



Roj: **STS 2789/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2789**

Id Cendoj: **28079130032018100312**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **10/07/2018**

Nº de Recurso: **3591/2017**

Nº de Resolución: **1176/2018**

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

Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1810/2017,**
ATS 12265/2017,
STS 2789/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.176/2018

Fecha de sentencia: 10/07/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 3591/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/07/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. **Eduardo Calvo Rojas**

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 8

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: dvs

Nota:

R. CASACION núm.: 3591/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. **Eduardo Calvo Rojas**

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1176/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente



D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. **Eduardo Calvo Rojas**

D^a. Maria Isabel Perello Domenech

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 10 de julio de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 3591/2017 interpuesto por OOIGA TELECOMUNICACIONES, S.L., representada por la Procuradora D^a Rosalía Rosique Samper, contra la sentencia de la Sección 8^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 4 de abril de 2017 dictada en el recurso contencioso-administrativo 641/2014. se han personado como partes recurridas la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y asistida por la Abogacía del Estado, DIGI SPAIN TELECOM, SLU, representada por el Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez, y TELEFONICA DE ESPAÑA, SAU, representada por la Procuradora D^a Ana Llorens Pardo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Eduardo Calvo Rojas**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección 8^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 4 de abril de 2017, -rectificada por auto de 24 de mayo de 2017- en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad mercantil Ooiga Telecomunicaciones, S.L. contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (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.

SEGUNDO.- El origen del conflicto al que se refiere la resolución de la CNMC impugnada en el proceso de instancia lo expone el antecedente I de la propia resolución en los siguientes términos:

<< PRIMERO.- Escrito presentado por Ooiga Telecomunicaciones, S.L.

Con fecha 4 de junio de 2013, se recibió en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT)1 escrito de la entidad Ooiga Telecomunicaciones, S.L. (en adelante, Ooiga) mediante el cual interponía conflicto de interconexión frente a Cableuropa, S.A.U. (en adelante, ONO) y Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) causado por la suspensión de los pagos en interconexión de tráfico generado los días 6 a 10 de septiembre de 2012, desde la red móvil del operador rumano RCS & RDS, S.A. en Rumanía (en adelante, Digi Rumanía) por parte de clientes de Digi Spain Telecom, S.L.U. (en adelante, Digimobil) y destino numeración de tarificación adicional asignada a Ooiga (905 y 807 - concretamente hacia los números 905865002, 905865704 y 807580098. (Documento nº 1)

Dicho tráfico habría sido entregado en España por el operador Digimobil a Jazztel Telecom, S.A.U. (en adelante, Jazztel), éste a Telefónica en tránsito, quien lo entregó a su vez a ONO para ser terminado por Ooiga y se habría dirigido al prestador de servicios de tarificación adicional (en adelante, PSTA) Zoval Creaciones, S.L., según indica Ooiga en su escrito inicial.

Según manifiesta Ooiga, Digimobil habría suspendido los pagos al siguiente operador de la cadena (Jazztel) al percatarse de no haber previsto un precio para este servicio (esto es, para las llamadas con destino a numeración española de tarificación adicional), a pesar de que Digimobil habría cobrado de sus clientes por la prestación del servicio.

Por todo ello, solicitaba que esta Comisión declarara el derecho de Ooiga a recibir los pagos suspendidos por los servicios de terminación objeto de conflicto, determinando que la retribución de pagos se articulara siguiendo el sistema de pagos en cascada, debiendo Digimobil traspasar a Jazztel el importe de las cantidades pendientes de pago, éste a su vez a Telefónica, quien debe pagar a ONO y éste a Ooiga. La cantidad pendiente de pago ascendería según la entidad denunciante a 305.566,02 euros>>.

En la parte dispositiva de su resolución la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia resuelve:

<<PRIMERO.- Desestimar la petición de Ooiga relativa al reconocimiento del derecho de dicha entidad a recibir los pagos por la totalidad de la retribución correspondiente a trescientos cinco mil quinientos sesenta y seis euros y dos céntimos (305.566,02 euros).

SEGUNDO.- Declarar procedente el pago de los servicios de interconexión prestados para el encaminamiento del tráfico objeto del presente conflicto, excluida la componente de tarificación adicional.

TERCERO.- Desestimar la petición de Digimobil respecto a la apertura de un procedimiento sancionador contra Ooiga por no existir suficientes elementos de prueba que acrediten una posible infracción de dicho operador de las previsiones normativas en materia de asignación de la numeración, conforme a la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

CUARTO.- Dar traslado de esta resolución y de los antecedentes recabados en el presente expediente, tanto a la Comisión de Supervisión de Servicios de Tarificación>>.

La sentencia recurrida transcribe en su fundamento jurídico primero diferentes fragmentos de la resolución administrativa impugnada en los que se describe la secuencia de las llamadas en itinerancia a determinados números de tarificación adicional españoles, utilizando para ello tarjetas prepago adquiridas en diversos puntos de distribución en España y Rumanía, así como la forma en la que se producen tales comunicaciones ("En concreto, el tráfico es masivo y concentrado (tanto en tiempo -poco más de cuatro días- como en el origen geográfico de las llamadas) y también resultan relevantes algunos detalles relativos a las tarjetas SIM y sus recargas o el uso de códigos IMEI falsos desde los que se realizaron las llamadas, tal y como se detalla a continuación....").

También reproduce la sentencia el párrafo de la resolución de la CNMC que alberga la siguiente conclusión:

<< (...) Cabe por tanto destacar que, tal y como se ha detallado en el presente fundamento de derecho, el tráfico irregular ha quedado suficientemente acreditado y que, tanto desde el punto de vista contractual como a la luz de las circunstancias concurrentes en relación con cada uno de los intervinientes, no resulta justificado reconocer a Ooiga su derecho a la remuneración en los términos planteados en su escrito, por parte de los anteriores operadores en la cadena de pagos, en relación con las llamadas origen del presente conflicto, salvo en lo que se refiere a la prestación de los servicios de interconexión>>.

Una vez asumida por la Sala de instancia la conclusión de la CNMC que afirma la existencia de un tráfico irregular, el mismo fundamento primero de la sentencia acota el alcance de la controversia suscitada en el proceso en los siguientes términos:

<< (...) La parte recurrente no cuestiona la irregularidad del tráfico, pero sí la competencia de la CNMC para que ignore su derecho legal y contractual a recibir los ingresos correspondientes a la prestación de servicios de interconexión efectivamente prestados>>.

Así delimitado el alcance de la controversia planteada en el proceso, la cuestión es examinada en los fundamentos segundo y tercero de la sentencia cuyo contenido es el siguiente:

<< (...) SEGUNDO.- La resolución recurrida resalta que la retención de los pagos por los servicios ha afectado a todos los operadores en la cadena, empezando por Digimobil, trasladando cada operador al siguiente la medida de retención, pero partiendo de la premisa de la existencia de tráfico irregular.

La Sala concluye, sin esfuerzo alguno, que se ha acreditado en el expediente la existencia del tráfico irregular que afirma la CNMC. Ninguna repercusión aprecia la Sala, como afirma la CNMC respecto del hecho de que el tráfico se haya generado desde fuera de España, pues lo cierto es que la irregularidad se materializa al transitar las llamadas por redes españolas. La conclusión que obtiene la resolución objeto de recurso, y esta Sala considera claramente acertada, es que las llamadas con origen en Rumanía y destino a números de tarificación adicional se realizaron para incrementar de forma artificial el tráfico "y no realmente para utilizar los servicios a los que se dirigían las llamadas, un tipo de comportamiento irregular recurrente en el sector de las comunicaciones electrónicas".

Por otra parte resaltamos que la CMNC por resolución de 5 de septiembre de 2013 aprobó el procedimiento común para la suspensión de la interconexión de numeraciones por tráfico irregular.

Tal y como señala la Abogacía del Estado, en nuestras sentencias de fecha 31 de enero y 14 de febrero de 2014, afirmábamos:

<<Distinta es la cuestión que se nos plantea, ajena a unas penalizaciones contractuales, en cuanto se trata de velar por las mejores condiciones de prestación y remuneración de los servicios e interconexión con arreglo al marco normativo a que se hizo mérito. Significa textualmente la CMT, en el último párrafo del Fundamento de Derecho Primero de la resolución:



"Por todo ello, se considera que es competencia de esta Comisión valorar la incidencia que el supuesto tráfico fraudulento ha podido tener sobre la prestación y abono de los servicios y, en consecuencia revisar las retenciones de pagos de interconexión efectuadas entre los operadores parte del presente conflicto..."

Esto es, ha de enfatizarse que la potestad del regulador se extiende a la salvaguarda de las adecuadas relaciones entre operadores, a fin de garantizar el acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios que se prestan, para así fomentar la competencia efectiva, la defensa de los intereses de los usuarios y la inversión eficiente en las infraestructuras correspondientes.

Llano es que tal intervención es sustancialmente diferente a la exigencia de abono de penalizaciones a que se contraen las Sentencias del Tribunal Supremo citadas, pues de lo que aquí se trata, insistimos, es de exigir el mejor cumplimiento de las condiciones de prestación y remuneración de los servicios de interconexión, con la finalidad de velar por el equilibrio contractual entre las partes, la libre competencia y el respeto al régimen regulatorio en la materia. A mayor abundamiento, la repetida Sentencia de la Sala Tercera de 28 de junio de 2011, al margen de su ilustrativa exposición de la zona de penumbra por la que se desliza su argumentación, llega a indicar que la carencia competencial de la CMT se ciñe a las "consecuencias meramente patrimoniales" de los incumplimientos.

Y si el Alto Tribunal utiliza el adverbio de modo "meramente", que, según la Real Academia de la Lengua, es sinónimo de "solamente", de "simplemente" o de "sin mezcla de otra cosa", la recta inteligencia de la frase "meramente patrimoniales" nos traslada a un contexto que resultaría ajeno a cuanto ahora ponderamos, en el que el desbloqueo de unos pagos retenidos excede de una medida exclusivamente económica o patrimonial, incidiendo palmariamente en la evitación de distorsiones en la competencia en el ámbito de la interconexión entre operadores, con cobertura, en fin, en los preceptos consignados en ordinal precedente>>.

Nos permitimos resaltar lo que señala la codemandada en su escrito de contestación, referido a similar recurso (263/14) interpuesto por Seboim, S.L. sobre cancelación de número corto, y resuelto por sentencia de esta Sala y Sección de 4 de diciembre de 2015, en que se aprecia similar tráfico irregular de llamadas y se trata del mismo administrador único que Ooiga Telecomunicaciones, S.L.

TERCERO.- Lo cierto es que el artículo 51 LGTel otorga competencia a la CNMC para intervenir en los conflictos generados por tráfico irregular. La previsión legal se desarrolla en el Real Decreto 381/2015, de 14 de mayo -posterior a la intervención objeto de examen- pero la competencia para intervenir deriva directamente del referido precepto legal, tal y como ya hemos resaltado en anteriores resoluciones ya citadas. La competencia del regulador, para intervenir en caso de conflicto de interconexión está fuera de duda, conforme deriva de los artículos 6.4, 12, 15 y 70 LGTel (anterior artículo 11 de la LGTel de 2003), dejando a salvo las relaciones entre operadoras que ahora se regulan en el referido Real Decreto. De dicha regulación se deduce sin esfuerzo la competencia de la CNMC para intervenir en las relaciones entre operadores y, de modo singular, en los conflictos que se generen por retención de pagos de interconexión y tráfico irregular. Se trata, además, de una cuestión de relevancia pública.

En todo caso, la conducta de la recurrente es contraria con su propia postura sostenida en vía administrativa, pues considera competente a la CNMC sólo para acordar conforme ella interesa, pero no en sentido distinto.

Por lo demás la CNMC realiza un análisis detallado, pormenorizado y sobradamente razonado sobre la conducta de cada interviniente en la cadena de conexiones, desde el prisma de sus obligaciones contractuales, dentro del ámbito de resolución del conflicto planteado. En todo caso, la resolución impugnada no se limita a identificar un tráfico irregular de llamadas, sino que dicho tráfico se vincula a la perturbación en el funcionamiento normal de las redes públicas de telecomunicaciones, perturbación que en el caso que nos ocupa, está fuera de duda razonable. Se trata de un supuesto en que se identifica un tráfico irregular, se constata el uso inadecuado de las redes públicas y se mantiene igual criterio al que se ha sostenido en casos anteriores que han sido confirmados por esta Sala.

Como hemos señalado con anterioridad no puede dejar de resaltarse que Ooiga ha sido objeto de varias decisiones de la CNMC por más casos de tráfico irregular, pudiendo resaltar las resoluciones de 11 de diciembre de 2014 y dos resoluciones de 9 de julio de 2015, referidas a Ooiga o a Seboim, conforme se refleja en la contestación a la demanda de Digi Spain Telecom. No se ha acreditado, de forma cumplida, la relación entre Ooiga y Zoeval y se deduce de lo actuado que el PSTA ha sido en realidad la propia Ooiga>>.

Por tales razones la Sala de la Audiencia Nacional desestima el recurso contencioso-administrativo.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, preparó recurso de casación contra ella la representación de Ooiga Telecomunicaciones, S.L., siendo admitido a trámite el recurso por auto de la Sección Primera de esta Sala de 31 de octubre de 2017 en el que asimismo se acuerda la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera, con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.

En la parte dispositiva del auto de 31 de octubre de 2017 se acuerda, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

<< (...) 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>>.

CUARTO.- La representación de Ooiga Telecomunicaciones, S.L. formalizó la interposición de su recurso de casación mediante escrito presentado el 19 de diciembre de 2017 en el que solicita 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, con expresa imposición de costas".

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, mediante providencia de 8 de enero de 2018 se tuvo por interpuesto el recurso y se acordó dar traslado a las partes recurridas para que pudiesen formular su oposición.

SEXTO.- La representación de Telefónica de España, SAU formalizó su oposición mediante escrito presentado el 20 de febrero de 2018 en el que, tras formular sus alegaciones en contra de lo aducido por la recurrente, termina solicitando que se dicte sentencia confirmando la sentencia recurrida con imposición de las costas a la recurrente.

La representación procesal de la Administración del Estado formuló su oposición al recurso mediante escrito presentado con fecha 22 de febrero de 2018.

Por su parte, la representación de Digi Spain Telecom, SLU presentó escrito con fecha 22 de febrero de 2018 en el que, tras exponer las razones de su oposición al recurso, termina solicitando que se dicte sentencia desestimando el recurso y condenando en costas a la recurrente.

SÉPTIMO.- Mediante providencia de 6 de marzo de 2018 se acordó no haber lugar a la celebración de vista y quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo; fijándose finalmente al efecto el día 3 de julio de 2018, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación nº 3591/2017 lo interpone la representación de Ooiga Telecomunicaciones, S.L. contra la sentencia de la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 4 de abril de 2017 -rectificada por auto de 24 de mayo de 2017- en la que se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la referida entidad mercantil contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 16 de octubre de 2014 por la que se resuelve el conflicto de interconexión presentado por Ooiga Telecomunicaciones, S.L. 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.

SEGUNDO.- En el antecedente segundo hemos reseñado el origen del conflicto al que se refiere la resolución de la CNMC impugnada en el proceso de instancia así como las razones que expone la Sala de la Audiencia Nacional para fundamentar la desestimación del recurso contencioso-administrativo.

Allí hemos visto que, habiendo sido objeto de controversia en el proceso la cuestión referida a la competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para conocer sobre las consecuencias patrimoniales de un conflicto de interconexión, la sentencia recurrida se remite a sentencias anteriores de la misma Sala de la Audiencia Nacional e invoca la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2011 , para poner de manifiesto que dicha sentencia indica que la carencia competencial de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (hoy CNMC) se cifiere a las "consecuencias meramente patrimoniales" de los incumplimientos, para concluir que <<(...) el desbloqueo de unos pagos retenidos excede de una medida exclusivamente económica o patrimonial, incidiendo palmariamente en la evitación de distorsiones en la competencia en el ámbito de la interconexión entre operadores>>. Y añade la sentencia que el artículo 51 de la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones (LGTel) otorga competencia a la CNMC para intervenir en los conflictos generados por tráfico irregular, y que la competencia del regulador está fuera de duda conforme a los artículos 6.4 , 12 , 15 y 70 de la citada Ley , para intervenir en caso de conflicto de interconexión y, en particular,

en los conflictos que se generen por retención de pagos de interconexión y tráfico irregular, tratándose además de una cuestión de relevancia pública.

Procede entonces que entremos a examinar las cuestiones suscitadas en casación, en particular la señalada en el auto de la Sección Primera de esta Sala de 31 de octubre de 2017 que acordó la admisión del presente recurso.

Como vimos en el antecedente tercero, en dicho auto se declara 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".

TERCERO.- Para un adecuado examen de la cuestión suscitada en el presente recurso de casación debemos comenzar recordando el contenido de los preceptos en los que debemos centrarnos, esto es, los artículos 12.5, 15 y 70.2.d) y g) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

<< Artículo 12. Principios generales aplicables al acceso a las redes y recursos asociados y a su interconexión

.

[...]

5. 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.

[...]>>

<< Artículo 15. Resolución de conflictos .

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.

2. En caso de producirse un conflicto transfronterizo en el que una de las partes esté radicada en otro Estado miembro de la Unión Europea, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en caso de que cualquiera de las partes así lo solicite, coordinará, en los términos que se establezcan mediante real decreto, sus esfuerzos para encontrar una solución al conflicto con la otra u otras autoridades nacionales de reglamentación afectadas.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá solicitar que el ORECE adopte un dictamen sobre las medidas que deben tomarse para resolver el litigio.

Cuando se haya transmitido al ORECE tal solicitud, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia deberá esperar el dictamen del ORECE antes de tomar medidas para resolver el litigio. Ello no constituirá un obstáculo para que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia adopte medidas urgentes en caso necesario.

Cualquier obligación impuesta a una empresa por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en la resolución de un litigio deberá tener en cuenta en la mayor medida posible el dictamen adoptado por el ORECE>>.

<< Artículo 70. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia .



1. La naturaleza, funciones, estructura, personal, presupuesto y demás materias que configuran la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia están reguladas en la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

2. 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.

En particular, le corresponderá resolver conflictos entre operadores relativos a la determinación de las condiciones concretas para la puesta en práctica de la obligación impuesta por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo de la utilización compartida del dominio público o la propiedad privada, o de la ubicación compartida de infraestructuras y recursos asociados, de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 32 de la presente Ley, así como resolver conflictos sobre el acceso a infraestructuras susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas y el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas titularidad de los órganos o entes gestores de infraestructuras de transporte de competencia estatal, en los términos establecidos por los artículos 37 y 38 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.

[...]>>.

CUARTO.- Una regulación similar a la establecida en los preceptos que acabamos de transcribir se contenía en los artículos 3 , 11.4 , 14 , 48.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones , puestos en relación con el artículo 23 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre , por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, y el artículo 10.1 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible . Y en relación con esa regulación anterior esta Sala ya abordó en diversas ocasiones cuestiones referidas a la delimitación de las atribuciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (ahora, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) en la resolución de los conflictos de acceso e interconexión.

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. Puede verse en este sentido nuestra sentencia 505/2017, de 23 de marzo de 2017 (casación 2420/2014 , F.J. 3º) y las que en ella se citan de 28 de junio de 2011 (casación 5732/2008), 29 de junio de 2011 (casación 2349/2009), 14 de noviembre de 2011 (casación 618/2009), 18 de enero de 2012 (casación 1061/2009), 24 de abril de 2012 (casación 2666/2009 y 3983/2009) y 15 de noviembre de 2013 (casación 5878/2010), entre otras.

Por esa misma línea de razonamiento discurre nuestra sentencia de 10 de noviembre de 2016 (casación 229/2014), en la que se examina la intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en un supuesto de compensación de deudas entre operadoras que -entendíamos- pertenecía al ámbito civil-mercantil, pues no estaba en juego la interpretación o aplicación de las reglas de interconexión sino, solamente, una actuación unilateral de una de las operadoras en el plano de las relaciones económicas entre ellas. En el F.J. 3º de en esa sentencia hacíamos, en lo que ahora interesa, las siguientes consideraciones:

<< (...) En efecto, los artículos de la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 32/2003), mencionados en el fundamento segundo de la Sentencia recurrida le atribuyen las funciones de promover y asegurar la competencia en el mercado de las telecomunicaciones (artículo 3). Y, para el adecuado cumplimiento de dichas funciones, se le reconocen las facultades de intervenir en las relaciones entre operadores (artículo 11.4), resolver conflictos de interconexión y acceso (artículo 14), arbitrar en los conflictos entre operadores y adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la interconexión de las redes y la política de precios y comercialización por los prestadores de servicios (artículo 48.3). Asimismo, la Sala cita en apoyo de su tesis



sobre la competencia de la Comisión en el conflicto de autos el artículo 23 del Real Decreto 2296, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, que atribuye a la Comisión competencia en las relaciones y conflictos entre operadores, así como la Ley de Economía Sostenible (Ley 2/2011, de 4 de marzo), que establece como objeto prioritario de la actuación de los órganos reguladores velar por el adecuado funcionamiento del sector económico regulado para garantizar la efectiva disponibilidad y prestación de unos servicios competitivos y de calidad en beneficio del conjunto del mercado y de los consumidores y usuarios (artículo 10.1).

Sin embargo y tal como hemos anticipado, no se discuten tales funciones y facultades, sino si el concreto conflicto planteado ha de calificarse como un conflicto que afecta al correcto funcionamiento de las relaciones de interconexión entre operadores de telecomunicaciones que debe ser resuelto por el órgano regulador en ejercicio de las facultades mencionadas, o bien un conflicto mercantil entre dichos operadores.

Pues bien, a este respecto es relevante, efectivamente, la Sentencia de esta Sala a la que se refiere la de instancia, de 28 de junio de 2011 (RC 5732/2008), seguida luego por otras varias, sobre la aplicación de las cláusulas penales incluidas en acuerdos de interconexión. De la jurisprudencia sentada en dichas sentencias se deduce con toda claridad que determinados aspectos de las relaciones entre operadores, aun siendo elementos de los acuerdos exigidos por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, tienen una naturaleza patrimonial y escapan a sus facultades de control. En aquel supuesto dijimos:

[...]

Como vamos a ver, en el supuesto de autos nos encontramos igualmente con un litigio de contenido exclusivamente patrimonial, pues de lo que se trata es de que Telefónica de España ha impagado determinadas cantidades a la compañía LCR, a cuenta de créditos a favor de dicha mercantil, esto es efectuando una suerte de compensación de deudas. Aunque dichas cantidades fuesen en ambos casos pagos derivados de sus recíprocas relaciones como operadores de telefonía, el impago unilateral por parte de Telefónica de tales cantidades no es sino un litigio mercantil que no afecta a las relaciones de interconexión.

[...]

De la descripción anterior del conflicto se constata que el mismo es puramente económico: se origina como consecuencia del impago inicial en unas llamadas fraudulentas que produce un impago en cadena y consiste en que uno de los operadores afectados compensa unas cantidades, relativas a esas llamadas fraudulentas adelantadas a otra operadora y no recuperadas debido al fraude inicial, con créditos frente la compañía a la que había abonado dichas cantidades.

[...]

Tampoco ofrece dudas que resulta necesario para el cumplimiento de sus funciones que el órgano regulador estudie el cumplimiento de las condiciones técnicas y económicas contenidas en los acuerdos entre operadores, pues sólo así puede determinar si éstos han incurrido en infracciones que afecten a un adecuado funcionamiento de las relaciones de acceso e interconexión entre ellos. Así, la Comisión examina aspectos técnicos que le corresponde plenamente valorar, como cuando analiza la mayor o menor diligencia en la verificación y reclamación del fraude por parte de los operadores a quienes corresponde dicha tarea, según las previsiones de los acuerdos de interconexión entre ellos.

Ahora bien, en cuanto a los aspectos económicos, conviene hacer ciertas precisiones. La Comisión debe, sin duda, determinar el comportamiento de los diversos agentes, y le corresponde asimismo conocer y sancionar, en su caso, la negativa a reconocer o cumplir las condiciones económicas a los acuerdos de interconexión, como lo sería la negativa o rechazo a reconocer o asumir sus obligaciones económicas o la disputa de cuáles fuesen tales obligaciones, que están revisadas y en ocasiones directamente determinadas por la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Sin embargo, en el caso presente, la Comisión ha sobrepasado tales atribuciones, pues no hay ninguna disputa entre las partes en cuanto a cuáles sean tales obligaciones consecuencia de las relaciones de interconexión y, por tanto, nada que afecte de manera directa al buen funcionamiento de tales relaciones. Lo que existe -y se explicita claramente en el tercer punto del conflicto según la propia Comisión-, es una actuación mercantil unilateral por parte de Telefónica al compensar, sin el consentimiento de la codemandada, unos pagos anticipados realizados por ella con créditos a su favor, esto es una disputa puramente patrimonial.

[...]

Así pues y en definitiva, nos encontramos ante un conflicto civil que escapa a las funciones y facultades de la Comisión reguladora. Esta puede valorar -y, en su caso, sancionar- la actuación de los operadores en conflicto en orden a la detección y solución del fraude, pues entra dentro de sus obligaciones relativas a sus relaciones



de interconexión. Puede asimismo valorar -y, en su caso, sancionar- el rechazo de las obligaciones económicas derivadas de los acuerdos recíprocos y de las obligaciones de interconexión así como el incumplimiento grave o generalizado de dichas obligaciones económicas, pues ello supondría poner en riesgo el adecuado funcionamiento del sistema [...]>>.

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.

QUINTO.- 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.

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

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4 , 139.1 y 139.4 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción , entendemos que no procede la imposición de las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes, abonando cada una las causadas a su instancia y las comunes por mitad. Y a las costas del proceso de instancia, hacemos nuestro el pronunciamiento que hizo al respecto la sentencia recurrida.

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los artículos 86 a 93 de la Ley de esta Jurisdicción .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

No ha lugar al recurso de casación nº 3591/2017 interpuesto por OOIGA TELECOMUNICACIONES, S.L. contra la sentencia de la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional de 4 de abril de 2017 dictada en el recurso contencioso-administrativo 641/2014 ; sin imponer las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes y manteniendo, en cuanto a las costas del proceso de instancia, el pronunciamiento de la sentencia recurrida.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat **Eduardo Calvo Rojas**

Maria Isabel Perello Domenech Diego Cordoba Castroverde



Angel Ramon Arozamena Laso Fernando Roman Garcia

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ