



Roj: **SAN 304/2021 - ECLI:ES:AN:2021:304**

Id Cendoj: **28079230082021100030**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **18/01/2021**

Nº de Recurso: **688/2018**

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: 0000688 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03955/2018

Demandante: TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, SAU

Procurador: D^a. CARMEN ORTIZ CORNAGO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: ORANGE ESPAGNE, SAU

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA N^o:

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

D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

Madrid, a dieciocho de enero de dos mil veintiuno.

Visto el presente recurso contencioso administrativo nº **688/18**, interpuesto ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional por la Procuradora **D^a. Carmen Ortiz Cornago**, en nombre y representación de **TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, SAU**, contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria 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 ha personado como **codemandada** la entidad **ORANGE ESPAGNE, SAU**, representada por el Procurador D. Roberto Alonso Verdú.

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 TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, SAU, contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, 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, se dicte Sentencia en la que:

i) anule el Resuelve Primero de la Resolución de 17 de mayo de 2018, dictada por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente CFT/DTSA/011/17 PRECIOS LLAMADAS 900- 902. En virtud de esa Resolución se resuelve el conflicto de interconexión interpuesto por DIALOGA SERVICIOS INTERACTIVOS, SA contra TME y ORANGE ESPAÑA, SAU., por los precios mayoristas de originación móvil para llamadas a numeraciones 900 y 902, y

ii) acuerde el restablecimiento de la situación jurídica perturbada, mediante el reconocimiento del derecho de TME de refacturar los servicios de originación de llamadas prestados/recibidos de Dialoga a los precios vigentes con anterioridad a la Resolución Recurrida, con los intereses legales correspondientes.

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 por la que se desestime el recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

CUARTO: La entidad codemandada, ORANGE ESPAGNE, SAU, no contestó a la demanda, y por diligencia de ordenación de fecha 7 de septiembre de 2020 se la tuvo por decaída en su derecho.

QUINTO: Ha biendo sido solicitado el recibimiento a prueba del procedimiento se practicó la propuesta y, evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos, señalándose para votación y fallo el día 13 de enero 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 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 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 quién 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 al 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: En su escrito de demanda, Telefónica Móviles de España, S.A.U (TME) impugna la anterior resolución, considerando que no es ajustada a Derecho en cuanto al precio fijado para el servicio de originación móvil que TME presta a Dialoga para la realización de llamadas desde la red móvil del primero a la numeración 900 del segundo.

Fundamenta su pretensión anulatoria en los siguientes motivos:

1º.- Vulneración del principio de mínima intervención. Incumplimiento del artículo 12, 13 y 70 de la LGTel.

Se fundamenta el motivo, en síntesis, en que la intervención de la CNMC se ve limitada a determinados supuestos previstos en los artículos 12 y 13 de la LGTel, siendo exigible un previo análisis motivado por parte de la Comisión que avale su intervención para imponer obligaciones al operador dominante y/o para intervenir en las relaciones jurídicas. Cita la Recomendación de la Comisión Europea, de 9 de octubre de 2014, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

Que la intervención de CNMC recae sobre un Servicio que, i) no está regulado; ii) no afecta al interés general ni beneficia al usuario final y no afecta a la interoperabilidad y; iii) se presta en libre competencia. No siendo un mercado de referencia y no existiendo un operador dominante, la CNMC no tiene competencia para intervenir, en virtud del principio de mínima intervención; tampoco concurre en este caso un fin de interés general que justifique la intervención de CNMC, pues el precio del Servicio objeto de este recurso es inocuo para el usuario final en tanto que este tipo de numeración (900) es siempre gratuita para éste; conforme al artículo 13.1 LGTel, la CNMC está habilitada para supervisar la actividad de los operadores, tengan o no poder significativo en el mercado, para preservar, garantizar y promover condiciones de competencia efectiva en los mismos, sin embargo, la resolución carece de análisis alguno que acredite la afectación a la competencia de los operadores, tratándose de un servicio que se presta en libre competencia a un precio (7 céntimos de euro) que es el que mantiene más del 80% de los operadores en el mercado.

2º.- La fijación de un mecanismo de revisión de precios de carácter indefinido es, también, contraria al principio de proporcionalidad y del artículo 9.2 LOPJ.

Se alega que la CNMC se otorga a sí misma unas facultades que van más allá del principio de proporcionalidad que expresamente recoge el artículo 12.6 de la LGTel, porque resuelve sobre aspectos civiles y mercantiles de acuerdos adoptados dentro del principio de libertad de pactos y dentro del ámbito inter privados, cuya competencia para dirimir la eficacia del acuerdo recae en la jurisdicción civil, conforme al artículo 9.2 LOPJ.

3º.- La resolución recurrida es un acto cuyas consecuencias son equiparables a los efectos de una regulación ex ante. Vulneración del artículo 13.2 LGTel.

Afirma la recurrente que la Comisión Europea y la propia CNMC reconocen que el servicio objeto de este procedimiento no constituye un mercado de referencia y no existe un problema de competencia efectiva que justifique su regulación ex ante; que, en lugar de realizar un análisis de mercado, se limita a extender los efectos de una resolución previa, la dictada en el conflicto entre TME y BT, para imponer medidas a operadores que no fueron parte en el conflicto de origen, ya sea de forma directa, imponiendo lo resuelto entonces a la resolución recurrida -como ha ocurrido en el presente caso- y; de forma indirecta, al provocar un desajuste entre los operadores que han firmado un acuerdo y que ven cómo, vía conflicto, los operadores pueden modificar lo acordado. La CNMC ha impuesto obligaciones a TME sin realizar un análisis riguroso del mercado; sin garantizar los derechos del resto de operadores que se verán afectados por su decisión; sin analizar las particulares circunstancias concurrentes en cada caso; sin dar audiencia a los operadores afectados y sin seguir un procedimiento con suficientes garantías que justificara, en aras de salvaguardar un hipotético problema de competencia efectiva, la imposición de esa medida.

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

- La CNMC está facultada para intervenir en el presente conflicto y su actuación en materia de precios de servicios mayoristas necesarios para garantizar la interoperabilidad, como es el caso del servicio de originación móvil que se presta a DIALOGA, no se limita únicamente al ámbito de la revisión de los mercados susceptibles de ser regulados de manera ex-ante. Así lo avala la Jurisprudencia (SsTS 3 de marzo de 2016, 10 de julio de 2018, 25 de julio de 2018).

- En aplicación del principio de mínima intervención, la actuación de la CNMC en el marco del presente conflicto -como en los precedentes de naturaleza similar- estaría plenamente justificada, no siendo necesaria la apertura de un procedimiento de revisión de mercado; en el marco de un conflicto de interconexión, el regulador interviene a petición de una de las partes para poner fin a las discrepancias entre dichas partes que, transcurrido un periodo de negociación, no han sido capaces de alcanzar un acuerdo por sí mismas; en el marco de una revisión de un mercado de referencia, el regulador interviene imponiendo obligaciones regulatorias de carácter ex-ante a uno o varios operadores declarados con Poder Significativo de Mercado (PSM) que afecta a las condiciones en que preste(n) el servicio a todos y cada uno de los demandantes del mismo; desde un punto de vista procedimental, el regulador debe demostrar que existe una posición de PSM, prospectivamente, identificar unos problemas de competencia, que surgirían en ausencia de intervención, y establecer las correspondientes obligaciones regulatorias; el alcance de las obligaciones impuestas en el marco de una revisión de mercados no es equiparable al alcance de la resolución de un conflicto como tampoco lo es el grado de generalización del problema identificado.

- La propia TME solicitó la intervención de la CNMC para que resolviera su disputa con Yoigo en relación a la actualización del precio de los servicios de originación que estos dos operadores se prestan mutuamente para la realización de llamadas a numeraciones cortas y numeraciones del tipo 800/900 (numeración gratuita); en ese marco no solicitó que se rebajaran los precios sobre la base del correspondiente análisis de mercado, a pesar de que solicitaba un precio que se situaba por debajo de la media vigente en el mercado en ese momento.

- TME está obviando que el servicio de originación móvil es un insumo necesario para operadores que compiten en la prestación del servicio de llamadas a numeración 900; el Grupo Telefónica, por medio de Telefónica de España, presta el servicio de llamadas a numeración 900 a clientes finales en competencia directa con, entre otros, DIALOGA; por tanto, TME (Grupo Telefónica) opera a nivel mayorista, en la prestación del servicio de originación móvil para las llamadas realizadas por sus clientes finales a la numeración 900 de operadores como DIALOGA y Telefónica de España opera a nivel minorista, en concreto, en la prestación del servicio de llamadas gratuitas a numeración 900 a clientes finales; de manera que el Grupo Telefónica impone unos costes significativamente mayores a un competidor directo como DIALOGA con esta estrategia de fijación de un precio de originación móvil elevado (por parte de la recurrente); ello limita de manera injustificada la capacidad de competir de DIALOGA; esa menor capacidad competitiva va, en última instancia, en detrimento de las empresas que contratan estos servicios de llamadas gratuitas a operadores como DIALOGA, para permitir a sus clientes comunicarse con ellas sin coste alguno; una rebaja en el precio de originación móvil que DIALOGA abona a TME le permite hacer mejores ofertas a sus clientes finales, en este caso empresas, que deseen contratar numeración gratuita para el llamante.

- Es de interés general resolver los conflictos suscitados por los operadores para establecer condiciones que posibiliten una concurrencia efectiva en el mercado, lo que redundará en un mejor funcionamiento del mismo y en mejores precios y condiciones en la prestación de los servicios.
- La CNMC hace un análisis del caso concreto, lo cual es perfectamente compatible con tomar en consideración precedentes anteriores relevantes, porque abordan la misma problemática; se fija precisamente el precio de originación móvil conforme a la metodología que se estableció y aplicó en la Resolución del conflicto entre BT y TME y, no habiendo diferencias objetivas que justifiquen un tratamiento diferente entre un conflicto y otro, se adopta la misma solución.
- No existe infracción del artículo 13.2 LGTel. La ley no establece restricción temporal alguna al contenido de la resolución que se dicte ni obliga a dotar a dicho mercado de regulación ex ante; si el conflicto está vinculado a una relación contractual entre operadores, la solución al mismo debe mantenerse mientras dure dicha relación o, como mínimo, mientras no cambien las condiciones que se tuvieron en consideración a la hora de su adopción.

CUARTO: Las cuestiones controvertidas sobre las que gravita el presente recurso han sido enjuiciadas ya por este tribunal, entre otras, en sentencia de fecha 27 de julio de 2020, al resolver el recurso 689/18 interpuesto por ORANGE frente a la misma resolución aquí recurrida; así como en sentencia de fecha 24 de julio de 2020, recaída en el recurso 633/17, interpuesto por TME frente a la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de fecha 4 de mayo de 2017, por la que se resuelve el conflicto de interconexión presentado por BT frente a 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.

En la sentencia de 27 de julio de 2020 hacíamos referencia a lo resuelto en otros recursos anteriores, en relación con disposiciones correspondientes de la hoy derogada Ley 32/2003, cuyo artículo 11.4, 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*") y, en su artículo 14.1 ("*Resolución de conflictos*") disponía que de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso conocería la CMT.

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.

Asimismo, decíamos que 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.

(...)

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. (...)"

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.

(...)

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.»

QUINTO: Tal como se deriva del expediente, la Comisión interviene en un concreto conflicto entre operadores que, tras meses de negociación no han podido llegar a un acuerdo; por otra parte, lo que dispone la resolución, en su "resuelve primero", es 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". 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.

Consta en el expediente administrativo que 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".

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 a 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.

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 TME, 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 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.

Dispone el citado precepto que: *"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."*

Como ya se dijo en la sentencia recaída en el PO 689/18, la intervención de la Comisión está justificada, constando en el expediente la continua comunicación entre Dialoga y Telefónica 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. La concurrencia de interés general está debidamente razonada en la resolución recurrida y, como dijimos en la sentencia anterior, hemos de rechazar la afirmación de que el precio máximo establecido sea injustificado. El hecho de que se establezca el mismo límite de precio, tanto para la ahora recurrente - Telefónica- como para Orange, 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 es razonable que se fije el mismo límite que en el conflicto anterior, al no apreciarse la concurrencia de razones objetivas, debidamente justificadas, que la Comisión no ha apreciado y la recurrente no ha acreditado en este procedimiento. Y tampoco acredita TME que ese precio máximo le genere desventaja competitiva, tal como alega.

Tal como se expone en la resolución recurrida, los precios del servicio mayorista de originación para llamadas a numeraciones de tarifas especiales y numeración corta están orientados a costes y publicados en la Oferta de Interconexión de Referencia (OIR); los precios de originación móvil para las llamadas a numeración 900 de Dialoga que Telefónica ofrece son iguales a los analizados en el marco del conflicto entre BT y Telefónica Móviles; entendiendo que la eventual diferencia de precios debería estar fundamentada en diferencias objetivas como son las diferencias en los costes que un operador de acceso incurre en la prestación del servicio de originación para llamadas a numeración 900 desde una red móvil y, para el caso de las llamadas originadas en la red de Telefónica Móviles no hay tales diferencias y no está justificado un precio de originación móvil diferente dependiendo de si el destino es la numeración 900 de Dialoga o la numeración gratuita de BT.

Pues bien, en nuestra sentencia de 24 de julio de 2020 (PO 633/17) se analizaban las cuestiones aquí planteadas por TME, confirmando el criterio de la CNMC.

En relación con la alegada naturaleza civil de la cuestión, se rechaza, considerando acreditado que el precio entonces vigente era excesivo y dificultaba materialmente la interoperabilidad. Y ello recordando la doctrina jurisprudencial al respecto.

En cuanto a la observancia del principio de proporcionalidad, establecido en el artículo 12.6 de la Ley 9/2014 para las obligaciones y condiciones que se impongan a los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas, no se acredita en forma alguna en este procedimiento, ni se infiere de lo obrante en el expediente, que el precio fijado sea desproporcionado o se fundamenten en una metodología errónea o inadecuada, o en datos incorrectos. Por el contrario, como ya dijimos en la anterior sentencia, *"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".

SEXTO: Finalmente, en cuanto a la alegación de que la resolución recurrida es un acto cuyas consecuencias son equiparables a los efectos de una regulación ex ante, con vulneración del artículo 13.2 LGTel, hemos de remitirnos a lo expuesto en la citada sentencia de 24 de julio de 2020, por cuanto TME parte del entendimiento de que el tratamiento de la diferencia entre los costes de un servicio y el precio está vinculado al hecho de que el mercado en cuestión esté o no regulado. Considerando la Sala 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; que 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; que 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. Concluyendo que 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 9/2014, para intervenir en un acuerdo como el enjuiciado.

Procede, en consecuencia, la desestimación del presente recurso.

SÉPTIMO: 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 la Procuradora **D^a. Carmen Ortiz Cornago**, en nombre y representación de **TELFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, SAU**, contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria 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.