



Roj: **STS 3012/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3012**

Id Cendoj: **28079130032018100337**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **25/07/2018**

Nº de Recurso: **2613/2016**

Nº de Resolución: **1358/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.358/2018

Fecha de sentencia: 25/07/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: **2613/2016**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/07/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. **Diego Cordoba Castroverde**

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

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

Transcrito por: AVJ

Nota:

RECURSO CASACION núm.: **2613/2016**

Ponente: Excmo. Sr. D. **Diego Cordoba Castroverde**

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1358/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente



D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. Maria Isabel Perello Domenech

D. **Diego Cordoba Castroverde**

D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 25 de julio de 2018.

Esta Sala ha visto constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número **2613/2016**, interpuesto por el procurador de los tribunales don Javier Zabala Falcó, en nombre y representación de NVIA Gestión de Datos, S.L., bajo la dirección letrada de don José Manuel Villar Uríbarri, contra la sentencia de 3 de mayo de 2015, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso administrativo número 304/2013, contra la resolución dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 5 de diciembre de 2012.

Han intervenido como partes recurridas el Abogado del Estado, en la representación que ostenta, el procurador de los tribunales don Juan Antonio García San Miguel y Orueta, en nombre y representación de Telefónica Móviles España, S.A.U., (en adelante TME), con la asistencia letrada de doña Elena Montero de Cózar Álvarez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Diego Cordoba Castroverde**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El representante legal de la empresa NVIA Gestión de Datos SL interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso- administrativo de la Audiencia Nacional de 3 de mayo de 2016 (rec. 304/2013) por la que se desestimó el recurso interpuesto por dicha empresa contra la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 27 de marzo de 2013 que desestimó, a su vez, el recurso de reposición contra la resolución de dicha Comisión de 5 de diciembre de 2012, relativa al conflicto de acceso planteado contra TME Móviles España SAU.

La parte dispositiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

«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.»

El recurso se funda en los siguientes motivos de casación:

1º El primer motivo, planteado al amparo del artículo 88.1.d) de la LJ, denuncia la infracción del artículo 9.3 de la Constitución, en relación con la valoración de la prueba documental aportada por esta parte, al entender que dicha valoración ha sido irracional, ilógica y arbitraria.

A su juicio, la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha valorado de forma ilógica y arbitraria los pronunciamientos recogidos en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Madrid (procedimiento Ordinario 273/2012) de 22 de diciembre de 2015, que la parte aportó. Y, así mismo, considera que ha valorado errónea y arbitrariamente la sentencia nº 243/2015 dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo (rec. 5592/2011), de 29 de enero de 2015, que declaró nulo de pleno derecho y, por lo tanto, dejó sin efecto, el Código de Conducta para la prestación de los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes.

Por lo que respecta a la incorrecta valoración de la sentencia Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Madrid (procedimiento Ordinario 273/2012) de 22 de diciembre de 2015, afirma que si la sentencia recurrida hubiera tenido en cuenta las conclusiones a las que llega la citada sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 7 así como el fallo de la misma en el que acuerda desestimar la demanda formulada por TME (en la que solicitaba que se tuviera por resueltos los contratos celebrados con mi mandante) hubiera estimado la pretensión de mi representada de que se impusiera a TME la obligación de garantizar la interoperabilidad y el acceso e

interconexión a sus redes para prestar los servicios de envío de mensajes cortos Premium de suscripción que se venía realizando con base en los contratos de 23 de noviembre de 2009 y su anexo de 17 de junio de 2011. Si el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Madrid ha acordado desestimar la demanda formulada por TME y, por lo tanto, no declarar correctamente resueltos los citados contratos, debe entenderse que los mismos deben surtir efectos y, para que mi mandante pueda cumplir sus obligaciones, es necesario que TME restablezca la conexión a mi mandante.

Por lo que respeta a la errónea e ilógica valoración de la STS nº 243/2015, de 29 de enero (rec. 5592/2011) considera que dicha sentencia declaró nulo el Código de Conducta para la prestación de servicios de tarificación adicional basado en el envío de mensajes, por lo que la sentencia impugnada no podría haber considerado que el incumplimiento de dicho código puede justificar la resolución unilateral del contrato celebrado con NVIA argumentando que había sido incorporado al clausulado de los contratos celebrados entre dichas compañías en virtud del principio de autonomía de la voluntad. La sentencia impugnada no puede exigir el cumplimiento de un contrato que impone el respeto de un Código de Conducta nulo de pleno derecho y un correcto entendimiento y aplicación de la sentencia del Tribunal Supremo hubiera exigido tener esas cláusulas por no puestas.

2º El segundo motivo, planteado también al amparo del art. 88.1.d) de la LJ, denuncia la infracción del artículo 11.2 y del artículo 12.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y del artículo 23.3 del Reglamento sobre Mercados y Acceso que reconocen que, si se hubiese intentado la negociación para llegar a un acuerdo (en este caso, no sólo se ha intentado sino que se ha llegado al acuerdo que ha quedado unilateral e infundadamente resuelto por una de las partes, la que tiene más poder) la Comisión podrá imponer obligaciones de acceso y de interconexión de las redes si lo valorase justificado.

La entidad recurrente cuestiona la sentencia de instancia por asumir el criterio de la CMT de que el deber legal de TME de interconectar sus redes gira en torno a las previsiones contractuales referidas al cumplimiento (no por NVIA sino por los proveedores de servicios) de un Código de Conducta que ha sido declarado nulo de pleno derecho por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo. Su pretendida violación por los proveedores de servicios, se considera la causa de la "justificada" resolución unilateral por TME del contrato celebrado con NVIA aunque dicha resolución ha sido declarada como no ajustada a derecho por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Madrid, al desestimar, mediante sentencia la demanda formulada por dicha entidad contra NVIA.

A su juicio, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones erróneamente ha entendido que «NVIA había asumido en el contrato de intermediación la responsabilidad relativa al cumplimiento del Código de Conducta» cuando eran los proveedores de contenidos los que asumían y se obligaban a cumplir el Código de Conducta.

La cláusula cuarta del contrato permitía a TME suspender temporalmente o respecto de aquellos proveedores de servicio que entendiéndose incumplidores del código de conducta. Sin embargo, lejos de hacer uso de esa facultad, mucho más equitativa y acorde al fin que se perseguía, TME decide acabar con la relación contractual que la unía con mi mandante y, en consecuencia, dejar sin servicio a todos los proveedores con los que había contratado mi mandante.

Tanto la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones como TME consideran que la causa que justifica la actuación de esta última entidad es el incumplimiento de NVIA del Código de Conducta, por no haber atendido en plazo los requerimientos que le efectuaba TME respecto de las campañas de publicidad de sus proveedores de contenido.

La resolución de la CMT de 27 de marzo de 2013, en su fundamento jurídico, tercero afirmó que «El contrato privado suscrito por las partes, de fecha 23 de noviembre de 2009, prevé en sus cláusula 4.1 y 13, que si NVIA no soluciona en el plazo de 3 días laborables cualquier irregularidad, sospecha, fraude y, en general cualquier actividad anormal suya o de los operadores que operan a través de su plataforma, se podrá dar lugar a la determinación de la existencia de un incumplimiento contractual por el que TME quedará facultada para instar la resolución inmediata del contrato». Lo que la cláusula 4.1 dice es que NVIA «atenderá y solucionará en un plazo máximo de tres días laborables [...] los requerimientos de TME en los que esta última solicite la aclaración y/o solución de cualquier irregularidad, sospecha, fraude y en general, a cualquier actividad anormal que pueda dar lugar a la determinación de un incumplimiento contractual». Pero, a su juicio, NVIA ha atendido todos los requerimientos de TME.

El cumplimiento o incumplimiento contractual es una cuestión que afecta al derecho privado y no se puede partir de que ha existido dicho incumplimiento, máxime si se tiene en cuenta que el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Madrid se ha pronunciado al respecto y ha llegado a la conclusión de que NVIA no ha incumplido las obligaciones que TME le achacó para dejarle sin conexión a su red.



3º El tercer motivo, planteado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ, denuncia la vulneración del artículo 48.4 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones vigente en el momento de suceder los hechos, que asigna a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la función de «adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios». Cualquier medida que suponga una restricción en la competencia o en el derecho de acceso, debe seguir un estricto procedimiento.

La sentencia recurrida en casación no analiza la invocación del artículo 48.4 de la LGT y se remite a lo acordado en la primera resolución de 5 de diciembre de 2012 que decidió no incoar un expediente sancionador a TME. Tal y como reconoce la CNMC, para que un prestador de servicio SMS Premium pueda prestar sus servicios a todos los usuarios móviles, una vez abierta la numeración que le ha sido asignada, debe llegar a acuerdos con todos y cada uno de los operadores móviles para permitir así cumplir las condiciones previstas, pero pese a la resolución unilateral del contrato por parte de TME no se adoptan medidas tendentes a la salvaguarda efectiva de la competencia y no se sanciona a TME por el hecho de haber resuelto el contrato sin previa audiencia de la CNMT.

Argumenta también que se ha acreditado una conducta anticompetitiva y discriminatoria de TME respecto a otros operadores.

La sentencia recurrida debió tener en cuenta el efecto nocivo que para el mercado de los servicios de alertas móviles tiene el que TME pueda declarar la existencia de prácticas fraudulentas y proceder, mediante una injustificada resolución contractual, a bloquear el derecho de acceso a sus redes. Sin embargo, en las resoluciones que son objeto del presente procedimiento, la Comisión ni siquiera entra a valorar que el modo de proceder no es el adecuado, habida cuenta de que con su manera abrupta de terminación del contrato, lo único que produce es una restricción en la competencia.

La sentencia no se pronuncia sobre las condiciones impuestas por TME disponiendo que no se admitirá el acceso a su red mientras no se presente un contrato firmado por el usuario de servicios con fotocopia de su DNI. La Comisión sostiene que «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 su plataforma por haber incumplido las nuevas previsiones para las altas en el servicio de los abonados previstas en el burofax de 7 de diciembre de 2012» (el burofax es de 5 de diciembre de 2011 aunque, por error se dice que es de 7 de diciembre de 2012) ni que el incumplimiento de dichas condiciones haya sido la causa esencial de la resolución contractual. Esta argumentación es la que parece justifica la ausencia de pronunciamiento acerca de las condiciones impuestas. Pero parece sostener que la Comisión se debía haber pronunciado sobre tales condiciones para determinar si suponían un impedimento de acceso a la red.

SEGUNDO. El Abogado del Estado se opone al recurso.

Su escrito comienza puntualizando una serie de hechos relevantes para resolver este litigio que sintetiza en los siguientes:

-TME y NVIA suscribieron un Contrato de Intermediación firmado el 23 de noviembre de 2009 que regula el acceso que TME ofrece a NVIA. Posteriormente, firmaron un Anexo a dicho contrato, el Contrato de Alertas Web, de fecha 17 de junio de 2011.

La cláusula segunda del Contrato de Intermediación prevé la posibilidad de resolución del contrato sin causa una vez transcurrido un año desde su inicio. En este supuesto, bastará un preaviso por escrito con tres meses de antelación a la fecha efectiva de resolución.

Por lo que atañe a las condiciones previstas en el Contrato de Alertas Web, la cláusula 3.4 establece, a los efectos que interesan en el presente conflicto, la obligación de que la publicidad tanto de NVIA como del resto de los operadores de servicios SMS Premium que actúan a través de su plataforma cumpla con el Código de Conducta y que no sea engañosa (Anexo I). En este caso, el incumplimiento facultará a TME para instar a NVIA a resolver la incidencia en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas y en el caso de que NVIA no lo solucionase en dicho plazo o incumpla una segunda vez, TME quedará facultada para instar la resolución inmediata del Contrato. (Página 12 del mismo acuerdo).

- Tras una serie de denuncias de terceros, con fecha 2 de enero de 2012, TME notifica a NVIA su intención de resolver el Contrato de Alertas Web con un preaviso de 3 meses. Posteriormente, TME decide resolver inmediatamente ambos contratos y remite el 21 de febrero de 2012 un burofax a NVIA «por el que unilateralmente se resuelve el "Contrato para la intermediación en la venta de contenidos y la gestión de cobros"» de fecha 23 de noviembre de 2009 y su Anexo, el Contrato de Alertas Web de fecha 17 de junio de 2011.



Paralelamente NVIA pide que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones "determine la nulidad de las condiciones impuestas por TME a través del burofax de fecha 7 de diciembre de 2012, en relación con las altas y bajas de los servicios de suscripción que presta mi mandante". En dicho escrito, TME exigía que la contratación de los servicios de SMS Premium de suscripción se realizase mediante contrato firmado y copia del D.N.I del usuario final.

- La CMT adoptó las siguientes determinaciones:

- 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.

La resolución del Contrato de Intermediación no puede impedir a NVIA y al resto de los operadores de almacenamiento y reenvío de mensajes la prestación de sus servicios a los clientes de TME. Por lo tanto, mientras sigan siendo operadores titulares de numeración, TME deberá seguir dando acceso a su red a estos operadores de almacenamiento y reenvío bien mediante conexión directa bien a través de otras plataformas. (Página 21).

- respecto a los supuestos incumplimientos contractuales por parte de NVIA, el acuerdo de la CMT de 27 de marzo de 2013, resolutorio del recurso de reposición, establece: respecto del análisis por parte de esta Comisión de la concurrencia de las causas de resolución de los contratos previstas por las partes, han de recordarse los límites de la facultad de esta Comisión para intervenir en las relaciones privadas entre los operadores. En virtud de dichos límites, tal análisis corresponde a la jurisdicción civil. La resolución impugnada se atiene a dichos límites por cuanto que no valora la concurrencia de las causas de resolución.

- en lo tocante a las nuevas condiciones impuestas por TME en su burofax de 7 de diciembre de 2012 (que la contratación de los servicios de SMS Premium de suscripción se realizase mediante contrato firmado y copia del D.N.I. del usuario final), el acuerdo de la CMT de 5 de diciembre de 2012 dispuso, (página 21): 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 su plataforma por haber incumplido las nuevas previsiones para las altas en el servicio de los abonados previstas en el burofax de 7 de diciembre de 2012. Ni 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 en que trae causa este procedimiento. Por lo tanto, no procede acceder a la solicitud de NVIA.

Con base en estos hechos se opone a los diferentes motivos de impugnación.

1º Por lo que respecta al primer motivo, referido a la valoración de la prueba irracional, ilógica o arbitraria de dos sentencias.

Respecto a la valoración de la sentencia del Juzgado Civil de 1ª Instancia nº 7 de Madrid, de 22 de diciembre de 2015 (procedimiento ordinario 273/2012) afirma que dicha sentencia carece de efectos en el recurso ante la Audiencia Nacional. Por una parte, porque los acuerdos que se recurrieron de la CMT no entran a valorar la conducta ni de NVIA ni de TME respecto de los supuestos incumplimientos contractuales. Se ciñen a tomar en consideración la denuncia del contrato con preaviso de tres meses, por lo que en todo caso finalizaría el 21 de mayo de 2012. La cuestión que se planteó fue la resolución anticipada del contrato por incumplimiento. La CMT adoptó las medidas cautelares reclamadas por NVIA -y a las que se conformó ordenando el restablecimiento del servicio SMS Premium, suponen claramente que la CMT no valoró la procedencia o no de los posibles incumplimientos y la resolución anticipada del contrato. Por lo que esta sentencia civil carece de relevancia alguna. La sentencia civil es muy posterior a los acuerdos de la CMT, por lo que no puede ser tenida en cuenta, y tal sentencia civil no consta que sea firme.

El efecto jurídico que tal sentencia pueda tener en los acuerdos de la CMT y el recurso contencioso-administrativo, no es una cuestión de valoración de la prueba, sino de los efectos jurídicos que pueda tener aquella sentencia en este proceso.

Y en lo tocante a la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 (recurso 5592/2011), independientemente de que la vigencia del Código de Conducta carece de relevancia alguna (como se ha indicado antes en relación a la sentencia civil, la CMT no valora el posible incumplimiento contractual, sino la expiración del contrato por su denuncia con preaviso). La sentencia recurrida valora la sentencia del Tribunal Supremo como hecho y en su integridad. Cuestión distinta es el efecto jurídico que el recurso quiere dar a la sentencia, que no es un problema de valoración de la prueba, sino de su efecto jurídico.

2º Por lo que respecta al segundo motivo, referido a la supuesta infracción de los artículos 11 y 12.2 de la Ley 32/2003 y el artículo 23.3 del Reglamento de Mercados y Acceso .

Se basa el motivo que la CMT podría imponer obligación de acceso ante el incumplimiento contractual de TME.

No hay obligación de imponer el acceso porque el marco de las relaciones entre NVIA y TME se desenvolvía dentro del contrato libremente suscrito entre ellas, contrato que concluyó el 21 de mayo de 2012. Sin que intentaran las partes la celebración de un nuevo contrato. Habiendo la CMT obligado al acceso hasta la conclusión del contrato, mediante la adopción de medidas cautelares, a instancias y de acuerdo con la solicitud de NVIA y con su conformidad.

3ª Respecto al tercer motivo, referido a la infracción del artículo 48.4.e) de la Ley 32/2003, señala que a pesar de haber alegado en la demanda infracción de dicho precepto, la sentencia recurrida en casación, no analiza en absoluto esta invocación. La cuestión planteada es de incongruencia, por lo que el motivo debe inadmitirse al no plantearse por el cauce del apartado c) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional.

Por otra parte, se limita a criticar los acuerdos recurridos, no la sentencia.

También en este motivo parece que aduce una infracción del principio de igualdad y la valoración que hace la sentencia de otros casos supuestamente similares. Pero, sin embargo, no encausa el motivo por una posible valoración arbitraria de la prueba. Lo que provoca, asimismo, la inadmisión del motivo.

TERCERO. El representante legal de Telefónica Móviles España SAU (en adelante TME) se opone al recurso.

Por lo que respecta al primer motivo de casación argumenta que la entidad recurrente parte de una premisa que no es cierta pues la sentencia recurrida valora de forma racional y lógica las sentencias aportadas.

Respecto a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Madrid denegó la pretensión reconvenicional de NVIA de que la resolución del contrato fuese injustificada. Por otra parte, dicha sentencia ha sido recurrida tanto por TME como por NVIA por lo que no es una sentencia firme.

Respecto a la incidencia de la STS del Tribunal Supremo señala que, tal y como afirma la sentencia de instancia, el hecho de que se anulase por el Tribunal Supremo el Código de Conducta no supone que algunas de las previsiones del mismo incorporadas voluntariamente por las partes al contrato deban ser anuladas, pues las previsiones de los contratos suscritos por las partes son válidas y vinculantes. Al margen de que no fue el incumplimiento del código de conducta lo que sustentó la resolución del contrato sino el incumplimiento por NVIA como agregador tecnológico de algunas de estipulaciones del contrato, en concreto la cláusula 4.1 del contrato de intermediación y el incumplimiento de la cláusula 3.4 y del Anexo I del contrato de alertas.

Respecto al segundo motivo referido a si CNMC puede imponer obligaciones de acceso e interconexión a las redes. Los preceptos que se consideran infringidos - art. 11 y 12.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre LGT y art. 23.3 del Reglamento sobre Mercados de comunicaciones electrónicas aprobados por Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre- hacen referencia al derecho que tiene los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas de negociar la interconexión mutua con el fin de prestar servicios y garantizar la interoperatividad de los mismos. En este caso, TME y NVIA negociaron y suscribieron, en uso de autonomía de su voluntad, una serie de contratos donde se garantizaba el acceso a la red de TME y la interoperabilidad, estableciendo los derechos y obligaciones de las partes, por lo que se cumplió con la obligación de negociar a la que se refieren los preceptos que se consideran infringidos.

En todo caso, el cumplimiento del Código de Conducta no era la única obligación a la que se comprometió NVIA en el contrato de mensajería ni la obligación principal, sin que la nulidad del código de conducta lleve aparejada la nulidad del resto de las obligaciones. Una de esas obligaciones era, según la cláusula 3.4 del Contrato de alertas Web, el que la publicidad tanto de NVIA como del resto de los operadores de servicios SMS Premium que actuaban a través de la plataforma cumpla con el Código de conducta y no sea engañosa.

La CNMC consideró que se estaban produciendo perturbaciones de envergadura que aconsejaban no seguir proporcionando el acceso y consideró que las cláusulas de los contratos no eran contrarias a las obligaciones de acceso. Si la parte consideraba que las cláusulas eran abusivas y discriminatorias debió denunciarse a la CNMC, pero no es lícito asumirlas voluntariamente y luego considerar que son nulas.

Respecto al tercer motivo, en el que se denuncia la infracción del artículo 48.4 de la LGTel, considera que no es asumible que la sentencia dejase imprejuzgada una pretensión vinculada con la infracción de dicho precepto, cuando en la demanda tan solo se menciona para transcribirlo sin vincular razonamiento alguno ni infracción ni pretensión específica. La técnica casacional impide un nuevo examen del tema controvertido desde una perspectiva no planteada ni debatida en la instancia.

CUARTO. Se dieron por conclusas las actuaciones, señalándose para votación y fallo la audiencia el día 17 de julio de 2018, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El representante legal de la empresa NVIA Gestión de Datos SL (en adelante NVIA) interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 3 de mayo de 2016 (rec. 304/2013) por la que se desestimó el recurso interpuesto por dicha empresa contra la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 27 de marzo de 2013 que desestimó, a su vez, el recurso de reposición contra la resolución de la Comisión, de 5 de diciembre de 2012, relativa al conflicto de acceso planteado contra Telefónica Móviles España SAU (en adelante TME).

Las resoluciones administrativas impugnadas resolvían el conflicto planteado por NVIA y varios operadores, prestadores de servicios SMS, sobre el alcance de la obligación de TME de garantizar el acceso y la interconexión a sus redes para prestar los servicios de almacenamiento y reenvío de mensajes cortos de tarificación adicional que venía prestando NVIA como plataforma que operaba como agregado tecnológico de varias compañías, la nulidad de las condiciones impuestas por TME en relación con las altas y bajas de los servicios de suscripción que presta NVIA, y la procedencia de proceder a la apertura de un procedimiento sancionador frente a TME por el incumplimiento de sus obligaciones de conexión.

SEGUNDO. Antes de entrar a considerar los diferentes motivos de impugnación debe partirse de algunos datos relevantes:

1. La empresa NVIA es un operador de comunicaciones electrónicas de servicios de almacenamiento y reenvío de mensajes cortos, que actúa como su propia plataforma para gestionar su numeración y como plataforma tecnológica para otros operadores de servicios SMS Premium (lo que se conoce como agregador).

2. TME y NVIA suscribieron un contrato de intermediación, firmado el 23 de noviembre de 2009, que regula el acceso que TME ofrece a NVIA y al resto de los operadores, que gestiona NVIA como agregador. Posteriormente firmaron un Anexo a dicho contrato, el contrato de alertas WEB, con fecha 17 de junio de 2011.

3. TME comunicó a NVIA la resolución de ambos contratos:

- por lo que respecta al contrato de intermediación, invocó el incumplimiento de la cláusula 4.1 en cuya virtud NVIA está obligada a solucionar, en un plazo de tres días, cualquier irregularidad, sospecha, fraude o actividad anormal suya o de los operadores que operan en la plataforma que pueda dar lugar a la determinación de la existencia de un incumplimiento contractual. Ante un incumplimiento contractual TME queda facultada para instar la resolución inmediata del contrato (cláusula 13). En todo caso, la cláusula segunda del contrato de intermediación prevé la posibilidad de resolver el contrato sin causa una vez transcurrido un año desde su inicio, bastando un preaviso por escrito con tres meses de antelación a la fecha de la efectiva resolución.

- por lo que respecta al contrato de alertas web, se invocó la cláusula 3.4, que establece la obligación de que la publicidad tanto de NVIA como del resto de los operadores de servicios SMS Premium, que actúan través de su plataforma, cumplan con el Código de conducta, y que la publicidad no sea engañosa.

Así mismo, TME impuso a NVIA una serie de condiciones para el alta y baja de los servicios de suscripción que presta NVIA.

4. La entidad NVIA, a la vista de la resolución unilateral del contrato que implicaba el cese de la conexión, acudió a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante CMT) planteando un conflicto de acceso contra TME solicitando, entre otras peticiones, el restablecimiento del acceso e interconexión a la red de TME de los servicios de reenvío de mensajes y que se iniciase un procedimiento sancionador contra TME.

5. La CMT dictó la resolución administrativa, de 5 de diciembre de 2012, en la que se consideraba que la resolución del contrato de intermediación por TME se produjo tras recibir esta última operadora múltiples quejas de sus usuarios en relación con la prestación de servicios SMS Premium por parte de operadores asignatarios de números cortos. Las conductas denunciadas consistían en la presentación de determinadas páginas de internet de mensajes con contenidos equívocos que inducían a los usuarios a contratar servicios de SMS Premium de suscripción sin ser totalmente conscientes del alcance del consentimiento que estaban prestando (la publicidad inducía a error al usuario pues bajo la apariencia de participación en sorteos, encuestas, regalos promocionales, se obtenía la suscripción en un servicio de tarificación adicional, sin que el usuario fuera consciente de ello). TME consideró que NVIA incumplió sus obligaciones, lo que le facultaba para resolver el contrato de intermediación y el anexo de alertas WEB.

La resolución administrativa consideró que se había resuelto el contrato de conexión en aplicación de una cláusula contractual sin que existiesen razones para mantener la vigencia de la relación contractual; apreció que las cláusulas de los contratos eran compatibles con las obligaciones de acceso y la garantía de interoperabilidad por lo que acordó no restablecer el acceso e interconexión; denegó la pretensión de que se declarase la nulidad de las condiciones impuestas por TME en relación con las altas y bajas de los servicios



de suscripción, y decidió no incoar un procedimiento sancionador por la realización de conductas tipificadas como muy graves.

6. Contra esta resolución se interpuso recurso de reposición que fue desestimado por resolución del Consejo de 27 de marzo de 2013. En dicha resolución, por lo que respecta a la intervención de la Comisión y sus límites, se afirmaba que, según la jurisprudencia, la Comisión tiene competencia para intervenir en las relaciones entre operadores en aquellos aspectos de la relación que puedan afectar al interés general que le ha sido encomendado proteger, excluyendo los aspectos de naturaleza exclusivamente privada. Pero la intervención de la Comisión en los conflictos de acceso deberá extenderse a todo lo necesario para resolver adecuadamente el conflicto suscitado, es decir, sin límites mínimos ni máximos, siempre que su intervención sea razonable y proporcionada. Considera, por tanto, que la Comisión no estará legitimada sobre aquellos aspectos o cláusulas que no hayan motivado la resolución del contrato y, en consecuencia, la interrupción o desconexión del acceso. Pero, en sentido contrario, estará legitimada para pronunciarse y decidir sobre aquellas cláusulas que impidan u obstaculicen el acceso.

7. Paralelamente Telefónica, en el año 2012, interpuso una demanda de juicio ordinario contra NVIA, que correspondió al Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Madrid (procedimiento ordinario 273/2012). En dicha demanda ejercitaba una acción de resolución contractual solicitando que se declarara ajustada a derecho la resolución llevada a cabo por la demandante del contrato de intermediación de 23 de nombre de 2009 y el Anexo (denominado contrato de colaboración de servicios de mensajería) de 17 de junio de 2011 por entender que NVIA había incumplido sus obligaciones contractuales y, así mismo, reclamaba daños y perjuicios. Para fundar esta acción de resolución del contrato Telefónica consideraba que NVIA había incumplido de forma grave y reiterada la cláusula 4.1 del contrato de intermediación de noviembre de 2009 (que establecía la obligación de atender y solucionar en el plazo de máximo de tres días los requerimientos de TME y/o soluciones cualquier irregularidad, sospecha, fraude y, en general, cualquier actividad anormal que pueda dar lugar a determinar la existencia de un incumplimiento contractual) y de la cláusula 3.4 del Anexo (el compromiso del proveedor de enviar a TME la publicidad que se utilizaría para la captación de usuarios ajustándose al Código de Conducta para la prestación de los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes). A su vez NVIA formuló reconvencción.

Por sentencia de 22 de diciembre de 2015 se desestimó la demanda y la reconvencción. La sentencia consideró, entre otras cosas, que:

«la interrupción del acceso a la red del operador telefónico no venía motivada propiamente por la falta de constancia de un consentimiento inequívoco de los usuarios para contratar el servicio, sino que aparecía condicionada por la variación del modelo de reparto de ganancias obtenidas en la prestación de servicios de SMS Premium, como porcentaje sobre el precio final del servicio [...]. Ello supone que, en el supuesto enjuiciado, la operadora de red y el agregador técnico no pueden alegar el incumplimiento relevante de la contraparte, sin considerar al mismo tiempo su participación o intervención en un proceso de suscripción que no garantizaba adecuadamente los derechos de consumidores y usuarios como tampoco el principio de buena fe, que dispone el artículo 1258 del Código Civil, al traducirse la actuación no diligente de los operadores contratantes en la existencia de un lucro común por el uso de los servicios de tarifa adicional [...]».

No consta la firmeza de la sentencia. Telefónica afirma en este recurso, y este dato no ha sido desmentido, que la sentencia ha sido recurrida.

TERCERO. Sobre la valoración de la prueba.

En el primer motivo se plantea la valoración ilógica y arbitraria de la prueba, consistente en dos sentencias aportadas por la parte recurrente en la instancia: una del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Madrid (procedimiento ordinario 273/2012) de 22 de diciembre de 2015 y otra del Tribunal Supremo nº 243/2015, de 29 de enero (rec. 5592/2011).

La parte se queja de que la sentencia de la Audiencia Nacional realiza una lectura incorrecta del contenido de estas sentencias e incumple lo acordado en las mismas al tiempo de resolver el presente litigio.

Debe empezar por señalarse que la sentencia impugnada toma en consideración las sentencias aportadas. La sentencia menciona la sentencia del juzgado de Primera Instancia nº 7 y resume la conclusión alcanzada en la misma, aunque es verdad que sin extraer conclusión alguna sobre la incidencia que lo en ella decidido pudiese tener en el litigio debatido. Y por lo que respecta a la STS 243/2015, de 29 de enero, por la que se anuló el Código de Conducta, la sentencia también la menciona y valora el alcance lo en ella resuelto con respecto al debate planteado.

Es por ello que, acertada o equivocadamente, la sentencia impugnada si tomó en consideración las sentencias aportadas y valoró su contenido. Cuestión distinta es la discrepancia de la parte respecto a la conclusión



alcanzada por el tribunal respecto a la incidencia que dichas sentencias pudiese tener en el resultado del litigio analizado.

La influencia que pueden tener las decisiones jurídicas adoptadas por otro tribunal (en un caso se trata de una sentencia de un tribunal civil y una sentencia del Tribunal Supremo) y el pretendido incumplimiento de lo acordado en las mismas no es un problema relacionado con la valoración de la prueba, y como tal no puede plantearse como una valoración ilógica o arbitraria de la misma. La incorrecta aplicación de lo acordado en la sentencia de otra jurisdicción podrá cuestionarse desde muchas perspectivas (prejudicialidad, cosa juzgada material, incompetencia, infracción de la jurisprudencia etc..) pero en ningún caso puede considerarse que la incidencia de una decisión judicial concreta o lo acordado por el Tribunal Supremo en su jurisprudencia puede ser cuestionado como una ilógica o arbitraria valoración de la prueba.

La sentencia de instancia consideró que las resoluciones administrativas adoptadas por la CMT no deben modificarse por lo acordado en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 7 o en la STS de 29 de enero de 2015, y esta conclusión, acertada o no, afectará a la conformidad a derecho de la decisión adoptada, pero no implica una vulneración de la valoración de la prueba.

Se desestima este motivo.

CUARTO. El segundo motivo invoca la infracción de los arts. 11 y 12.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre Ley General de Telecomunicaciones y el art. 23.3 del Reglamento sobre Mercados de comunicaciones electrónicas aprobados por Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre.

La entidad recurrente cuestiona la interrupción de la conexión entendiéndolo que ante la resolución unilateral del contrato de conexión que le unía con Telefónica, la Comisión debió imponer la obligación de acceso e interconexión a las redes, y al no hacerlo así, la resolución administrativa primero y la sentencia de impugnada después, vulneraron las previsiones legales y reglamentarias que garantizan la posibilidad de conexión. En apoyo de esta pretensión argumenta, en esencia, que: el deber legal de TME de interconectar sus redes, según la resolución administrativa y la sentencia, gira en torno al cumplimiento de las previsiones contractuales de un Código de Conducta que ha sido declarado nulo de pleno derecho por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo; el pretendido incumplimiento, que opera como la causa justificada de la resolución unilateral del contrato celebrado con NVIA, ha sido declarado no ajustado a derecho por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Madrid, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones erróneamente ha entendido que «NVIA había asumido en el contrato de intermediación la responsabilidad relativa al cumplimiento del Código de Conducta» cuando eran los proveedores de contenidos los que asumían y se obligaban a cumplir el Código de Conducta; existían otras medidas menos gravosas que la desconexión, pues la cláusula cuarta del contrato permitía a TME suspender temporalmente o respecto de aquellos proveedores de servicio que entendiéndose incumplidores del código de conducta; el cumplimiento o incumplimiento contractual es una cuestión que afecta al derecho privado y no se puede partir de que ha existido dicho incumplimiento, máxime si se tiene en cuenta que el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Madrid se ha pronunciado al respecto y ha llegado a la conclusión de que NVIA no ha incumplido las obligaciones que TME le achacó para dejarle sin conexión a su red.

En la invocación de las diferentes infracciones denunciadas ha de partirse de que el artículo 11 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre Ley General de Telecomunicaciones contempla, en realidad, la negativa de un operador de la red pública de comunicaciones electrónicas a negociar las condiciones de acceso a la red solicitada por otro operador. Esta previsión no resulta relevante en este caso, dado que no nos enfrentamos a la negativa de Telefónica a negociar la interconexión solicitada por NVIA. Muy al contrario, ambos operadores no solo negociaron las condiciones de conexión sino que llegaron a un acuerdo que se plasmó en dos contratos (de 23 de noviembre de 2009 y su anexo de 17 de junio de 2011) que garantizaban a NVIA la interoperabilidad y el acceso e interconexión a las redes de TME para prestar los servicios correspondientes, entre ellos el envío de mensajes cortos Premium. El problema no surge, por tanto, por la negativa del operador a negociar o por negar la conexión a la red sino por la posterior interrupción, acordada unilateralmente por TME, por entender que la NVIA había incumplido sus compromisos contractuales.

El intento de restablecer la conexión interrumpida constituye, por tanto, el objeto de esta controversia, y así se planteó el conflicto de acceso ante la Comisión de Telecomunicaciones que ha motivado las resoluciones administrativas y la sentencia de la Audiencia Nacional ahora impugnada.

Nuestro ordenamiento no es ajeno a los conflictos referidos a la interrupción de la conexión una vez iniciada, ni puede sostenerse que la Comisión de Telecomunicaciones carece de competencias para controlar la legalidad del cese unilateral de una conexión que priva a un operador de la interoperatividad necesaria para la prestación de sus servicios. Tanto el artículo 12.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre Ley General de Telecomunicaciones como el art. 23.3 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, citados por el



recurrente como preceptos infringidos, y otros preceptos de la Ley 32/2003 contemplan la intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, para garantizar, caso de ser necesario, la conexión (art. 12.2 de la Ley 32/2003), así como su intervención en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas o de oficio cuando esté justificado (art. 23. a) del RD 2206/2004) o para imponer obligaciones «sobre acceso o interconexión a los operadores que controlen el acceso a los usuarios finales en la medida en que resulte necesario para garantizar la posibilidad de conexión extremo a extremo» (art. 23.c) del RD antes citado). Sin olvidar que el artículo 11.4 de la Ley 32/2003 establece que «La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores o entre operadores y otras entidades que, de conformidad con lo establecido en el presente capítulo, se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión, [...] la petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado» y todo ello no solo para garantizar el acceso sino también el mantenimiento de la interconexión y la interoperabilidad de los servicios. Previsiones que han de ser completadas con lo dispuesto en el art. 48.3 de la citada Ley en el que se establece que la CMT tendrá por objeto la supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones, así como la resolución de los conflictos entre los operadores.

En definitiva, también los conflictos de conexión motivados por una interrupción de la misma pueden ser controlados, y, en su caso, remediados, por la CMT, lo que nos plantea el problema del alcance de su competencia en el control del cumplimiento de los contratos privados suscritos entre las partes.

QUINTO . Sobre el alcance de las competencias de la CMT en los conflictos de acceso e interconexión.

El núcleo esencial de esta controversia se centra en determinar el alcance del control que puede y debe ejercer la Comisión de Telecomunicaciones, y por ende los tribunales contencioso-administrativos, cuando la interrupción de la conexión tiene como causa el incumplimiento de las cláusulas contractuales suscritas entre las partes. Así mismo, e íntimamente relacionada con esta cuestión, es preciso determinar la incidencia que esta decisión deben tener los pronunciamientos de los tribunales civiles.

Este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas sentencias referidas a la delimitación de las atribuciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (ahora, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) en la resolución de los conflictos de acceso e interconexión.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 1 de octubre de 2008 , 18 de noviembre de 2008 , 24 de junio de 2009) ha señalado que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones está habilitada para resolver los conflictos que surjan entre los operadores como consecuencia de sus relaciones de acceso e interconexión. Y para supervisar el equilibrio contractual y salvaguardar el interés general de la interconexión de las redes en condiciones no discriminatorias y basadas en criterios objetivos. Como ya señalamos en la STS de 8 de julio de 2008 (rec. 6957/2005):

«la competencia de dicho ente público regulador para dirimir los conflictos que se produzcan en relación con los acuerdos de interconexión en razón de que, aún tratándose de contratos privados que se establecen libremente entre las partes, están sometidos a una regulación de Derecho público, con el objeto de salvaguardar la interconexión de las redes públicas de telecomunicaciones con las de todos los operadores del mismo tipo de redes y servicios telefónicos disponibles al público, en condiciones no discriminatorias, transparentes, proporcionales y basadas en criterios objetivos.».

Dado que el principio de interoperabilidad garantiza que todos los usuarios de un operador puedan comunicarse entre ellos y con todos los usuarios de los demás operadores, así como acceder a los servicios que cualquier proveedor pueda ofertar en el mercado, existen, por lo tanto, numerosos intereses, tanto en defensa de la competencia como en defensa de los consumidores y usuarios entre otros, que es preciso proteger. Así pues, la atribución legal al organismo regulador de las telecomunicaciones de esta competencia específica, distinta de la mera función arbitral sujeta al derecho privado, debe centrarse en velar por los objetivos de interés público concurrentes (promoción de la competencia y defensa de los intereses de los usuarios, incluida la mayor interoperabilidad de los servicios, entre otros).

Por ello, este Tribunal ha afirmado que 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, entre las que se encuentran la compensación por los retrasos (STS de 23 de marzo de 2017, rec. 2420/2014) o el pago de 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 (STS 5 de septiembre de 2008 (rec. 779/2005) de 14 de noviembre de 2011, de 18 de enero de 2012, de 24 de abril de 2012, 18 de enero de 2013 y 23 de marzo de 2017 (rec. 2420/2014). En definitiva, la función del organismo regulador es velar porque se preserve el interés general y no de actuar como componedor de los intereses privados en conflicto (STS de 28 de junio de 2011 (rec. 5732/2008).



En definitiva, la intervención de la Comisión, cuando una de las partes pretende resolver un contrato, se encuentra en la salvaguarda del interés general (STS de 4 de marzo de 2008 , entre otras), sin que le corresponda interpretar o resolver las controversias privadas surgidas del cumplimiento de las cláusulas contractuales suscritas entre las partes. Ello no implica, como es obvio, que deba garantizar la conexión bajo cualquier circunstancia, pues existe un sustrato contractual privado que las partes han de respetar.

La Comisión de Telecomunicaciones, cuando la conexión se ve interrumpida por una de las partes invocando el incumplimiento de una cláusula contractual y la existencia de perjuicios para los consumidores, puede ejercer un control inicial destinado a comprobar que dicha interrupción responde aparentemente al ejercicio de una causa de resolución libremente pactada, ajustada a derecho y no existen otros intereses más dignos de protección. En esta línea, ya la STS nº 505/2017, de 23 de marzo de 2017 (rec. 2420/2014) afirmaba que «[...] 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».

Este control inicial pretende constatar que la desconexión no es injustificada o vulnera intereses generales que sea necesario respetar. Se trata de ejercer un control inmediato para preservar los intereses generales existentes, aunque para ello sea preciso ejercer un juicio previo y provisional sobre el invocado incumplimiento de las cláusulas contractuales y su causa. Y decimos que dicho juicio será provisional porque se trata de un pronunciamiento a título prejudicial civil para ejercer las funciones públicas que le han sido encomendadas, pero la interpretación del contrato privado y el pronunciamiento definitivo sobre su resolución corresponderá a los tribunales civiles, con independencia de que el ente regulador pueda apreciar la concurrencia de un interés general digno de protección.

En el supuesto que nos ocupa, la resolución del contrato se produjo a instancia de una de las partes contratantes, en aplicación de las previsiones contenidas en las cláusulas contractuales, invocando el pretendido incumplimiento de sus obligaciones por parte de la plataforma NVIA, al no atender los requerimientos para solucionar las actuaciones irregulares, sospechosas o fraudulentas realizadas por ella o por los operadores que actúan a través de la plataforma, incumpliendo algunas obligaciones incluidas en el denominado código de conducta (debe recordarse, a tal efecto, que se aducían las quejas de muchos usuarios que protestaban de la actividad de la plataforma NVIA por fomentar la suscripción de los servicios vía web mediante la utilización de campañas publicitarias engañosas, como reclamo para conseguir suscripciones).

Conviene precisar en este punto, que es cierto que esta Sala, en su sentencia 243/2015, de 29 de enero (rec. 5592/2011), ha declarado la nulidad de pleno derecho del Acuerdo de la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional de 29 de junio de 2009, que aprobó el Código de Conducta para la Prestación de los Servicios de Tarificación Adicional basados en el envío de mensajes. Pero dicho pronunciamiento se basó en que la resolución había sido dictada por un órgano incompetente por razón de la materia, sin entrar a considerar si las previsiones materiales o sustantivas contenidas en el código de conducta eran o no conformes con el ordenamiento jurídico. De modo que una cosa es que el código de conducta no pueda ser impuesto por la Administración, en tanto no se aprueba por un órgano competente, y otra muy distinta, es que las partes en los contratos privados que suscriban puedan incluir, en uso de su autonomía contractual y de la libertad de pactos de la que gozan, obligaciones relacionadas con buenas prácticas en materia de información, publicidad, así como exigencias en el cumplimiento de las condiciones de prestación de estos servicios relacionadas con la tarificación adicional que no solo son perfectamente legítimas desde la perspectiva de la autonomía de la voluntad sino que, incluso, algunas de ellas pueden contribuir a preservar intereses generales vinculados a la protección de los usuarios de los servicios telefónicos. Por ello, el hecho de que este Tribunal Supremo anulara en su día el citado código de conducta no supone que algunas de sus previsiones, voluntariamente incorporadas por las partes al contrato, no tengan fuerza entre las partes contratantes y su incumplimiento, en cuanto cláusulas válidas y vinculantes, puedan generar la resolución del contrato suscrito.

Por ello, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, tras constatar a tenor de las pruebas aportadas, que la resolución del contrato de conexión lo fue en aplicación de una cláusula contractual sin que, a su juicio, existiesen razones de interés general para mantener la conexión, actuó en el ámbito de sus competencias y no incurrió en un exceso respecto del ejercicio de las funciones que tenía encomendadas.

Cuestión distinta es que la incidencia que sobre esta cuestión puede tener una sentencia firme de los tribunales civiles que sostuviese que la resolución del contrato era improcedente, al no haberse acreditado un incumplimiento contractual imputable a la otra parte.



Debe recordarse que, en este caso, cuando la Administración dictó sus resoluciones no existía ninguna sentencia de los tribunales civiles relativa a la resolución del contrato privado. Es cierto que en el momento de dictarse la sentencia de la Audiencia Nacional (3 de mayo de 2016) ya existía y se invocó la existencia de una sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Madrid, de 22 de diciembre de 2015 , que no apreció un incumplimiento relevante del contrato por parte de la plataforma NVIA. Ahora bien, tal y como afirma los demandados y no ha sido desmentido, dicha sentencia ha sido recurrida, por lo que mientras tanto no exista un pronunciamiento firme de la jurisdicción civil no puede considerarse disconformes a derecho las decisiones adoptadas por la Comisión de Telecomunicaciones, sin perjuicio de las consecuencias sobrevenidas que sobre la desconexión acordada pueda tener una sentencia firme de la jurisdicción civil que sostenga que no existía fundamento para proceder a una resolución del contrato por incumplimiento. Será el pronunciamiento de los tribunales civiles el que decidiría de forma definitiva sobre la resolución del contrato privado y los perjuicios derivados de la misma, con independencia de la valoración de los intereses generales que, como ya hemos señalado, corresponde ponderar a la Comisión.

Por todo ello, procede desestimar este motivo.

SEXTO . Respecto a la pretendida vulneración del art. 48.4 de la LGT .

Finalmente la parte plantea la vulneración del artículo 48.4 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones vigente en el momento de suceder los hechos, que asigna a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la función de «adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios».

Y ello por varios motivos: la recurrente entiende que cualquier medida que suponga una restricción en la competencia o en el derecho de acceso, debe seguir un estricto procedimiento; la sentencia recurrida en casación no analiza la invocación del artículo 48.4 de la LGT y se remite a lo acordado en la primera resolución de 5 de diciembre de 2012 que decidió no incoar un expediente sancionador a TME; la sentencia recurrida debió tener en cuenta el efecto nocivo que para el mercado de los servicios de alertas móviles tiene el que TME pueda declarar la existencia de prácticas fraudulentas y proceder, mediante una injustificada resolución contractual, a bloquear el derecho de acceso a sus redes; finalmente a sentencia no se pronuncia sobre las condiciones impuestas por TME disponiendo que no se admitirá el acceso a su red mientras no se presente un contrato firmado por el usuario de servicios con fotocopia de su DNI.

La parte plantea incorrectamente este motivo si, tal y como afirma, la sentencia omite todo pronunciamiento sobre la procedencia de aplicar el art. 48.4 de la LGT , ello implicaría que estamos ante una incongruencia omisiva, que no se denuncia y que debería haber sido planteada al amparo del artículo 88.1.c) de la LJ .

Por otra parte, la demanda de instancia tan solo transcribió el tenor literal del art. 48.4 de la LGT sin vincularlo a razonamiento alguno, infracción o pretensión específica. Por ello, el desarrollo argumental de las diferentes lesiones que vincula a la infracción de este precepto no se plantearon en la instancia y se plantean, como cuestiones nuevas, en casación.

En todo caso, gran parte de las alegaciones que conecta con la infracción de este precepto vuelven a incidir en el núcleo de la controversia que ya ha sido analizado anteriormente, centrado en determinar la procedencia de interrumpir la conexión y la función de control que le corresponde realizar a la Comisión en relación con los tribunales civiles.

Por lo que respecta a la ausencia de pronunciamiento del tribunal de instancia sobre si las condiciones impuestas a los operadores para el acceso a la red (contenidas en el burofax de 5 de diciembre de 2011), son conformes a derecho, debe volver a recordarse que si la sentencia no se pronunció sobre este extremo el motivo casacional debería haberse planteado por incongruencia omisiva, por el cauce del art. 88.1.c) de la LJ , y no como un error *in iudicando* invocable por el art. 88.1.d) de la LJ .

Y todo ello con independencia de que no se ha desvirtuado en casación las razones ofrecidas en la resolución administrativa para rechazar el análisis de esta cuestión, consistente en afirmar que el pronunciamiento sobre la nulidad de las condiciones impuestas en relación a las altas y bajas de los servicios de suscripción solo sería procedente si se acredita que las mismas han afectado de forma relevante al caso y en esta caso no se acredita que TME haya denegado ningún servicio a NVIA o a cualquier de los operadores que prestan servicios a través de dicha plataforma por haber incumplido dichas condiciones. Ni ha sido este incumplimiento el que ha servido de base a la resolución de los contratos en cuestión, por lo que la conformidad a derecho de dichas condiciones no resulta relevante para este litigio.

Se desestima este motivo.

**SÉPTIMO.** Costas.

Procede, por todo lo expuesto, la desestimación del recurso de casación con la preceptiva condena en costas a la parte que lo ha sostenido, conforme prescribe el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional. A tenor del apartado tercero de este artículo, la imposición de las costas podrá ser «a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima». La Sala considera procedente en este supuesto limitar hasta una cifra máxima de 3000 mil euros la cantidad que, por todos los conceptos, la condenada al pago de las costas ha de satisfacer a cada una de las partes recurridas que han formalizado oposición.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la empresa NVIA Gestión de Datos SL contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 3 de mayo de 2016 (rec. 304/2013), con imposición de las costas del presente recurso a la parte recurrente, en los términos fijados en el último fundamento de derecho de esta sentencia.

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

Así se acuerda y firma.

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

D^a. Maria Isabel Perello Domenech D. **Diego Cordoba Castroverde** D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente **D.Diego Cordoba Castroverde**, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.