solicitada con los siguientes argumentos:

" **PRIMERO**.- Reiterada doctrina jurisprudencial ha puesto de relieve que la suspensión de la ejecutividad de un acto administrativo es una medida excepcional frente a la presunción de validez y eficacia inmediata de aquél, puesto que tiende a asegurar la integridad del objeto del proceso hasta que se produzca la decisión definitiva sobre la validez del acto impugnado, lo que requiere una ponderación de los intereses en juego, los de la parte recurrente, por un lado y los públicos por otro, fundando el *artículo 130 de la Ley Jurisdiccional* la posibilidad de la suspensión en que la ejecución del acto puede hacer perder su finalidad legítima al recurso, y autorizando la denegación de la medida cautelar cuando de ésta puede seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, lo que, como queda dicho, el Tribunal ponderará en forma circunstanciada, y ellos puede conectarse con la copiosa doctrina legal que, durante la vigencia de la anterior *Ley Jurisdiccional*, y en relación con el *derogado artículo 122*, significaba que sólo perjuicios de muy elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución (resoluciones, entre otras, de 17, 22 y 28 de junio, y de 2 y 20 de julio de 1996).

SEGUNDO.- En el supuesto de autos, al tratarse de la suspensión de un acto administrativo de contenido económico, no procede dicha suspensión, en cuanto que son fácilmente reparables los daños o perjuicios que ocasiona la inmediata ejecución, ni vista de la solvencia de la Administración mediante la simple devolución del importe o cuantía que corresponda en el caso de que estimara el recurso jurisdiccional, tal como ha venido replicando una reiterada doctrina jurisprudencial, reflejada, por ejemplo, en resoluciones del Tribunal Supremo como las de 16 de abril de 1996, 23 de abril de 1996, 20 de mayo de 1996, 25 de noviembre de 1996 y 17 y 23 de diciembre de 1996, que solo deja a salvo los supuestos excepcionales en que el pago inmediato origine un importante menoscabo o quebranto en el patrimonio del que solicita la suspensión, cuando ellos se acreditan debidamente por éste, valorando, entonces, la incidencia negativa que el pago de una suma de dinero podría tener en los diferentes aspectos de la propia supervivencia de la entidad o de particular afectado, lo que en el supuesto enjuiciado ni se demuestra ni cabe deducir." (razonamientos jurídicos primero y segundo)

Dichas razones fueron confirmadas en súplica en los siguientes términos:

" **Único**.- Ninguna razón que no haya sido aducida o tenida en cuenta al ser dictado el Auto recurrido (al margen de un error puramente material e irrelevante en su Antecedente de Hecho Primero) se contiene

en el escrito interponiendo la súplica, donde se hace énfasis en cuestiones de naturaleza económica desde la óptica interesada de la promovente y además con referencia a una documentación sobre inversiones aportadas previamente de la que no es dable inferir una incidencia decisiva de la ejecutividad del acto administrativo en el normal desenvolvimiento negocial, merced a una importante incidencia en el patrimonio de la entidad recurrente, por lo que, insistiendo en el contenido de aquél, procede se mantenga en sus propios términos" (fundamento de derecho único)

SEGUNDO .- Sobre el *artículo 130 de la Ley de la Jurisdicción* .

Entiende la entidad recurrente en el único motivo en el que se funda el presente recuso que la denegación de la medida cautelar de suspensión solicitada infringe la doctrina interpretativa que esta Sala ha construido sobre el *artículo 130 de la Ley jurisdiccional*. Según dicha jurisprudencia la justicia cautelar no debe contemplarse como una excepción y debe accederse a la suspensión cuando, como sucede en el caso de autos, la intensidad de los intereses privados afectados por la ejecutividad de la sanción es superior a la de los intereses públicos, que en todo caso estarían salvaguardados por el ofrecimiento de caución.

Sostiene la parte que debe rectificarse una tendencia reciente hacia una interpretación restrictiva de los *artículos 129 y siguientes de la Ley procesal*, presente en los Autos impugnados, en los que se evidencia una concepción de excepcionalidad de la medida cautelar, una necesidad de que se acrediten en todo caso perjuicios de muy elevada consideración, y el criterio de que ante actos de contenido económico haya de acreditarse una situación de insolvencia. Considera también que en el caso presente los intereses privados son de mayor intensidad, mientras que los públicos están protegidos por la caución ofrecida. Añade finalmente la actora que la ejecución de la sanción le irrogaría un perjuicio irreparable por la falta de disponibilidad de una cantidad muy elevada, 20 millones de euros, que equivale al 71% de la inversión media anual por provincia.

No puede prosperar el motivo. La jurisprudencia de esta Sala debe acompañarse a la evolución normativa, de forma que no es posible prescindir en la actualidad del tenor de los preceptos legales aplicables a la cuestión. En este sentido el *artículo 130 de la Ley de la Jurisdiccional* condiciona en todo caso la adopción de medidas cautelares al riesgo de que la ejecución del acto pueda ocasionar la pérdida de su finalidad legítima al recurso. Y dicha pérdida sólo se produce cuando dicha ejecución ocasiona perjuicios irreversibles o de difícil reparación. Pues bien, en el caso de autos falta claramente dicho presupuesto esencial para la adopción de la medida cautelar, puesto que la falta de disponibilidad de la cantidad a la que se le ha sancionado, aun siendo ciertamente muy elevada, no supone para la empresa sancionada una dificultad operativa grave. Las comparaciones que efectúa para resaltar la elevada cuantía de la multa no llevan aparejado que la entidad recurrente vaya a sufrir dificultades de inversión notables por el pago de la multa. Y su resarcibilidad es evidente por el eventual reintegro de la cantidad abonada más los correspondientes intereses, sin que esto suponga en modo alguno hacer una afirmación general de que dicha resarcibilidad debe predicarse en todo caso de cualquier medida de carácter económico. La imposibilidad o grave dificultad de reparación de la ejecución de una resolución de contenido económico dependerá necesariamente de las circunstancias concretas de cada caso, por lo que resulta difícil hacer afirmaciones generales o considerar aplicables precedentes relativos a supuestos distintos.

Tampoco tiene razón la actora cuando minimiza los intereses públicos afectados. Estos no son única ni principalmente la mera ejecución de una resolución administrativa o, menos todavía, el ingreso en el erario público de una elevada cantidad de dinero. En el presente caso el interés público más relevante es la protección de las funciones ordenadoras del mercado de las telecomunicaciones atribuidas al órgano regulador, que requieren una pronta atención y respeto por parte de los operadores a las resoluciones del citado órgano, especialmente teniendo en cuenta la acusada movilidad y rápida evolución del sector de las telecomunicaciones. Además, en la ponderación de intereses a la que se refiere el propio *artículo 130 de la Ley jurisdiccional*, habría de sumarse a este interés público, decisivo en asuntos como el presente, el interés particular de otras entidades particulares, contrapuesto al de la recurrente -operadora dominante en el mercado-, en que se cumplan las resoluciones dictadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y cuya falta de debida cumplimentación fue sancionada por la resolución recurrida.

Debe pues desestimarse el recurso. De conformidad con lo dispuesto en el *artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción* , se imponen las costas a la parte que lo ha sostenido.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Que NO HA LUGAR y por lo tanto DESESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra los autos de 14 de febrero y 22 de marzo de 2.007 dictados por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional en la pieza separada de medidas cautelares dimanante del recurso contencioso-administrativo 46/2.007. Se imponen las costas de la casación a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Pedro Jose Yague Gil.-Manuel Campos Sanchez-Bordona.-Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.-Maria Isabel Perello Domenech.-Firmado.-PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.-Alfonso Llamas Soubrier.-Firmado.-