



Roj: **SAN 2167/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:2167**

Id Cendoj: **28079230082020100272**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **27/07/2020**

Nº de Recurso: **689/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **ANA ISABEL GOMEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000689 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03974/2018

Demandante: ORANGE ESPAGNE, SAU

Procurador: D. ROBERTO ALONSO VERDÚ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

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 veintisiete de julio de dos mil veinte.

Visto el presente recurso contencioso administrativo nº **689/18**, interpuesto ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional por el Procurador **D. Roberto Alonso Verdú**, en nombre y representación de **ORANGE ESPAGNE, SAU**, contra la Resolución de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, de fecha 17 de mayo de 2018, sobre conflicto de interconexión, en el que la Administración demandada ha estado dirigida y representada por el Abogado del Estado.

Se han personado como codemandadas las entidades **DIALOGA SERVICIOS INTERACTIVOS S.A.**, representada por el Procurador **D. Manuel Infante Sánchez**, y **TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA S.A.U.**, representada por la Procuradora **D^a. Carmen Ortiz Cornago**, que se apartó del procedimiento.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. **D^a. Ana Isabel Gómez García**, Magistrada de la Sección.



AN TECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El presente recurso contencioso-administrativo se interpone por la representación procesal de ORANGE ESPAGNE, SAU, contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, de fecha 17 de mayo de 2018, por la que se resuelve el conflicto de interconexión interpuesto por DIALOGA SERVICIOS INTERACTIVOS, S.A, contra TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U, y ORANGE ESPAÑA, S.A.U, por los precios mayoristas de originación móvil para llamadas a numeraciones 900 y 902.

SEGUNDO: Presentado el recurso, se reclamó el expediente administrativo y se dio traslado de todo ello al actor para que formalizara la demanda, el cual expuso los hechos, invocó los fundamentos de derecho y terminó por suplicar que, previos los trámites legales pertinentes:

(i) *Acuerde plantear ante el TJUE cuestión prejudicial al amparo de lo previsto en el artículo 267 del TFUE, y en los términos señalados en los Fundamentos de Derecho Segundo, apartado B y Sexto del presente escrito;*

(ii) *Subsidiariamente, en el supuesto en que no se plantee la cuestión prejudicial señalada en el apartado (i) anterior, dicte Sentencia por medio de la cual declare la nulidad o anule la Resolución de 17 de mayo de 2018, con todo lo demás que proceda en Derecho;*

(iii) *Con imposición a la Administración de las costas causadas, en todo caso.*

TERCERO: Formalizada la demanda se dio traslado al Abogado del Estado para que la contestara, el cual expuso los hechos y fundamentos de Derecho y suplicó se dicte sentencia que:

(i) *inadmira el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE, y*

(ii) *desestime íntegramente el recurso contencioso-administrativo, con expresa imposición de costas.*

CUARTO: La entidad codemandada DIALOGA SERVICIOS INTERACTIVOS, S.A, contestó a la demanda, solicitando que se desestime íntegramente el recurso contencioso-administrativo, con expresa imposición de costas a ORANGE.

QUINTO: La entidad codemandada TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U, presentó escrito apartándose del procedimiento. Por diligencia de ordenación, de fecha 14 de marzo de 2019, se la tuvo por apartada del procedimiento.

SEXTO: Ha biendo sido solicitado el recibimiento a prueba del procedimiento se practicó la que de la propuesta fue declarada pertinente, con el resultado que obra en la causa y, evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos, señalándose para votación y fallo el día 22 de julio del año en curso en que, efectivamente, se votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se dirige el presente recurso contencioso administrativo contra la precitada resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, de fecha 17 de mayo de 2018, en la que se **RESUELVE**:

"PRIMERO.- Establecer que el precio del servicio de originación móvil que Telefónica Móviles España, S.A. preste a Dialoga Servicios Interactivos, S.A., en virtud del acuerdo de interconexión directa que suscriban las dos partes, para la realización de llamadas desde la red móvil del primero a la numeración 900 del segundo no puede ser superior a 4,21 céntimos de Euro por minuto.

SEGUNDO.- Establecer que el precio del servicio de originación móvil que Orange Espagne, S.A. Unipersonal preste a Dialoga Servicios Interactivos, S.A., en virtud del acuerdo de interconexión directa que suscriban las dos partes, para la realización de llamadas desde la red móvil del primero a la numeración 900 del segundo no puede ser superior a 4,21 céntimos de Euro por minuto.

TERCERO.- Dar traslado de esta Resolución a la Secretaría de Estado de la Sociedad de la Información y la Agenda Digital, dependiente del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital en el ámbito de sus competencias en virtud de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones para que valore la conveniencia de establecer un precio máximo para las llamadas cursadas hacia numeraciones del rango 902 a raíz del análisis desarrollado en el fundamento jurídico material quinto de la presente Resolución."

Son antecedentes a tener en cuenta para la resolución del recurso los siguientes:

1.- Con fecha 6 de marzo de 2017, tuvo entrada en el registro de la CNMC un escrito de Dialoga interponiendo un conflicto frente a Telefónica Móviles y Orange en relación con los precios de los servicios mayoristas de originación para las llamadas a (i) sus numeraciones del tipo 900, para los servicios de cobro revertido, y (ii)



sus numeraciones del tipo 902, para los servicios de pago por el llamante sin retribución para el llamado, desde las redes móviles de dichos operadores.

Consideraba la promotora del conflicto que los precios mayoristas de acceso a este tipo de servicios no se corresponden a condiciones equitativas ni a costes reales y que no era posible llegar a un acuerdo. Por ello, solicitaba la intervención de la Comisión y el establecimiento de los precios máximos del servicio mayorista de originación móvil en interconexión directa prestado por Telefónica Móviles y Orange para llamadas a numeraciones 900 y 902 de Dialoga.

2.- En el procedimiento abierto, la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual emitió informe, del que se dio traslado a los operadores, otorgándoles trámite de audiencia para alegaciones.

3.- Dialoga sostenía que el precio mayorista de originación para las llamadas originadas en una red móvil con destino su numeración 900 (10,68 cm/mn) era desproporcionado, en relación con el precio mayorista de un servicio técnicamente equivalente como el de terminación móvil y con los precios minoristas de las llamadas a numeración fija desde móvil. Que, respecto a las llamadas a numeración 902 de Dialoga, considera que existe un desajuste entre los precios minoristas y los precios de originación móvil que Telefónica Móviles y Orange aplican para estas llamadas; que la retribución de Dialoga resulta insignificante en comparación con los importes que los operadores de acceso obtienen por este tipo de llamadas, teniendo en cuenta que quien aporta el valor añadido es Dialoga; que ello provoca que Telefónica Móviles y Orange obtengan un margen económico superior al que correspondería por la prestación del servicio de originación móvil para llamadas a numeración 902.

4.- Orange en sus escritos sostuvo que la CNMC no es competente para regular los precios del servicio minorista de llamadas a numeración 902, lo cual en su caso le correspondería al Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital; tampoco es competente para regular los precios de originación móvil a numeraciones 900 y 902; que, para llevar a cabo una intervención como la solicitada por Dialoga, que supone una revisión generalizada de las condiciones de interconexión del servicio de originación móvil para llamadas a numeraciones 900 y 902, la CNMC debe realizar un análisis previo del mercado para comprobar si se dan los presupuestos recogidos en la Recomendación de mercados, que permitirían regular las condiciones de prestación de este servicio en caso de ser necesario.

Señala que los supuestos precios excesivos, que denuncia Dialoga, no están provocando merma alguna en el acceso desde líneas móviles a servicios de red inteligente con numeraciones 902 y 900. Por el contrario, el volumen de tráfico se está incrementando. En concreto, las llamadas desde origen móvil a servicios de red inteligente habrían aumentado un 70% desde 2012. Este incremento del tráfico ha redundado en beneficio de Dialoga, que es uno de los principales operadores de red inteligente de numeración 902 del mercado. Que viene trasladando a los operadores de red inteligente adjudicatarios de numeración 902 el mismo pago en interconexión que el establecido para la entrega de tráfico a numeración 902 de Telefónica, derivado de la Oferta de Interconexión de Referencia (OIR). Que la entrada en vigor, a partir del 1 de agosto de 2017, de las nuevas tarifas comunicadas por Telefónica para las llamadas a numeración 902 trajo consigo un aumento en los precios de interconexión a numeración 902, que pasaron a ser de 15,30 c€ y 11,44 c€/min por el establecimiento de llamada y el precio unitario por minuto, respectivamente, para llamadas con origen móvil y 15,30 c€ y 11,27 c€/min para llamadas con origen fijo. Que el precio establecido por la CNMC para el servicio de originación desde la red móvil de Telefónica Móviles a la numeración 900 de BT4, supondría imponerle un precio "orientado a costes", lo cual sería desproporcionado.

5.- Telefónica Móviles manifestó que resulta plausible y perfectamente aceptado que el operador de acceso móvil obtenga por las llamadas a numeración de red inteligente una remuneración superior a la originada en una red fija, sin que por ello deba compartir este margen superior con Dialoga. No obstante, la retribución de Dialoga no debería ser muy diferente para una llamada generada en una red móvil o en una fija, ya que en ambos casos la participación de Dialoga dentro de la cadena de valor es exactamente la misma.

En la resolución impugnada se razona, en primer lugar, sobre la competencia de la CNMC para intervenir en las relaciones entre operadores y en los conflictos que surjan en los mercados de comunicaciones electrónicas, al amparo de los artículos 12.5, 15 y 70.2, letras d) y g) de la LGTel, de los artículos 6.4 y 12.1.a) de la Ley 3/2013, de creación de la CNMC.

En cuanto al fondo, se describen las características del servicio mayorista de originación móvil para llamadas a numeraciones 900 y 902. Precisando que el servicio mayorista para las llamadas a numeración 900 es prestado por el operador de acceso (Telefónica Móviles y Orange) para que sus clientes puedan acceder a los servicios de numeración gratuita del tipo 900 del operador de red inteligente asignatario de dicha numeración 900 (Dialoga); los abonados de Telefónica Móviles y Orange no pagan por realizar llamadas a la numeración 900 de Dialoga, siendo este último operador el encargado de abonar a Telefónica Móviles y Orange los



servicios de originación conforme al precio mayorista de originación móvil que acuerden; la numeración 900 es comercializada por Dialoga y otros operadores de red inteligente a todas aquellas empresas u organismos que quieran disponer de un número de atención comercial gratuito para el llamante, junto a las correspondientes facilidades de atención telefónica; el operador de red inteligente (Dialoga) factura a estas empresas por el uso de las numeraciones 900.

Por su parte, el servicio mayorista de originación para las llamadas a numeración 902 es proporcionado por el operador de acceso (Telefónica Móviles u Orange) para que sus clientes puedan acceder a los servicios de llamadas a numeración 902 prestados por el operador de red inteligente asignatario de dicha numeración 902 (Dialoga); esta numeración se utiliza ampliamente por empresas u organismos con el fin de ser accedida por clientes y usuarios a través de un número único en todo el territorio; el llamante debe abonar el coste íntegro de la llamada, a diferencia de los números 900 y 901, donde el coste de la llamada es sufragado total o parcialmente por la empresa u organismo que recibe las llamadas. En este caso Telefónica Móviles u Orange cobran a sus respectivos abonados una tarifa por cada llamada realizada a numeración 902, independientemente de quien sea el operador de red inteligente; la tarifa minorista a 902 es única y la fija cada operador de acceso libremente; tanto Telefónica Móviles como Orange han fijado tarifas en dos partes, con una componente fija por llamada y otra variable en función de la duración de la llamada; en interconexión, Dialoga recibiría una retribución por la terminación de las llamadas a su numeración 902; el importe de la llamada del cliente a la numeración 902 es repartido entre el operador de acceso y el operador de red inteligente; la parte que se queda el operador de acceso por la llamada corresponde al servicio de originación.

Se expone el entorno regulatorio de los mercados de acceso y originación, aclarando que los servicios mayoristas de originación de llamadas que se prestan sobre las redes fijas y móviles están sujetos a un marco regulatorio diferente, no estando todos ellos sujetos al cumplimiento de obligaciones regulatorias *ex-ante*. Que Telefónica fue designada como operador con poder significativo de mercado de acceso y originación de llamadas en la red telefónica pública en una ubicación fija mediante Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de 17 de enero de 2017; este mercado se corresponde con el Mercado 2 de la Recomendación de mercados relevantes de la Comisión Europea de 2007; en virtud de las obligaciones que se han impuesto a Telefónica en el mercado 2/2007, los precios del servicio mayorista de originación para llamadas a numeraciones de tarifas especiales y numeración corta (que incluyen las llamadas del presente conflicto) están orientados a costes y publicados en la Oferta de Interconexión de Referencia (OIR).

Que, mediante Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de 4 de abril de 2017 (por la que se aprueba la definición y análisis del mercado mayorista de acceso y originación en redes móviles -Mercado 15/2003-) se suprimieron las obligaciones que habían sido previamente impuestas a Telefónica, Vodafone y Orange en virtud de la Resolución de la CMT de 2 de febrero de 2006, por la que se aprobaba la definición y análisis del mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil y se les designaba como operadores con poder significativo en este mercado de referencia. Que en las citadas resoluciones del mercado 15/2003 no se incluye el servicio mayorista de originación de llamadas a números de red inteligente ni a numeración corta por lo que, a diferencia de los servicios de originación equivalentes prestados en redes fijas, éstos no han estado sujetos a regulación *ex ante*.

Se añade que, en virtud del principio de interoperabilidad (art. 3 y 19 LGTel) y la normativa de numeración, toda la numeración asignada debe ser accesible desde cualquier red de acceso, de manera que, para que los abonados de una red puedan hacer uso de los servicios prestados mediante numeraciones de tarifas especiales o numeración corta de otro operador que no sea el suyo es requisito imprescindible que ambas redes estén interconectadas (ya sea de forma directa o en tránsito con un tercer operador) pero en ningún caso es posible ofrecer estos servicios sin hacer uso de la interconexión.

Que, mediante Resolución de 11 de mayo de 2017, la CNMC resolvió el conflicto que BT había interpuesto frente a Telefónica Móviles en relación con el precio de los servicios mayoristas de originación que estos dos operadores se prestan mutuamente para la realización de llamadas con origen móvil a numeraciones gratuitas para el llamante; numeraciones del tipo 14YA y 800x/900x. La CNMC estableció los precios de originación para llamadas gratuitas entre ambos operadores, tomando como referencia el precio minorista del servicio de telefonía móvil. En concreto, se concluye que el precio de este servicio mayorista no debe ser superior a 4,21 céntimos de euro por minuto. Se establece, asimismo, un precio intermedio de 7 céntimos de euro por minuto durante cuatro meses para facilitar la transición al nuevo precio de originación móvil. Que los precios de originación móvil para las llamadas a numeración 900 de Dialoga que Telefónica Móviles y Orange ofrecen son los mismos que la Sala de Supervisión analizó en el marco del conflicto entre BT y Telefónica Móviles; que el nuevo precio de originación móvil que Telefónica Móviles y Orange le trasladan a Dialoga, desde el 1 julio de 2017, de 7c€/min en las llamadas a su numeración 900 cursadas en interconexión indirecta, es el precio que la Comisión impuso en el marco del conflicto entre BT y Telefónica Móviles sólo de forma transitoria; para un

periodo de cuatro meses contado a partir de la Resolución de dicho conflicto. Que para aplicar un precio para la originación desde las redes de Telefónica Móviles y Orange a la numeración 900 de Dialoga diferente del precio de 4,21 c€/min20, que la CNMC impuso a Telefónica Móviles en el marco del anterior conflicto, sería preciso que concurriesen diferencias objetivas, que no concurren; sobre la base de los costes, no se puede concluir que Orange esté en una desventaja con respecto a Telefónica Móviles que justifique una resolución diferente a la adoptada en el conflicto entre BT y Telefónica Móviles, por lo que ambos operadores deberán ofrecer un precio de originación para llamadas desde sus respectivas redes móviles a la numeración 900 de Dialoga que no supere 4,21 céntimos de euro, siendo también de aplicación a las negociaciones que un futuro puedan producirse entre Dialoga y Telefónica Móviles así como entre Dialoga y Orange, el marco de establecido en el anterior conflicto.

En relación con el servicio de llamadas a la numeración 902 de Dialoga desde las redes móviles de Telefónica Móviles y Orange, se constata que el operador de acceso y el operador de red inteligente perciben el 80% y 20%, respectivamente, del elevado ingreso medio minorista de las llamadas con origen móvil a numeración 902 de Dialoga; que los precios mayoristas para los servicios de originación móvil y terminación en red inteligente asociados a la prestación de las llamadas a numeración 902 superan significativamente los precios de otros servicios mayoristas comparables; que tanto las tarifas minoristas a numeración 902 desde móvil, como el reparto mayorista 80%-20% de los ingresos correspondientes, se han mantenido estables en el tiempo.

Se analiza el diferente impacto de la intervención solicitada por Dialoga a la CNMC con respecto a las llamadas a su numeración 902 y a las llamadas a su numeración 900. Considerando que los precios de originación móvil para las llamadas a numeración 902 serían precios "teóricos" ya que los precios "reales" son los precios de terminación que Dialoga aplica a Telefónica Móviles y Orange; Dialoga solicita a la CNMC que requiera a Telefónica Móviles y Orange que apliquen el modelo de acceso para las llamadas con origen móvil y destino a su numeración 902, tal y como sucede para las llamadas a esta numeración con origen fijo; que existen al respecto dos alternativas, la adopción del modelo de acceso con unos precios de originación móvil inferiores a los actuales o bien la fijación de un precio minorista máximo que de facto reduzca los precios de originación móviles, pero cualquiera de ellas excede del ámbito de actuación de la Comisión en el marco del conflicto entre partes planteado. Se concluye que, en vista de (i) los elevados precios que pagan los clientes finales de Telefónica Móviles y Orange en sus llamadas a numeración 902 de Dialoga y las distorsiones que ello genera a nivel mayorista y (ii) las dudas sobre la efectividad de una intervención solo a nivel mayorista, no se estima justificada la introducción de un modelo de facturación de acceso para el servicio mayorista de originación móvil que prestan Telefónica Móviles y Orange para llamadas a numeración 902 de Dialoga y se considera apropiado solicitar a la SESIAD que valore, en virtud de sus competencias de numeración y en aras a garantizar la protección de los consumidores, la conveniencia de establecer los precios máximos que puedan aplicarse al rango de numeración 902.

SEGUNDO: Combate la entidad actora la anterior resolución, considerando que no es ajustada a Derecho en cuanto a los precios del servicio de originación móvil que Orange presta a Dialoga relativa a los números 900. Fundamenta su pretensión anulatoria en los siguientes motivos:

1º.- La Resolución de 17 de mayo de 2018, mientras que establece los precios de interconexión para la realización de llamadas desde la red de móviles Orange a los números 900 gestionados por Dialoga, no se pronuncia acerca de los precios de interconexión para el mismo servicio, puesto que la Administración demandada entiende que no es competente para fijar dichos precios de interconexión. Sin embargo, tampoco lo era para llevar a cabo la actuación impugnada en el presente recurso contencioso-administrativo. La CNMC tampoco se encuentra amparada para determinar los precios de interconexión de las llamadas desde los móviles de Orange a la red de números 900 gestionados por Dialoga. Y, al hacerlo, incurre en una evidente vulneración del ordenamiento jurídico.

2º.- La Resolución de 17 de mayo de 2018 ha de ser revocada en cuanto a la resolución del conflicto relativo a las líneas 900, toda vez que es contraria a la normativa comunitaria, y en concreto al artículo 5 de la Directiva de Acceso, a los artículos 3 y 16.3 de la Directiva Marco y a las Recomendaciones y Directrices de la Comisión que atienden a la regulación de los mercados, infringe los artículos 12.5, 12.6, 13, 15 y 70.2 LGTel, y 6.4 y 12.1.a) de la Ley 3/2013 (LCNMC), en relación con los apartados b) y e) del artículo 47.1 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común.

Razona la recurrente que la resolución impugnada impone un precio de interconexión para las llamadas desde móviles cuyo operador sea Orange a números 900 operados por Dialoga, por la vía de conflicto de interconexión, sin que concurren los requisitos establecidos en el artículo 12.5 de la LGTel y sin cumplir el procedimiento establecido en el artículo 13.1 de la LGTel para imponer nuevas obligaciones regulatorias en mercados no regulados, basándose exclusivamente en los precios fijados al respecto en el conflicto de interconexión que se produjo entre BT y Telefónica Móviles. Que la CNMC no puede, con el pretexto de resolver

un conflicto (además inexistente) establecer un precio mayorista regulado con carácter ex ante que, con toda seguridad, afectará a todo el mercado perjudicando gravemente al resto de agentes en el sector.

Se concluye del amplio razonamiento desarrollado en la demanda que:

- Ni la LGTel ni la LCNMC atribuyen competencia alguna a la CNMC para resolver un conflicto de interconexión en los términos planteados por Dialoga, lo que determina la nulidad de pleno Derecho, o al menos anulabilidad, de la Resolución recurrida.

- La normativa no prevé que la CNMC pueda fijar medidas ex ante, regulando un mercado -fijando un precio de referencia para dicho mercado- con el pretexto de conocer de un conflicto de interconexión como el planteado por Dialoga. No se dan las circunstancias previstas en el artículo 12.5 de la LGTel y no se cumple el procedimiento, en el caso de que se hubiera acreditado que no hay competencia efectiva, recogido en el artículo 13.1 de la citada Ley.

- Aunque se dice que se pretende tan solo resolver un conflicto, los hechos demuestran que, en realidad, se están desarrollando funciones de regulación de un nuevo precio mayorista o estableciendo nuevas obligaciones regulatorias en un mercado o servicio no regulado en la actualidad. Dialoga pide simplemente que se le aplique de forma automática un determinado precio, a lo que la CNMC accede, por cuanto lo fijó en una ocasión anterior, sin analizar si las circunstancias aplicables en un expediente sean iguales o las cuotas de mercado de los agentes sean o no idénticas. Es evidente, por lo más, la declarada intención de la CNMC de fijar un precio que sirva de referencia en el mercado y se aplique por todos los operadores. Y ello, pese a que el precio no era abusivo ni desproporcionado ni afectaba a la competencia efectiva referida en el artículo 3 de la LGTel. La CNMC sin control alguno o el preceptivo análisis de mercado, ha regulado un precio mayorista regulado sobre una cuestión para la que carece de competencias; dicha carencia de competencia es total, como se ha acordado para las líneas 902.

3º.- La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha dictaminado que la CNMC no tiene competencias para resolver una controversia de naturaleza patrimonial o económica a través de un conflicto de interconexión.

Cita la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de 10 de julio de 2018, que, con cita de otras sentencias anteriores, deja sentado que las relaciones económicas entre los distintos operadores escapan del ámbito de control de la CNMC.

4º.- Dialoga ha iniciado el conflicto de interconexión sin llevar a cabo una verdadera negociación previa destinada a evitarlo, motivo por el cual, aun cuando la CNMC tuviera competencias para resolver el conflicto interpuesto, lo cual se niega, tal conflicto no hubiera debido ser incoado en relación con Orange. Falta de la debida motivación de la Resolución Impugnada.

5º.- El precio impuesto a Orange por la Resolución Impugnada no está debidamente justificado, sino que es discriminatorio, injustificado y desproporcionado.

Alega al respecto que Orange acreditó en la vía administrativa que los precios de interconexión de llamadas con origen móvil y destino números 900, responsabilidad de Dialoga, tampoco pueden considerarse ni abusivos ni discriminatorios ni afectaba a la competencia efectiva en el mercado, y ello porque (i) Orange no ha incrementado los precios que presta por este servicio no habiendo cambiado las circunstancias de las que resulta la aplicación de dichos precios; (ii) los precios que Orange aplica están en línea con los de otros operadores; y (iii) la evolución del tráfico a estas líneas permite acreditar que el precio por este tipo de servicios resulta absolutamente adecuado. Que la referencia de precio minorista de 4,21 céntimos de euro basada en ingreso medio teniendo en cuenta las tarifas planas no es una referencia adecuada resultando mucho más adecuada la referencia de precio minorista de llamadas a fijos nacionales tarificados por minuto, tal y como ha realizado la CNMC en la comparativa con los precios minoristas de llamadas a 902 en la Resolución del 3 de octubre de 2017. La CNMC está fijando un precio orientado a costes, que es la decisión más severa que una autoridad regulatoria puede adoptar en un mercado regulado, pero este mercado no está regulado. Los precios minoristas de los minutos de voz que no están en tarifas planas y que, al igual que para llamadas a numeración de red inteligente, no incorporan compromisos de volumen, se sitúan en torno a 7 c€ y ese es el precio negociado por Orange con otros operadores, concretamente con Telefónica, Vodafone, Yoigo y Euskaltel. Ni Dialoga ni la CNMC han acreditado, como les correspondía, que nos encontremos ante precios abusivos o desproporcionados, ni que los precios acordados comercialmente -al tratarse de un servicio no regulado- afectaban a la competencia efectiva. Antes bien, el precio pactado perjudica enormemente a Orange, por cuanto le coloca en una posición de desventaja competitiva frente al resto de competidores, lo que causaría una discriminación de precios de unos operadores frente a otros, que claramente redundaría en una contradicción con el artículo 12.6 de la LGTel, que establece que las medidas que adopte la CNMC deben ser no discriminatorias. La imposición de la obligación de reducir el precio por debajo de 7 c€ a 4,21 c€ es



una medida injustificada, desproporcionada y que, lejos de favorecer la competencia, contribuye a un mayor desequilibrio en el mercado.

6º.- Sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial.

Entiende la recurrente que procede en el presente supuesto el planteamiento de una cuestión prejudicial, al amparo de lo previsto en el artículo 267 del TFUE, planteando al TJUE si la normativa comunitaria recogida en el presente escrito ampara que una Autoridad Nacional de Reglamentación utilice un supuesto conflicto de interconexión con la finalidad de fijar un precio regulado en un mercado que, precisamente no está sujeto a regulación.

TERCERO: El Abogado del Estado se opone a los motivos de impugnación, alegando, en síntesis:

- Sobre la competencia de la CNMC para intervenir en el conflicto planteado por DIALOGA, señala que, pese a lo que manifiesta la recurrente, la resolución recurrida no modifica los precios vigentes conforme al acuerdo de interconexión directa suscrito por ORANGE y DIALOGA, sino que lo que hace es establecer el precio máximo para el servicio de originación para las llamadas a numeración 900 que no debería superarse para el caso de que ORANGE y DIALOGA suscribieran un nuevo acuerdo de interconexión directa.

Que no existe vulneración de las normativas interna y comunitaria, como alega la parte recurrente, los artículos 12.5 y 15.1 LGTel, así como el artículo art. 12.1.a) de la Ley 3/2013, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, atribuyen a la CNMC la competencia para resolver los conflictos entre operadores en materia de acceso, interconexión e interoperabilidad derivados de obligaciones que en su caso resulten de las actuaciones a que se refieren los apartados 3 y 4 del artículo 11 de la Ley 32/2003, así como de las obligaciones específicas a que se refiere el artículo 13 de dicha Ley.

Que nos encontramos claramente ante un conflicto entre partes en el que el operador demandante de acceso considera que el precio de originación no es razonable, de manera que la intervención del regulador a nivel mayorista puede trasladarse a los usuarios finales y fomentar la competencia entre los operadores que comercializan numeraciones 900; la interoperabilidad no es sólo una cuestión de conexión, sino también del precio al que se produce la conexión, de manera que un precio que pudiera entenderse excesivo justifica la intervención administrativa; si resulta justificada la intervención es porque la relación contractual no está equilibrada, tanto si ha llegado a existir concurso de voluntades como si no ha llegado a producirse; el concurso de voluntades no provoca un equilibrio entre partes ni hace que el precio desproporcionado deje de serlo, sino que sólo constata la condición de precio-aceptante de la parte débil de la relación, dada su imperiosa necesidad de acceder a la conexión, de lo que se deduce que el hecho de haberse celebrado un contrato no bloquea la potestad de intervención de la CNMC; la resolución recurrida aborda un conflicto de interconexión, que es un caso particular dentro del concepto de acceso, los operadores están obligados a negociar la interconexión porque la numeración debe ser interoperable; si un precio no permite la interconexión en alguna de las partes, ello pone en peligro la interoperabilidad de los servicios y puede provocar la desaparición de servicios y afectar negativamente a la competencia del mercado, objetivos recogidos en el artículo 3 de la LGTel y que guían la acción de la CNMC. La disputa entre DIALOGA y ORANGE sobre el precio del servicio de originación móvil, en la modalidad de interconexión directa, que es el servicio mayorista que garantiza precisamente la interoperabilidad, es un problema de interconexión y de interoperabilidad. La Resolución recurrida acredita que ORANGE establece un precio por el servicio de originación móvil notablemente superior a los costes en que Orange incurre por su provisión, lo cual afecta de manera negativa y no justificada a la capacidad de DIALOGA de ofrecer este servicio de llamadas gratuitas a clientes (eminentemente empresariales) en condiciones más ventajosas frente a sus competidores que incluyen, entre otros, a ORANGE, que está presente en el mercado de 800-900, y su participación en el mismo es notable. Con el precio de originación que ORANGE quería mantener a DIALOGA en el nuevo acuerdo, en la modalidad de interconexión directa, Orange soportaría unos costes significativamente menores que Dialoga por la provisión del servicio de llamadas gratuitas. La falta de acuerdo sobre el precio de originación móvil sí constituye un caso de conflicto de interconexión que justifica la intervención de la CNMC en los términos en que lo hace.

Que los términos en que se resuelve el conflicto no contienen una obligación regulatoria de control de precios de carácter ex ante; la intervención del regulador, conforme a los artículos 12.5 y 12.6 de la LGTel, no es incompatible con la fijación de unos precios, sino que, dependiendo de las circunstancias concretas del caso, una intervención de estas características puede ser la solución apropiada para garantizar la adecuación del acceso y la interconexión y con ello fomentar la competencia en el mercado; que se descartó la orientación a costes para la fijación del precio precisamente porque esta alternativa podría tener un impacto en el mercado que excedería del ámbito de las relaciones comerciales bilaterales entre las partes implicadas en el conflicto y, por tanto, exigiría un análisis más en profundidad del mercado en su conjunto tal como establece el artículo 13 de la LGTel; que existen sentencias firmes de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo en la que se dirimía



la cuestión sobre la determinación por la CNMC de los precios mayoristas en conflictos, destacando la STS de 3 de marzo de 2016 (Rec. de Casación nº 1783/2013); la capacidad de intervención en materia de precios no es exclusiva de la regulación ex ante; en la Resolución recurrida se consideran los costes en que incurre Orange por la prestación del servicio de originación móvil para llamadas a 900, en concreto, los costes que se calculan a partir del Sistema de Contabilidad de Costes (SCC) correspondiente al ejercicio 2015 auditado y verificado por una compañía externa a la CNMC, en el marco de un procedimiento específico como es el expediente por el que se aprueba la verificación de los resultados de la contabilidad de costes de Orange del ejercicio 2015; los costes de Orange se utilizan con el único motivo de contrastar si existen razones de carácter objetivo que justifiquen un tratamiento diferente del precio de originación móvil de Orange para llamadas dirigidas a la numeración 900 de DIALOGA con respecto al precio de originación móvil de Telefónica Móviles establecido por la CNMC en el marco de la Resolución del conflicto entre BT y Telefónica Móviles.

Sobre el carácter patrimonial o económico del conflicto, alegado por la recurrente, señala el Abogado del Estado, en síntesis, que el conflicto de interconexión no se circunscribe solamente al ámbito patrimonial o económico, pues la estrategia de precios de Orange no es inocua en términos de los objetivos que establece el artículo 3 de la LGTel.

Que, al menos desde el 1 de junio de 2016 comenzó la negociación para establecer el precio de originación móvil para llamadas desde la red de Orange a numeración de 900 de Dialoga conforme a un nuevo acuerdo, en la modalidad de interconexión directa, no siendo hasta 6 de marzo de 2017 cuando DIALOGA finalmente interpone conflicto ante la CNMC; por tanto, Orange tuvo tiempo suficiente para realizar las ofertas que estimase oportunas a Dialoga, tal y como precisamente hizo mediante carta de 27 de julio de 2016; que el Reglamento de mercados establece que en caso de que transcurridos cuatro meses de negociaciones éstas no hubieran concluido en acuerdo de interconexión cualquiera de las partes puede solicitar la intervención de la CNMC.

Sobre la invocada vulneración del principio de no discriminación, en la determinación del precio, señala que, según las contabilidades de costes, ORANGE incurre en un menor coste unitario que TELEFÓNICA MÓVILES para la prestación del servicio de originación móvil, por lo que las estimaciones realizadas por Orange, a partir de las cuotas que presumiblemente detentan estos dos operadores en el mercado de las llamadas a numeración 900, no sirven para acreditar que la Resolución recurrida impone un mayor esfuerzo a Orange frente a Telefónica Móviles; la CNMC tuvo en cuenta la naturaleza del conflicto de interconexión y por ello adoptó las medidas proporcionadas a la problemática identificada, lo que condujo a que no se fijara un precio orientado a costes sino un precio mayorista basado en el precio medio minorista de una llamada móvil nacional. Añade que la Administración goza de discrecionalidad técnica en la fijación de precios regulados.

Sobre la petición de planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE, se opone el Abogado del Estado, alegando que conforme al art. 267 TFUE el planteamiento de la misma no es obligatorio toda vez que la Sentencia que dictara la Sala sería susceptible de recurso ante un órgano superior; que la recurrente no deja claro el marco jurídico sobre la base de la cual debería plantearse la cuestión prejudicial, limitándose a señalar que la resolución impugnada vulnera la normativa que cita, pero sin clarificar la concreta duda interpretativa, por lo que procedería igualmente su inadmisión; que la recurrente parte de una premisa errónea, que es que la resolución impugnada "utiliza un supuesto conflicto de interconexión con la finalidad de fijar un precio regulado en un mercado que no está sujeto a regulación", lo que no es cierto; la cuestión relativa a los precios mayoristas afecta a la interconexión, habiéndose concluido que no son inocuos en la posición competitiva de los operadores, por lo que queda justificada la intervención de la CNMC en aras a "fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones" (art. 3 LGTel).

CUARTO: La entidad codemandada se opone al recurso por las razones expuestas en su escrito de contestación a la demanda.

Alega que desde el 1 de junio de 2016 DIALOGA comenzó la negociación para la interconexión directa con ORANGE, que remitió siete burofaxes a ORANGE con anterioridad a la interposición del conflicto de interconexión que dio lugar a la resolución recurrida; que en dichos burofaxes DIALOGA incluyó diversas propuestas y líneas argumentales basadas en importes reales y datos concretos que constituían una sólida base para las diferentes propuestas recogidas en los precitados burofaxes y que tenían la finalidad del establecimiento de una interconexión directa entre la red de DIALOGA y ORANGE, la cual garantizara la interconexión y la interoperabilidad entre dichas redes; que tales propuestas sólo tuvieron respuesta en un único burofax de ORANGE de fecha 27 de julio de 2016, en el que no se atendía sus solicitud; transcurridos más de nueve meses desde la solicitud de interconexión, sin haber alcanzado un acuerdo con ORANGE, DIALOGA interpuso el conflicto de interconexión en base a lo recogido en el 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, que establece el plazo de cuatro meses para la negociación de la interconexión, transcurrido



el cual, sin acuerdo entre las partes, cualquiera de estas puede solicitar la intervención de la CNMC; que ha quedado suficientemente acreditada la voluntad negociadora de DIALOGA.

QUINTO: Co mo primeros motivos de impugnación invoca la entidad actora que la CNMC carece de competencia para determinar los precios de interconexión de las llamadas desde los móviles de Orange a la red de números 900 gestionados por Dialoga; lo cual vincula con el siguiente motivo, que hace referencia a que la CNMC , conforme a la normativa de aplicación, no puede fijar medidas ex ante, regulando un mercado y fijando un precio de referencia para dicho mercado, con el pretexto de conocer de un conflicto de interconexión como el planteado por Dialoga, pues no se dan las circunstancias previstas en el artículo 12.5 de la LGTel y no se cumple el procedimiento, en el caso de que se hubiera acreditado que no hay competencia efectiva.

El criterio de la parte recurrente no puede ser acogido.

Efectivamente, las cuestiones alegadas ahora por la recurrente han sido examinadas en otros recursos anteriores, en relación con las disposiciones correspondientes de la hoy derogada Ley 32/2003. Concretamente, el artículo 11.4 de dicha ley, sobre "*Principios Generales aplicables al acceso a las redes y recursos asociados y a su interconexión*", disponía que la CMT podría intervenir en las relaciones entre operadores, 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 ("*Objetivos y Principios de la Ley*"). El artículo 14.1 ("*Resolución de conflictos*"), disponía que de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso conocería la CMT, que, "previa audiencia de las partes dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo máximo de cuatro meses a partir del momento en que se pida su intervención".

Dijimos en sentencias, entre otras, de 08/02/2013, 30/09/2013. 04/11/2013, que los anteriores preceptos eran acordes con la Directiva 2002/21/CE (Directiva Marco), la Directiva 2002/20/CE, (Directiva de autorizaciones) y la Directiva 2002/19/CE, (Directiva de Acceso), las tres de 7 de marzo de 2002.

Pues bien, el artículo 12 de la Ley 9/2014, de aplicación al caso, bajo idéntica rúbrica que el anterior artículo 11, "*Principios Generales aplicables al acceso a las redes y recursos asociados y a su interconexión*", en su apartado 5. dispone: "*Sin perjuicio de las medidas que puedan adoptarse en relación con las empresas que tengan un poder significativo en el mercado de acuerdo con lo previsto en el artículo 14 de esta Ley, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá intervenir en las relaciones entre operadores o entre operadores y otras entidades que se beneficien 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. La decisión de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia será vinculante y se adoptará en el plazo indicado en la Ley 3/2013 de creación de dicha Comisión.*"

De la "resolución de conflictos" se ocupa el artículo 15 de la ley de 2014, en similares términos que la ley anterior, al establecer en su apartado 1:

"1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia resolverá los conflictos que se susciten en relación con las obligaciones existentes en virtud de la presente Ley y su normativa de desarrollo entre operadores o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión, de acuerdo con la definición que se da a los conceptos de acceso e interconexión en el anexo II de la presente Ley.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo indicado en la Ley de creación de esta Comisión, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva."

En la sentencia de 04/11/2013, 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, tal como la propia CMT ha expuesto en determinadas ocasiones. La intervención de la CMT en la resolución de conflictos está sujeta al principio de mínima intervención, respetando en lo posible las condiciones alcanzadas por las partes en los puntos de acuerdo, y procediendo a fijar condiciones únicamente en los aspectos de discrepancia.*

En el presente caso, es evidente que, no sólo inicialmente sino a lo largo del procedimiento administrativo, ALTERNA y TME vienen manteniendo posturas frontalmente contrarias en cuanto al sistema de precios por el servicio mayorista de conexión a sus redes móviles para la prestación por ALTERNA de sus servicios como proveedor de SMS Premium, más concretamente al reparto de ingresos del servicio de tarificación adicional.



Las competencias de la CMT no se reducen a la resolución de conflictos entre operadores, sino que su potestad se extiende con carácter general a la regulación de las relaciones entre operadores en aras a garantizar el acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios en debidas condiciones, y a la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 LGTel, como son fomentar la competencia efectiva, defender los intereses de los usuarios y promover la inversión eficiente en materia de infraestructuras. Y teniendo en cuenta tales criterios, se razona en la resolución de 22 de julio de 2010, de manera minuciosa, sobre la conveniencia de sustituir las condiciones económicas que Alterna tenía convenidas con los operadores móviles por un sistema de precios consistente en una estructura tarifaria sobre un precio unitario por servicio. Sin duda las condiciones económicas constituyen un elemento esencial de las relaciones de acceso entre operadores, y tal condición de operador tiene Alterna, tal como expone el Abogado del Estado y consta en las actuaciones."

Por su parte, en el artículo 70.2 de la Ley 9/2014 se establece que:

"En particular, en las materias reguladas por la presente Ley, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ejercerá las siguientes funciones:

(...)

d) Resolver los conflictos en los mercados de comunicaciones electrónicas a los que se refiere el artículo 15 de la presente Ley.

(...)

g) Intervenir en las relaciones entre operadores o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, en los términos establecidos en el artículo 12 de la presente Ley y su normativa de desarrollo.

(...)"

El RD 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, en su artículo 23 "Competencias en materia de acceso e interconexión y condiciones aplicables", establece:

"1. El Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el ámbito de sus respectivas competencias, fomentarán y, en su caso, garantizarán la adecuación del acceso e interconexión y la interoperabilidad de los servicios, para la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, de acuerdo con lo previsto en los apartados siguientes.

(...)

3. Por su parte, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá atribuidas las competencias siguientes:

a) Podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado.

b) Conocerá de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, de este reglamento y de otras normas de desarrollo de la citada ley; a tal efecto, dictará una resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto y las medidas provisionales que correspondan.

(...)"

En STS de fecha 05/02/2013, en recurso de casación interpuesto por FRANCE TELECOM ESPAÑA SA, contra sentencia de esta Sala y Sección, en recurso referido precisamente al conflicto de interconexión entre "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, se expone:

«(...) Sobre ello nos hemos pronunciado en diversas ocasiones, siendo exponentes nuestras sentencias de 18 de noviembre de 2008 (recurso de casación 1633/2006) de 8 de julio de 2008 (recurso de casación número 6957/2005) y de 1 de octubre de 2008 (recurso de casación número 408/2006). En la primera de las mencionadas se remitía a esta última y dijimos lo siguiente:

A) "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." Y

B) "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.

(...)

Como se advierte de los antecedentes expuestos, la Comisión resolvió el conflicto en atención a las pretensiones de las partes que ya hemos señalado, esto es, dentro del ámbito material delimitado por las propias partes en el proceso, puesto que "Comunitel" interesó de manera expresa lo que finalmente la Comisión le reconoció, esto es, la reducción de los precios del servicio, su equiparación a los de terminación de llamada y su reconocimiento desde el momento en que se declaró la dominancia de "France Telecom", que implicaba la asunción de la obligación de no discriminación. La Comisión al resolver el conflicto tomó en consideración la posición de dominancia de "France Telecom", apreció la existencia de una discriminación en los precios de acceso al servicio 900 y atendiendo a las posiciones y pretensiones de las partes en el conflicto lo resuelve dentro de dichos márgenes.

Por tal razón, no cabe apreciar la infracción que se denuncia en el motivo, pues la intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones al resolver el conflicto de interconexión no se excedió de lo solicitado, esto es, actuó de forma coherente con las posiciones de las partes, a lo que hay que añadir que, como hemos declarado en múltiples ocasiones tal intervención no puede desligarse de los objetivos públicos cuya salvaguarda tiene encomendada, como es el de fomentar las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones.

Como hemos reiterado en diversas ocasiones, la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones ha de resolver de forma vinculante los conflictos que se susciten entre operadores en materia de interconexión y debe atender desde luego a la observancia de las condiciones generales impuestas a cualquier operador que es lo que sucede en el presente supuesto en el que la Comisión resuelve el conflicto tomando en consideración, tanto las pretensiones deducidas por las partes en el conflicto de interconexión como las obligaciones que incumben al operador dominante promovente del conflicto, en particular, a la obligación de no discriminación entre las operadoras, incluyendo el restablecimiento de los precios no discriminatorios y su abono desde el momento de la declaración de dominancia.»

La STS de 10/07/2018, que cita la recurrente en apoyo de su criterio, aborda la competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para conocer sobre las consecuencias patrimoniales de un conflicto de interconexión, efectivamente, pero no contradice en absoluto la doctrina anterior. Pues esta sentencia se dicta en un recurso de casación interpuesto por Ooiga Telecomunicaciones, S.L., contra sentencia de esta Sala y Sección dictada en un recurso contra resolución de la CNMC de 16 de octubre de 2014 por la que se resuelve el conflicto de interconexión presentado por la citada mercantil frente a Cableuropa, S.A.U. y Telefónica de España, S.A.U. "por suspensión de pagos en interconexión de un tráfico generado en Rumanía con destino numeración de tarificación adicional". Dicho recurso de casación se admitió por auto de la Sección Primera la Sala Tercera del TS, concretando la admisión a los siguientes términos: << (...) 2º Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en interpretar los artículos 12.5 , 15 y 70.2.d) y g) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo,

General de Telecomunicaciones , en relación con el artículo 6.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio , de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en orden a aclarar si la CNMC resulta competente para conocer sobre las consecuencias patrimoniales de un conflicto de interconexión, en concreto, sobre la retención de pagos en interconexión de tráfico acordada por una operadora como consecuencia de la existencia de un tráfico irregular>>.

No olvidemos que lo que pretendía en ese caso el recurrente era que se revocase el pronunciamiento de esta Sala que confirmaba la resolución de la CNMC, que desestimaba la petición de Ooiga relativa al reconocimiento del derecho de dicha entidad a recibir los pagos por la totalidad de la retribución correspondiente a (...€) y declaraba procedente el pago de los servicios de interconexión prestados para el encaminamiento del tráfico objeto del presente conflicto, excluida la componente de tarificación adicional. Se solicitaba del tribunal de casación que *"se dicte sentencia casando y anulando la sentencia recurrida, "(...) con retroacción de las actuaciones al momento justo anterior a la resolución del conflicto por la CNMC para que por el citado Regulador se resuelva el mencionado conflicto y la cuestión sobre la procedencia o no de la retención de pagos, pero esta vez teniendo únicamente como base el contenido de los contratos de interconexión..."*

Se razona por el TS:

«Así, en varias sentencias hemos declarado que las relaciones entre operadoras de telecomunicaciones, aun estando regidas por convenios suscritos bajo las reglas establecidas por el órgano regulador y sometidas a su control, contienen también aspectos que pertenecen al ámbito de las relaciones mercantiles. De esta manera, y en relación con las cláusulas penales, una cosa es que para reforzar la efectividad de dichos convenios la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (hoy la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), en uso de sus facultades, imponga la previsión de ese tipo de cláusulas y otra muy distinta que la exigencia del cumplimiento de las mismas sea de su competencia. (...)

Pues bien, la doctrina contenida en esa jurisprudencia, aunque referida a los preceptos de la anterior Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, resulta trasladable a la hora de delimitar las atribuciones que se atribuyen a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (ahora, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) en la regulación contenida en los artículos 12.5 , 15 y 70.2.d / y g/ de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones .

Así, las atribuciones conferidas por la Ley 9/2014 al órgano regulador en orden a la resolución de los conflictos de interconexión no alcanzan a aquellos aspectos o consecuencias patrimoniales que pertenecen al ámbito de las relaciones mercantiles. Ahora bien, la retención de la partida de tarificación adicional en el pago de los servicios de interconexión en un caso de tráfico irregular no es una mera cuestión patrimonial que deba considerarse circunscrita a la esfera de las relaciones mercantiles entre operadores, pues se trata de una medida dirigida a evitar disfunciones en la prestación del servicio y tiene, por tanto, trascendencia pública en tanto que medida tendente a garantizar el acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios que se prestan y a fomentar la competencia efectiva y la defensa de los intereses de los usuarios, por lo que queda comprendida en el ámbito de atribuciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la resolución de conflictos de interconexión en los que se suscite controversia sobre esta cuestión.

[...] En consecuencia, nuestra respuesta a la cuestión en la que el auto de admisión del recurso de casación apreció la concurrencia de interés casacional (véanse antecedente tercero y fundamento jurídico segundo de esta sentencia) ha de ser la siguiente:

Las atribuciones que los artículos 12.5 , 15 y 70.2.d / y g/ de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones , confieren a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en orden a la resolución de los conflictos de interconexión que se susciten no alcanzan a aquellos aspectos o consecuencias patrimoniales que pertenecen al ámbito de las relaciones mercantiles. Ahora bien, la retención de la partida correspondiente a tarificación adicional en el pago de los servicios de interconexión en un caso de tráfico irregular no es una mera cuestión patrimonial que deba considerarse circunscrita a la esfera de las relaciones mercantiles entre empresas operadoras, pues se trata de una medida dirigida a evitar disfunciones en la prestación del servicio y tiene, por tanto, trascendencia pública en tanto que medida tendente a garantizar el acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios que se prestan y a fomentar la competencia efectiva y la defensa de los intereses de los usuarios, por lo que queda comprendida en el ámbito de atribuciones del órgano regulador la resolución de conflictos de interconexión en los que se suscite controversia sobre esta cuestión.

[...] De acuerdo con esa interpretación, procede que declaremos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Ooiga Telecomunicaciones, S.L.»

SEXTO: Al ega la recurrente, en apoyo de su pretensión anulatoria, que no se dan las circunstancias previstas en el artículo 12.5 de la LGTel, que no existe conflicto de interconexión y no se cumple el procedimiento,



en el caso de que se hubiera acreditado que no hay competencia efectiva. En síntesis, viene a sostener que para establecer los precios combatidos era preceptivo el previo análisis del mercado de referencia, no siendo procedente imponer obligaciones ex ante en un mercado no regulado.

Hemos de decir, en primer lugar, que la Comisión interviene en un concreto conflicto entre dos operadores que, tras meses de negociación -tal como se acredita en el expediente- no han podido llegar a un acuerdo; por otra parte, lo que dispone la resolución es que *"el precio del servicio de originación móvil que Orange Espagne, S.A. Unipersonal preste a Dialoga Servicios Interactivos, S.A., en virtud del acuerdo de interconexión directa que suscriban las dos partes, para la realización de llamadas desde la red móvil del primero a la numeración 900 del segundo no puede ser superior a 4,21 céntimos de Euro por minuto*. Está estableciendo un precio máximo para futuros acuerdos de interconexión entre esos dos operadores, no altera el precio entonces vigente, no está regulando un mercado ni está imponiendo con carácter general obligaciones ex ante.

Tal como consta en el expediente administrativo, Dialoga se dirigió a la CNMC planteando conflicto de interconexión, alegando, entre otras cuestiones, que los costes mayoristas que los operadores TME y Orange aplican a las llamadas desde redes móviles efectuadas a la numeración gratuita de DIALOGA "son desproporcionados y se hallan afectados por una significativa discordancia". Afirmaba que el intento de negociación por parte de DIALOGA con Orange se inició el 1 de junio de 2016 y tuvo continuación mediante burofaxes de fechas 1 y 15 de julio, 3 de agosto, 22 de septiembre, 27 de octubre y 15 y 23 de diciembre de 2016, aportando los burofaxes.

La Comisión inició el procedimiento de conflicto de acceso de Dialoga contra Telefónica Móviles y Orange en relación con los precios de originación para las llamadas realizadas desde las redes móviles de estos operadores con destino las numeraciones 900 y 902 de Dialoga, notificándose a los operadores interesados el inicio del procedimiento y requiriendo la aportación de determinada información y documentación.

En escrito de fecha 30/05/2017, Orange presentó escrito de alegaciones en el que, entre otras cuestiones, planteaba la falta de competencia de la CNMC para intervenir sobre los precios denunciados por Dialoga; la evolución de los mercados de llamadas a 900 y 902, con especial referencia a los precios minoristas y mayoristas. Concluyendo que los precios mayoristas de acceso en el caso de numeración 900 gratuita para el llamante no se encuentran regulados ex ante por lo que la intervención de la Sala de Regulación de la CNMC únicamente estaría justificada en el supuesto de que se ocasionara un perjuicio competitivo a DIALOGA, que no ha justificado; que las medidas que en su caso pudiera adoptar la CNMC dentro de un mercado no regulado, requeriría de un informe del Ministerio de Industria, Energía y Turismo y del Ministerio de Económica y Competitividad, de conformidad con el artículo 13.4 de la LGTel, y, en todo caso, resultaría únicamente de aplicación para Orange y DIALOGA siendo las medidas que se adopten objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias.

Con fecha 14/07/2017, presenta nuevo escrito en el que añade que, desde la fecha del anterior escrito, Orange se encuentra en proceso de negociación de los precios de acceso con origen móvil a numeración 900 con los operadores con los que dispone de interconexión directa, habiendo alcanzado un acuerdo con algunos de estos operadores; insiste en la ausencia de circunstancias que justifique la intervención de la Comisión para adoptar medidas que supongan la regulación de un mercado actualmente desregulado, y que los conflictos no son el cauce para regular el mercado; que en ningún caso se prevé la orientación a costes, medida excepcional cuya aplicación se limita a algunos mercados regulados ex ante y para operadores con PSM; que el criterio de ingreso medio por minuto de voz nacional utilizado en la Resolución del conflicto de BT contra Telefónica es una referencia muy agresiva que no se adapta en ningún caso a la realidad del mercado y no es una referencia adecuada, por su insuficiencia, para los servicios de acceso a numeración gratuita; que el ingreso exigible queda tergiversado por los empaquetamientos de servicios que ofrecen los operadores; que ha recibido, en menos de una semana, tres propuestas de Dialoga de reducción continua de los precios propuestos por ella misma y con unas justificaciones en nada ajustadas a la regulación vigente.

Instruido el expediente, con fecha 23 de octubre de 2017, se confiere nuevo trámite de audiencia a los interesados. Orange presentó alegaciones, reiterando en esencia las alegaciones anteriores, como también presentaron alegaciones Telefónica y Dialoga.

La Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA), elaboró borrador de la propuesta de resolución del conflicto de interconexión, en el que proponía, respecto de Orange, que *"precio del servicio de originación móvil que Orange Espagne, S.A. Unipersonal preste a Dialoga Servicios Interactivos, S.A., en virtud del acuerdo de interconexión directa que suscriban las dos partes, para la realización de llamadas desde la red móvil del primero a la numeración 900 del segundo no puede ser superior a 4,21 céntimos de Euro por minuto a partir de la notificación de la presente Resolución"*.

La asesoría jurídica de la CNMC emitió informe favorable al borrador de la propuesta de resolución.



Así pues, hemos de concluir que sí existía un conflicto y se daban las circunstancias del artículo 12.5 de la Ley 9/2014, que justificaba la intervención de la CNMC, que en la resolución impugnada se resuelve ese conflicto entre operadores, y que no nos encontramos ante la aplicación automática de la anterior resolución, por la que se resolvió el conflicto BT-Telefónica, sino que la resolución se dicta tras tramitar el oportuno procedimiento, en el que los interesados han tenido oportunidad de efectuar sus alegaciones y aportar la documentación que han estimado oportuna.

Alega la recurrente que el precio impuesto a Orange por la resolución impugnada no está debidamente justificado, sino que es discriminatorio, injustificado y desproporcionado.

No podemos compartir la afirmación de que el precio máximo establecido sea injustificado, pues el hecho de que se establezca el mismo límite de precio, tanto para la ahora recurrente -Orange- como para Telefónica, que se estableció en el conflicto de interconexión entre BT-Telefónica se justifica en la resolución impugnada en la inexistencia de circunstancias objetivas que permitan establecer precios distintos. Debemos tener presente que Dialoga presentó conflicto frente a ambos operadores, de manera que, respecto a Telefónica -que no es parte en este procedimiento- es razonable que se fije el mismo límite que en el conflicto anterior, y respecto a Orange solo justificaría la fijación de un precio distinto la concurrencia de razones objetivas, debidamente justificadas, que la Comisión no ha apreciado y la recurrente no ha acreditado en este procedimiento.

La denuncia de precio discriminatorio y desproporcionado se fundamenta en el desacuerdo con la metodología y criterios aplicados por la Comisión que, como decimos, son los mismos que se aplican para el otro operador con el que Orange compite en este mercado, tanto en este conflicto como en otros planteados y resueltos por el regulador. Es razonable que la recurrente propusiese la aplicación de otros criterios y otra metodología, pero ello no desvirtúa la validez y justificación de la aplicada por la Comisión y, desde luego, las alegaciones de la actora no permiten mantener la denuncia de "precios discriminatorios", que podría valorarse en caso de que esos precios, para el mismo servicio, fuesen distintos para uno y otro operador, en circunstancias similares. Pero no cuando se sigue la misma metodología y se razona y justifica que no existen diferencias relevantes -desde la perspectiva de los criterios tomados en consideración- por lo que se establece el mismo precio máximo para las futuras negociaciones de acuerdos entre los operadores.

Tampoco acredita Orange que ese precio máximo le genere desventaja competitiva, tal como alega.

Procede, en consecuencia, la desestimación del presente recurso.

SÉPTIMO: No aprecia este tribunal la necesidad de plantear la cuestión prejudicial que solicita la entidad recurrente, dados los términos en que se solicita, puesto que la recurrente fundamenta su petición en presupuestos que este tribunal rechaza. Tal como se ha razonado, la resolución impugnada sí resuelve un conflicto de interconexión y no está imponiendo medidas ex ante en un mercado no regulado.

Tal como se recuerda en STS 17/12/2018, la jurisprudencia del TJUE, respecto al planteamiento una cuestión prejudicial al amparo del art. 267 del TFUE, indica que no solo se precisa que el tribunal albergue dudas sobre la validez o interpretación del derecho de la Unión, sino que además aprecie si la respuesta prejudicial es necesaria, esto es, si puede o no condicionar el resultado del litigio.

Como es sabido, los Tribunales cuya decisión es susceptible de ulterior recurso no están obligados a plantear la cuestión prejudicial siempre y en cualquier caso. Tienen la facultad de plantearla si se cumplen estos requisitos: que se suscite ante un Juez interno una cuestión relativa a la interpretación de una norma comunitaria; que dicha cuestión surja en el marco de un litigio pendiente ante el Juez o Tribunal; que para poder emitir su fallo el Juez nacional necesite que el TJUE se pronuncie con carácter previo sobre la interpretación de una norma comunitaria. Como señala la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de septiembre de 2010, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia.

OCTAVO: A tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 LJCA, procede la condena en costas a la parte recurrente.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que **desestimamos** el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador **D. Roberto Alonso Verdú**, en nombre y representación de **ORANGE ESPAGNE, SAU**, contra la Resolución de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, de fecha 17 de mayo de 2018, a la que la demanda se contrae, la cual confirmamos.



Con condena en costas a la parte recurrente.

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