



Roj: **STS 1126/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1126**

Id Cendoj: **28079130032017100121**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **23/03/2017**

Nº de Recurso: **2420/2014**

Nº de Resolución: **505/2017**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

SENTENCIA

En Madrid, a 23 de marzo de 2017

Esta Sala ha visto, constituida en su **Sección Tercera** por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número **2420/2014**, interpuesto por Telefónica de España, S.A.U., representada por la procuradora D.ª María del Carmen Ortiz Cornago y bajo la dirección letrada de D.ª Silvia Marín Rojas, contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 28 de marzo de 2014 en el recurso contencioso-administrativo número 104/2012. Son partes recurridas la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado, y Peopletel, S.A., representada por el procurador D. Luis Fernando Granados Bravo y bajo la dirección letrada de D. Gonzalo Palacios Mur.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Eduardo Espin Templado**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 28 de marzo de 2014, desestimatoria del recurso promovido por Telefónica de España, S.A.U. contra las resoluciones del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fechas 2 de junio y 1 de diciembre de 2011, confirmatoria ésta última de la anterior al desestimar el recurso de reposición interpuesto contra la misma. Dichas resoluciones se refieren al conflicto de interconexión presentado por Peopletel, S.A. en relación con la modificación del Acuerdo General de Interconexión y la imposición de precios unilateral y retroactivamente por parte de Telefónica de España, S.A.U. en el servicio de tránsito con origen internacional y destino a numeración 902.

SEGUNDO .- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en diligencia de ordenación de la Secretaria de la Sala de instancia de fecha 17 de junio de 2014, que también acordaba emplazar a las partes para su comparecencia ante el Tribunal Supremo.

TERCERO .- Emplazadas las partes, la representación procesal de Telefónica de España, S.A.U. ha comparecido en forma en fecha 2 de septiembre de 2014 mediante escrito por el que interpone el recurso de casación, articulado en los siguientes motivos:

- 1º, formulado al amparo del apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en concreto, de los artículos 120.3 de la Constitución; de los artículos 9.3 y 106 de la Constitución en relación con los artículos 216, 218 y 417 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; de los artículos 33 y 67.1 de la Ley de la Jurisdicción en relación con los



artículos 3, 12.2, 12.3, 12.5, 14.1, 14.4 y 15 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones ; del artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , y de la jurisprudencia, y

- 2º, que se basa en el apartado 1.d) del citado artículo 88 de la Ley jurisdiccional , por infracción de los artículos 3, 12.2, 12.3, 12.6, 13.4, 14 y 15 de la Ley 9/2014 ; de los artículos 4.2 y 4.2 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; del artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con los artículos 9.3 y 122.1 de la Constitución , así como de la jurisprudencia.

Termina su escrito suplicando que se dicte sentencia por la que se case y revoque la recurrida, y resuelva el recurso contencioso-administrativo en los términos en los que aparezca planteado en la instancia, resolviendo estimar la pretensión de invalidez articulada en relación con la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 1 de diciembre de 2011.

El recurso de casación ha sido inadmitido en cuanto a su primer motivo por auto de la Sala de 22 de enero de 2015 , que admitía el segundo de ellos.

CUARTO .- Personado el Abogado del Estado, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia que lo desestime, con costas.

Asimismo se ha opuesto al recurso de casación Peopletel, S.A., cuya representación procesal suplica en su escrito que se dicte sentencia por la que se desestime el mismo, confirmando en su totalidad la sentencia objeto del recurso, con expresa condena de las costas de la presente instancia a la recurrente.

QUINTO .- Por providencia de fecha 8 de febrero de 2017 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 28 de febrero de 2017, en que han tenido lugar dichos actos.

SEXTO .- En el presente recurso se han guardado las prescripciones procesales legales, excepto la del plazo para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Objeto y planteamiento del recurso.

La entidad mercantil Telefónica de España, S.A.U., impugna en casación la Sentencia dictada el 28 de marzo de 2014 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional en materia de telecomunicaciones. La citada Sentencia desestimó el recurso que la mercantil había entablado contra la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 2 de junio de 2011, confirmada en reposición por la de 1 de diciembre posterior, que resolvía el conflicto de interconexión de Telefónica con la operadora Peopletel, S.A.

El recurso se articula mediante dos motivos, de los que el primero fue inadmitido por Auto de esta Sala de 22 de enero de 2015 , por su inadecuada formulación. El segundo motivo, único pues en el que se substancia el recurso, se ampara en el apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia. En él se alega la vulneración de los siguientes preceptos: los de la Ley General de Telecomunicaciones de 2003 indicados en los antecedentes (Ley 3/2003, de 3 de noviembre); los artículos 4.2 y 7.2 del Reglamento sobre Mercados de Comunicaciones Electrónicas , Acceso a las Redes y Numeración (Real Decreto 2296/2004); el artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el 9,3 y 122 de la Constitución ; y de la jurisprudencia recaída sobre los indicados preceptos legales y reglamentarios.

Según la recurrente, estas infracciones tienen su causa en haber admitido la capacidad de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para intervenir en las relaciones contractuales privadas entre operadores.

SEGUNDO .- Sobre los fundamentos de la Sentencia recurrida.

La Sentencia recurrida fundamenta la desestimación del recurso con los siguientes argumentos:

" **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 anfíbológico 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 "simplimente" 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." (fundamentos de derecho primero a tercero)

TERCERO .- Sobre las facultades de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

En el presente litigio se plantea una vez más el deslinde entre las facultades que competen al organismo regulador de las telecomunicaciones, en el caso la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, y lo que son relaciones privadas entre operadoras. En nuestra Sentencia de 28 de junio de 2011 (RC 5732/2008) y con ocasión de la previsión de cláusulas penales en los acuerdos entre operadoras y la exigibilidad de las mismas ante la jurisdicción, sentamos la siguiente doctrina, luego reiterada en numerosas sentencias posteriores sobre la misma cuestión:

" **Sexto.**- [...] Como a continuación expondremos, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no es competente para pronunciarse, al resolver los conflictos de acceso, sobre las consecuencias meramente patrimoniales de aquellos incumplimientos. Y entre ellas se encuentran precisamente las penalizaciones pactadas que no son, a la postre, sino una modalidad de desembolso económico que un operador habrá de hacer a favor de otro por causa de sus incumplimientos contractuales, dolosos o culposos.

La circunstancia de que la oferta (obligatoria) del operador con poder significativo en el mercado deba necesariamente contener las penalizaciones, y que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones pueda exigir su inclusión en aquella oferta, responde ciertamente a una finalidad que coexiste con la meramente privada, como es la de incentivar (o, en caso contrario, gravar económicamente) el pronto cumplimiento de las obligaciones del operador dominante y, en esta misma medida, facilitar un mayor grado de competencia en el acceso a la red. Hasta aquí la tesis de la Sala de instancia -y del propio organismo regulador, que el tribunal corrobora- es correcta.

Ahora bien, una vez incluidas las penalizaciones en la oferta y suscritos los acuerdos o contratos entre los operadores que incorporan las correspondientes penas convencionales, el desplazamiento patrimonial derivado de su eventual aplicación -esto es, consecuente a un determinado incumplimiento de las obligaciones para cuya efectividad se pactan- ha de seguir el mismo régimen que el que corresponde a las indemnizaciones de daños y perjuicios generados por aquel incumplimiento.

Son varias las razones que avalan esta conclusión. La primera atiende al origen comunitario de esta figura en el seno de la regulación aplicable a la materia, a partir del Reglamento (CE) nº 2887/2000, del Parlamento Europeo



y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, sobre el acceso desagregado al bucle local. Entre las condiciones contractuales "estandar" que ha contener como mínimo la oferta (anexo, D.2) se encuentra la específica relativa a la "compensación por incumplimiento de los plazos", cláusula que debe incorporar necesariamente la oferta de acceso al bucle de abonado.

Esta misma naturaleza resarcitoria se reflejaba en el Real Decreto 3456/2000, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones para el acceso al bucle de abonado de la red pública telefónica fija de los operadores dominantes, cuyo anexo (apartado IV) contiene entre las condiciones mínimas de suministro las cláusulas relativas a la "compensación por incumplimiento".

Igualmente la recomendación de la Comisión, de 25 de mayo de 2000, sobre el acceso desglosado al bucle local, afirma que deben figurar en la oferta de referencia, entre otras condiciones de suministro (anexo, apartado 13), la que se refiere a los plazos para responder a solicitudes de suministro de servicios e instalaciones, que incluirá las "indemnizaciones contractuales en caso de incumplimiento de los plazos fijados".

Es reiterado, pues, el uso del término "compensación" (o del carácter indemnizatorio de las cantidades debidas, que deben ser fijadas *a priori* en la oferta) en los preceptos citados, ante el incumplimiento de la obligación de respetar los plazos de suministro de los servicios en que puedan incurrir los operadores dominantes.

Séptimo.- La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones reconoce, de modo constante, que ella misma "[...] no es competente para la declaración de la existencia de los daños y perjuicios causados dentro de una relación contractual o la imposición de la obligación de su indemnización, ya que son cuestiones de Derecho Privado que deberán resolver los órganos de la Jurisdicción Civil.". Tal tesis, sin duda correcta, ha sido mantenida por el organismo regulador desde su resolución de 2 de diciembre de 1999 y se reitera en las ahora enjuiciadas.

Considera la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sin embargo, y así parece admitirlo implícitamente la sentencia de instancia, que "cuestión radicalmente distinta" es la relativa al pago de las penalizaciones recogidas en la oferta de acceso al bucle porque éstas "no se corresponden en modo alguno con la indemnización por los daños y perjuicios que un incumplimiento puede haber causado. Las penalizaciones no compensan por el daño eventualmente causado sino que incentivan al cumplimiento de las condiciones de suministro establecidas".

No compartimos este modo de razonar que excluye el carácter compensatorio de las penalizaciones cuando, por el contrario, forma parte esencial de su naturaleza. Sin duda incentivan el cumplimiento en plazo de las obligaciones, pero lo hacen previendo precisamente que los retrasos tendrán como resultado un desplazamiento patrimonial a favor de la otra parte con arreglo a unos parámetros ya determinados *ex ante*, facilitando su reclamación ulterior sin necesidad de la prueba más exigente respecto del resto de consecuencias económicas. Salvada esta característica, no hay diferencias sustanciales entre ambas figuras (la indemnización por daños y la penalización por retrasos) desde el punto de vista de la naturaleza "compensatoria" de los perjuicios producidos a causa del incumplimiento de las obligaciones de una de las partes del contrato. Y, en esta misma medida, la exigencia de las penalizaciones ha de seguir, repetimos, el régimen jurídico-procesal aplicable a las indemnizaciones por incumplimientos contractuales.

Es cierto que el retraso en los plazos de provisión de servicios al operador que pretende el acceso podría ser considerado, además de incumplimiento contractual, como una infracción de las estipulaciones de carácter necesario, recogidas en la oferta de acceso al bucle de abonado, perjudicial para el despliegue de los nuevos operadores y, por lo tanto, para la competencia dentro de este sector. La respuesta adecuada del organismo regulador en cuanto a esta segunda perspectiva puede ser tanto la sancionadora como la inmediata de exigir, incluso mediante multas coercitivas, el pronto cumplimiento de los plazos de prestación de servicios.

En efecto, dadas las competencias de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para intervenir en las relaciones entre operadores en materia de acceso e interconexión, de manera singular en la resolución de conflictos (artículos 14 y 48.4, letra d, de la Ley General de Telecomunicaciones) a solicitud de una de las partes, si observa que el incumplimiento de los plazos en el suministro de servicios regulados por parte del operador dominante está generando, además de los daños al operador que pide el acceso, perjuicios para la competencia, puede adoptar las medidas necesarias, incluso sancionadoras, que pongan fin a esta situación. No es competente, sin embargo, en virtud de lo que dejamos expuesto, para ordenar que uno de los operadores pague al otro la compensación por los retrasos ya producidos: su función de vigilar porque el acceso sea facilitado de modo efectivo se corresponde con la adopción de las medidas ejecutorias a su alcance, sin que para ello sea necesario pronunciarse sobre el abono de las cantidades debidas a causa de los retrasos ya consumados.



Octavo.- Razones adicionales que corroboran la conclusión precedente son las que siguen.

A) La regulación que de las penas convencionales contienen los artículos 1152 a 1155 del Código Civil, bajo la rúbrica "de las obligaciones con cláusula penal", pone de manifiesto la naturaleza en principio resarcitoria de esta figura, hasta el punto de que la "pena" sustituye a la indemnización de daños y al abono de intereses, en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiera pactado.

Es cierto que en el supuesto de autos la compatibilidad de indemnización y pena convencional está expresamente contemplada (esto es, se trata de penas convencionales cumulativas) pero ello no empece a la consideración de que esta última no es, en definitiva, sino una modalidad más de compensación, sólo que predeterminada en el propio contrato, de ciertos perjuicios causados a la otra parte en razón del incumplimiento de las obligaciones de la primera.

Las cláusulas penales insertas en los contratos tienen, por su propia configuración, una finalidad disuasoria de los incumplimientos contractuales en ellas especialmente "castigados". Son, en efecto, medios de presión admisibles sobre el obligado para "forzarle" de modo preventivo al cumplimiento de sus obligaciones. Pero este rasgo -en el que se basa el organismo regulador para apoyar su propia competencia- no basta para desconectar la "pena" de la función resarcitoria del daño en cuya consideración se instituye y se acepta, daño derivado del incumplimiento de la obligación que queda cuantificado *a priori* (esto es, sin necesidad de mayores pruebas) en función de ciertos parámetros, como los días de retraso, que la propia cláusula contiene.

B) La autonomía de la voluntad de los contratantes prevalece en esta materia hasta el punto de que, siendo como es necesario que la oferta de acceso al bucle de abonado contenga la previsión de penalizaciones, las partes pueden excluirlas de sus ulteriores relaciones contractuales si a este acuerdo llegan. "Telefónica de España, S.A.U.", como ofertante, viene obligada a incluir en el contrato las penalizaciones previstas en la oferta de acceso al bucle de abonado si la otra parte así lo decide (es decir, si el nuevo operador se atiene sin más al contenido de la oferta obligatoria), pero nada obsta a que de común acuerdo ambas prescindan de ellas.

Este mismo poder de disposición subsiste a lo largo de la relación contractual y aun después de la resolución, por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, del conflicto de acceso. Nada impediría, pues, que fuera cual fuera la decisión del regulador sobre el pago de las penalizaciones, ambos operadores transijan, en un sentido o en otro, sobre su pago. Lo cual pone de relieve, una vez más, que las actuaciones administrativas dirigidas a la plena efectividad del acceso que puede y debe acordar la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en su función de promover la competencia, van más por la vía de la imposición de medidas singulares, incluso con multas coercitivas (así sucedió en este caso, como se observa en el segundo "resuelve" del acto impugnado), que por la exigencia del pago de penalizaciones, sujetas como están estas últimas a la libre disponibilidad de las partes en conflicto.

C) En fin, admitir la competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sobre el pago de las penalizaciones aboca a una duplicidad jurisdiccional no deseable, de la que hay una clara muestra en el litigio de instancia. El operador afectado por el incumplimiento de "Telefónica de España, S.A.U." había planteado en este caso, además del conflicto de acceso ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, una demanda ante el Juzgado de Primera instancia número 54 de Madrid en la que, según ya hemos reseñado, reclamaba determinadas cantidades por el incumplimiento de las obligaciones asumidas por "Telefónica de España, S.A.U." en los contratos suscritos entre ambos operadores para dotar a "Jazz Telecom, S.A.U." de acceso al bucle de abonado.

En la sentencia civil (fundamento jurídico decimonoveno) se examinan diversas cuestiones relativas a la "cláusula penal" en relación con la compensación de culpas, invocando el juez los mismos artículos 1152 y siguientes del Código Civil que regulan esta figura, entre los que se incluye el que le permite modificar equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor (artículo 1154).

La sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional, consciente de este hecho, destaca que sólo examinará la procedencia de las penalizaciones "desde [...] el interés público que subyace en la OBA vinculado a la salvaguarda de la libre competencia y el interés de los usuarios", concluyendo que no existía éste por las razones que han quedado dichas, a la vista de la compensación de culpas de uno y otro operador. Pero lo cierto es que, por un lado, la situación de falta de competencia y el interés de los usuarios padecería igual, en términos objetivos, una vez constatados los obstáculos al acceso, sea cual sea el culpable de ello; y, por otro, la sede apropiada para verificar, a posteriori, las razones del incumplimiento y su eventual incidencia económica en la "modificación equitativa" de las cláusulas penales, que el artículo 1154 del Código Civil reserva al juez, es precisamente la jurisdicción civil, no el organismo regulador de las telecomunicaciones." (fundamentos de derecho sexto a octavo)



Esta doctrina sobre las cláusulas penales fue recogida posteriormente en las siguientes Sentencias de esta Sala: de 29 de junio de 2011 (RC 2349/2009), de 14 de noviembre de 2011 (RC 618/2009), de 18 de enero de 2012 (RC 1061/2009), de 24 de abril de 2012 (RC 2666/2009 y RC 3983/2009) y de 15 de noviembre de 2013 (RC 5878/2010).

Pues bien, esta jurisprudencia establece con toda claridad -frente a lo que de forma inadecuada la Sala de instancia califica de "argumentación profusa pero adscrita a un terreno anfibológico y de contornos ciertamente imprecisos"- que las relaciones entre operadoras de telecomunicaciones, aun estando regidas por convenios suscritos bajo la 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) imponga la previsión de ese tipo de cláusulas en uso de las facultades a las que se refiere la Sala de instancia, y otra muy distinta que la exigencia del cumplimiento de las mismas sea de su competencia.

En desarrollo de dicha jurisprudencia también dijimos en la Sentencia de 10 de noviembre de 2016 (RC 229/2014) que el litigio originado por un supuesto de compensación de deudas entre operadoras también pertenecía al ámbito civil-mercantil, puesto que 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 aquella ocasión dijimos:

" **TERCERO** .- Sobre la naturaleza civil del litigio de instancia.

Los dos motivos en los que se apoya el recurso pueden ser examinados conjuntamente, puesto que en definitiva ambos se basan en que la Sala de instancia atribuye a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones capacidad resolutoria sobre un conflicto de naturaleza civil con base en una errónea interpretación de los preceptos legales invocados y la jurisprudencia que se cita.

La Sentencia impugnada toma como base de su argumentación los preceptos legales y reglamentarios que atribuyen a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la función de garantizar la competencia en el sector de las telecomunicaciones y la capacidad para resolver los conflictos en materia de interconexión y acceso. Pero, como alega la parte recurrente, no es tal capacidad lo que está en cuestión, sino si el conflicto que enfrenta a las dos sociedades en litigio es propiamente un conflicto de esa naturaleza o bien una controversia civil.

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.

Tal como la propia resolución sancionadora describe el origen del conflicto, éste se origina por un fraude producido en determinadas llamadas originadas en España por usuarios de operadores internacionales (Orange, Wind, Cosmote y TMN) cuyo destino eran servicios de tarificación adicional de la codemandada LCR y que, para alcanzar la red de esta última, pasaban a través de las redes de Telefónica Móviles y Telefónica de España. Al no efectuarse el pago correspondiente a dichas llamadas fraudulentas se produjo un impago en cascada, de forma que Telefónica, al no recibir la cantidad que le correspondía por el tráfico a través de sus redes "comenzó a recuperar las cantidades previamente abonadas a LCR por el tráfico en cuestión *mediante la compensación unilateral de las mismas frente a créditos a favor de LCR, siempre con la oposición formal de LCR* . No obstante, LCR indica que, dado que algunos de los operadores internacionales pagaron algunas de las cantidades retenidas, Telefónica también en actas de consolidación posteriores devolvió algunas de las cantidades previamente compensadas a LCR" (fundamento cuarto de la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 28 de julio de 2011).

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. La Sala de instancia diferencia este conflicto de la jurisprudencia relativa a las penalizaciones afirmando que se trata aquí "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". Sin embargo, lo cierto es que si examinamos el contenido de la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, ésta lo describe de la siguiente manera (página 6):

"En concreto, este procedimiento se centrará en:

1. Analizar el marco general establecido en las relaciones de interconexión y facturación existentes entre los operadores.
2. Estudiar el cumplimiento de lo estipulado tanto en los acuerdos de roaming, firmados por TME con los operadores extranjeros de los usuarios que realizaron las llamadas presuntamente fraudulentas, como de interconexión, suscritos entre TME y Telefónica y entre Telefónica y LCR, en relación con las condiciones técnicas y económicas aplicables en caso de que exista tráfico fraudulento.
3. Decidir sobre la adecuación o no de las retenciones de pago en cascada efectuadas por TME sobre Telefónica y Telefónica sobre LCR, en relación con el tráfico ya consolidado."

Pues bien, corresponde plenamente a las funciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el primer punto, así como lo relativo al estudio del cumplimiento de las condiciones técnicas y económicas de los acuerdos entre operadores examinado en el segundo punto, aun siendo conveniente matizar en este caso lo que se refiere al cumplimiento de las condiciones económicas. Y queda claramente fuera de sus atribuciones el tercer punto al que se refiere la resolución.

De conformidad con su definición del objeto del litigio, el regulador examina en primer lugar el alcance del conflicto, describiendo las interrelaciones de las redes de los operadores intervinientes y la sucesión de impagos generada por la existencia de llamadas fraudulentas (fundamento jurídico tercero), algo necesario para poder valorar y calificar el comportamiento de los operadores litigantes (Telefónica de España y LCR).

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. Telefónica no cuestiona los pagos que han de realizarse en las relaciones entre ella y LCR por el tráfico de esa naturaleza, sino que ante el impago ocasionado por el fraude en llamadas dirigidas a servicios de tarificación adicional prestados por LCR, compensa pagos adelantados a esta mercantil con créditos contra ella. En suma, una controversia civil que no pone en cuestión las obligaciones respectivas en materia de interconexión.

Menciona la Comisión el Acuerdo General de Interconexión entre Telefónica Móviles y Telefónica de España en relación con el procedimiento de prevención de fraudes, invocando la cláusula 6 que establece que "las consecuencias económicas de un posible fraude de los usuarios de la red de una parte no son trasladables a la otra parte, salvo por incumplimiento de las obligaciones que las partes asuman", además de obligar a ambos operadores a cooperar para comprobar, controlar y resolver el fraude. Sin embargo, esto no puede considerarse que impida llegar a la conclusión antes citada. En primer lugar, porque el Acuerdo General de Interconexión que se cita es el existente entre Telefónica Móviles y Telefónica de España, cuando el conflicto se ha suscitado por una compensación de cantidades entre ésta última y un tercer operador, LCR. Y en segundo lugar, porque aunque la actuación de Telefónica tiene por objeto en último término neutralizar las consecuencias económicas de un fraude, el procedimiento empleado es ajeno a las relaciones de interconexión, pues ha consistido en una mera compensación unilateral de créditos como consecuencia de unos pagos adelantados por ella.

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.

Y puede también, y esto es de gran relevancia, determinar quién debe finalmente, de acuerdo con los acuerdos de interconexión aplicables, afrontar los impagos consecuencia de un fraude. Pero no, en cambio, enjuiciar la legalidad de una actuación meramente civil o mercantil como una compensación unilateral de créditos. Tanto si la Comisión entiende que los impagos producidos en el concreto supuesto de fraude corresponde afrontarlos a Telefónica de España, como si aprecia lo contrario, las consecuencias de la actuación unilateral de la citada mercantil son meramente patrimoniales, y deben ser dilucidadas, en caso de desacuerdo entre las partes afectadas, por la jurisdicción civil. Pues no puede afirmarse que dicha compensación unilateral de créditos afecte de manera relevante o ponga en riesgo unas relaciones de interconexión entre las operadoras involucradas cuya regulación y obligaciones derivadas de la misma no han sido cuestionadas por las compañías litigantes." (fundamento de derecho tercero)

Pues bien, en el presente caso nos encontramos asimismo con un supuesto en el que es preciso deslindar en las relaciones entre operadoras de telefonía entre los aspectos sometidos a la autoridad del órgano regulador y los que discurren en el ámbito estrictamente privado. Los hechos que dan origen al presente litigio consisten, tal como los describe la Sentencia recurrida en el fundamento de derecho primero, en determinadas llamadas con destino a la numeración 902 que tenían su origen en el extranjero y que, sin embargo, al no constar su origen en determinados supuestos, eran facturadas bajo el modelo de acceso de la OIR 2005 -que sólo regulaba el tránsito con origen nacional-. Dicho procedimiento originaba un perjuicio económico a Telefónica, que abonaba a la operadora Peopletel más dinero que el que recibía de los operadores nacionales.

Ante tal circunstancia y tal como indica la Sentencia recurrida, Telefónica de España, S.A.U. informó a Peopletel 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, al haberse detectado la ausencia de criterios para la facturación de este tipo de llamadas. Según Peopletel, dicha comunicación suponía una modificación del AGI firmado sin seguir el procedimiento acordado en el mismo.



El conflicto suscitado por Peopletel ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se basa precisamente en que dichos precios y criterios no están contemplados en el Acuerdo General de Interconexión (AGI) que rige las relaciones entre ambas operadoras, sino que la decisión de Telefónica supone incorporar un nuevo supuesto de interconexión y modificar unilateralmente los precios previstos en el AGI.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones consideró razonable la solución arbitrada por Telefónica, pero entendió que no podía esta mercantil proceder a una modificación unilateral del AGI sino que, tal como sostenía Peopletel, tenía que haber promovido un conflicto de interconexión para que el órgano regulador hubiera arbitrado esa u otra solución al problema planteado por las referidas llamadas.

Tiene razón la Sentencia de instancia al afirmar la conformidad a derecho de la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones impugnada por Telefónica. En definitiva, lo que ha sucedido es que un determinado supuesto de llamadas no estaba debidamente contemplado en el AGI, lo que originaba un perjuicio económico a Telefónica. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no niega la existencia de la referida laguna en el AGI ni los perjuicios que la misma causaba a Telefónica y asimismo, considera razonable la solución avanzada por Telefónica.

Rechaza en cambio, y en ello le asiste la razón, que Telefónica pueda modificar unilateralmente un acuerdo general de interconexión. La actuación de Telefónica en el presente supuesto y a diferencia de lo que ocurría en el asunto resuelto por la citada Sentencia de 10 de noviembre de 2016 (RC 229/2014) no se limita al plano puramente mercantil, puesto que no puede ser calificado como tal una modificación de un AGI, cuyo contenido queda bajo la autoridad y control del regulador, aunque la modificación en cuestión sea la subsanación de una laguna o su concreto contenido pueda ser acertado. De conformidad con las disposiciones que se citan en las Sentencias de esta Sala de 28 de junio de 2011 y 10 de noviembre de 2016 sobre las competencias de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y en una correcta interpretación de los mismos, es este órgano -hoy día la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia- quien debe resolver un conflicto sobre el contenido del AGI y acordar, en su caso, la modificación del mismo, decidiendo asimismo la fecha de aplicación de los efectos de tal modificación.

Hemos de añadir a este respecto, que el deslinde de la actuación del regulador no se resuelve con la simple enumeración de las competencias del mismo, como hace la Sala de instancia, pues de lo que se trata es precisamente, de verificar si la actuación de una mercantil en sus relaciones con otra se mantiene en el plano privado o cae bajo las competencias del regulador. Y para ello es preciso examinar la concreta naturaleza de la actuación empresarial en cuestión, sin que resulte suficiente la invocación de dichas competencias.

CUARTO .- Conclusión y costas.

De conformidad con las consideraciones expuestas ha de rechazarse el motivo en que se funda el recurso de casación, por lo que no ha lugar al mismo. En virtud de lo dispuesto en el artículo 139.2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción, se imponen las costas a la mercantil recurrente, hasta un máximo de 4.000 euros por todos los conceptos legales, más el IVA que corresponda a la cantidad reclamada.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido
1. Declarar que no ha lugar y, por lo tanto, desestimar el recurso de casación interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la sentencia de 28 de marzo de 2014 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 104/2012. 2. Confirmar la sentencia objeto de recurso. 3. Imponer las costas de la casación a la parte recurrente conforme a lo expresado en el fundamento de derecho cuarto.

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

Así se acuerda y firma.

Pedro Jose Yague Gil.-**Eduardo Espin Templado**.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.-Maria Isabel Perello Domenech.-Jose Maria del Riego Valledor.-Angel Ramon Arozamena Laso.-Firmado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. **Eduardo Espin Templado**, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.- Firmado.-