



Roj: **SAN 3367/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:3367**

Id Cendoj: **28079230082014100526**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **04/07/2014**

Nº de Recurso: **764/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a cuatro de julio de dos mil catorce.

VISTOS por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo nº **764/2012** promovido por la Procuradora de los Tribunales **D^a. Silvia Ayuso Gallego**, en nombre y representación de **Emsertex 2002, S.L.**, contra resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 11 de octubre de 2012, desestimando el recurso de reposición interpuesto por la recurrente contra resolución de dicha Comisión de 5 de julio de 2012, que resolvió conflicto de interconexión en relación con llamadas de origen internacional y destino a numeración 902. Al anterior recurso se acumuló el interpuesto por **France Telecom, S.A.U.**, representada por el Procurador de los Tribunales **D. Roberto Alonso Verdú**, contra las indicadas resoluciones.

Ha sido parte recurrida la Administración General del Estado, Comisión Nacional de Mercados y Competencia, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Frente a la resolución indicada, el recurrente Emsertex interpuso recurso contencioso administrativo, en noviembre de 2012. France Telecom recurrió en diciembre de 2012.

Reclamado el expediente a la Administración y siguiendo los trámites legales, se emplazó a la parte recurrente, Emsertex, para la formalización de la demanda, lo que verificó mediante escrito que obra en autos. Termina suplicando a la Sala que dicte sentencia por la que se acuerde estimar el recurso y se declare nulo el pronunciamiento del punto sexto por el que se deciden los precios aplicables a partir del 5 de diciembre de 2009, debiendo aplicarse los nuevos precios a los tres meses de la fecha de la resolución del conflicto, con expresa imposición de costas a la Administración.

France Telecom presentó de demanda en el que termina suplicando a la Sala que dicte sentencia por la que se acuerde estimar el recurso y se declare la nulidad parcial de la resolución de la CMT, puntos primero, cuarto y quinto y nulidad de la resolución que desestima el recurso de reposición.

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.

TERCERO.- Se practicaron las pruebas solicitadas y admitidas por la Sala, las partes presentaron escritos de conclusiones por su orden y las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, la cual tuvo lugar el día 4 de junio de 2014.

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.- La resolución que resuelve el conflicto planteado señala:

<<El presente procedimiento tiene por objeto resolver el conflicto de interconexión existente entre Emsertex y FTE, en relación con el presunto incumplimiento por parte de esta última operadora de los acuerdos firmados entre ambas y con la modificación unilateral de las condiciones económicas (modo de facturación y precios), aplicables al servicio de interconexión con origen internacional y destino a numeración 902. En concreto el objeto de este procedimiento se centrará en:

1. Analizar la razonabilidad de la modificación de las condiciones económicas realizada por FTE.
2. Determinar si FTE se encontraba habilitada para modificar unilateralmente el acuerdo de interconexión suscrito con Emsertex y para aplicar retroactivamente las nuevas condiciones económicas.
3. examinar otros hechos expuestos por las partes sobre el servicio objeto de conflicto....

De conformidad con la documentación aportada, Emsertex firmaba con sus clientes los contratos para la prestación del servicio de "venta del tráfico para el servicio de recogida, a través del prefijo 902", actuando en su propio nombre y haciendo uso de sus propias facilidades, apareciendo este operador como único responsable de la prestación del servicio, sin que en los mismos se haga mención alguna a FTE.

Para la prestación del servicio Emsertex asignaba a sus clientes determinados números 902, los cuales coinciden con aquellos números asignados por esta Comisión a FTE que fueron objeto de las llamadas masivas y posteriormente portados a Emsertex el 26 de noviembre de 2009....

En los CDR's aportados durante la tramitación del presente conflicto aparece identificado el origen de cada una de las llamadas. En los mismos se observa que existen llamadas tanto de origen desconocido como de origen internacional, entre otras. Estos registros de llamadas son proporcionados por FTE a Emsertex, por lo que ambos podían conocer la identificación de las mismas. Tras el análisis realizado por los operadores sobre el tráfico que se identificaba en los CDR's con origen desconocido, se descubrió que la verdadera procedencia de esas llamadas eran redes extranjeras. Por lo tanto, ese tráfico también resultaba de origen internacional.

En todo caso, tanto el tráfico identificado con origen internacional como aquel que aparece identificado con origen desconocido, que resultó proceder también de redes internacionales, habrían sido retribuidos del mismo modo por FTE a Emsertex (esto es, como tráfico con origen nacional)... Las partes no habían previsto expresamente en sus contratos la prestación del servicio de tránsito con origen internacional y destino a numeración 902 nacional. Por esta razón, los sistemas de FTE asimilaban automáticamente el tráfico con origen internacional a las llamadas con origen fijo nacional, aplicándole sus tarifas>>.

La citada resolución aborda la problemática que nos ocupa y toma decisión al respecto, señalando:

<<en el Anexo I del acuerdo de interconexión, en el que se regula el servicio de tránsito prestado por FTE a la denunciante, se establece (cláusula 2) que FTE "se reserva el derecho de modificar las condiciones económicas incluidas tarifas, condiciones de facturación y pagos establecidas en este anexo, en el contrato del que es parte inseparable, y en cualquier otro anexo del contrato, aplicables a Emsertex por el tráfico generado a su numeración, con la sola obligación de comunicarlo fehacientemente a Emsertex con una antelación mínima de tres meses desde la entrada en vigor de la modificación, salvo que por causas no imputables a OBS (entiéndase FTE) se realice dicha comunicación en un plazo menor. En caso de que Emsertex no estuviera de acuerdo con la modificación, éste quedará facultado para resolver el contrato.....

Esta Comisión coincide en que el conocimiento de que el origen del tráfico desconocido fuese internacional avocaba a una modificación de las condiciones económicas.... El establecimiento de las nuevas condiciones debía realizarse según habían estipulado las partes en el acuerdo de interconexión.... Esta Comisión considera que se produjo una causa no imputable a FTE que justificaría la entrada en vigor de las nuevas condiciones comunicadas el 27 de noviembre de 2009 a Emsertex, en un plazo inferior al establecido con carácter general en el acuerdo de interconexión, pues de lo contrario, los operadores de la cadena (Telefónica y FTE) habrían incurrido en cuantiosas pérdidas. De este modo, se considera que resulta de aplicación la excepción recogida en la cláusula 2 del Anexo I del acuerdo de interconexión. En conclusión, esta Comisión considera que no existió una imposición unilateral por parte de FTE de las condiciones económicas...

Por lo tanto, puesto que el plazo de 7 días era una práctica habitual entre ambos operadores para la comunicación de las modificaciones de precios, esta Comisión estima justo la concesión a Emsertex de un plazo mínimo de siete días desde la comunicación de las nuevas condiciones económicas....En conclusión, esta Comisión considera que las condiciones económicas comunicadas por FTE a Emsertex mediante correo electrónico de 27 de noviembre de 2009 no debieron entrar en vigor para los tráficos con origen internacional,

o desconocido que finalmente resultaran provenientes de redes internacionales, y con destino a numeración 902 de Emsertex, antes del 5 de diciembre de 2009.

Por todo lo anteriormente dicho, FTE deberá proceder a la retarificación del tráfico generado en el servicio con origen internacional (identificadas con origen internacional o con número desconocido) y destino a numeración 902 de Emsertex en el periodo que va desde el 1 de octubre de 2009 al 5 de diciembre de 2009, aplicando las condiciones económicas con las que facturaba hasta septiembre de 2009, que coinciden con las indicadas en la addenda al acuerdo de interconexión para el tráfico con origen fijo nacional. Asimismo, para el tráfico cursado a partir del 5 de diciembre de 2009, FTE podrá aplicar las nuevas condiciones comunicadas a Emsertex el 27 de noviembre de 2009 al tráfico que venga identificado en los CDR's con origen internacional>>.

SEGUNDO.- La inadmisibilidad que se insta por parte de FTE, respecto de la demanda formulada por Emsertex, no pudo prosperar. Se pretende que el suplico de la citada demanda, en relación con la resolución impugnada y el recurso en vía administrativa, adolece de incongruencias y contradicciones. Pero aún cuando parcialmente pueda ser apreciable que la referencia que se efectúa al "punto sexto" no sea del todo acertada, ello dista de implicar la inadmisibilidad pretendida, pues la lectura de la demanda y del recurso planteado en vía administrativa, permiten conocer con exactitud la pretensión ejercitada y los motivos en que se basa la misma.

En la demanda formulada por Emsertex se plantea como único motivo de impugnación su desacuerdo con la resolución impugnada en lo referido a la fecha de efectos de la modificación de precios entre las operadoras. La parte sostiene que debe fijarse el plazo de tres meses desde la fecha de resolución del conflicto por la CMT y ello en base a considerar que no ha existido una propuesta de modificación de precios.

Como ya hemos resaltado al reflejar la decisión de la CMT objeto de impugnación, aún cuando no existe esa formal propuesta de modificación de precios, sí existen elementos suficientes para considerar que la comunicación de 27 noviembre de 2009 contiene unas nuevas condiciones económicas que, dadas las circunstancias, podemos considerar como propuesta. Por un lado, en cuanto Emsertex conoce el alcance de la modificación de precios. Por otro lado, en cuanto ambas partes no ejercitan la facultad de resolver sus relaciones, sino que se deduce con evidencia su clara voluntad de continuar las mismas. Por último, en cuanto la CMT resalta, y nosotros entendemos acertada esta postura, que el plazo de una semana ya había sido aceptado por las partes en otras ocasiones a lo largo de sus relaciones. Así se resalta respecto de mayo de 2009 y es un criterio prefijado en el acuerdo de comisionamiento.

Como partimos del hecho de que hubo causa no imputable a FTE, la CMT acierta cuando dispone, en aras a resolver el conflicto planteado, que los nuevos precios entran en vigor siete días después de la referida comunicación. No podemos obviar, por otra parte, que el tráfico de origen internacional y el desconocido que después también resultó de igual origen, tenían como destino numeración 902 y eran retribuidos como tráfico nacional, lo que provocaba pérdidas para FTE. Pérdidas que la parte pretende prolongar en el tiempo.

TERCERO.- En cuanto al recurso formulado por France Telecom, debemos comenzar señalando que la resolución objeto de recurso afirma:

<<debe tenerse en cuenta que el criterio expuesto en la resolución recurrida para facturar el tráfico cuyo Orión internacional no logre acreditar France Telecom no es más que una consecuencia de los razonamientos allí expuestos a la vista de las alegaciones de las partes del conflicto.

En efecto, que los efectos de la resolución del conflicto se extiendan a tráficos posteriores al último trimestre de 2009, es una mera discusión dialéctica, pues el apartado quinto de la parte dispositiva no añade nada, sino que reconoce expresamente una consecuencia lógica de lo expuesto en la propia resolución: sólo hay dos tipos de tráfico posibles: i) el que tiene su origen internacional y ii) el que no lo tiene. La resolución recurrida, tal y como reconoce al describir su objeto, aclara como tiene que facturarse el primero: hasta el 5 de diciembre de 2009, se aplicarán las condiciones económicas aplicadas por Emsertex antes de octubre de ese año, que no son otras que las indicadas en la addenda al acuerdo de interconexión para el tráfico con origen fijo nacional.

Lógicamente, el tráfico que no tiene su origen internacional, lo tiene nacional. Esto último incluye el que no pueda acreditarse que tenga origen internacional, que deberá facturarse como el tráfico con origen fijo nacional. Esto es lo que señala el resuelve discutido, en definitiva. Y, como puede comprobarse, no es más que una consecuencia lógica. El pronunciamiento de esta Comisión en este sentido puede ser innecesario, pero no ilegal>>.

Lo que da respuesta al motivo primero del recurso planteado y motivo primero de la demanda formulada por FTE. Nada se introduce por la demandante, que matice el alcance real de la pretensión ejercitada, pues la CMT señala que es una mera discusión dialéctica. La conclusión que alcanza la CMT parece razonable y lógica, como se afirma en la propia resolución. Y no añade o rectifica nada al acuerdo que han alcanzado las partes para el tráfico efectuado a partir del 10 de enero de 2010.

Los motivos segundo y tercero de impugnación, referidos a la vulneración de determinados preceptos del Código Civil, también han obtenido respuesta adecuada en la resolución que se impugna, al afirmar:

<<debe comenzarse por señalar que la intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en las relaciones privadas de los operadores a través de la resolución de conflictos de interconexión debe realizarse con la necesaria cautela que asegure el respeto a su autonomía contractual. La necesidad de interpretar los contratos privados entre ellos tiene como límite asegurar el interés público protegido consistente en asegurar la interoperabilidad de los servicios, la protección de los derechos de los usuarios y la adecuada competencia entre operadores.

La resolución recurrida analiza la naturaleza de las elaciones de ambos operadores (también con el operador de acceso y el de tránsito) y la razonabilidad del cambio de las condiciones económicas aplicadas por France Telecom a raíz de la detección de llamadas de origen internacional por parte de Telefónica de España, que al ser retribuidas mediante un modelo de acceso no le aseguraban recuperar el pago que hacía a los operadores que transitaban las llamadas en España, como France Telecom.

En respuesta a las alegaciones... existe una aplicación retroactiva de las condiciones económicas por su parte, pues Emsertex no conoció la forma de facturación de un tráfico cursado con anterioridad hasta casi dos meses después. La resolución recurrida también parte del hecho de que el servicio de tránsito con origen internacional y destino a numeración 902 de Emsertex, pese a no estar previsto en sus sucesivos contratos, estaba siendo prestado por France Telecom con normalidad hasta el día 1 de octubre de 2009. Ello acreditaría la existencia de una situación jurídica activa (no meramente tolerada porque implica el tratamiento, la consolidación y la facturación de los tráficos) consentida por ambas partes y con unas consecuencias hasta ese momento indiscutidas y que resultan modificadas con los criterios aplicados por France Telecom a partir de ese momento....

France Telecom sostiene que ese tráfico internacional se cursaba como si tuviera un origen fijo nacional porque no podía identificarse su origen, pero lo cierto es que durante la instrucción del procedimiento, tras la aportación de los CDR's con los datos de las llamadas, se ha podido verificar que ambos operadores conocían el origen internacional de las llamadas transitadas hacia los números 902 de Emsertex.

A la vista del recurso de France Telecom, no existen motivos para cambiar el criterio decisorio, que coincide con el expuesto por esta Comisión en su resolución de fecha 7 de diciembre de 2012,... en esa ocasión (y en otras en las que se analizaron problemas semejantes), esta Comisión ya acordó que las modificaciones unilaterales en las condiciones económicas para la prestación de servicios como los que nos ocupan no pueden aplicarse de forma retroactiva a los operadores de red inteligente.

En efecto, la modificación unilateral de las condiciones económicas que se venían aplicando a un servicio como el prestado por France Telecom, con independencia de si estaban recogidas por escrito, es rechazada por esta Comisión sobre la base de la aplicación de las reglas de revisión genérica de los contratos, que se remiten, en primer lugar, al acuerdo de las partes. Es en defecto de esta voluntad novatita común cuando la Comisión está facultada para intervenir y fijar un precio a partir de la interpretación de dicho acuerdo>>.

Consideramos que poco más se pueda añadir a lo que afirma la resolución recurrida. En la medida en que existe un conflicto y no existe acuerdo entre las partes, la Comisión interviene en el ámbito de sus facultades y fija la fecha a partir de la cual son operativos los nuevos precios. Para ello se atiende a los pactos suscritos por las partes, sus propios antecedentes y las circunstancias del caso. Carecemos de elementos de juicio distintos a los que contiene la resolución, para adoptar un criterio que difiera de aquél. Siendo razonable, como pretende la parte, que la modificación de precios sea efectiva, también es razonable la no retroactividad de la misma, o su efectividad más pronta posible, que es el criterio seguido por la CMT.

En todo caso, conviene finalizar señalando que parecido conflicto al aquí planteado ha sido examinado por la Sala en otras ocasiones, confirmando la decisión de la CMT, pudiendo citar la muy reciente dictada en el recurso 104/2012, de fecha 28 de marzo de 2014.

CUARTO.- En virtud de lo dispuesto en el artículo 139 LRLCA, deben imponerse las costas a cada parte recurrente por mitad e iguales partes.

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

FALLAMOS

PRIMERO.- Desestimar el recurso contencioso administrativo promovido por la Procuradora de los Tribunales D^a. **Silvia Ayuso Gallego**, en nombre y representación de **Emsertex 2002, S.L.**, y el Procurador de los Tribunales **D. Roberto Alonso Verdú**, en nombre y representación de **France Telecom, S.A.U.**, contra resolución de la



Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 11 de octubre de 2012, desestimando el recurso de reposición interpuesto por la recurrente contra resolución de dicha Comisión de 5 de julio de 2012, que resolvió conflicto de interconexión en relación con llamadas de origen internacional y destino a numeración 902, por su conformidad a derecho.

SEGUNDO.- Imponer las costas a cada parte recurrente por mitad e iguales partes.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ