



Roj: **SAN 1444/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:1444**

Id Cendoj: **28079230082014100228**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **28/03/2014**

Nº de Recurso: **104/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1444/2014,**
STS 1126/2017

SENTENCIA

Madrid, a veintiocho de marzo de dos mil catorce.

VISTOS por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo nº **104/2012** promovido por el Procurador de los Tribunales **D. Ramón Rodríguez Nogueira**, en nombre y representación de **TELEFONICA DE ESPAÑA, SAU**, contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 1 de diciembre de 2011, que desestima recurso de reposición frente a resolución de fecha 2 de junio de 2011, por la que se resuelve conflicto de interconexión presentado por Peopletel, S.A.

Ha sido parte recurrida la Administración General del Estado, **Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones**, representada por el **Abogado del Estado** y **Peopletel, S.A.**, representada por el Procurador de los Tribunales **D. Luis Fernando Granados Bravo**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Frente a la resolución indicada, el recurrente interpuso recurso contencioso administrativo, en febrero de 2012.

Reclamado el expediente a la Administración y siguiendo los trámites legales, se emplazó a la parte recurrente para la formalización de la demanda, lo que verificó mediante escrito que obra en autos. Termina suplicando a la Sala que dicte sentencia por la que se acuerde declarar nula parcialmente la resolución impugnada que resuelve conflicto de interconexión presentado por Peopletel en relación con la modificación de precios, anulando el resuelve segundo, tercero, cuarto y quinto de la resolución de fecha 2 de junio de 2011 y, subsidiariamente, que se establezca como fecha de aplicación del modelo de facturación el 30 de diciembre de 2009 resolviendo instando a la retarifación del tráfico desde esa fecha hasta el 3 de mayo.

SEGUNDO.- Emplazado el Abogado del Estado para que contestara a la demanda, así lo hizo en escrito en el que, tras expresar los hechos y fundamentos de derecho que estimó convenientes, terminó solicitando que se dictara una sentencia desestimatoria del recurso, con imposición de costas a la parte recurrente.

Peopletel, S.A. presentó en el que, tras expresar los hechos y fundamentos de derecho que estimó convenientes, terminó solicitando que se dictara una sentencia desestimatoria del recurso, con imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO.- Se practicó la prueba solicitada y admitida por la Sala, las partes presentaron escrito de conclusiones por su orden y las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, la cual tuvo lugar el día 26 de marzo de 2014.



CUARTO.- La cuantía de este recurso es de 151.461 euros, en todo caso inferior al límite casacional.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIR O**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Peopletel, S.A., presentó escrito ante la CMT, solicitando su intervención para la resolución del conflicto de interconexión surgido con TESAU como consecuencia del incumplimiento por parte de esta última del Acuerdo General de Interconexión (AGI) firmado entre ambas el 24 de septiembre de 2002, pues TESAU incorpora un nuevo apartado en los APCs denominado RR=54 modificando unilateralmente los precios establecidos en el acuerdo para el servicio de tránsito e, igualmente, se denunciaba la intención de TESAU de retener pagos en las consolidaciones de 2010 y de regularizar retroactivamente las consolidaciones efectuadas desde julio de 2009.

TESAU remitió una carta el 30-12-2009 a Peopletel informando de los precios de interconexión y del modo de cálculo aplicables a las llamadas con origen en operadores internacionales y destino a numeración 902 de Peopletel, puesto que se ha "detectado la inexistencia de criterio alguno para la facturación de este tipo de llamadas". La tesis de Peopletel es que dicha comunicación supone una modificación del AGI firmado sin seguir el procedimiento acordado en el mismo. Se considera que dicho nuevo criterio es contrario al AGI y a la OIR 2005.

TESAU señala que el sistema 902 seguido, requiere un modelo razonable debido a que "le produce un quebranto financiero el haber retribuido a Peopletel este tipo de llamadas con unos importes mayores de los que se ha facturado al operador internacional de origen". En la subruta 54 se clasifican las llamadas de tránsito procedentes de origen internacional aunque en algunos casos no aparezca el número "A" identificado como internacional. El origen internacional se presume, ya que estas llamadas son entregadas a Telefónica a través de rutas internacionales y son facturadas a los correspondientes operadores internacionales. TESAU ha procedido a efectuar un reproceso del periodo afectado y una vez completados los reprocesos procederá a regularizar el periodo Jun-09/Dic-09.

Con estos antecedentes, la CMT considera que tiene competencia para resolver en función de lo dispuesto en los artículos 11.4, 14 y 48.3 LGTel, pues afirma que la CMT es competente "para conocer del presente conflicto relativo a la modificación del precio pactado en el AGI existente entre Telefónica y Peopletel para el tráfico con destino a la numeración 902 de este último operador, así como a la retarificación con carácter retroactivo de los tráficos ya consolidados entre los operadores de acuerdo con lo establecido en la OIR y en su AGI".

Estamos ante el servicio "llamar a casa" de Peopletel, a través de la numeración 902, mediante la cual se ofrecen llamadas internacionales con el precio exclusivo, para Peopletel, de acceso a un 902.

Sin embargo TESAU factura bajo el modelo de acceso de la OIR 2005 cuando el origen de las llamadas es nacional, tal como está previsto en el AGI firmado entre las partes. Las llamadas internacionales se facturaban bajo el mismo sistema al no identificarse su origen internacional, facturándose como nacionales 902.

Resulta incontestable que en la OIR sólo se regulaba el tránsito con origen nacional y no aquél cuyo origen tuviera lugar fuera de España, como ocurre en el presente caso. TESAU sufre un perjuicio económico sólo en aquellos supuestos en que las llamadas transitan a numeración 902 cuando el operador de acceso se encuentra fuera de España. En definitiva, el sistema de pagos en cascada, supone que Peopletel desviaba la llamada a tránsito internacional, previa comprobación de su rentabilidad. Las llamadas eran clasificadas como si fuesen originadas en territorio nacional, cuando en realidad tenían un origen internacional. Como resultado de ello TESAU abonaba mayor cantidad a Peopletel que la recibida de los operadores internacionales.

"Así, dado el precio pactado por Telefónica con los operadores internacionales de origen por el servicio de terminación en ámbito nacional y debido al importe que, por el concepto de establecimiento de la llamada más el tráfico debe abonar a Peopletel, consecuencia de la aplicación del modelo de acceso acordado en el AGI para los servicios de tránsito a red inteligente, en los casos en los que las llamadas a los 902 son de corta duración, Telefónica tiene pérdidas económicas y "ha quedado demostrado que esta situación provoca a Telefónica un grave perjuicio económico".

La CMT considera "razonable" que se haya propuesto una modificación del modelo de facturación. Y la CMT califica el nuevo modelo propuesto y el precio como "razonables". Pero muestra su desacuerdo con la forma en que se ha efectuado, puesto que lo considera una "imposición" en su contenido y en su fecha de efectos. Se afirma que estamos ante una imposición unilateral de nuevas condiciones económicas de un servicio que ya venía siendo prestado. Y se concluye:



<<A la vista de lo expuesto y a juicio de esta Comisión se considera no ajustada a derecho la incorporación unilateral por parte de Telefónica de un nuevo epígrafe en el APC, así como la aplicación unilateral de los precios y del modo de facturación aplicados al servicio de tránsito, puesto que suponen modificaciones del AGI suscrito entre ambos operadores sin que los mismos se hayan alcanzado tras un periodo de negociación dirigido a alcanzar un acuerdo entre las partes".

Y se resuelve:

<<1º. Declarar justificada y razonable la propuesta de Telefónica de España, S.A.U. contenida en su carta de 30 de diciembre de 2009 de establecer un nuevo modelo de facturación y precios para el servicio de tránsito con origen internacional y destino a numeración de red inteligente 902 de Peopletel, S.A.....

2º. Establecer que las modificaciones acordadas en el resuelve anterior serán aplicables al tráfico cursado a partir de la fecha de interposición del presente conflicto, es decir, a partir del 3 de mayo de 2010.

3º. Instar a Telefónica de España, SAU a retarificar el tráfico agrupado en la subruta 54 desde el 14 de diciembre de 2009 hasta el 3 de mayo de 2010, aplicando las condiciones que establecía la OIR 2005 y el AGI firmado entre las partes.

4º. Instar a Telefónica de España SAU a retarificar el tráfico agrupado en la subruta 54 desde la fecha de interposición del presente conflicto hasta la fecha de resolución del mismo aplicando los nuevos precios propuestos, siempre que Telefónica de España, SAU demuestre su origen internacional. De lo contrario, esas llamadas serán facturadas como si hubiesen sido originadas en red nacional.

5º. Instar a Telefónica de España, SAU a devolver a Peopletel, S.A. las cantidades resultantes de realizar las reclasificaciones y retarificaciones indicadas en los Resuelve Tercero y Cuarto>>.

En la demanda se introducen, como motivos de impugnación, los siguientes: Capacidad y límites de la CMT, principio de intervención mínima. Se afirma que no estamos en un conflicto de acceso a interconexión, que no hay interés general que justifique la intervención de la CMT y que se obvia la libertad de las partes; vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad y de confianza legítima; y razonabilidad del modelo propuesto por TESAU.

SEGUNDO.- En la sentencia recaída en el recurso 1394/2010, nos hemos referido a la competencia de la CMT en los siguientes términos:

<<Sobre la competencia de la CMT dos son las cuestiones a dilucidar, tal y como ya dijimos en la sentencia a que nos hemos referido. Por una parte, cuales normas ofrecen cobertura a su intervención, y, por otra, cuando ha de considerarse existe un conflicto de acceso y si ello se reserva a una total imposibilidad de alcanzar acuerdos.

Pues bien, el artículo 11 de la Ley General de Telecomunicaciones, 32/2003, de 3 de noviembre, relativo a "Principios Generales aplicables al acceso a las redes y recursos asociados y a su interconexión", establece, en su apartado 4, que la CMT podrá 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"). Por su parte, el artículo 14.1 ("Resolución de conflictos"), dispone que de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso conocerá 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.

Ambos preceptos son coherentes 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.

Dicho esto, que en su meridiana claridad respalda claramente la intervención del regulador, habrá que analizar la alegación de inexistencia de conflicto. La aseveración no puede prosperar, pues, si se observan los hitos procedimentales expuestos en el ordinal que precede, se viene en conocimiento que desde marzo de 2009, en que ALTERNA se dirigió a los operadores, hasta la fecha de la propia resolución, transcurre más de un año, sin que conste acuerdo alguno, por lo que la CMT se vió abocada a decidir. Como expresábamos en nuestra Sentencia de 27 de enero de 2006, en cuyo fundamento de Derecho Quinto se aborda esta cuestión (ligada a la afirmación de una de las partes procesales de que para que la CMT pueda conocer sobre un conflicto de interconexión deba ser clara la inexistencia de acuerdo entre las partes), si consta una rotunda posición en los interesados y se evidencia la falta de consenso, ello permite a la CMT "concluir motivadamente la falta de voluntad negociadora entre las partes", sin que se prevea en los conflictos de interconexión "un periodo determinado para la negociación entre las partes", bastando se infieran "posiciones difícilmente conciliables",



como sería el caso, a la vista de los criterios respectivos y el más que razonable período de tiempo transcurrido desde los burofaxes iniciales>>.

Además, hemos señalado, en relación con la competencia de la CMT, en la sentencia de fecha 14 de febrero de 2014, recurso 1104/2011, lo siguiente:

<<Premisa imprescindible para atender el fondo del litigio será reproducir los preceptos a tener en cuenta:

a) El artículo 3 ("Objetivos y principios de la ley") de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (LGT) establece como objetivos y principios, entre otros, "fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones" (apartado a)), "garantizar el cumplimiento de las referidas condiciones" (apartado b)) y "promover el desarrollo del sector de las telecomunicaciones" (apartado c).

b) Por su parte, el apartado 4 de su artículo 11, dispone que la CMT "podrá intervenir en las relaciones entre operadores (...) 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."

c) Atribuye el artículo 14 de la LGT competencia a la CMT para resolver conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso.

d) El artículo 48.3 indica que la CMT ejercerá la función de "arbitrar en los conflictos que pueden surgir entre los operadores" (apartado a), la de "la resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre los operadores en materia de acceso e interconexión de redes" (apartado d) y la de "adoptar las medidas necesarias para salvaguardar (...) la interconexión de las redes (...) y la política de precios y comercialización por los prestadores de servicios" (apartado e).

e) 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, determina que la CMT ostenta competencia en "las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado" (apartado 3.a) y también "conocerá de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso" (apartado 3.b).

y f) Por su parte, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, establece en su artículo 10.1 que los organismos reguladores tendrán como objeto prioritario de su actuación velar por el adecuado funcionamiento del sector económico regulado para garantizar la efectiva disponibilidad y prestación de unos servicios competitivos y de alta calidad en beneficio del conjunto del mercado y de los consumidores y usuarios. Añade que ejercerán funciones, entre otras, de resolución de conflictos entre operadores.

...Orillando la circunstancia de que otro u otros operadores hubieran acudido a la jurisdicción civil en supuestos que se dicen similares, por tratarse de una opción procesal que nula incidencia puede otorgársele en la presente "litis", ni como cauce pertinente ni, por ende, en lo que concierne a sus results, habrá que considerar, eso sí, cuanto razonó la Sala Tercera del Tribunal supremo en su Sentencia de 28 de junio de 2011, resolución sobre la que descansa, casi en exclusiva, la tesis de la recurrente.

Esa Sentencia, que casó la dictada el 5 de septiembre de 2008 por esta Sala y Sección en el Recurso 779/2005 de su conocimiento, se refería a la incompetencia de la CMT "para instar el pago de las cantidades correspondientes a las cláusulas penales contenidas en los contratos que vinculan a los operadores". En el penúltimo párrafo de su Fundamento de Derecho Noveno, para llegar a esa conclusión, se expresa:

"Reconocemos que la exigencia del pago de las penalizaciones podría encuadrarse en la "zona gris" de las diversas materias comprendidas en y afectadas por los conflictos de acceso, de modo que la tesis de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, más tarde confirmada por el tribunal de instancia, tenía a su favor argumentos no desdeñables. Pero, frente a ellos, consideramos sin embargo prevalentes los que ya hemos expuesto, de los que resulta que las competencias atribuidas a Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por los artículos 1.4 y 48 de la Ley 32/2003, en materia de conflictos de acceso e interconexión de redes, no incluyen la de pronunciarse sobre la exigibilidad de las cláusulas penales contenidas en los contratos que vinculan a los operadores".

Ese criterio, respaldado por una profusa argumentación, pero que explícitamente se adscribe a un terreno anfibológico y de contornos ciertamente imprecisos ("zona gris", "argumentos no desdeñables" de la tesis contraria.....) ha sido seguido por numerosas Sentencias posteriores del Tribunal Supremo (de 14 de noviembre de 2011, de 18 de enero de 2012, dos de 24 de abril de 2012 y otra de 18 de enero de 2013), si bien todas ellas se refieren, con ligeros matices, al mismo supuesto de hecho, relativo a "penalizaciones", "cláusulas de penalización" o "cláusulas penales" en el ámbito contractual, concluyendo que la CMT carece de competencia en tales casos, fundamentalmente en cuanto el artículo 1152 y siguientes del Código Civil cumplen una función de carácter indemnizatorio para los operadores a cuyo favor se establecen las



penalizaciones, de naturaleza civil y, por tanto, ajena a las atribuciones del regulador, pues nos encontramos ante la autonomía de la voluntad de los operadores, al estar sujetas las penalizaciones a la libre disponibilidad de las partes en conflicto....

... 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>>.

TERCERO.- Lo afirmado en las sentencias que acabamos de transcribir, y la normativa que hemos reflejado, nos permite concluir que la CMT era competente para adoptar la decisión objeto de recurso. Ya hemos señalado que el conflicto que planteó Peopletel se centraba en la modificación del AGI firmado entre las partes e inclusión de un nuevo apartado en los APCs, por lo que consideramos claro que dicho conflicto tiene relación inmediata con los artículos 3, 4 y 48.3 LGTel que hemos citado. Debemos añadir, como afirma la resolución impugnada que las modificaciones no surgen como consecuencia de un proceso negociador entre partes, sino por decisión de TESAU, tanto en lo referido al nuevo modelo como al precio.

Y ello es relevante, pues el conflicto surge a petición de Peopletel, en función de la actuación de TESAU que, siendo "razonable, no se ajustó al procedimiento adecuado, lo que justifica la intervención de la CMT y la decisión objeto de litis.

En definitiva, consideramos que el organismo regulador intervino dentro de los límites legales, conforme acabamos de exponer, lo que igualmente supone que no se vulnerado el principio de intervención mínima, según se pretende en la demanda. No se cuestiona la libertad de las partes, sino que se resuelve un conflicto surgido entre ellas dentro de las previsiones legales que enmarcan el interés público que salvaguarda la Comisión.

Por lo demás, tampoco podemos apreciar que se haya actuado con arbitrariedad o vulnerado el principio de confianza legítima, pues la decisión de la CMT, se ajusta a los parámetros legales de su facultad de intervención. Resaltamos en este punto los razonamientos de la resolución inicial, así como los contenidos en la resolución consecuencia del recurso de reposición, en que se justifica de forma acabada, razonable y prolijamente justificada, la decisión que se adopta. Razonamientos a los que debemos remitirnos.

Para finalizar, sólo resta señalar que el modelo propuesto por TESAU es "razonable" y así lo afirma la propia CMT, que en definitiva acepta dicho modelo, pero introduce la correspondiente variación en cuanto a la fecha de efectos y consecuencias económicas del mismo, precisamente para salvaguardar los intereses en conflicto.

TERCERO.- En virtud de lo dispuesto en el artículo 139 LRLCA, deben imponerse las costas a la parte recurrente.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

PRIMERO.- Desestimar el recurso contencioso administrativo promovido por el Procurador de los Tribunales **D. Ramón Rodríguez Nogueira**, en nombre y representación de **TELEFONICA DE ESPAÑA, SAU**, contra la Resolución de la **Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones** de 1 de diciembre de 2011, que desestima recurso de reposición frente a resolución de fecha 2 de junio de 2011, por la que se resuelve conflicto de interconexión presentado por **Peopletel, S.A.**, por ser ajustada a Derecho.

SEGUNDO.- Imponer las costas a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se notificará a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 89 y concordantes LRJCA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.