

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo **SECCIÓN OCTAVA**

Núm. de Recurso: 0001222/2018
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Núm. Registro General: 08735/2018
Demandante: ORANGE ESPAGNE, S.A.U.
Procurador: SR. ALONSO VERDÚ
Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA
COMPETENCIA
Codemandado: VODAFONE ESPAÑA, S.A.U
Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

SENTENCIA Nº:

Ilmo. Sr. Presidente:
D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:
D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO
D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO
D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA
D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

Madrid, a quince de septiembre de dos mil veintidós.

La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha visto el recurso número **1222/2018**, interpuesto por **ORANGE ESPAGNE, S.A.U.** representada por el Procurador **Sr. Alonso Verdú** y defendida por Letrado, contra resolución de **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA** representada y defendida por el Abogado del Estado. Ha sido

parte codemandada **VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.** representada por la Procuradora Sra. García López Orcera y defendida por Letrado.

Es Ponente el Ilmo. Sr. **D. Eugenio Frías Martínez.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el presente recurso y previos los oportunos trámites, se confirió traslado a la parte actora para formalizar la demanda, lo que verificó por escrito en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, solicita sentencia estimatoria del recurso.

SEGUNDO.- La Administración demandada, y la parte codemandada, una vez conferido el trámite para contestar la demanda, presentaron escrito en el que alegaron los hechos y fundamentos de derecho que estimaron pertinentes, solicitando una sentencia en la que se declare la conformidad a derecho de las resoluciones impugnadas.

TERCERO.- Tras la práctica de las pruebas que se consideraron pertinentes, con el resultado obrante en las actuaciones, se confirió traslado a las partes para la formulación de conclusiones. Presentados los oportunos escritos quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 14 de septiembre del presente año, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone el recurso contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, de fecha 10 de octubre de 2018, por la que se resuelve el “Conflicto de interconexión interpuesto por Vodafone España, S.A.U. contra Orange Espagne, S.A.U. por los precios Mayoristas de Terminación de SMS”, dictada en el expediente CFT/D TSA7039/17/PRECIOS TERMINACION SMS, en la que se RESUELVE:

“UNICO.- Establecer que el precio de terminación para los SMS cursados entre Vodafone y Orange sea de 2 céntimos de euros simétrico por SMS a partir de la notificación de la presente Resolución”.

SEGUNDO.- En la demanda se basa en los siguientes motivos:

a) La Resolución Impugnada es contraria a la normativa comunitaria, y en concreto al artículo 5 de la Directiva de Acceso, a los artículos 3 y 16.3 de la Directiva Marco y a las Recomendaciones y Directrices de la Comisión que atienden a la regulación de los mercados, infringe los artículos 12.5, 12.6, 13, 15 y 70.2 LGTel, y 6.4 y 12.1.a) de la Ley 3/2013 (LCNMC), en relación con los apartados b) y e) del artículo 47.1 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

b) Infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha dictaminado que la CNMC no tiene competencias para resolver una controversia de naturaleza patrimonial o económica a través de un conflicto de interconexión.

c) La CNMC no ha analizado el mercado relevante para adoptar su decisión y tampoco ha tenido en consideración las diferencias entre los servicios SMS A2P y SMS P2P en relación con la interconexión. En consecuencia, la Resolución Impugnada incurre en una deficiente motivación, arbitrariedad y vulnera el principio de objetividad.

d) La Resolución Impugnada vulnera el principio de intervención mínima que ha de regir la actuación de la CNMC.

e) Imposición de un precio que no es razonable, no está en absoluto justificado y no cubre siquiera los costes que le cuesta el servicio SMS A2P.

f) Finalmente, solicita el planteamiento de una cuestión prejudicial al amparo de lo previsto en el artículo 267 del TFUE.

TERCERO.- Como primer motivo del recurso se sostiene la vulneración de la normativa comunitaria que atienden a la regulación de los mercados, porque entiende que impone un precio de terminación de SMS, por la vía de conflicto de interconexión, sin que concurren los requisitos establecidos en el artículo 12.5 de la LGTel, y sin cumplir el procedimiento establecido en el artículo 13.1 de la Lgtel para imponer nuevas obligaciones regulatorias en mercados no regulados. Entiende que no se está resolviendo un conflicto de interconexión sino imponiendo un precio mayorista regulado con carácter ex ante.

Al contrario de lo que sostiene la recurrente no nos encontramos con un acto equiparables a los efectos de una regulación ex ante, sino que nos encontramos ante un supuesto de conflicto de interconexión entre operadores, en el que el operador demandante, Vodafone, considera que el precio de terminación de SMS no

es razonable, y ante la imposibilidad de lograr un acuerdo con la recurrente, tras los intentos de negociación recogidos en los antecedentes de la resolución impugnada, acude a la CNMC.

La resolución indica que la “terminación de un SMS en una red telefónica móvil es un servicio prestado por un operador de red móvil a los demás operadores, en su mayoría móviles, aunque también fijos, para que éstos puedan completar los SMS que gestionan y que tienen como destino un abonado conectado a la citada red”, y señala que “el servicio de terminación de SMS en redes móviles, a diferencia de la terminación de llamadas en dichas redes, no está sujeto a regulación ex ante”, no obstante como se indica “la ausencia de regulación ex ante en un mercado mayorista no excluye que la CNMC pueda intervenir en los conflictos de acceso fijando las condiciones económicas y técnicas”.

La CNMC se ha ajustado en su actuación a lo que le autoriza el artículo 12.5 de la Ley 9/14, esto es, a intervenir en las operaciones entre operadores a petición de parte implicada. La decisión impugnada solo produce efectos entre las partes implicadas, como la misma indica y no impide la libertad de pacto entre las distintas empresas. El hecho de que la CNMC pueda resolver en el mismo sentido otras reclamaciones similares que se le planteen no implica, ni que la CNMC esté vinculada por su precedente sin posibilidad de introducir modificaciones, ni que el mismo opere como regla general y abstracta. No habiéndose efectuado una regulación ex ante, no se produce la vulneración alegada por la parte recurrentes.

En cuanto a la carta que se aporta por la actora, en trámite de conclusiones, no realiza ninguna valoración sobre cuestiones de fondo, limitándose a recoger la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las sentencias relativas a los casos C-3/143 y C-397/14, concluyendo “Desde nuestra perspectiva, la mencionada jurisprudencia confirma que el cumplimiento con el procedimiento de notificación previsto en el artículo 7 de la Directiva marco es obligatorio para cualquier Autoridad Nacional de Reglamentación cuando utilice el artículo 20 de la Directiva marco como base legal para la resolución de un conflicto con el fin de imponer obligaciones de las previstas en los artículos 5 o 13 de la Directiva de acceso”. El contenido y alcance de dicho documento no puede servir de base para anular la resolución de la CNMC que se recurre, cuyo amparo normativo, y ajuste a derecho consideramos positivamente, pues como hemos indicado no se está imponiendo un precio mayorista regulado con carácter ex ante sino resolviendo un conflicto de interconexión entre dos operadores.

CUARTO.- Mantiene la recurrente que la CNMC carece de competencia para determinar los precios de interconexión de los servicios de terminación de SMS en redes móviles.

Dicha cuestión ha sido resuelta por esta Sala en sentencia de 27 de julio de 2020, recurso 689/18, al resolver otro recurso interpuesto por Orange respecto de otra resolución de la CNMC que resolvía un conflicto de interconexión señalando:

“Efectivamente, las cuestiones alegadas ahora por la recurrente han sido examinadas en otros recursos anteriores, en relación con las disposiciones correspondientes de la hoy derogada Ley 32/2003. Concretamente, el artículo 11.4 de dicha ley, sobre "Principios Generales aplicables al acceso a las redes y recursos asociados y a su interconexión", disponía que la CMT podría intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio, cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 ("Objetivos y Principios de la Ley"). El artículo 14.1 ("Resolución de conflictos"), disponía que de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso conocería la CMT, que, “previa audiencia de las partes dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo máximo de cuatro meses a partir del momento en que se pida su intervención”.

Dijimos en sentencias, entre otras, de 08/02/2013, 30/09/2013. 04/11/2013, que los anteriores preceptos eran acordes con la Directiva 2002/21/CE (Directiva Marco), la Directiva 2002/20/CE, (Directiva de autorizaciones) y la Directiva 2002/19/CE, (Directiva de Acceso), las tres de 7 de marzo de 2002.

Pues bien, el artículo 12 de la Ley 9/2014, de aplicación al caso, bajo idéntica rúbrica que el anterior artículo 11, "Principios Generales aplicables al acceso a las redes y recursos asociados y a su interconexión", en su apartado 5. dispone: “Sin perjuicio de las medidas que puedan adoptarse en relación con las empresas que tengan un poder significativo en el mercado de acuerdo con lo previsto en el artículo 14 de esta Ley, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá intervenir en las relaciones entre operadores o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3. La decisión de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia será vinculante y se adoptará en el plazo indicado en la Ley 3/2013 de creación de dicha Comisión.”

De la “resolución de conflictos” se ocupa el artículo 15 de la ley de 2014, en similares términos que la ley anterior, al establecer en su apartado 1:

“1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia resolverá los conflictos que se susciten en relación con las obligaciones existentes en virtud de la presente Ley y su normativa de desarrollo entre operadores o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión, de acuerdo con la definición que se da a los conceptos de acceso e interconexión en el anexo II de la presente Ley.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo indicado en la Ley de creación de esta Comisión, sin perjuicio de que puedan

adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva.”

En la sentencia de 04/11/2013, en un supuesto muy similar al que ahora nos ocupa, se afirmaba que “... para la intervención de la CMT es presupuesto que el objeto de la intervención haya surgido formalmente en las negociaciones entre las partes y que las mismas no hayan llegado a un acuerdo sobre el punto en cuestión, tal como la propia CMT ha expuesto en determinadas ocasiones. La intervención de la CMT en la resolución de conflictos está sujeta al principio de mínima intervención, respetando en lo posible las condiciones alcanzadas por las partes en los puntos de y procediendo a fijar condiciones únicamente en los aspectos de discrepancia.

En el presente caso, es evidente que, no sólo inicialmente sino a lo largo del procedimiento administrativo, ALTERNA y TME vienen manteniendo posturas frontalmente contrarias en cuanto al sistema de precios por el servicio mayorista de conexión a sus redes móviles para la prestación por ALTERNA de sus servicios como proveedor de SMS Premium, más concretamente al reparto de ingresos del servicio de tarificación adicional.

Las competencias de la CMT no se reducen a la resolución de conflictos entre operadores, sino que su potestad se extiende con carácter general a la regulación de las relaciones entre operadores en aras a garantizar el acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios en debidas condiciones, y a la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 LGTel, como son fomentar la competencia efectiva, defender los intereses de los usuarios y promover la inversión eficiente en materia de infraestructuras. Y teniendo en cuenta tales criterios, se razona en la resolución de 22 de julio de 2010, de manera minuciosa, sobre la conveniencia de sustituir las condiciones económicas que Alterna tenía convenidas con los operadores móviles por un sistema de precios consistente en una estructura tarifaria sobre un precio unitario por servicio. Sin duda las condiciones económicas constituyen un elemento esencial de las relaciones de acceso entre operadores, y tal condición de operador tiene Alterna, tal como expone el Abogado del Estado y consta en las actuaciones.”

Por su parte, en el artículo 70.2 de la Ley 9/2014 se establece que:

“En particular, en las materias reguladas por la presente Ley, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ejercerá las siguientes funciones:

(...)

d) Resolver los conflictos en los mercados de comunicaciones electrónicas a los que se refiere el artículo 15 de la presente Ley.

(...)

g) Intervenir en las relaciones entre operadores o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión, con

objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, en los términos establecidos en el artículo 12 de la presente Ley y su normativa de desarrollo.

(...)"

El RD 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración en su artículo 23 "Competencias en materia de acceso e interconexión y condiciones aplicables", establece:

"1. El Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el ámbito de sus respectivas competencias, fomentarán y, en su caso, garantizarán la adecuación del acceso e interconexión y la interoperabilidad de los servicios, para la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, de acuerdo con lo previsto en los apartados siguientes.

(...)

3. Por su parte, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá atribuidas las competencias siguientes:

a) Podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado.

b) Conocerá de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, de este reglamento y de otras normas de desarrollo de la citada ley; a tal efecto, dictará una resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto y las medidas provisionales que correspondan.

(...)"

En STS de fecha 05/02/2013, en recurso de casación interpuesto por FRANCE TELECOM ESPAÑA SA, contra sentencia de esta Sala y Sección, en recurso referido precisamente al conflicto de interconexión entre "Retevisión Movil SA" (France Telecom España SA) y "Comunitel Global SA" (Vodafone España SAU) sobre los precios de interconexión de acceso a los servicios 900, se expone:

«(...) Sobre ello nos hemos pronunciado en diversas ocasiones, siendo exponentes nuestras sentencias de 18 de noviembre de 2008 (recurso de casación 1633/2006) de 8 de julio de 2008 (recurso de casación número 6957/2005) y de 1 de octubre de 2008 (recurso de casación número 408/2006). En la primera de las mencionadas se remitía a esta última y dijimos lo siguiente:

A) "La actuación del organismo regulador al resolver los conflictos de interconexión entre los operadores de telefonía no queda limitada a la mera

aplicación automática de los preceptos del Código Civil (...) relativos a la eficacia e interpretación de los contratos. Si algún sentido tiene la atribución legal al organismo regulador de las telecomunicaciones de esta competencia específica, distinta de la mera función arbitral sujeta al derecho privado, es precisamente el de velar por los objetivos de interés público (promoción de la competencia y defensa de los intereses de los usuarios, incluida la mayor interoperabilidad de los servicios, entre otros) que la justifican. Los conflictos derivados de los acuerdos de interconexión en las actividades o industrias en red son uno de los campos más propicios para llevar a cabo aquellos objetivos ya que la interconexión es un instrumento o elemento clave para la existencia de un mercado de telecomunicaciones respetuoso de la libre competencia entre todos los operadores, cualquiera que sea la posición relativa en él de cada uno de ellos." Y

B) "Desde esta doble perspectiva debe recordarse que el acuerdo de interconexión suscrito entre las dos operadoras en conflicto permitía expresamente su modificación si se producían cambios normativos en la materia, supuesto al que cabe equiparar la circunstancia sobrevenida de que el regulador adopte decisiones administrativas vinculantes (que, lógicamente, tienen su apoyo en la propia norma) con incidencia destacada en los precios de interconexión. La Comisión del Mercado de Telecomunicaciones pudo, pues, resolver el conflicto ante la falta de acuerdo de las partes imponiendo a "Amena" una reducción de los precios de terminación que contribuyera precisamente -además de a los objetivos públicos ya referidos- a restablecer el equilibrio contractual alterado, dado que esta alteración procedía precisamente de una previa intervención regulatoria con efectos directos sobre el operador dominante (en este caso 'Telefónica Móviles España, S.A. '), cuyos efectos desfavorables para él la propia recurrente reconoció y propuso mitigar."

Y también hemos indicado que aun cuando las partes disponen de autonomía contractual para fijar sus condiciones, dentro del marco predeterminado, aquellos acuerdos están sujetos al escrutinio del organismo regulador que puede, en caso de conflicto, adoptar las decisiones necesarias sobre la forma y condiciones en que la interconexión debe llevarse a efecto.

(...)

Como se advierte de los antecedentes expuestos, la Comisión resolvió el conflicto en atención a las pretensiones de las partes que ya hemos señalado, esto es, dentro del ámbito material delimitado por las propias partes en el proceso, puesto que "Comunitel" interesó de manera expresa lo que finalmente la Comisión le reconoció, esto es, la reducción de los precios del servicio, su equiparación a los de terminación de llamada y su reconocimiento desde el momento en que se declaró la dominancia de "France Telecom", que implicaba la asunción de la obligación de no discriminación. La Comisión al resolver el conflicto tomó en consideración la posición de dominancia de "France Telecom", apreció la existencia de una discriminación en los precios de acceso al servicio 900 y atendiendo a las posiciones y pretensiones de las partes en el conflicto lo resuelve dentro de dichos márgenes.

Por tal razón, no cabe apreciar la infracción que se denuncia en el motivo, pues la intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones al resolver el conflicto de interconexión no se excedió de lo solicitado, esto es, actuó de forma coherente con las posiciones de las partes, a lo que hay que añadir que, como hemos declarado en múltiples ocasiones tal intervención no puede desligarse de los objetivos públicos cuya salvaguarda tiene encomendada, como es el de fomentar las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones.

Como hemos reiterado en diversas ocasiones, la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones ha de resolver de forma vinculante los conflictos que se susciten entre operadores en materia de interconexión y debe atender desde luego a la observancia de las condiciones generales impuestas a cualquier operador que es lo que sucede en el presente supuesto en el que la Comisión resuelve el conflicto tomando en consideración, tanto las pretensiones deducidas por las partes en el conflicto de interconexión como las obligaciones que incumben al operador dominante promovente del conflicto, en particular, a la obligación de no discriminación entre las operadoras, incluyendo el restablecimiento de los precios no discriminatorios y su abono desde el momento de la declaración de dominancia.»

La STS de 10/07/2018, que cita la recurrente en apoyo de su criterio, aborda la competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para conocer sobre las consecuencias patrimoniales de un conflicto de interconexión, efectivamente, pero no contradice en absoluto la doctrina anterior. Pues esta sentencia se dicta en un recurso de casación interpuesto por Ooiga Telecomunicaciones, S.L., contra sentencia de esta Sala y Sección dictada en un recurso contra resolución de la CNMC de 16 de octubre de 2014 por la que se resuelve el conflicto de interconexión presentado por la citada mercantil frente a Cableuropa, S.A.U. y Telefónica de España, S.A.U. “por suspensión de pagos en interconexión de un tráfico generado en Rumanía con destino numeración de tarificación adicional”. Dicho recurso de casación se admitió por auto de la Sección Primera la Sala Tercera del TS, concretando la admisión a los siguientes términos: << (...) 2º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en interpretar los artículos 12.5, 15 y 70.2.d) y g) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, en relación con el artículo 6.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en orden a aclarar si la CNMC resulta competente para conocer sobre las consecuencias patrimoniales de un conflicto de interconexión, en concreto, sobre la retención de pagos en interconexión de tráfico acordada por una operadora como consecuencia de la existencia de un tráfico irregular>>.

No olvidemos que lo que pretendía en ese caso el recurrente era que se revocase el pronunciamiento de esta Sala que confirmaba la resolución de la CNMC, que desestimaba la petición de Ooiga relativa al reconocimiento del derecho de dicha entidad a recibir los pagos por la totalidad de la retribución correspondiente a (...€) y declaraba procedente el pago de los servicios de interconexión prestados para el encaminamiento del tráfico objeto del presente conflicto, excluida la componente de tarificación adicional. Se solicitaba del tribunal de casación que “se

dicte sentencia casando y anulando la sentencia recurrida, "(...) con retroacción de las actuaciones al momento justo anterior a la resolución del conflicto por la CNMC para que por el citado Regulador se resuelva el mencionado conflicto y la cuestión sobre la procedencia o no de la retención de pagos, pero esta vez teniendo únicamente como base el contenido de los contratos de interconexión..."

Se razona por el TS:

«Así, en varias sentencias hemos declarado que las relaciones entre operadoras de telecomunicaciones, aun estando regidas por convenios suscritos bajo las reglas establecidas por el órgano regulador y sometidas a su control, contienen también aspectos que pertenecen al ámbito de las relaciones mercantiles. De esta manera, y en relación con las cláusulas penales, una cosa es que para reforzar la efectividad de dichos convenios la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (hoy la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), en uso de uso facultades, imponga la previsión de ese tipo de cláusulas y otra muy distinta que la exigencia del cumplimiento de las mismas sea de su competencia. (...)

Pues bien, la doctrina contenida en esa jurisprudencia, aunque referida a los preceptos de la anterior Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, resulta trasladable a la hora de delimitar las atribuciones que se atribuyen a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (ahora, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) en la regulación contenida en los artículos 12.5, 15 y 70.2.d/ y g/ de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

Así, las atribuciones conferidas por la Ley 9/2014 al órgano regulador en orden a la resolución de los conflictos de interconexión no alcanzan a aquellos aspectos o consecuencias patrimoniales que pertenecen al ámbito de las relaciones mercantiles. Ahora bien, la retención de la partida de tarificación adicional en el pago de los servicios de interconexión en un caso de tráfico irregular no es una mera cuestión patrimonial que deba considerarse circunscrita a la esfera de las relaciones mercantiles entre operadores, pues se trata de una medida dirigida a evitar disfunciones en la prestación del servicio y tiene, por tanto, trascendencia pública en tanto que medida tendente a garantizar el acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios que se prestan y a fomentar la competencia efectiva y la defensa de los intereses de los usuarios, por lo que queda comprendida en el ámbito de atribuciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la resolución de conflictos de interconexión en los que se suscite controversia sobre esta cuestión.

[...] En consecuencia, nuestra respuesta a la cuestión en la que el auto de admisión del recurso de casación apreció la concurrencia de interés casacional (véanse antecedente tercero y fundamento jurídico segundo de esta sentencia) ha de ser la siguiente:

Las atribuciones que los artículos 12.5, 15 y 70.2.d/ y g/ de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, confieren a la Comisión Nacional de los

Mercados y la Competencia en orden a la resolución de los conflictos de interconexión que se susciten no alcanzan a aquellos aspectos o consecuencias patrimoniales que pertenecen al ámbito de las relaciones mercantiles. Ahora bien, la retención de la partida correspondiente a tarificación adicional en el pago de los servicios de interconexión en un caso de tráfico irregular no es una mera cuestión patrimonial que deba considerarse circunscrita a la esfera de las relaciones mercantiles entre empresas operadoras, pues se trata de una medida dirigida a evitar disfunciones en la prestación del servicio y tiene, por tanto, trascendencia pública en tanto que medida tendente a garantizar el acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios que se prestan y a fomentar la competencia efectiva y la defensa de los intereses de los usuarios, por lo que queda comprendida en el ámbito de atribuciones del órgano regulador la resolución de conflictos de interconexión en los que se suscite controversia sobre esta cuestión.

[...] De acuerdo con esa interpretación, procede que declaremos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Ooiga Telecomunicaciones, S.L.»

La referida sentencia fue recurrida ante el Tribunal Supremo por la recurrente, Orange, que ha dictado sentencia de 20 de abril de 2022, recurso de casación número 7540/2020, desestimando el recurso formulado señalando:

“En la referida sentencia dictada en la casación 7370/2020 hemos dicho que la cuestión sobre la que esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo debe pronunciarse se circunscribe a determinar el alcance de las facultades que corresponden a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para intervenir mediante decisiones vinculantes en los mercados no regulados del sector de las telecomunicaciones al resolver conflictos de interconexión entre operadores, de acuerdo con las previsiones establecidas en los artículos 3 , 5 y 12.5 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, y, más específicamente, a precisar en qué supuestos y con qué condiciones la autoridad nacional de reglamentación especializada en supervisión regulatoria se encuentra habilitada, en este marco conflictual, para establecer precios máximos por la prestación de servicios de originación de llamadas con origen móvil a numeraciones gratuitas para el llamante, sin quebrar el principio de mínima intervención de la Administración Pública.

En términos más precisos, la controversia jurídica que presenta interés casacional consiste en determinar si, a la vista de los artículos 5 y 12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, en relación con el artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia resulta competente para imponer precios (en este caso, para la fijación de un precio máximo) en servicios no regulados por la vía de la resolución de conflictos de interconexión entre operadores, y, en caso afirmativo, bajo qué condiciones.

A tal efecto, resulta pertinente poner de manifiesto que la respuesta que demos a estas cuestiones comporta resolver si, tal como propugna la mercantil recurrente, la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la

Audiencia Nacional impugnada ha infringido el principio de mínima intervención de la Administración, que en el sector de las telecomunicaciones se infiere de los artículos 3, 5 y 15 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, al sostener que, en este supuesto, en que ha quedado acreditado que el coste por el servicio de acceso a numeraciones gratuitas es sensiblemente superior al ingreso medio mayorista que percibieron los operadores móviles con red (OWR), y en que concurre el presupuesto de agotamiento del diálogo entre las partes, y se ha justificado la concurrencia de interés general, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está habilitada para intervenir en el mercado estableciendo condiciones relativas a la fijación de precios máximos de los servicios de originación de llamadas con el objetivo de garantizar la competencia efectiva en los mercados de comunicaciones electrónicas.

Delimitada en estos términos la controversia casacional, esta Sala sostiene que la sentencia impugnada no ha infringido el principio de mínima intervención de la Administración establecido en el artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y, de forma específica, en los artículos 13 y 70 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, ni ha vulnerado el principio de competencia establecido en el artículo 8 del citado texto legal, puesto que, a la luz de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea expuesta en la sentencia de 14 de abril de 2016 (asunto C-397/14) y de la doctrina jurisprudencial de esta propia Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo formulada en la sentencia de 23 de marzo de 2017 (RJ 2017, 1288) (RC 2420/2014), no apreciamos que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia haya ejercido de forma exorbitante las facultades que le confieren el artículo 12.5 de la citada Ley General de Telecomunicaciones. En efecto, consideramos que la decisión de fijar un sistema de precios máximos, en el marco de la resolución de un conflicto de interconexión, era necesaria -tal como mantuvo el Tribunal de instancia- para garantizar el cumplimiento de objetivos previstos en el artículo 8 de la Directiva 2002/19/CE y en el artículo 3 de la Ley estatal, de fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y procurar beneficios para los consumidores.(...)

Asimismo, cabe poner de relieve que estimamos que la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia estaba plenamente justificada, en cuanto que el establecimiento de precios máximos por la prestación de servicios de originación de llamadas a numeraciones gratuitas se fundamenta en criterios objetivos, (como expone la sentencia impugnada, al adoptarse una vez agotado el diálogo entre las partes y concurrir el presupuesto de salvaguarda del interés general, vinculado a lograr una competencia efectiva en este mercado), transparentes y no discriminatorias, que se revelan proporcionados en relación con los objetivos perseguidos señalados, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 8 de la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y en el artículo 3 de la Ley General de Telecomunicaciones.

Por ello, no compartimos la tesis argumental que cuestiona la fundamentación de la sentencia recurrida, en la medida que debe prevalecer el principio de autonomía contractual y la libertad de precios en los mercados no regulados del sector de las

telecomunicaciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, que, a su juicio, inhabilita a la Comisión de los Mercados y la Competencia para intervenir en este caso, en que no está en juego la garantía de la interconexión y de la interoperabilidad.

Sostenemos, por el contrario, que este reproche formulado a la sentencia impugnada no resuelta convincente, ya que se elude que el apartado 5 del mencionado artículo 12 de Ley General de Telecomunicaciones autoriza expresamente a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a intervenir en las relaciones entre operadores a petición de cualquiera de las partes implicadas o de oficio, cuando esté justificado con el objeto de fomentar, y, en su caso, garantizar la interconexión y la interoperabilidad de los servicios con la finalidad de alcanzar los objetivos establecidos en el artículo 3 de la citada Ley General de Telecomunicaciones, lo cual, según el Tribunal de instancia ha quedado debidamente acreditado en este supuesto, tras realizar una valoración ponderada y suficientemente motivada de todas las circunstancias concurrentes.

Cabe también descartar que procede revocar la sentencia impugnada porque, según se aduce, la intervención de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia supone la imposición de una regulación ex ante prescindiendo completamente del procedimiento establecido, por cuanto estimamos que la decisión de la Sala de Supervisión Regulatoria se produce en el marco de la tramitación de un expediente de resolución de un conflicto de interconexión entre dos operadores, tras la valoración y análisis de las concretas circunstancias alegadas por las partes, y atendiendo, singularmente, a la evolución de los precios del mercado mayorista y el mercado minorista por la prestación de los servicios de originación de llamadas a numeraciones gratuitas, que desvela que los precios pactados en el acuerdo general de interconexión tenían efectos anticompetitivos, claramente distorsionadores de la competencia así como desfavorables para las empresas y los usuarios.

En este sentido, cabe reseñar que, como sostuvimos en la sentencia de esta Sala de 1 de octubre de 2008, la resolución de conflictos de interconexión entre operadores contendientes no requiere de la apelación a doctrinas civilistas, porque la función del organismo regulador se extiende a lograr un equilibrio justo de los intereses de las partes, con el objetivo de garantizar intereses públicos vinculados a la salvaguarda de la libre competencia y el interés de los usuarios"; y acaba fijando la siguiente doctrina: "El artículo 12.5 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, a la luz de lo dispuesto en el artículo 8 de la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva acceso) y de los artículos 3 y 5 del citado texto legal, debe interpretarse en el sentido de que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en su posición de autoridad nacional de reglamentación especializada en la supervisión regulatoria, en el marco de la resolución de un conflicto de interconexión, está facultada para intervenir en mercados no regulados del sector de las telecomunicaciones e imponer mediante decisiones vinculantes obligaciones a un operador relativas al sistema de tarificación, siempre que se justifique su imperiosa necesidad para satisfacer el interés general y en aras de garantizar la

interoperabilidad de las comunicaciones, la competencia efectiva y el beneficio de los consumidores y usuarios, y se acredite que dichas obligaciones son objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias”.

CUARTO.- Sostiene la recurrente la vulneración por la resolución de la adecuada motivación, arbitrariedad y vulneración del principio de objetividad, por no haber diferenciado entre los servicios SMS A2P y SMS P2P.

La parte mantiene la necesidad de distinguir entre el servicio SMS P2P y el servicio SMS A2P. Los SMS P2P -persona a persona- son los que intercambian dos usuarios de red móvil, mientras que los SMS A2P -aplicación a persona- son los que un usuario recibe de una aplicación. Acompaña informe pericial en el que se diferencian los SMS A2P de los SMS P2P, sobre tres elementos: la direccionalidad, la situación de equilibrio del mercado y la percepción del valor añadido. Esto justificaría la necesidad de tratamiento diferenciado, y no un tratamiento único como ha hecho la resolución impugnada.

Dicha cuestión, fue alegada en vía administrativa y rechazada por la CNMC.

Así, desde el punto de vista técnico no existen diferencias en la prestación del servicio, por cuanto aun cuando la recurrente haya sostenido la posibilidad de que los servicios de SMS A2P no requieran emplear servicios de interconexión, sino que existen modelos técnicos alternativos, como se pone de manifiesto en la resolución, y no ha sido desvirtuado, “la realidad del mercado español de SMS A2P muestra que siguen siendo los operadores móviles los que cursan los tráficos SMS, terminándolos en su red (cuando el usuario destinatario se aloje en ella) o haciendo uso de los servicios mayoristas acordados con otros operadores para hacer llegar el SMS (cuando el usuario destinatario se encuentre alojado en otra). La capacidad de un usuario de contestar a la comunicación es únicamente una particularidad que diferencia este tipo de SMS respecto a otros en el mercado minorista, siendo indiferente en lo que se refiere a los servicios mayoristas empleados para hacer llegar el mensaje a su destino”. Así pues, tanto los SMS P2P como los SMS A2P hacen uso de la interconexión entre operadores para terminación, la referencia a otras soluciones técnicas alternativas es meramente teórica, y no responde a la realidad existente en España. La unidireccionalidad o bidireccionalidad de los SMS no implican una diferencia técnica en el servicio de terminación, por cuanto debe ser realizada, en cualquier caso, por el operador que aloje al usuario destinatario del SMS.

El desequilibrio de SMS A2P entre los operadores, como se pone de manifiesto en la resolución, es consecuencia de la diferente estrategia comercial, sin que se haya acreditado la existencia de factores exógenos que impidan un equilibrio. La mayor presencia de un operador en el servicio de SMS A2P no determina un tratamiento diferencial.

La naturaleza de los servicios SMS P2P y SMS A2P puede diferir a nivel minorista, pero ello no afecta al servicio mayorista de terminación, que es el mismo

para los dos servicios minoristas, ni a las condiciones bajo las que dicho servicio mayorista se presta. Tanto para SMS P2P como SMS A2P, la entrega del mensaje corto únicamente la podrá realizar el operador móvil al que está suscrito el cliente receptor. No existiendo diferenciación en el servicio de terminación de los servicios SMS P2P y SMS A2P, no existen razón para efectuar la diferenciación pretendida por la recurrente. Tampoco la diferente percepción del valor añadido que puedan tener los receptores de los SMS afecta a la naturaleza del servicio prestado.

QUINTO.- Mantiene la recurrente la vulneración del principio de intervención mínima.

La CNMC interviene, como hemos señalado en fundamentos anteriores, ante un supuesto de conflicto de interconexión entre operadores, en el que el operador demandante, Vodafone, considera que el precio de terminación de SMS no es razonable, y ante la imposibilidad de lograr un acuerdo por la recurrente, tras los intentos de negociación recogidos en los antecedentes de la resolución impugnada.

Constatado el fracaso del intento de negociador entre las partes, existía un conflicto y se daban las circunstancias del artículo 12.5 de la Ley 9/2014.

Aun cuando las partes disponen de autonomía contractual para fijar sus condiciones, dentro del marco predeterminado, aquellos acuerdos están sujetos al escrutinio del organismo regulador que puede, en caso de conflicto, adoptar las decisiones necesarias sobre la forma y condiciones en que la interconexión debe llevarse a efecto.

Esto es lo ocurrido en el caso de autos, en el que ante la discrepancias entre los precios de terminación de los SMS, interviene el CNMC para la resolución del conflicto garantizando de ese modo la adecuación del acceso y la interconexión, justificándose la intervención en que la reducción de precios mayoristas de terminación de SMS se reduce en reducción de precios minoristas que benefician a los consumidores, lo cual es un objetivo de interés general que justifica la intervención.

SEXTO.- Con respecto del precio fijado, sostiene la recurrente que no es razonable y no cubre los costes asociados al servicio SMS A2P.

No podemos compartir la afirmación de la recurrente de falta de razonabilidad del precio fijado, la resolución pone de manifiesto que “la consecución de acuerdos comerciales con otros operadores no es argumento que por sí mismo justifique que dichos acuerdos deban extenderse automáticamente a otro operador”, y analiza si concurren circunstancias objetivas que justifiquen la propuesta de precios de Vodafone. Analiza la evolución de los costes de prestación de la terminación de SMS, poniendo de relieve que “los costes medios de terminación de SMS también han experimentado un descenso, habiéndose reducido de forma casi constante durante los diez años comprendidos entre 2007 y 2016 (...) la evolución de los costes

medios unitarios de la terminación de SMS se ha caracterizado por una notable pendiente negativa que se mantiene en la actualidad y no se prevé que se invierta”. La resolución pone de manifiesto que “el precio de terminación de 2 céntimos de euro de SMS está significativamente por encima del coste estimado para el servicio mayorista de terminación de SMS en las contabilidades de costes conforme al estándar de costes corrientes totalmente distribuidos”.

El carácter unidireccional y la asimetría del servicio de SMS A2P no justifica que el coste a tener en cuenta para el servicio de terminación de un SMS A2P sea diferente del coste mayorista de terminación de SMS, ya que existe un único e idéntico servicio de terminación. Así los costes en que incurre la recurrente por prestar el servicio de terminación de SMS son los mismos con independencia de si el SMS es P2P o A2P.

SÉPTIMO.- No aprecia este tribunal la necesidad de plantear la cuestión prejudicial que solicita la entidad recurrente, dados los términos en que se solicita, puesto que la recurrente fundamenta su petición en presupuestos que este Tribunal rechaza. Tal como se ha razonado, la resolución impugnada sí resuelve un conflicto de interconexión y no está imponiendo medidas ex ante en un mercado no regulado.

Tal como se recuerda en STS 17/12/2018, la jurisprudencia del TJUE, respecto al planteamiento una cuestión prejudicial al amparo del art. 267 del TFUE, indica que no solo se precisa que el tribunal albergue dudas sobre la validez o interpretación del derecho de la Unión, sino que además aprecie si la respuesta prejudicial es necesaria, esto es, si puede o no condicionar el resultado del litigio.

Como es sabido, los Tribunales cuya decisión es susceptible de ulterior recurso no están obligados a plantear la cuestión prejudicial siempre y en cualquier caso. Tienen la facultad de plantearla si se cumplen estos requisitos: que se suscite ante un Juez interno una cuestión relativa a la interpretación de una norma comunitaria; que dicha cuestión surja en el marco de un litigio pendiente ante el Juez o Tribunal; que para poder emitir su fallo el Juez nacional necesite que el TJUE se pronuncie con carácter previo sobre la interpretación de una norma comunitaria. Como señala la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de septiembre de 2010, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia.

OCTAVO.- De conformidad con el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa procede imponer las costas a la parte recurrente, sin que el límite máximo de aquéllas, considerando la complejidad y alcance del asunto planteado, pueda exceder de la suma de 3.000 euros por todos los conceptos.

Vistos los preceptos citados y demás normas de procedente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **ORANGE ESPAGNE, S.A.U.** contra la Resolución citada en el Fundamento de Derecho Primero. Con imposición de costas a la parte recurrente hasta un importe máximo de 3.000 euros por todos los conceptos.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción, justificando el interés casacional objetivo que presenta.

