



Roj: **ATS 2767/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2767A**

Id Cendoj: **28079130012017200571**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/04/2017**

Nº de Recurso: **411/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **AUTO**

En la Villa de Madrid, a 3 de abril de 2017

## **HECHOS**

**PRIMERO.**- La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha dictado, con fecha 21 de septiembre de 2016, sentencia desestimatoria del recurso contencioso-administrativo número 85/2015 interpuesto por la entidad Hidroeléctrica del Carmen SL contra la resolución de 22 de diciembre de 2014, de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, por la que se le impone una sanción de 70.000 euros en materia de facilitación de acceso a las bases de datos de los puntos de acceso.

La resolución de 2 de diciembre de 2014 de la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia acuerda lo siguiente:

«[...] PRIMERO.- Declarar que la empresa HIDROELÉCTRICA EL CARMEN, S.L., es responsable de una infracción grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65.21 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia del incumplimiento de la denegación del acceso a su base de datos de puntos de suministro.

SEGUNDO .- Imponer, a la citada empresa, una sanción consistente en el pago de una multa de 70.000 (setenta mil) euros [...]».

La sentencia desestima el recurso, al considerar acreditado que no atendió a las solicitudes que formuló la comercializadora Watium, desde el 3 de julio de 2013 y después la Oficina de Cambios de Suministrador, (en adelante, OCSUM), desde el 5 de septiembre de 2013, concluyendo lo siguiente:

«QUINTO.- En el supuesto que nos ocupa ha quedado acreditado que la entidad recurrente, HIDROELÉCTRICA DEL CARMEN, S.L, no permitió el acceso a su base de datos de puntos de suministro solicitado por la comercializadora Watium y por OCSUM (Oficina de Cambios de Suministrador), guardando silencio ante las peticiones efectuadas por las mismas hasta el 25 de noviembre de 2013 en que, si bien remite a la OCSUM las claves de acceso a la base de datos, ese acceso es infructuoso, ya que tampoco permitió la consulta de la base de datos al estar vacía (con los archivos en blanco), como consecuencia de un problema técnico, según informó dicha distribuidora a OCSUM. HEC se comprometió, entonces, a informar a OSCUM cuanto estuviera solucionado el problema, lo que no realizó ni siquiera cuando, el 12 de diciembre de 2013, recibió el escrito del Ministerio trasladándole la denuncia de OCSUM. No fue hasta el 14 de abril de 2014, a raíz de un nuevo burofax remitido por OCSUM, cuando finalmente ésta pudo acceder a la base de datos.

Alega la recurrente que no pudo denegar intencionadamente el acceso a su base de datos de puntos de suministro porque no tiene capacidad de gestión o bloqueo sobre los equipos y programas informáticos que controlan el acceso a la misma, ya que tiene cedida

la gestión de su base de datos de puntos de suministro a CIDE. Ahora bien, ello le exime de la obligación que le corresponde, como distribuidora, de mantener una base de datos de todos los puntos de suministro y permitir



el acceso a la misma, pues, en todo caso, y aunque la gestión de la base de datos se la haya encomendado a CIDE, corresponde a HEC, introducir los datos sobre sus puntos de suministro y mantenerlos actualizados, así como facilitar las claves para acceder a esa base de datos, tal y como realizó posteriormente; pero lo que no puede hacer es ignorar tales peticiones y guardar silencio ante las mismas.

Manifiesta también que no fue necesaria la intervención administrativa para que HEC diese acceso a su base de datos de puntos de suministro, puesto que esa información

estaba disponible desde el 30 de noviembre de 2013, tanto para Watium como para OCSUM. Pero, aunque ello hubiera sido así, esa circunstancia no fue comunicada a dichas

entidades, tal y como se había comprometido a hacer, hasta ya iniciado el procedimiento sancionador, según ha quedado acreditado.

Por tanto, hemos de concluir que la recurrente incurrió en la conducta tipificada en los artículos 41.1 m) de la Ley 54/1997, y 40.2.m) de la Ley 24/2013, ambas del Sector Eléctrico. Y aunque se considerara que desde el 30 de diciembre de 2013 dichas entidades pudieran haber accedido a la base de datos, existe un periodo anterior a esa fecha en que ese acceso no fue posible por causa únicamente imputable a la recurrente que omitió toda respuesta ante las solicitudes formuladas, no atendió a tales solicitudes, ni puso de manifiesto circunstancia justificada alguna que le impidiera facilitar ese acceso [...].».

**SEGUNDO.-** La procuradora de los Tribunales, D.ª Mercedes Caro Bonilla, en nombre y representación de la entidad Hidroeléctrica El Carmen SL, bajo la dirección letrada de D. Roberto Sánchez Sánchez, ha preparado recurso de casación contra la sentencia de 21 de septiembre de 2016, dictada por la Sección Cuarta, Sala de lo Contencioso- Administrativo, de la Audiencia Nacional en el procedimiento ordinario núm. 85/2015.

Denuncia, en síntesis, la recurrente la infracción de los artículos 9.3 y 24 CE y 348 LEC, y la jurisprudencia que prohíbe las valoraciones de la prueba ilógicas, absurdas, arbitrarias, irracionales o claramente contrarias al sentido común encarnados en la regla de la sana crítica (con cita de las SSTs 15 de noviembre de 2007 (rec.6117/2003), de 8 de junio de 2010 (rec.1045/2009), de 3 de mayo de 2011 (rec.5490/2009), entre otras). Considera que la sentencia realiza una apreciación arbitraria de una de las pruebas documentales aportadas, concretamente, la respuesta al Ministerio proporcionada a fecha de 23 de diciembre de 2013. Además, añade que la sentencia inadmitió indebidamente la declaración testifical del representante legal de CIDE, (cooperativa que gestiona su base de datos de los puntos de acceso), prueba que considera, hubiera demostrado que la entidad recurrente no puede, aunque quiera, bloquear el acceso a la base de datos. En segundo lugar, denuncia la infracción del principio de tipicidad (artículo 129 LRJPAC) y jurisprudencia (STC núm. 218/2005), al no existir correlación entre los hechos y el tipo infractor, ya que hubo acceso a la base de datos desde la fecha de 30 de noviembre de 2013, tiempo razonable para su facilitación, que supone solo 2 meses y no 7 meses de retraso, máxime si la comercializadora Watium, (única perjudicada), no accedió sino hasta 5 meses más tarde. En tercer lugar, afirma como infringido el principio de culpabilidad y presunción de inocencia (artículo 137. 1 LRJPAC) y jurisprudencia (STS 7-6-1988 y 9-7-2012), pues la gestión de la base de datos corresponde a CIDE.

Invoca, para la apreciación del interés casacional objetivo, las letras b) y c) del artículo 88.2 LJCA, y la letra a) y d) del apartado 3 del citado artículo 88. Al amparo del apartado b) del artículo 88.2 de la LJCA afirma que la sentencia fija doctrina que puede resultar gravemente dañosa para los intereses generales, considerando que puede tener unas consecuencias económicas y sociales de imposible o muy difícil reparación pues se trata de una pequeña empresa dedicada a la distribución eléctrica en la provincia de Guadalajara, cuya situación económica se vería gravemente afectada por tener que pagar 70.000 euros. Con cita del apartado c) del artículo 88.2 de la LJCA considera que «podría» afectar a un gran número de situaciones. En tercer lugar, considera que concurre interés casacional al amparo del artículo 88.3 de la LJCA ante la inexistencia de jurisprudencia sobre el artículo 61.a). 14) de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (BOE núm. 285, de 28 de noviembre de 1997), tipo infractor regulado en el actual artículo 65.21 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (BOE núm. 310, de 28 de diciembre de 2013). Añade que la jurisprudencia de este tipo infractor resultaría de gran trascendencia jurídica, en la medida que la Sala de instancia sostiene que existe incumplimiento de la obligación de permitir el acceso a la base de datos de puntos de suministro desde el mismo momento en que un comercializador así lo solicite y no tenga acceso inmediato, aun cuando basta la puesta a disposición sea en un tiempo razonable, como ha ocurrido en el caso que nos ocupa. Finalmente, invoca la presunción de interés casacional del apartado d) del artículo 88.3 de la LJCA al tratarse de una resolución de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia.

**TERCERO.-** La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso por auto de 11 de enero 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 Hidroeléctrica el Carmen SL, en concepto de parte recurrente, y la Abogada del Estado como parte recurrida, quien manifiesta su oposición a la admisibilidad del presente recurso, en resumen, ante la ausencia de juicio de relevancia, tratarse de una cuestión casuística de valoración probatoria, confundir el grave daño al interés general con el suyo propio, (a los efectos del artículo 88.2.b) LJCA), y no darse la afectación general, (a los efectos del artículo 88.2.b) LJCA).

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde, Magistrado de la Sala

## RAZONAMIENTOS JURIDICOS

**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 diciembre de 2014 de la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia, por la que se acuerda imponer una sanción de 70.000 euros como consecuencia del incumplimiento de la denegación del acceso a su base de datos de puntos de suministro.

**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.-** Junto a la invocación del artículo 88.2 de la LJCA, en el escrito de preparación se alegan los apartados a) y d) del artículo 88.3 de la LJCA para razonar la concurrencia del interés casacional. Centrándonos en estos últimos, 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, 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; o cuando las cuestiones planteadas hacen referencia a las concretas cuestiones fácticas o de hecho del caso enjuiciado que la parte pretende sean revisadas en casación.

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 y ello por cuanto tanto las cuestiones procesales como sustantivas planteadas por la parte recurrente se ciñen a los aspectos más casuísticos del litigio, sin superar este limitado marco, ni suscitar problemas hermenéuticos extrapolables a otros casos.

Concretamente, invoca el contenido del art. 88.3.a) LJCA, que establece que se presumirá que existe interés casacional objetivo «cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia». El recurrente afirma que no existe jurisprudencia sobre el artículo 61.a) 14 de la Ley 54/1997, siendo de trascendencia un pronunciamiento del Tribunal Supremo, en la medida que la Sala de instancia sostiene que existe incumplimiento de la obligación de permitir el acceso a la base de datos de puntos de suministro desde el mismo momento en que un comercializador así lo solicite y no tenga acceso inmediato, debiendo interpretarse la puesta a disposición en un tiempo razonable, como ha ocurrido en el caso que nos ocupa.



Sin embargo, este razonamiento adolece de una defectuosa técnica casacional, al concurrir un desajuste entre las infracciones normativas denunciadas (principio de tipicidad y culpabilidad y presunción de inocencia, -sobre los que si hay copiosa jurisprudencia-) y el precepto en torno al que se pretende la jurisprudencia. Es más, la sentencia recurrida no parte de la premisa de una obligación de puesta a disposición inmediata, antes bien al contrario, pondera las circunstancias del caso, y concluye que las solicitudes reiteradas sin respuesta, tanto de la comercializadora, como de la OCSUM y la ventaja que obtenía la filial de esta situación, evidencian el incumplimiento continuado de la precitada obligación. Por otra parte, del contenido del escrito de preparación se aprecia fácilmente que más que la interpretación del artículo 61.a) 14 de la Ley 54/1997, para su común aplicación, lo que se pretende es que se efectúe una nueva valoración de la prueba y que, a la vista de la misma, se concluya que no se ha denegado el acceso a la base de datos de los puntos de acceso y que se proceda a anular la sanción, pretensión con la que no se pretende una formación de jurisprudencia, sino un nuevo examen sobre si las circunstancias acaecidas tienen encaje o no en el tipo infractor mencionado.

Ello se corrobora por la alegación sobre la vulneración de los artículos 9.3 y 24 CE y 348 CE ante una valoración arbitraria de la prueba y la denegación indebida de la prueba testifical declarada innecesaria.

Pues bien, la sentencia que se pretende recurrir en casación deja claro que la desestimación del recurso contencioso-administrativo estaba motivada en las concretas circunstancias en que, en atención al acervo probatorio existente en el proceso, la Sala sentenciadora consideró que acontecieron los hechos que dieron lugar a la sanción impuesta, llegando a la conclusión que había quedado desvirtuada la presunción de inocencia del recurrente y que no había sido vulnerado el principio de proporcionalidad. Partiendo de esta consideración, lo que realmente se denuncia a través del escrito de preparación lo que se imputa a la sentencia recurrida es una errónea valoración de la prueba efectuada, lo cual no tiene encaje en ninguno de los apartados del artículo 88 LJCA ni en ningún otro, siendo así que el propio artículo 87.bis.1 de la LJCA excluye de este recurso extraordinario las cuestiones de hecho.

De ahí que el litigio presenta un cariz marcadamente casuístico, al estar ligado 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* sobre el incumplimiento de la facilitación del acceso a la base de datos de los puntos de acceso, teniendo en cuenta las peticiones efectuadas desde el 3 de julio de 2013, primero por la comercializadora Watium y después por la OCSUM y la inexistencia de respuestas justificativas del retraso por la recurrente.

**CUARTO.-** 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 condenada al pago de las costas ha de satisfacer a la parte recurrida.

Por lo expuesto,

#### **La Sección de Admisión acuerda:**

Declarar la inadmisión del recurso de casación nº 411/2017 preparado por la representación de la mercantil "Hidroeléctrica el Carmen SL" contra la sentencia de 21 de septiembre de 2016, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, dictada en el procedimiento ordinario núm. 85/2015, 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. Manuel Vicente Garzon Herrero D. Segundo Menendez Perez D. Octavio Juan Herrero Pina D. Eduardo Calvo Rojas D. Joaquin Huelin Martinez de Velasco D. Diego Cordoba Castroverde D. Jose Juan Suay Rincon D. Jesus Cudero Blas