



Roj: SAN 1143/2012
Id Cendoj: 28079230082012100129
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 8
Nº de Recurso: 176/2011
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: JOSE ALBERTO FERNANDEZ RODERA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a ocho de marzo de dos mil doce.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº 176/11, que ante esta *Sala de lo Contencioso-Administrativo* de la Audiencia Nacional, ha promovido el Procurador **D. MANUEL LANCHARES PERLADO**, en nombre y representación de "**TELFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.**", frente a la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado, siendo codemandada la entidad "**CABLEEUROPA S.A.U.**", representada por el procurador **D. GUMERSINDO LUIS GARCÍA FERNÁNDEZ**, contra resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) de 25 de noviembre de 2010, (que después se describirá en el primer Fundamento de Derecho), siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. **D. JOSE ALBERTO FERNANDEZ RODERA**.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la recurrente expresada se interpuso recurso contencioso-administrativo, mediante escrito presentado el 21 de enero de 2011, contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión por Diligencia de fecha 2 de febrero de 2011, y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 23 de marzo de 2011, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando la estimación del recurso, con la consiguiente anulación de los actos recurridos.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 24 de junio de 2011, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso. Por la codemandada se contestó a la demanda en fecha 8 de septiembre de 2011.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba por auto de 12 de septiembre de 2011, se propuso por la parte actora la que a su derecho convino, con el resultado que obra en autos.

QUINTO.- Dado traslado a las partes por su orden para conclusiones, las evacuaron, reiterándose en sus respectivos pedimentos.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 7 de marzo de 2012, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se recurre por TESAU en las actuaciones resolución de la CMT de fecha 25 de noviembre de 2010, en la que se acordó lo que sigue:

"PRIMERO.- En relación con el concurso convocado por la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid para la adjudicación del contrato de servicios denominado "Servicios de telecomunicaciones de la Comunidad de Madrid: servicios de operador de datos" (expediente de contratación ECON/000108/2010), Telefónica de España S.A.U. ha incurrido en una práctica de estrechamiento de márgenes contraria a las obligaciones que tiene contraídas en virtud de la Resolución de 23 de julio de 2009 por la que se aprueba la definición y análisis del mercado del conjunto mínimo de líneas alquiladas y del

mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor y la Resolución de 22 de enero de 2009 por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor.

SEGUNDO.- En relación con el Lote II ("servicio de transporte IP de prestaciones medidas") del expediente de contratación ECON/000108/2010, si Telefónica de España, S.A.U. se hallare prestando el servicio a la Agencia de Informática y Comunicaciones según las condiciones que están recogidas en la oferta objeto del presente expediente, deberá cesar de manera inmediata en la prestación del mismo.

TERCERO.- En caso de que dicha prestación se hubiera iniciado y se produzca cualquier modificación por parte de Telefónica de España, S.A.U. en las condiciones en que viniera prestando el servicio a la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid, la misma deberá ser consciente con lo establecido en la presente Resolución y habrá de ser comunicada a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el momento de su presentación a la Agencia de Informática y Comunicaciones."

SEGUNDO.- Los motivos del recurso deducido por TESAU se centran, en síntesis, en que en el expediente administrativo no se justifica que la entidad ahora demandante haya llevado a cabo la conducta que se le imputa, adoleciendo el análisis de emulabilidad de la oferta de TESAU de importantes deficiencias que lo invalidan; en que la CMT no es competente para instar ni la revocación ni la modificación de un acto de adjudicación de la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid (ICM); y en que la resolución también es nula en cuanto las obligaciones que impone no están ajustadas a la proporcionalidad legalmente exigida.

Opuestas a la pretensión tanto la Abogacía del Estado como la codemandada "CABLEUROPA, S.A.U.", por ésta se alega, con carácter previo, la inadmisibilidad del recurso por no haberse dado cumplimiento a lo prevenido en el artículo 45.2d) de la Ley Jurisdiccional. TESAU, aún expuesta esa objeción procesal tanto en la contestación a la demanda como en las conclusiones de la entidad codemandada, nada ha alegado o verificado de adverso.

TERCERO.- Como es sabido, el artículo 45.2.d) de la Ley Jurisdiccional señala que al escrito de interposición del recurso contencioso administrativo se acompañará "el documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado".

Al respecto, obran en autos, aportados con el escrito de interposición del recurso, presentado el 21 de enero de 2011, poder para pleitos de fecha 28 de noviembre de 2005, otorgado por representante de TESAU a favor del Procurador de los Tribunales D. MANUEL LANCHARES PERLADO, y certificación del Secretario General y del Consejo de Administración de TESAU, de 18 septiembre de 2008, en la que se hace constar, en forma general:

"Primero.- Autorizar la interposición, en nombre y representación de la sociedad TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A., Sociedad Unipersonal, por parte de los Letrados y Procuradores debidamente apoderados a tal efecto por la misma, de cuantos recursos contencioso-administrativos se estimen necesarios o convenientes para la defensa de los derechos e intereses de la sociedad, contra las disposiciones, actos, inactividades o actuaciones constitutivas de vía de hecho, dentro del ámbito del artículo 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, y ante todas las instancias jurisdiccionales, incluyendo la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo.

Segundo.- Ratificar cualesquiera interposiciones de recursos contencioso-administrativos realizadas en nombre y representación de la sociedad TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A., Sociedad Unipersonal, por los Letrados y Procuradores debidamente apoderados a tal efecto por la misma, con anterioridad a la fecha del presente acuerdo."

CUARTO.- Pues bien, la Sala, tal como ha verificado en muchas otras ocasiones ("ad exemplum" Sentencias de 19 de diciembre de 2011, recaída en el Recurso de Apelación 2/11, 11 de enero de 2012, recaída en el Recurso de Apelación 43/11 y 2 de febrero de 2012, recaída en el Recurso de apelación 73/11 de su conocimiento), ha de advertir que una cosa es el poder de representación y otra distinta la decisión de litigar, y que la decisión de interponer un recurso contencioso-administrativo en nombre de una persona jurídica es una facultad que corresponde al órgano de administración de ésta, pudiendo producirse la delegación de conformidad con las disposiciones estatutarias.

Sobre esta cuestión ya se ha pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencia de 15 de diciembre de 2009, en la que con remisión a la Sentencia del Pleno de la Sala Tercera de 5 de noviembre de 2008, dictada, como la sentencia expone, "para resaltar que es para una cuestión así definida y delimitada para la que decidimos ahora cuál debe ser la interpretación de lo que dispone el artículo 138 de la Ley de la Jurisdicción", sin desconocer la existencia de pronunciamientos contradictorios, a la que han seguido otras muchas (SSTS 5 de noviembre y 23 de diciembre de 2008, 5 de enero, 6, 8 y 13 de mayo y 23 de diciembre de 2008), expone la siguiente doctrina:

"A diferencia de lo dispuesto en el artículo 57.2.d) de la Ley de la Jurisdicción de 27 de diciembre de 1956, que se refería sólo a las `Corporaciones o Instituciones# cuando imponía que al escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo se acompañara `el documento que acredite el cumplimiento de las formalidades que para entablar demandas exijan a las Corporaciones o Instituciones sus leyes respectivas#, hoy el artículo 45.2.d) de la Ley de la Jurisdicción de 13 de julio de 1998, de modo más amplio, más extenso, se refiere a las `personas jurídicas#, sin añadir matiz o exclusión alguna, disponiendo literalmente que a aquel escrito de interposición se acompañará `el documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado.

Por tanto, tras la Ley de 1998, cualquiera que sea la entidad demandante, ésta debe aportar, bien el documento independiente acreditativo de haberse adoptado el acuerdo de interponer el recurso por el órgano a quien en cada caso compete, o bien el documento que, además de ser acreditativo de la representación con que actúa el compareciente, incorpore o inserte en lo pertinente la justificación de aquel acuerdo.

Una cosa es, en efecto, el poder de representación, que sólo acredita y pone de relieve que el representante está facultado para actuar válida y eficazmente en nombre y por cuenta del representado; y otra distinta la decisión de litigar, de ejercitar la acción, que habrá de ser tomada por el órgano de la persona jurídica a quien las normas reguladoras de ésta atribuyan tal facultad."

QUINTO.- Conforme a la precedente doctrina, en el presente caso es claro, al igual que en nuestra Sentencia de 2 de febrero pasado, que el poder general para pleitos y certificación del Consejo de Administración incorporados a autos no revelan una decisión singularizada por parte del órgano societario, referido al ejercicio de acciones contra la resolución administrativa objeto del presente litigio, decisión que habría de recaer en órgano u órganos internos de la entidad, sin perjuicio de posterior delegación, y sin que se haya aportado, por otra parte, el documento o documentos que, conforme a las normas estatutarias, acrediten la decisión de interponer el recurso, sustrayéndose así al dictado de la letra d) del artículo 45.2. LRJCA. De aceptarse la tesis contraria se alteraría lo que verdaderamente se pretende proteger: "el interés de la persona jurídica de no verse involucrada en pleito alguno sin que su voluntad se haya manifestado en tal sentido".

No cuestiona la Sala, en principio, si la facultad de interponer el recurso puede ser delegable o no, debiendo estarse, en su caso, a lo dispuesto en los Estatutos o Normas reguladoras de la Entidad, pero al documento aportado no puede dársele el alcance que la parte pretende, pues no puede considerarse acreditativo de haberse adoptado la decisión para interponer el recurso por el órgano al que corresponde tomar la decisión.

Como señala nuestro Alto Tribunal en la sentencia más atrás reseñada, "... lo primero que ha de constatarse es que la persona jurídica interesada ha solicitado realmente la tutela judicial, lo que a su vez precisa que tome el correspondiente acuerdo dirigido a tal fin, y que lo tome no cualquiera, no cualquier órgano de la misma, sino aquél al que la persona jurídica ha atribuido tal decisión, ya que en otro caso se abre la posibilidad, el riesgo, de iniciación de un litigio no querido, o que jurídicamente no quepa afirmar como querido, por la entidad que figure como recurrente".

De lo que se trata no es de la existencia de una "voluntad" sino de otra realidad jurídica distinta cual es una "decisión", esto es, un acto jurídico, adoptado conforme a las leyes y a los estatutos de la sociedad, en el que se decida el ejercicio de acciones. La "voluntad" de las personas jurídicas toma cuerpo en los actos jurídicos de sus órganos, de modo que carecen de una dimensión subjetiva distinta de la que se incorpora a sus decisiones por el cauce legal o estatutariamente articulado y a través de las personas dotadas de poderes. En definitiva, de esto sólo se trata, de si existió o no acuerdo legítimamente adoptado, y, frente a ello, la voluntad de la sociedad es una dimensión carente de contenido jurídico.

SEXTO.- A mayor abundamiento, volviendo a la Sentencia del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2008, resulta ilustrativo volver a otro de sus razonamientos:

"El artículo 45.3 de la Ley de la Jurisdicción impone al Juzgado o Sala el deber de examinar de oficio la validez de la comparecencia tan pronto como se haya presentado el escrito de interposición. Y le impone, como lógica consecuencia, que requiera la subsanación del requisito de validez que estime no cumplimentado y que ordene el archivo de las actuaciones si la subsanación no se lleva a efecto.

Ahora bien, el alcance y significado de ese precepto se detiene ahí. De él no cabe derivar como efecto jurídico uno de presunción de validez de la comparecencia cuando el Juzgado o la Sala no hacen aquel requerimiento, pues no es eso lo que dice el precepto ni es eso lo que se deduce de su tenor literal o de su espíritu o finalidad. Ni cabe derivar uno según el cual la invalidez sólo pudiera ser apreciada tras un acto en contrario del propio Juzgado o Sala que sí requiriera de subsanación.

La razón de ser del precepto es abrir lo antes posible un cauce que evite la inutilidad de un proceso iniciado sin los requisitos que son ya precisos en ese mismo momento. No otra. Fracasada por la razón que sea esa aspiración de la norma, queda abierto con toda amplitud el debate contradictorio que las partes deseen entablar, al que el Juez o Tribunal habrá de dar respuesta en los términos en que se entable, evitando, eso sí, toda situación de indefensión.

Y es aquí, para un momento posterior de aquel inicial del proceso, donde entran en juego las normas del artículo 138 de la Ley de la Jurisdicción, comprendido en un Título de la Ley, el VI, que contiene las disposiciones comunes a sus Títulos IV y V, y por tanto las que son aplicables también al procedimiento contencioso-administrativo y a su fase de interposición que regula precisamente el Título IV."

Conforme a esta jurisprudencia, en el sentir de la Sala parece evidente que "fracasada por la razón que sea la aspiración de la norma", el debate queda abierto en toda su amplitud de forma que nada impide que en el curso del proceso la parte contraria pueda oponer la inadmisibilidad del recurso alegando infracción del artículo 45.2.d). Vedar esta posibilidad, haría superfluo en principio de contradicción y desde luego situaría a la contraparte en clara situación de desventaja provocando indefensión. Nada impide al órgano jurisdiccional, abierto el debate contradictorio que las partes deseen entablar, "dar respuesta en los términos en que se entable, evitando, eso sí, toda situación de indefensión". No se sitúa a la parte actora en situación de indefensión por el hecho de dar cauce y viabilidad a la alegación de inadmisibilidad propuesta por la codemandada, teniendo en cuenta además que dispuso de oportunidades sobradas para subsanar el defecto observado.

Resta considerar finalmente que la cuestión que examinamos ha sido resuelta por el Alto Tribunal, además de por la Sentencia del Pleno de 5 de noviembre de 2008, por las de 23 de diciembre de 2008, 5 de enero, 6, 8 y 13 de mayo y 15 de diciembre de 2009, entre otras.

Por las razones expuestas el recurso no puede prosperar, procediendo su inadmisión.

SÉPTIMO.- No se aprecia temeridad ni mala fe en las partes procesales, por lo que no se formula expreso pronunciamiento sobre las costas producidas (artículo 139.1º de la Ley Jurisdiccional).

FALLAMOS

En nombre de S.M. EL REY, y en atención a lo expuesto, la Sala ha decidido,

PRIMERO.-INADMITIR, en virtud de los razonamientos expuestos, el recurso contencioso-administrativo presentado por la entidad "**TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.**", contra la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 25 de noviembre de 2011 a que se contraen las presentes actuaciones.

SEGUNDO.- No formular expreso pronunciamiento sobre las costas producidas.

Así por esta nuestra Sentencia que se notificará a las partes haciendo la indicación de que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo, con arreglo a lo dispuesto en el art. 86.1 de la LJCA, y de la cual será remitido testimonio a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.