



Roj: **SAN 2175/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:2175**

Id Cendoj: **28079230082020100280**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **24/07/2020**

Nº de Recurso: **633/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000633 /2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03596/2017

Demandante: "Telefónica Móviles España, S.A. Unipersonal (TME)

Procurador: D^a BEATRIZ PÉREZ-URRUTI IRIBARREN

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: BT ESPAÑA COMPAÑÍA DE SERVICIOS GLOBALES DE TELECOMUNICACIONES, S.A. UNIPERSONAL (BT)

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

SENTENCIA N° :

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a veinticuatro de julio de dos mil veinte.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº **633/17**, seguido a instancia de "**Telefónica Móviles España, S.A. Unipersonal (TME)**", representada por la Procuradora de los Tribunales **D^a Beatriz Pérez-Urruti Iribarren**, con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. Ha intervenido en calidad de **codemandada**, la mercantil **BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A. Unipersonal (BT)**, representada por la Procuradora de los Tribunales D^a Cayetana de Zulueta Luchsinger. El recurso versó sobre impugnación de resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), la cuantía se estimó indeterminada, e

intervino como ponente el Magistrado **Don Santiago Soldevila Fragoso**. La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Para el correcto enjuiciamiento de la cuestión planteada es necesario el conocimiento de los siguientes hechos:

1.El 1 de julio de 2016 BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A. Unipersonal (BT), interpuso en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) un conflicto de interconexión frente a Telefónica Móviles España, S.A. Unipersonal (TME), en relación con los precios de los servicios mayoristas de originación que se prestan mutuamente para la realización de llamadas con origen móvil a numeraciones gratuitas para el llamante, incluyéndose dentro de esta categoría:

a) Las llamadas a numeraciones cortas atribuidas para los servicios de asistencia técnica e información.

En el caso de BT, se refiere a los servicios de venta a empresas, postventa y ventas al público prestados mediante las numeraciones cortas 1432, 1433 y 1434, respectivamente.

En el caso de Telefónica Móviles, se refiere a los servicios de atención posventa a clientes residenciales, atención postventa a clientes empresariales, de información sobre gestión medioambiental e información a preclientes prestados a través de las numeraciones 1485, 1486, 1488 y 1489, respectivamente.

b) Las llamadas a numeraciones del tipo 800/900 para los servicios de cobro revertido. Sólo BT presta servicios a través de esta numeración, no así Telefónica Móviles.

2.En dicho contexto, BT manifestó que:

.Solicitó a Telefónica Móviles, por carta de 10 de septiembre de 2015 la renegociación del precio que acordaron aplicar, mediante el addendum firmado el 1 de abril de 2011 al Acuerdo General de Interconexión (AGI) firmado el 15 de febrero de 2010, para el servicio de originación móvil para llamadas gratuitas a partir del 1 de abril de 2012.

.Telefónica Móviles no ha realizado propuesta ni ha mostrado interés alguno por negociar dicho precio.

3.Por ello, BT entendió que no es posible llegar a un acuerdo y solicitó que la CNMC interviniera para establecer el precio máximo del servicio de originación móvil para llamadas gratuitas que le sigue prestando el grupo Telefónica.

4.Iniciado el procedimiento y evacuados los requerimientos de información, el 4 de mayo de 2017, la Sala de Supervisión regulatoria de la CNMC, dictó resolución por la que se acordó:

-Establecer que los precios de los servicios de originación que, en virtud del addendum de 1 de abril de 2011 al Acuerdo General de Interconexión de 15 de febrero de 2010 (addendum), Telefónica Móviles España, S.A. Unipersonal (Telefónica Móviles) presta a BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A. Unipersonal (BT) para las llamadas gratuitas a numeraciones atribuidas a BT para la prestación de servicios de asistencia técnica e información (numeraciones cortas 1432, 1433 y 1434) y servicios de cobro revertido (numeraciones del tipo 800/900):

no pueden ser superiores a 7 céntimos de euro por minuto desde la fecha de la resolución (4 de mayo de 2017)

ni superiores a 4,21 céntimos de euro por minuto una vez que hayan transcurrido cuatro meses desde dicha fecha.

-Establecer que los precios de los servicios de originación que, en virtud del addendum al que se refiere el apartado anterior, BT presta a Telefónica Móviles para las llamadas gratuitas realizadas desde numeración móvil a numeraciones atribuidas a Telefónica Móviles para la prestación de servicios de asistencia técnica e información (numeraciones 1485, 1486 1488 y 1489):

no pueden ser superiores a 7 céntimos de euro por minuto desde la fecha de la presente Resolución

ni superiores a 4,21 céntimos de euro por minuto una vez que hayan transcurrido cuatro meses desde la fecha de la resolución.

SEGUNDO.- Por la representación de la actora se interpuso recurso Contencioso-Administrativo contra la resolución precedente, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho. La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:



I. Nulidad de la Resolución Recurrida: su contenido resulta de imposible cumplimiento al referirse a unos servicios que TME y BT ya no se prestan entre sí, ya que el AGI regulaba exclusivamente el tráfico que TME y BT se intercambian a través de interconexión directa.

1. Evolución de la relación TME y BT.

-Entre el 21 de mayo de 1999 y el 14 de febrero de 2010, los servicios de originación se prestaban de conformidad con un acuerdo general de interconexión, suscrito por TME y BT con anterioridad al AGI que es objeto del conflicto BT-TME.

-Entre el 15 de febrero de 2010 y el 31 de enero de 2016, los servicios de originación se prestaban mediante interconexión directa de las redes de TME y BT. Las condiciones de dicha interconexión se regulaban en el AGI y en su Adenda (que modificó los precios del AGI original con efectos a partir del 1 de abril de 2012).

-A partir del 1 de febrero de 2016, y por acuerdo de las partes, los servicios de originación se prestan mediante interconexión indirecta, en tránsito, a través de la red de un tercer operador (Telefónica de España).

2. El AGI no está vigente en lo que respecta a los servicios de originación objeto de la resolución Recurrida

-El precio pactado en el AGI y la Adenda sólo se aplica a la interconexión directa. En la indirecta a través de un tercero se aplicará el precio pactado entre BT y ese tercero, y entre TME y ese tercero.

-Por lo tanto, los servicios de originación y las condiciones en las que éstos se prestaban bajo el AGI entre TME y BT, dejaron de estar en vigor en el momento en que dichos servicios pasaron a prestarse mediante interconexión indirecta, esto es, en febrero de 2016.

-TME tiene sus propios acuerdos con los operadores porque tiene su propia red, diferente de la red de Telefónica de España, y tiene personalidad jurídica propia. Por ello, el hecho de que el operador en tránsito y TME formen parte del mismo grupo empresarial, no implica que TME, a cuya red no accede ni está interconectada la de BT en relación con los servicios de originación analizados por la CNMC, pueda hacer cumplir el contenido de la resolución recurrida.

3. En consecuencia, la resolución recurrida es nula de pleno derecho por ser de imposible cumplimiento. Invoca el artículo 47.1 de la Ley 39/2015.

II. Vulneración de los principios de libertad de empresa y mínima intervención que rigen el mercado de las telecomunicaciones. La CNMC no tiene potestad para revisar precios ya acordados en mercados no sujetos a regulación ex ante.

1. Aplicación del principio de intervención mínima administrativa. Artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público.

-Dicho principio implica que cuando la CNMC intervenga para resolver un conflicto entre operadores debe adoptar sólo aquellas medidas estrictamente necesarias para proteger el fin de interés general o público que, en su caso, se pueda ver afectado como consecuencia de dicho conflicto y debe restringirse a los concretos aspectos de discrepancia que los operadores hayan puesto de manifiesto.

-Las partes se encontraban negociando cuando BT planteó el conflicto y TME había mostrado su disposición a alcanzar un acuerdo para modificar el AGI, por lo que no puede afirmarse que estuviera expedita la vía para acudir al regulador.

-El conflicto real entre BT y TME radica simplemente el interés de BT de reducir los precios libremente pactados y en vigor desde hacía poco tiempo (tres años), por lo que no existe un problema real de interoperabilidad que justifique la intervención de la CNMC.

-Tampoco concurren razones de interés público que justifiquen la intervención administrativa, ya que se trata de una disputa de carácter privado entre dos operadores.

-No existe ni la más mínima prueba en el expediente administrativo de que las empresas que normalmente usan números 800/900 les parezca caro el servicio, y se planteen migrar los servicios de información, atención comercial y asistencia técnica a otras numeraciones.

-No existe un "interés general" o "interés público" en que los servicios de información, atención comercial y asistencia técnica prestados por empresas (normalmente de servicios) sean gratuitos para el usuario llamante. Basta con contraponer ese tipo de numeraciones con las numeraciones cortas de los servicios de emergencias (ej. 061 o 112), donde sí existe un claro interés general.



-Desde el punto de vista del mercado de las telecomunicaciones, es irrelevante que el precio de una llamada a un servicio de atención comercial la pague el llamante o el llamado, pues entran en juego muy distintos factores.

-Desde el punto de vista de la legislación de telecomunicaciones, el único interés público a tutelar ha de ser que todas las opciones sean técnica y económicamente posibles, y que los operadores de telecomunicaciones pacten entre ellos un precio por esos servicios.

2. Otras consideraciones.

-El informe del Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones (ORECE o BEREC por sus siglas en inglés) que la CNMC cita reiteradamente en la resolución recurrida, se refiere, no sólo a las llamadas que resultan gratuitas para el llamante sino, sobre todo, a las llamadas de tarificación especial que tienen un coste para el llamante (los números 806/906, donde no solo se cobra por la llamada, sino que se prestan también determinados servicios -información, tarot, juegos, etc.

-El ORECE trata de velar por la transparencia y por evitar precios altos para el usuario, cuestiones no están en juego en el conflicto BT-TME y expresamente señala que la conveniencia o no de regular los servicios de originación de llamadas a numeraciones de tarificación especial dependerá de la situación del mercado en cada país, por lo que se exige un análisis de mercado, que la CNMC no ha llevado a cabo.

-La sentencia del TJUE de 2 de marzo de 2017 (Caso 568/15) citada en la resolución impugnada, lo que precisamente admite es que una llamada a un servicio de atención al cliente pueda no ser gratuita.

- El conflicto con Yoigo

La CNMC cita el conflicto suscitado por TME en asunto Yoigo. Sin embargo, la problemática subyacente en ambos era diferente.

III. La fijación de un mecanismo de revisión de precios de carácter indefinido es, también, contraria al principio de proporcionalidad: artículo 12.6 de la LGTel

-Las sentencias del TJUE de 20 de abril de 2010 en el Caso Federutility y otros (C-265/08) y de 7 de septiembre de 2016 en el caso Anode (C-121/15), impiden una actuación como la de la CNMC, que impone unas obligaciones de futuro, sin que en ningún caso se prevea su seguimiento y eventual revisión, estableciendo un procedimiento de revisión automática e indefinido que se aparta del propio AGI.

IV. La resolución recurrida es un acto cuyas consecuencias son equiparables a los efectos de una regulación ex ante

-La Comisión Europea y la propia CNMC consideran que los servicios mayoristas de originación desde redes móviles a números 800/900 y numeración corta 14YA no constituyen un mercado de referencia, ni en ellos existe un problema de competencia efectiva que justifique su regulación ex ante.

-La CNMC ha impuesto medidas que, de manera indirecta, afectarán a todos los operadores que prestan los servicios de originación de llamadas objeto del Conflicto BT-TME, por lo que la adopción de dichas medidas son las propias de la regulación ex ante de un mercado de referencia, sin realizar un análisis riguroso del mercado, ni haber garantizado los derechos del resto de operadores que se verán afectados por su decisión.

-Aunque formalmente la CNMC reconoce que la decisión impugnada sólo se aplica a BT y a TME, deja claro que espera que la misma "acelere el proceso de renegociación de precios" y que, si los operadores no se ponen de acuerdo, esta resolución será un "precedente relevante", anunciando que resolverá del mismo modo y con la misma metodología, todos los conflictos que se presenten en los mismos términos.

-En caso contrario, BT dispondría de una ventaja anticompetitiva.

V. En cualquier caso, el criterio para la fijación del precio establecido en la

Resolución de la CNMC no está justificado y es discriminatorio

-La CNMC fija precios en un mercado distinto (el de las llamadas desde móviles a otros móviles o fijos), cuyas características y evolución no están ligadas al mercado de las llamadas a numeraciones de tarificación especial, como las llamadas gratuitas para el llamante objeto del conflicto BT-TME.

-En definitiva, la resolución impugnada vulnera el artículo 3 c) de la LGTel, que recoge los principios de igualdad y no discriminación en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, así como el artículo 12.6 de la LGTel, que exige que las obligaciones y condiciones que en su caso el regulador imponga en el marco de un conflicto de acceso o interconexión deberán ser "objetivas, transparentes, proporcionadas y no



discriminatorias". También el principio de motivación de los actos administrativos actualmente recogido en el artículo 35 de la Ley 39/2015.

TERCERO: La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia, bien declarando inadmisibile el recurso, bien desestimándolo y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida. La representación procesal de BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A. Unipersonal (BT), se opuso a la demanda, solicitando su desestimación.

CUARTO: Pr acticada la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

QUINTO: Señalado el día 1 de julio de 2020 para la deliberación, votación y fallo ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

SEXTO:.- Aparecen observadas las formalidades de tramitación, que son las del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La cuestión que se plantea en el presente proceso es la relativa a determinar el ajuste legal de la resolución de 4 de mayo de 2017, dictada por la Sala de Supervisión regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), por la que se resuelve el conflicto de interconexión presentado por BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A. Unipersonal (BT), frente a Telefónica Móviles España, S.A. Unipersonal (TME), en relación con los precios de los servicios mayoristas de originación que se prestan mutuamente para la realización de llamadas con origen móvil a numeraciones gratuitas para el llamante, incluyéndose dentro de esta categoría.

Con carácter previo debe responderse a la causa de inadmisibilidad alegada por el Abogado del Estado consistente en la ausencia de acreditación de la voluntad del recurrente para ejercitar la acción, que invoca al amparo de lo dispuesto en el artículo 45.2.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA).

La respuesta debe ser negativa por cuanto la recurrente aportó documentación notarial que acreditaba que en la fecha de interposición del recurso, el administrador solidario de TME se encontraba en el ejercicio efectivo de su cargo.

SEGUNDO: Me diante el primer motivo de recurso, TME solicita la declaración de nulidad de la resolución recurrida, por ser su contenido de imposible cumplimiento al no prestarse ya los servicios en cuestión.

No podemos compartir los argumentos de la recurrente por los siguientes motivos, que esencialmente coinciden con el planteamiento de la CNMC, la Abogacía del Estado y la codemandada BT:

1.La propia recurrente, en su escrito de demanda, confirma la vigencia de la resolución en el momento del planteamiento del conflicto, pues solicita el restablecimiento de la situación jurídica previa mediante el derecho de TME refacturar a través de Telefónica de España, los servicios de originación de llamadas prestados de BT a los precios vigentes antes de dictarse la resolución recurrida.

2.Lo único que se ha producido desde febrero de 2016, es el cambio de una interconexión indirecta a otra indirecta, manteniendo el AGI. Esta conclusión se apoya en el apartado 2.1 del AGI, que expresamente contemplaba el cambio de enrutamiento, si los precios aplicados resultaban ser superiores a los de mercado.

3.Por otra parte, aunque ciertamente Telefónica de España tiene una personalidad jurídica distinta de la de TME, no es menos cierto que en este caso han operado con plena unidad de acción, como se infiere de los propios correos electrónicos de TME en el que, ante la petición de BT de revisión del AGI, le ofrece el cambio de enrutamiento "por nuestra red fija", esto es, por vía de Telefónica de España. No fue necesario firmar un nuevo acuerdo, ni sufrió alteración la facturación.

3.La propia recurrente señala en su escrito de demanda que tras el cambio de enrutamiento siguieron las conversaciones entre TME y BT, con posterioridad a la interposición del conflicto.

4.Las relaciones internas entre TME y Telefónica de España, no son oponibles a BT que solo está obligada por el acuerdo suscrito con TME.

En consecuencia, debe desestimarse este motivo de recurso.

TERCERO: Me diante el segundo motivo de recurso, TME denuncia la infracción del principio de intervención mínima de la Administración y de la libertad de empresa. Falta de competencia de la CNMC para intervenir en el presente caso



Nuevamente debemos desestimar las alegaciones de TME y ello por los siguientes motivos:

1.El primer concepto de interconexión lo encontramos en la ya derogada Directiva 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, relativa a la interconexión en las telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la oferta de red abierta (ONP).

En nuestro derecho interno vigente en el momento de producirse los hechos, lo encontramos en el apartado 18 del Anexo II de la Ley 9/2014 de 9 de mayo General de Telecomunicaciones, que dispone lo siguiente:

"La conexión física y lógica de las redes públicas de comunicaciones utilizadas por un mismo operador o por otro distinto, de manera que los usuarios de un operador puedan comunicarse con los usuarios del mismo operador o de otro distinto, o acceder a los servicios prestados por otro operador. Los servicios podrán ser prestados por las partes interesadas o por terceros que tengan acceso a la red. La interconexión constituye un tipo particular de acceso entre operadores de redes públicas".

2. Los principios que rigen la aplicación de dicho concepto, básico para garantizar la efectividad del Mercado Interior en el marco de la libre competencia y libre contratación, son, esencialmente, el de no discriminación, transparencia, y proporcionalidad.

Así se desprende de la vigente Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco) y de las Directivas específicas: Directiva 2002/20/CE (Directiva autorización), Directiva 2002/19/CE (Directiva acceso), Directiva 2002/22/CE (Directiva servicio universal) y Directiva 97/66/CE.

La nueva Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas, con entrada en vigor el próximo 20 de diciembre de 2020, reitera los mismos principios.

En el mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: La STJUE de 14 de abril de 2016, dictada en el asunto Polkomtel C- 397/14, que reitera la doctrina de la STJUE de 17 de septiembre de 2015, asunto KPN C-14/85, citada por la recurrente y la resolución impugnada, jurisprudencia relevante en cuanto al establecimiento de los principios de actuación, más allá de la concreta solución a la que el Tribunal de Justicia pudo llegar.

3. Resulta indiscutido, pues así lo establece taxativamente el artículo 12.5 de la Ley 9/2014 de 9 de mayo General de Telecomunicaciones aplicable por razones temporales a este caso, que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia deberá intervenir mediante decisiones vinculantes, "en las relaciones entre operadores o entre operadores y otras entidades que se benefician de las obligaciones de acceso e interconexión, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3".

A ello debe añadirse lo dispuesto en los artículos 15.1 y 70 de la citada Ley 9/2014, que se pronuncian en el mismo sentido.

La CNMC goza pues de un amplio margen de discrecionalidad para apreciar la necesidad de su intervención, sin perjuicio, lógicamente, del control de la racionalidad de la decisión que debe efectuarse desde esta jurisdicción.

4.La cuestión a resolver es pues, determinar si realmente nos encontramos ante un conflicto de interconexión, para lo cual deben deslindarse las relaciones privadas de carácter puramente patrimonial existentes entre las empresas implicadas, lo que sería ajeno al control de la CNMC, de aquellas situaciones en las que está comprometido el interés general en garantía del cumplimiento de los objetivos de la normativa citada, que entrarían de lleno en su ámbito de competencia. (STS 23 de marzo de 2017, recurso casación número 2420/2014).

5.En nuestra sentencia de 4 de noviembre de 2013, en un supuesto muy similar al que ahora nos ocupa, se afirmaba que "... para la intervención de la CMT es presupuesto que el objeto de la intervención haya surgido formalmente en las negociaciones entre las partes y que las mismas no hayan llegado a un acuerdo sobre el punto en cuestión".

En ese supuesto, su intervención quedaría efectivamente sujeta, como indica la recurrente, al principio de mínima intervención lo que implica que deben respetarse, en lo posible, a las condiciones alcanzadas por las partes en los puntos de acuerdo.

En consecuencia, únicamente procederá la CNMC a fijar condiciones en los aspectos de discrepancia, si las partes agotaron sus negociaciones y existe un interés público en la intervención del regulador.



4. En relación con el primer presupuesto, agotamiento del diálogo entre las partes, resulta necesario tener en cuenta los siguientes datos:

-TME y BT iniciaron un proceso de negociación el 10 de septiembre de 2015 mediante una petición de BT a TME, relativa a la renegociación de los precios de originación móvil en llamadas de numeración gratuita,

-Telefónica de España (no TME evidenciando una vez más la unidad de acción del grupo) contestó el 23 de septiembre siguiente, manifestando su disponibilidad para la negociación.

-El 25 de septiembre, Telefónica de España propuso a BT que el tráfico enviado hasta esa fecha mediante una interconexión directa entre BT y TME, pasara a efectuarse mediante el uso de la red fija de Telefónica de España, lo que se hace efectivo en febrero de 2016.

-El 1 de julio de 2016, sin haber llegado a un acuerdo sobre los precios a aplicar, BT interpone el conflicto.

En estas circunstancias se acredita, en nuestra opinión, el cumplimiento del primer presupuesto, si tenemos en cuenta que las negociaciones estuvieron en punto muerto alrededor de un año, sin llegar a un acuerdo concreto sobre el precio y sin que TME haya acreditado que, al tiempo de la interposición del conflicto, estuvieran negociando los precios con posibilidad de llegar a un acuerdo.

5. El segundo presupuesto se refiere a la concurrencia de un interés general que justifique la intervención de la CNMC para la fijación de precios, pues la interoperabilidad está formalmente garantizada por el acuerdo entre TME y BT.

La resolución recurrida justifica adecuadamente la base de su intervención, en términos que asumimos y que sintetizamos a continuación:

-El principio de interoperabilidad y la normativa de numeración, obliga a que toda numeración asignada debe ser accesible desde cualquier red de acceso, con la consecuencia de que un operador que preste servicios de llamadas a numeración gratuita no podría negar la interconexión de las llamadas originadas en una determinada red con destino a sus numeraciones de tarifas especiales o números cortos abiertos en interconexión.

Igualmente, el operador de acceso no puede negarse a abrir en interconexión la numeración gratuita para el llamante prestada por el resto de operadores

-La CNMC confirma, tras el análisis de la Contabilidad de Costes verificada de Telefónica Móviles correspondiente a 2014, que el coste por el servicio de acceso a numeración gratuita es sensiblemente superior al ingreso medio mayorista que percibieron los Operadores Móviles con Red (OMR), o dicho con sus palabras "los precios de originación para llamadas móviles entre BT y TME en vigor conforme al adendum, superan con creces los costes que se incurren en su prestación".

En concreto, el margen entre el coste del servicio y el precio pactado era superior al 1.000 por ciento y el precio vigente en el momento de dictarse la resolución es un 60% superior al finalmente fijado por la CNMC.

-Dicha característica tiene efectos negativos para los consumidores y las empresas, ya que el sobrecoste por el uso gratuito para el llamante de respecto de servicios de asistencia, ligado a la originación mayorista desde operadores móviles, es muy razonable que pueda provocar la migración de dichos servicios a otras numeraciones con la pérdida de la ventaja de utilizar una numeración única y fácilmente distinguible.

-El informe BEREK sobre los servicios de tarifas especiales de 24 de mayo de 2012 que denuncia los elevados ingresos que tendría el operador que origina la llamada, en los supuestos en los que el usuario llamante no paga por la llamada, especialmente cuando se origina desde una red móvil. La consecuencia de ello es la necesidad de una intervención regulatoria.

6. La recurrente trata de desvirtuar esta argumentación, afirmando que la interoperabilidad está garantizada por el AGI y que la fijación de precio es una cuestión de carácter privado, ajena al control de la CNMC.

No podemos compartir esta afirmación, a la luz de nuestra jurisprudencia y de la constatación de que el precio vigente es excesivo dificultando materialmente la interoperabilidad.

Buen ejemplo de ello es la STS de 5 de febrero de 2013, en el asunto "Retevisión Movil SA" (France Telecom España SA) y "Comunitel Global SA" (Vodafone España SAU) sobre los precios de interconexión de acceso a los servicios 900, que citando jurisprudencia anterior señala que:

"La actuación del organismo regulador al resolver los conflictos de interconexión entre los operadores de telefonía no queda limitada a la mera aplicación automática de los preceptos del Código Civil (...) relativos a la eficacia e interpretación de los contratos. Si algún sentido tiene la atribución legal al organismo regulador de



las telecomunicaciones de esta competencia específica, distinta de la mera función arbitral sujeta al derecho privado, es precisamente el de velar por los objetivos de interés público (promoción de la competencia y defensa de los intereses de los usuarios, incluida la mayor interoperabilidad de los servicios, entre otros) que la justifican. Los conflictos derivados de los acuerdos de interconexión en las actividades o industrias en red son uno de los campos más propicios para llevar a cabo aquellos objetivos ya que la interconexión es un instrumento o elemento clave para la existencia de un mercado de telecomunicaciones respetuoso de la libre competencia entre todos los operadores, cualquiera que sea la posición relativa en él de cada uno de ellos."

"Desde esta doble perspectiva debe recordarse que el acuerdo de interconexión suscrito entre las dos operadoras en conflicto permitía expresamente su modificación si se producían cambios normativos en la materia, supuesto al que cabe equiparar la circunstancia sobrevenida de que el regulador adopte decisiones administrativas vinculantes (que, lógicamente, tienen su apoyo en la propia norma) con incidencia destacada en los precios de interconexión. La Comisión del Mercado de Telecomunicaciones pudo, pues, resolver el conflicto ante la falta de acuerdo de las partes imponiendo a "Amena" una reducción de los precios de terminación que contribuyera precisamente -además de a los objetivos públicos ya referidos- a restablecer el equilibrio contractual alterado, dado que esta alteración procedía precisamente de una previa intervención regulatoria con efectos directos sobre el operador dominante (en este caso 'Telefónica Móviles España, S.A.'), cuyos efectos desfavorables para él la propia recurrente reconoció y propuso mitigar."

Y también hemos indicado que aun cuando las partes disponen de autonomía contractual para fijar sus condiciones, dentro del marco predeterminado, aquellos acuerdos están sujetos al escrutinio del organismo regulador que puede, en caso de conflicto, adoptar las decisiones necesarias sobre la forma y condiciones en que la interconexión debe llevarse a efecto.

Debe descartarse por lo tanto el argumento de la recurrente de que una vez firmado el AGI que establece la interconexión y garantiza la interoperabilidad, la CNMC carece de competencias de escrutinio sobre el contenido del acuerdo.

Por otra parte, no existe dato alguno en el informe del BEREC que permita llegar a la conclusión de que no es aplicable su crítica a un supuesto como el presente.

Finalmente, no se discute de manera directa la bondad competitiva de la llamada gratuita del consumidor, sino los precios que debe abonar quien paga a llamada al operador que ofrece el servicio. Un precio desorbitado y fuera de mercado, es indudable que supone una desventaja competitiva para quien lo sufre y se expone a la pérdida de clientela.

Por ello, compartimos la argumentación de la CNMC sobre la posibilidad de una migración de los servicios de referencia a otras numeraciones con la pérdida de la ventaja de utilizar una numeración única y fácilmente distinguible, si lo analizamos desde el examen del comportamiento de un operador medio en el mercado que deba enfrentarse a dicha coyuntura.

7. Desde otro punto de vista, la recurrente TME, señala que con su actuación, la CMNC está fijando precios sin realizar un previo análisis del mercado.

Tampoco este argumento puede ser acogido, pues con este planteamiento, TME vincula al carácter regulado o no del mercado, el tratamiento de la diferencia entre los costes de un servicio y el precio, lo que no necesariamente debe ser así.

En este punto, debemos compartir los argumentos contenidos en el Anexo I. 3 de la resolución impugnada, pues ambos parámetros son indisolubles si tomamos en consideración el objetivo fundamental de la actuación administrativa, que es el de garantizar la competencia efectiva. Por otra parte, la STJUE de 17 de septiembre de 2015, asunto KPN C- 85/14 citada por la CNMC, es un ejemplo de la necesidad de adecuar la exigencia de los análisis de mercado a las situaciones en las que son realmente necesarios.

La STJUE de 2 de marzo de 2017 asunto C-568/15, citada por la CNMC, ha sido sacada de contexto por la recurrente. La CNMC únicamente la cita a los efectos de subrayar la lógica económica que subyace en la fijación del precio de una llamada móvil y cumple sobradamente esa finalidad.

8. Alega la recurrente que la CNMC ha procedido a realizar una regulación del mercado "ex ante".

No podemos compartir este argumento, ya que la CNMC se ha ajustado en su actuación a lo que le autoriza el artículo 12.5 de la Ley 9/14, esto es, a intervenir en las operaciones entre operadores a petición de parte implicada.

La decisión impugnada solo produce efectos entre las partes implicadas, como la misma indica y no impide la libertad de pacto entre las distintas empresas.



El hecho de que la CNMC pueda resolver en el mismo sentido otras reclamaciones similares que se le planteen no implica, ni que la CNMC esté vinculada por su precedente sin posibilidad de introducir modificaciones, ni que el mismo opere como regla general y abstracta. En cada caso concurren circunstancias particulares que deben ser sopesadas.

En definitiva, la tesis de la recurrente implicaría dejar sin efecto y sin contenido la potestad reconocida a la CNMC en el artículo 12.5 de la Ley 9/14, para intervenir en un acuerdo como el enjuiciado.

9. Finalmente, la recurrente alega falta de motivación y vulneración de los principios de proporcionalidad, por el carácter indefinido de la medida adoptada y de no discriminación.

Nuevamente en este punto discrepamos del planteamiento de la recurrente.

La recurrente denuncia la infracción del artículo 12.6 de la Ley 9/14 que garantiza el principio de proporcionalidad, por establecer una revisión anual y automática del precio.

En nuestra opinión, la medida adoptada no es desproporcionada, pues los parámetros empleados para la fijación del precio por la CNMC se estiman razonables, sin que la recurrente haya evidenciado su falta de adecuación, omisión procedimental causante de indefensión, empleo de datos erróneos, u omisión injustificada de datos relevantes que pudieran evidenciar la inconsistencia de la resolución recurrida. Este y no otro, es el parámetro de control jurisdiccional.

En efecto, considerar en atención a las circunstancias expuestas, que el precio de interconexión de originación para llamadas gratuitas no puede superar la diferencia entre el precio medio minorista de una llamada móvil nacional y el coste de terminación, es una fórmula razonable y motivada de actuación, que garantiza al operador alternativo la posibilidad de establecer una competencia real.

Justifica la resolución impugnada esta fórmula para evitar el cálculo exclusivamente por el mero coste, garantizando de esta manera que el método de intervención aplicado no vaya más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de interés económico general que persigue (STJUE de de 7 de septiembre de 2016, asunto Anode C-121/15, apartado 64.

Además, a la vista de su inmediato impacto y de la ratio entre el nuevo precio y el vigente en el momento de adoptar la resolución impugnada, se aplica de forma escalonada.

Por otra parte, el que esa fórmula se aplique de manera automática y con vocación de permanencia, carece de la relevancia que le atribuye la recurrente, pues se apoya en elementos esencialmente variables que oscilan en función del mercado de referencia, lo que se tiene particularmente en cuenta. Por ello no se puede afirmar que privilegian la posición de BT, respetando de esta manera la doctrina de la STJUE de 7 de septiembre de 2016, asunto Anode C-121/15, apartado 62.

No debe confundirse pues el establecimiento de una fórmula de revisión automática y permanente con la desvinculación de la evolución del mercado, pues eso es justamente lo que evita la metodología empleada.

Tampoco se ha vulnerado la obligación de motivación el principio de no discriminación.

La resolución impugnada expone de manera detallada la metodología seguida y exterioriza las razones por las que llega a la conclusión final, lo que determina que no puede hablarse de falta de motivación de la resolución.

Cuestión distinta es la discrepancia que respecto de dicha motivación pueda manifestar la recurrente, pero ese es un tema ajeno a la falta de motivación.

Por último, no aporta la recurrente un término de comparación que permita un pronunciamiento por nuestra parte respecto de la discriminación que invoca, por lo que debe descartarse también dicho motivo de recurso.

CUARTO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la recurrente, parte vencida en este proceso, sin que se aprecien por la Sala la existencia de serias dudas que justifiquen un especial pronunciamiento sobre esta materia.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

FALLAMOS

Desestimamos el recurso interpuesto y en consecuencia confirmamos el acto impugnado. Se imponen las costas a las parte recurrente. Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



"La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **notificación**; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta."

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ