



Roj: **SAN 1687/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:1687**

Id Cendoj: **28079230082016100235**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **03/05/2016**

Nº de Recurso: **304/2013**

Nº de Resolución: **268/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1687/2016,**
STS 3012/2018

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000304 / 2013

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02410/2013

Demandante: NVIA GESTION DE DATOS

Procurador: D. JAVIER ZABALA FALCÓ

Demandado: COMISIÓN DE MERCADO DE TELECOMUNICACIONES

Codemandado: TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. **FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO**

SENTENCIA N.º:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. **FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO**

Ilmos. Sres. Magistrados:

D.ª. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

Madrid, a tres de mayo de dos mil dieciséis.

VISTOS por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo nº **304/2013** promovido por el Procurador de los Tribunales **D. Javier Zabala Falcó**, en nombre y representación de **NVIA GESTION DE DATOS, S.L.**, contra resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 27 de marzo de 2013, que desestima recurso de reposición contra resolución de dicha Comisión de 5 de diciembre de 2012, relativa al conflicto de acceso planteado contra Telefónica Móviles España, SAU.



Ha sido parte recurrida la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, representada por el Abogado del Estado; se ha personado como codemandada **Telefónica Móviles España, S.A.U.**, representada por el Procurador de los Tribunales **D. Juan Antonio García San Miguel y Orueta**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Frente a la resolución indicada, el recurrente interpuso recurso contencioso administrativo y 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 se dicte sentencia dejando sin efecto las resoluciones impugnadas, imponiendo la obligación a Telefónica Móviles de garantizar la interoperabilidad y el acceso e interconexión a sus redes para prestar servicios de envío de mensajes cortos Premium, determinando la nulidad de las condiciones impuestas por Telefónica Móviles en relación con altas y bajas de los servicios de suscripción, ordenando a la administración el inicio de expediente sancionador contra Telefónica Móviles

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.

Telefónica Móviles presentó escrito de contestación a la demanda 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 formularon escrito de conclusiones por su orden y las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, la cual tuvo lugar el día 20 de abril de 2016.

CUARTO.- La cuantía de este recurso es indeterminada.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se alega, con carácter previo, la falta de aportación del acuerdo a que se refiere el artículo 45.2.d) LRJCA, a cuyo efecto se afirma que no se tiene constancia de la aportación del mismo. No obstante dicha alegación, lo cierto es que se aportó al procedimiento acuerdo del Consejero Delegado de NVIA relativo al concreto recurso contencioso que nos ocupa, dicho Consejero Delegado tiene atribuidas las facultades propias del Consejo de Administración, por haberle sido delegadas, y se han aportado también los Estatutos de la Sociedad. Todo ello evidencia, a juicio de la Sala, que no proceda tomar en consideración la posible vulneración del citado precepto de la Ley de la Jurisdicción.

La resolución de 5 de diciembre de 2012 resuelve el conflicto de acceso presentado por NVIA Gestión de Datos. S.L. y por Advanced Telephone Services, Meztura Servicios Premium, S.L., Anekis, S.A., R&D Media Europe BV, Hispano Televisión y Telefonía, SLU y Translease International, LTD contra Telefónica Móviles España, S.A.U.

El conflicto surge a raíz de un Buofax enviado por Telefónica (diciembre de 2011) en el que "ponía de manifiesto que a partir del 14 de diciembre del propio año, el operador de red denunciado, aplicaría de forma unilateral condiciones de imposible cumplimiento para NVIA, en relación a los procesos de altas y bajas en los servicios de mensajes de suscripción objeto del contrato que le vinculaba". TME exigía, en definitiva, <<para nuevas altas para servicios de SMS Premium de suscripción la remisión de la siguiente documentación: a) documento en soporte papel firmado por cada cliente en el que autoriza el alta en el servicio de alertas; b) fotocopia del DNI del cliente que quiere darse de alta. Esta misma documentación se exigiría para los clientes a partir del 15 de enero de 2012>>.

La resolución hace referencia al objeto del conflicto en la siguiente forma: <<sobre el alcance de la obligación de TME de garantizar la interoperabilidad, el acceso y la interconexión a sus redes para prestar los servicios de almacenamiento y reenvío de mensajes cortos de tarificación adicional; la nulidad de las condiciones impuestas por TME a través del Buofaxla oportunidad de proceder a la apertura de un procedimiento sancionador frente a TME>>.

Tras hacer referencia a las relaciones existentes entre los distintos operadores y prestadores de servicios la resolución y señala:

<<la prestación de servicios de suscripción a través de SMS Premium por los operadores vinculados a la plataforma de NVIA además de, en algún supuesto, incumplir la normativa en vigor no ha contribuido a un



mayor desarrollo del mercado con nuevos servicios que favorezcan a los consumidores, sino que por el contrario, ha ocasionado múltiples molestias y perjuicios a los usuarios que se ha traducido en un aumento de las reclamaciones y una pérdida de confianza hacia este tipo de servicios por los consumidores, pudiendo llegar a provocar la pérdida de clientes por el operador móvil afectado.

A tenor de lo anterior, parece que existen elementos de juicio suficientes para pensar que NVIA no estaba actuando con la suficiente diligencia para impedir dichas conductas de las que, a tenor de los escritos aportados, era conocedora y responsable por lo que no procede aceptar el mantenimiento de los contratos solicitado por NVIA... En conclusión, transcurrido el tiempo previsto en el contrato para el preaviso y considerando que no hay elementos jurídicos-públicos más dignos de protección, no existen razones para mantener la vigencia de la relación contractual.....

NVIA pide que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones determine la nulidad de las condiciones impuestas por TME ...en relación con las altas y bajas de los servicios de suscripción... esta solicitud de NVIA supone la concreción del procedimiento de altas y bajas entre los operadores móviles y los usuarios. Únicamente si se demostrase que la imposición de esta condición afectase de forma relevante al acceso podría justificarse la intervención de la Comisión ...puesto que de no ser así, sólo quedarían afectadas directamente las competencias en materia de derechos de consumidores y usuarios que no entran dentro del ámbito de actuación de la Comisión...

Desde el punto de vista de las condiciones de acceso al servicio de SMS Premium de suscripción prestado por NVIA, no ha quedado acreditado que TME haya denegado ningún servicio a NVIA o a cualquiera de los operadores que prestaban sus servicios a través de la plataforma por haber incumplido las nuevas previsiones para las altas en el servicio de abonadosNi tampoco que haya sido ese presunto incumplimiento el que ha servido de base a la resolución de los contratos, sino que ha habido múltiples actuaciones que llevaron a TME a tomar la decisión de que trae causa este procedimiento. Por lo tanto, no procede acceder a la solicitud de NVIA>>.

En conclusión, la citada resolución no estima la solicitud relativa al mantenimiento por TME de los servicios de conexión a su red móvil, ni lo relativo a la solicitud de la declaración de nulidad de las condiciones impuestas respecto de las altas y bajas de los servicios de suscripción. Estima parcialmente, por el contrario, la apertura de expediente sancionador.

SEGUNDO.- La resolución de 27 de marzo de 2013 resuelve el recurso de reposición formulado por NVIA, contra la previa resolución de 5 de diciembre, desestimándolo íntegramente. Dicho recurso pretende que se imponga a TME la obligación de garantizar a NVIA la interoperabilidad y el acceso a sus redes para prestar los servicios de envíos de mensajes cortos Premium de suscripción en las condiciones pactadas entre las partes y se determine la nulidad de las condiciones impuestas por TME respecto de las altas y bajas.

La parte reitera, en el recurso, lo que ya fue objeto de examen y resolución en la previa decisión que se impugna. Así, la CMT vuelve a realizar un examen de las obligaciones y derechos que regulan la relación de acceso a las redes entre las partes y concluye:

<<en el caso que nos ocupa, esta Comisión no estaba obligada en todo caso a imponer una obligación de acceso a TME en cuanto que dicho operador cumplió con su obligación de negociar con NVIA. Fruto de esa negociación, y en virtud de la autonomía de la voluntad y libertad para pactar lo que las partes consideren y decidan ...es así que, en virtud de los principios generales aplicables al acceso a las redes y recursos asociados y a su interconexión, una vez resueltos los contratos por concurrir la causa de resolución acordada libremente por las partes, la Resolución recurrida acierta al considerar que TME no ha incumplido ninguna obligación de acceso, por lo que ha de reiterarse el rechazo a iniciar un procedimiento sancionador>>.

Tras ello la resolución examina los límites de la intervención, en el presente caso, de la CMT, y señala: <<esta Comisión entiende que si NVIA consideraba que TME imponía unilateralmente las cláusulas que regulaban el acceso a su red o que modificaba las mismas sin previa negociación con NVIA; esto es, que TME aprovechándose de su posición en el mercado había actuado de forma abusiva con NVIA al someterla a unas condiciones de contratación arbitrarias y discriminatorias con el único ánimo de expulsarla del mercado, la recurrente podía haber acudido a esta Comisión para solicitar su intervención y la adopción de unas condiciones apropiadas. Lo que no cabe es que una vez suscrito los contratos con TME, acuerdos adoptados en virtud de la autonomía de la libertad de pactos entre las partes y resueltos de conformidad con lo previsto en los mismos, solicite a esta Comisión que determine la incompatibilidad con el régimen jurídico del acceso y la interoperabilidad de los servicios de comunicaciones electrónicas de las condiciones de acceso y de resolución del contrato previstas en el mismo. En definitiva, la intervención de esta Comisión en el conflicto planteado se adecuaba al ámbito que le corresponde, esto es, aquellos aspectos de la relación que puedan afectar al interés general que le ha sido encomendado proteger>>.



Y centra adecuadamente la discusión, al señalar: <<el objeto del debate no era la posibilidad de contratar servicios de suscripción a través de páginas web ni la discriminación, sino si NVIA, cuando gestionó ese tipo de servicios, se ajustó o no a las condiciones establecidas en el contrato para a partir de ahí analizar si TME había respetado las obligaciones que en materia de interconexión y acceso se le imponen>>.

Por último vamos a destacar que se afirma: <<Los servicios SMS Premium prestados a través de la plataforma de NVIA, son de dos tipos: mensajes a petición del usuario, donde éste envía un SMS a un prestador de contenidos SMS Premium y dicho prestador le enviará un solo mensaje de respuesta con el contenido que el cliente haya solicitado (una canción, un politono, una participación en un sorteo, etc.); y mensajes de suscripción, donde el usuario tiene que solicitar el alta en un determinado servicio para recibir cada cierto tiempo (establecido en las condiciones del proveedor) unos contenidos específicos. En el primer tipo, se cobra una sola vez al usuario por cada petición de servicio o contenido que realice mientras que, en el segundo tipo, al usuario se le cobrará cada mensaje SMS Premium que reciba con contenido al precio fijado por el proveedor. Teniendo en cuenta que le inmensa mayoría de reclamaciones de los usuariosestán relacionados con los servicios de suscripción, esta Comisión debía proteger de forma distintas el acceso e interoperabilidad a los SMS Premium de suscripción de los SMS Premium a petición del usuario>>.

La medida cautelar adoptada en este procedimiento, tiene relación con esta diferencia entre SMS de suscripción y a petición del usuario.

TERCERO.- Debemos señalar, tal y como hace la administración demandada que resulta constatado que en septiembre y octubre de 2011, TME había solicitado a NVIA la retirada de determinada publicidad, así como de una promoción referida a la descarga de ADOBE que implicaba la suscripción a SMS Premium y la contestación de NVIA -lejos de ajustarse a lo pactado- se centra en la existencia de varias empresas que efectúan similar promoción y pide "garantías" de que esas empresas recibirán el mismo trato, señalando que "es un tema de competencia". Señala la administración, y esta Sala a efectos exclusivos de este recurso suscribe, que el recurrente no niega la vinculación con la publicidad engañosa, catalogando la promoción de "nada limpia". Y ante la insistencia de TME de retirada de la campaña se afirma "optamos por volver a lanzar la campaña en vista de que la competencia lo tenía funcionando impunemente". En noviembre de 2011 vuelve a constatarse nuevo incumplimiento de requerimientos de TME.

Nos permitimos resaltar que la cláusula 4.1 y 13 del contrato suscrito entre las partes prevé que si NVIA no soluciona cualquier irregularidad, sospecha o fraude o actividad anormal suya o de los operadores que operan a través de su plataforma, se podría dar lugar a considerar la existencia de un incumplimiento contractual, facultando a TME a instar la inmediata resolución del contrato. Y nos permitimos resaltar también que, en el presente caso, tal y como afirma la resolución de la CMT, que el pacto suscrito entre NVIA y TME incorpora como motivo de resolución del contrato la infracción del Código de Conducta, consecuencia de los servicios SMS Premium prestados a través de su plataforma, bien por reincidencia, bien por no dar solución en plazo a las incidencias que surjan por irregularidades o sospecha de actividad anormal o contraria a la normativa de dichos servicios.

En concreto, se establece en el contrato que tanto NVIA como los operadores conectados a su plataforma, debían cumplir con lo dispuesto en la Orden ITC/308/2008, sobre instrucciones de utilización de recursos de numeración, y con lo dispuesto en el Código de Conducta. La cláusula cuarta del contrato de intermediación facultaba a TME a la suspensión temporal del servicio con la finalidad de proteger el interés de los usuarios ante el incumplimiento reiterado y no atendido por los proveedores de contenidos. Y señala TME, estando constatado, que "requirió sucesivas veces a la recurrente en orden a cesar en la práctica de determinadas publicidades engañosas en el alta de los servicios vía web llevadas a cabo por los proveedores de contenidos conectados a su plataforma, sin que el comportamiento reincidente de dichos proveedores hubiera cesado tras los citados requerimientos".

En el Anexo al contrato, NVIA acepta expresamente cumplir los aspectos referidos al proceso de suscripción al servicio por los usuarios, en los términos de la Orden ITC/308/2008 y el Código de Conducta. Y la responsabilidad del cumplimiento de estas obligaciones es de NVIA, tal y como se recoge en el propio contrato y, en todo caso, se deduce del mismo, y se recoge en el Contrato de Alertas Web (Anexo), pues es NVIA quien debe garantizar el cumplimiento de las obligaciones, por el uso de su plataforma.

También nos permitimos resaltar que resulta incuestionable que los servicios de SMS Premium de suscripción han supuesto un número elevado de quejas de usuarios, tal y como se constata con facilidad por los recursos que esta Sala ha examinado sobre cancelación de número corto, algunos de ellos de alguna de las empresas que interviene en la plataforma de NVIA. En el escrito de contestación a la demanda se citan algunos de estos supuestos, resaltando que uno de los operadores "forma parte del grupo empresarial" de NVIA.



Por lo demás, también debemos coincidir con TME en cuanto al carácter revisor de la Jurisdicción, pues las alegaciones que ahora se vierten incide en lo que ha sido ya alegado y resuelto en la previa vía administrativa. Por otra parte, se ha aportado a los autos la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7, en que se desestima la demanda y la reconvención suscitada entre las partes del contrato, y en la que se aprecia que la interrupción del acceso a la red del operador no venía motivada propiamente por la falta de un consentimiento inequívoco de los usuarios para contratar el servicio, sino por la variación del modelo de reparto de ganancias obtenidas en la prestación de servicios de SMS Premium. Se aprecia, en definitiva, incumplimiento recíproco y se desestiman las reclamaciones.

Partiendo de todo lo anterior, entendemos que la decisión de la CMT objeto de impugnación, debe ser confirmada. Reiteramos lo ya señalado en cuanto al ámbito de competencia en que se desenvuelve la citada resolución, adoptando la decisión que cabe dentro de las competencias que puede ejercer (la Jurisdicción civil ha actuado las suyas, conforme hemos reflejado). De esta forma, la CMT entendió que se había cumplido la previa negociación entre TME y NVIA y que no existía incumplimiento de una obligación de acceso, lo que constituye la clave de la decisión recurrida. Suscribimos la citada conclusión, no teniendo elementos de juicio distintos a los valorados por el regulador, que permitan variar la decisión adoptada. Concluimos también, como hace la decisión recurrida, que no se veía afectado el interés general, por la aplicación de lo pactado entre las partes, con independencia del resultado del procedimiento civil citado, pues la CNMC puede imponer decisiones que afecten al acceso, interconexión o interoperabilidad, pero siempre que sea exigible para proteger los intereses públicos. La CMT (ahora CNMC) puede conocer del conflicto suscitado sin imponer la restauración del servicio, pues es TME quien resuelve el contrato y el regulador se limita a no imponer su cumplimiento desde el punto de vista del interés que debe proteger.

Por otra parte, no puede prosperar la tesis de la recurrente referida al distinto trato otorgado por TME a otros clientes u operadores, en cuanto no está acreditado que se trate de la misma conducta por parte de dichos operadores, agregadores o proveedores de contenidos. Sería necesario un examen del posible incumplimiento de otros operadores, o de las irregularidades que cometen, para apreciar si existe o no similitud con la que nos ocupa. Además, el conflicto no estaba planteado en términos de restricción de la competencia o conducta anticompetitiva, lo que habilitaría la intervención del Regulador al amparo del artículo 3 de la LGTel, al que remite el artículo 11.4 de la misma.

Por último, debemos coincidir con la Abogacía del Estado, en cuanto el Código de Conducta ha sido anulado por el Tribunal Supremo como disposición normativa, mientras en el caso examinado se considera dicho Código como clausulado contractual. La autonomía de la voluntad, en el presente caso, incorpora el Código de Conducta como libertad de pacto entre las partes. Nótese que el citado Código no se anula por ser contrario su contenido al ordenamiento jurídico, sino por haberse aprobado por órgano incompetente, por lo que la anulación de dicho código, como disposición normativa, no afecta al pacto entre las partes contratantes sobre su aplicabilidad.

CUARTO.- En virtud de lo dispuesto en el artículo 139 LRLCA, procede imponer 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. Javier Zabala Falcó**, en nombre y representación de **NVIA GESTION DE DATOS, S.L.**, contra resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 27 de marzo de 2013, que desestima recurso de reposición contra resolución de dicha Comisión de 5 de diciembre de 2012, relativa al conflicto de acceso planteado contra Telefónica Móviles España, SAU, por ser ajustadas a Derecho.

SEGUNDO.- Imponer las costas a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se **no** tificará 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.