



Roj: **SAN 4322/2013** - ECLI: **ES:AN:2013:4322**

Id Cendoj: **28079230082013100593**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **11/10/2013**

Nº de Recurso: **1103/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JOSE ALBERTO FERNANDEZ RODERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4322/2013,**
STS 4869/2016

SENTENCIA

Madrid, a once de octubre de dos mil trece.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **1103/11**, que ante esta *Sala de lo Contencioso-Administrativo* de la Audiencia Nacional, ha promovido el Procurador **DON RAMÓN RODRÍGUEZ NOGUEIRA**, en nombre y representación de **TELFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.(TESAU)**, frente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, representada por el Sr. Abogado del Estado, siendo codemandada "**LEAST COST ROUTING TELECOM, S.L.**" representada por el Procurador **DOÑAANA BELÉN GÓMEZ MURILLO** contra resolución de fecha 28 de julio de 2011, (que después se describirá en el primer Fundamento de Derecho), siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. **D. JOSE ALBERTO FERNANDEZ RODERA**.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso-administrativo, mediante escrito presentado el 25 de octubre de 2011, contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión por Diligencia de fecha 9 de diciembre de 2011, y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 22 de marzo de 2012, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando la estimación del recurso, con la consiguiente anulación de los actos recurridos.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 16 de mayo de 2012, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso. Por la codemandada se contestó a la demanda en fecha 9 de enero de 2013.

CUARTO.- Dado traslado a las partes por su orden para conclusiones, las evacuaron, reiterándose en sus respectivos pedimentos.

QUINTO.- Por Providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 9 de octubre de 2013, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en las presentes actuaciones resolución de la COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES (CMT) de 28 de julio de 2011, en la que se resolvió conflicto de interconexión interpuesto por la entidad "**LEAST COST ROUTING TELECOM, S.L.**" (LCR) contra "**TELFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.**" (TESAU) y contra "**TELFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.**" (TME), como consecuencia de la retención de



los pagos de interconexión efectuada por estos operadores en relación con el tráfico originado en "roaming" en España y con destino a números de tarificación adicional 804 asignados a LCR.

El supuesto de hecho del que deriva el conflicto se contempla en el párrafo segundo del Antecedente Primero de la resolución:

"En concreto, del escrito de LCR se desprende que desde abril de 2010 algunos operadores móviles extranjeros empezaron a identificar la existencia de perfiles de tráfico irregular generado en España por sus abonados en roaming a través de la red de TME. Dichos operadores extranjeros trasladaron los impagos derivados del citado tráfico a TME y, posteriormente, TME comenzó a solicitar a Telefónica la restitución de las cantidades anteriormente satisfechas por dicho tráfico. Por último, Telefónica comenzó en julio de 2010 a recuperar esas cantidades abonadas a TME a través de LCR mediante la compensación unilateral en las actas de consolidación."

La parte dispositiva de la resolución combatida reza así:

"PRIMERO.- Declarar el derecho de Least Cost Routing, S.L. a que le sea devuelto el importe de las retenciones pendientes de devolución, en concepto de impagos por supuestos fraude en róaming internacional, efectuadas en las actas de consolidación correspondientes a los meses de junio, julio y agosto de 2010, como consecuencia de la previa repercusión de los citados impagos por parte de Telefónica Móviles de España, S.A.Unipersonal a Telefónica de España, S.A.Unipersonal.

SEGUNDO.- Determinar que la devolución de las cantidades retenidas establecidas en el Resuelve Primero se articulará siguiendo el sistema de pagos en cascada, por lo que Telefónica Móviles de España, S.A.Unipersonal deberá traspasar a Telefónica de España, S.A.Unipersonal el importe de las retenciones pendientes de devolución, en concepto de impagos por supuestos fraude en roaming internacional, efectuadas en las actas de consolidación correspondientes a los meses de junio, julio y agosto de 2010. Dicha devolución se deberá realizar junto con el pago de los tráficos que se consoliden en la siguiente acta que firmen los operadores una vez se les haya notificado la resolución que ponga fin al presente expediente.

Posteriormente, Telefónica de España, S.A.Unipersonal entregará a Least Cost Routing Telecom, S.L., el importe de las retenciones pendientes de devolución, en concepto de impagos por supuestos fraude en roaming internacional, efectuadas en las actas de consolidación correspondientes a los meses de junio, julio y agosto de 2010. La devolución de dicho importe deberá realizarse junto con el pago de los tráficos que se consoliden en la siguiente acta que firmen los operadores, una vez que Telefónica de España, S.A.Unipersonal reciba el importe citado de Telefónica Móviles de España, S.A.Unipersonal."

TERCERO.- Iniciar un procedimiento administrativo relativo al control del uso de la numeración asignada a Least Cost Routing Telecom, S.L. para la prestación de los servicios de tarificación adicional actualmente asignados por esta Comisión.

La demanda se cifiere a un único motivo de impugnación, basado en la vulneración del artículo 62.1b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por haber sido dictada la resolución recurrida por órgano manifiestamente incompetente. Se pretende respaldar esa tesis con Sentencia del Tribunal supremo de 28 de junio de 2011, así como otra de un Juzgado de 1ª Instancia. Se sostiene que el regulador ha efectuado una interpretación errónea de los artículos 11.4, 14, 48.2 y 48.3.d) de la Ley General de Telecomunicaciones, correspondiendo la competencia para abordar la controversia a la jurisdicción civil.

SEGUNDO.- Proemio imprescindible para atender el fondo del litigio será reproducir los preceptos a tener en cuenta:

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

b) Por su parte, el apartado 4 de su artículo 11, dispone que la CMT "podrá intervenir en las relaciones entre operadores (...) con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3."

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

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



salvaguardar (...) la interconexión de las redes (...) y la política de precios y comercialización por los prestadores de servicios" (apartado e) .

e) El artículo 23 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre , por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, determina que la CMT ostenta competencia en "las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado" (apartado 3.a) y también "conocerá de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso" (apartado 3.b).

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

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

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

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

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

CUARTO.- Distinta es la cuestión que se nos plantea, ajena a unas penalizaciones contractuales, en cuanto se trata de velar por las mejores condiciones de prestación y remuneración de los servicios e interconexión con arreglo al marco normativo a que se hizo mérito. Significa textualmente la CMT, en el último párrafo del Fundamento de Derecho Primero de la resolución:

"Por consiguiente, se considera que es competencia de esta Comisión valorar el comportamiento de los operadores en el cumplimiento de las condiciones fijadas en sus acuerdos de interconexión de conformidad con la OIR, en particular, en relación con la incidencia que la repercusión del supuesto tráfico fraudulento ha podido tener sobre las tarifaciones de los servicios de interconexión prestados por los operadores interesados, con la finalidad de garantizar el justo equilibrio contractual entre las partes."

Esto es, ha de enfatizarse que la potestad del regulador se extiende a la salvaguarda de las adecuadas relaciones entre operadores, a fin de garantizar el acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios que se prestan, para así fomentar la competencia efectiva, la defensa de los intereses de los usuarios y la inversión eficiente en las infraestructuras correspondientes.

Llano es que tal intervención es sustancialmente diferente a la exigencia de abono de penalizaciones a que se contraen las Sentencias del Tribunal Supremo citadas, pues de lo que aquí se trata, insistimos, es de exigir el



mejor cumplimiento de las condiciones de prestación y remuneración de los servicios de interconexión, con la finalidad de velar por el equilibrio contractual entre las partes, la libre competencia y el respeto al régimen regulatorio en la materia. A mayor abundamiento, la repetida Sentencia de la Sala Tercera de 28 de junio de 2011, al margen de su ilustrativa exposición de la zona de penumbra por la que se desliza su argumentación, llega a indicar que la carencia competencial de la CMT se ciñe a las "consecuencias meramente patrimoniales" de los incumplimientos.

Y si el Alto Tribunal utiliza el adverbio de modo "meramente", que, según la Real Academia de la Lengua, es sinónimo de "solamente", de "simplemente" o de "sin mezcla de otra cosa", la recta inteligencia de la frase "meramente patrimoniales" nos traslada a un contexto que resultaría ajeno a cuanto ahora ponderamos, en el que el desbloqueo de unos pagos retenidos excede de una medida exclusivamente económica o patrimonial, incidiendo palmariamente en la evitación de distorsiones en la competencia en el ámbito de la interconexión entre operadores, con cobertura, en fin, en los preceptos consignados en ordinal precedente.

En suma, la Sala es de criterio, en virtud de cuanto se ha expuesto, que procede desestimar el recurso jurisdiccional ahora deducido.

QUINTO.- No hacer una expresa condena en costas

FALLAMOS

En nombre de S.M. EL REY, y en atención a lo expuesto, la Sala ha decidido:

PRIMERO.-DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo formulado por "**TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U**", contra resolución del Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 28 de julio de 2011, a que las presentes actuaciones se contraen.

SEGUNDO .- No se hace expreso pronunciamiento sobre las costas devengadas.

Así por esta nuestra Sentencia que se notificará a las partes haciendo la indicación de que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo, con arreglo a lo dispuesto en el art. 86.1 de la LJCA, y de la cual será remitido testimonio a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.