



Roj: **SAN 916/2021 - ECLI:ES:AN:2021:916**

Id Cendoj: **28079230082021100116**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **01/03/2021**

Nº de Recurso: **903/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000903 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05754/2018

Demandante: "Vodafone Ono SAU y Vodafone España

Procurador: D^a. ASCENSIÓN DE GRACIA LÓPEZ ORCERA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA Nº :

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 uno de marzo de dos mil veintiuno.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº **903/2018**, seguido a instancia de "**Vodafone Ono SAU y Vodafone España**", representadas por la Procuradora de los Tribunales D^a. **Ascensión de Gracia López Orcera**, con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. El recurso versó sobre impugnación de resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), la cuantía se estimó indeterminada e intervino como ponente el Magistrado **Don Santiago Soldevila Fragoso**. La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

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

1. Vodafone Ono operaba en su condición de Operador Móvil Virtual completo (OMVc) con la red del Operador Móvil de Red (OMR), Telefónica Móviles España (TME).
2. El 23 de julio de 2014 finalizó el proceso de adquisición de Vodafone Ono por parte de Vodafone España y el 1 de octubre de 2015 finalizó el proceso de migración de clientes desde TME a Vodafone Ono.
3. En ese contexto, TME interpuso un conflicto de interconexión contra Vodafone Ono para unificar los precios de terminación de los SMS con los de Vodafone España. Dicho conflicto finalizó con resolución de la Sala de Regulación de la CNMC de 14 de julio de 2016, que lo declaró concluso por desistimiento.
4. La CNMC indicó que, en las circunstancias descritas, solo dos condiciones podían justificar la aplicación de precios distintos: Por una parte la inexistencia de unidad económica entre el OMR anfitrión-comprador (Vodafone) y el OMV-comprado (Vodafone-ONO) y por otra, la diferencia significativa en costes debido a factores exógenos sobre los que los operadores no tienen control, en ese caso, la diferencia de costes en el período anterior al 1 de octubre de 2015, en el que Vodafone Ono operaba con TME.
5. Por otra parte, el 18 de agosto de 2015 Orange finaliza el proceso de adquisición del OMVc Jazz Telecom, S.A (Jazztel). El 31 de marzo de 2016 la CNMC resuelve dar de baja a Jazztel como OMVc en el registro de operadores, aunque continúa en el mercado como marca de Orange.
6. El 24 de octubre de 2016, Vodafone y Orange alcanzaron un acuerdo para aplicar el precio pactado entre ellas, a todos los SMS terminados a partir del 1 de julio de 2016 procedentes de las empresas absorbidas.
7. Vodafone y Orange mantuvieron conversaciones para llegar al mismo acuerdo de unificación y reducción de precios y aplicarlo también al período que va desde el 18 de agosto de 2015 hasta el 30 de junio de 2016.
8. Ante el estancamiento de dicha negociación, el 14 de septiembre de 2017 Vodafone España, S.A.U. y Vodafone Ono, S.A.U., interpusieron el conflicto de interconexión frente a Orange Espagne, S.A.U, que da lugar a las presentes actuaciones.
9. Dicho conflicto se interpone para lograr que, una vez completadas las operaciones de concentración reseñadas, se aplique a todas las operaciones el precio unificado establecido en el acuerdo general de interconexión suscrito entre Vodafone España y Orange, que además era más bajo que los fijados en las operaciones con los OMVc respectivos.
10. Mediante resolución de 26 de julio de 2018, la Sala de Regulación de la CNMC acordó lo siguiente:
 - Desestimar la solicitud de Vodafone de fijar un precio de (confidencial) desde el 18 de agosto de 2015 para Vodafone y Jazztel y desde el 1 de octubre de 2015 para Vodafone-Ono y Orange.
 - Establecer que el precio de terminación de SMS aplicable entre el 18 de agosto de 2015 y el 30 de junio de 2016 es de (confidencial) por SMS para Vodafone España, S.A.U y Jazz Telecom, S.A. y de (confidencial) por SMS entre Orange Espagne, S.A.U. y Vodafone Ono, S.A.U.

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

La ausencia de motivación de la resolución recurrida. Vulneración del principio de confianza legítima, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos de acuerdo con el artículo 9.3 CE

Este motivo de recurso se desarrolló con arreglo a los siguientes argumentos:

1. Vodafone España sostiene que la resolución recurrida se aparta de manera arbitraria del criterio fijado por la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA) en sus informes evacuados con ocasión del conflicto de interconexión suscitado por TME contra Vodafone Ono descrito en los antecedentes de esta resolución y que fueron asumidos por la Sala de Regulación. También existe una separación arbitraria de los informes elaborados por la DTSA para el presente caso.
2. Respecto de la existencia de unidad económica, señala que la toma de control de Jazztel por parte de Orange desde un punto de vista jurídico, ocurrió, como muy tarde, el 18 de agosto de 2015 pues la toma de control real se produjo el 1 de julio de 2015 con el nombramiento por parte de Orange del consejo de administración y del consejero-delegado de Jazztel.

3. No se discute y así consta en la resolución recurrida, que desde el 18 de agosto de 2015, Jazztel no goza de autonomía para establecer su estrategia comercial, ni que tampoco tiene un poder compensatorio de la demanda diferente para acordar unos precios de terminación diferentes a los de Orange, por lo que ambas entidades forman una misma unidad económica.
4. Respecto de la existencia de una diferencia significativa en costes debido a factores exógenos sobre los que los operadores no tienen control, estima que dicha circunstancia no concurre en el presente caso, como sí ocurría en el conflicto promovido por TME contra Vodafone Ono.
5. En relación a este último extremo, precisa que en 2008 Jazztel había suscrito un contrato mayorista de acceso con Orange. Vodafone entiende que dicho contrato estuvo vigente hasta la desaparición de Jazztel como OMVc, por lo que no hay motivo para afirmar que en este caso existen diferencias de costes debidas a factores exógenos, como sí ocurría en el caso de Vodafone Ono, ya que ésta operaba con la red de TME.
6. Vodafone España, en coherencia con el criterio de la DTSA en el conflicto de interconexión TME/Vodafone Ono, ofreció la unificación de precios desde el 1 de julio de 2015, o en su defecto desde el 18 de agosto de 2015, que es la fecha de finalización del proceso por el que Jazztel fue adquirida por Orange.
7. Se apoya en los ya citados informes de la DTSA, que, si bien apreciaron la existencia de una diferencia de costes debida a factores exógenos y una afectación de la posición competitiva de Vodafone España, justamente por la dependencia por parte de Vodafone Ono de TME, dicha circunstancia no ocurre en este caso.
8. En esta misma línea subraya que la DTSA, en el informe de audiencia en este caso y en coherencia con el criterio sentado en el conflicto de interconexión TME/Vodafone, no apreció diferencias significativas de costes.
9. A pesar de ello, dicho informe consideró "esperable que exista un periodo durante el que se implementa y consolida el control de la empresa nuevamente adquirida", por lo que estableció un plazo suplementario de un mes y medio para tener por consolidada la toma de control de Jazztel por Orange.
10. Así las cosas, la DTSA propuso finalmente a la Sala de Regulación lo siguiente: "Establecer que los precios de terminación de SMS entre Vodafone y Jazztel y Orange y Vodafone-ONO sean iguales al precio de terminación de Vodafone y Orange a partir del 1 de octubre de 2015.", que coincide con la fecha en que termina la migración de clientes de TME a Vodafone Ono.
11. No obstante lo anterior, la Sala de Regulación, en la resolución impugnada, se apartó arbitrariamente del criterio final de la DTSA para este caso y aceptó como fecha a partir de la cual debía producirse la unificación económica un plazo adicional, propuesto por Orange, de 10 meses respecto del momento de la toma de control jurídico de Jazztel. De esta manera, se fijó a dichos efectos el 1 de julio de 2016, que coincide con la fecha del acuerdo entre Vodafone y Orange.
12. La resolución impugnada justifica ese cambio de criterio con dos argumentos: Por una parte, porque Vodafone Ono tardó en migrar a la red de Vodafone España un año y tres meses desde la formalización de la adquisición de Vodafone Ono por Vodafone España y por otra, porque Vodafone solicita a Orange la unificación de precios el 22 de abril de 2016, fecha próxima al 1 de julio de 2016.
13. Vodafone niega que fuera necesario un período adicional para "la toma de control" de Jazztel por Orange desde el 1 de julio de 2015 o bien desde el 18 de agosto de ese mismo año hasta el 30 de junio de 2016, pues Jazztel no tenía que resolver ningún contrato, ni hacer ninguna migración.
14. Vodafone aclara que si realizó su petición de unificación de precios el 22 de abril de 2016, fue porque hasta el 31 de marzo de 2016 Jazztel figuraba dado de alta como OMVc en el Registro de operadores, por lo que, una vez que desaparece Jazztel como empresa y como operador, estima que no hay motivo para que sigan en vigor sus acuerdos.
15. Además, la resolución recurrida vulnera la normativa sectorial de telecomunicaciones puesto que solo pueden tener interconexión móvil los operadores móviles de red y los operadores móviles virtuales completos.
16. Una vez que Jazztel dejó de existir como empresa, lo que ocurrió el 8 de febrero de 2016 al firmarse la escritura de absorción por Orange, también lo hizo como OMVc. Por ello no estaba habilitada para tener interconexión directa con otros operadores y, por lo tanto, sus acuerdos de interconexión perdían vigencia.
17. Vodafone cita para justificar la afirmación anterior la resolución del Mercado 7 de la CNMC y la propia Ley General de Telecomunicaciones. También el Acuerdo General de Interconexión que tenían suscrito Vodafone España y Jazztel, que contemplaba en la cláusula 14 como causa de resolución, que una de las partes no tuviera habilitación para prestar el servicio.

TERCERO: La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida.

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

QUINTO: Señalado el día 24 de febrero de 2021 para la deliberación, votación y fallo ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La cuestión que se plantea en el presente proceso es la relativa a determinar el ajuste legal de la resolución de 26 de julio de 2018 de la Sala de Regulación de la CNMC que acordó lo siguiente:

-Desestimar la solicitud de Vodafone de fijar un precio de (confidencial) desde el 18 de agosto de 2015 para Vodafone y Jazztel y desde el 1 de octubre de 2015 para Vodafone-Ono y Orange.

-Establecer que el precio de terminación de SMS aplicable entre el 18 de agosto de 2015 y el 30 de junio de 2016 es de (confidencial) por SMS para Vodafone España, S.A.U y Jazz Telecom, S.A. y de (confidencial) por SMS entre Orange Espagne, S.A.U. y Vodafone Ono, S.A.U.

SEGUNDO: La petición de las entidades recurrentes Vodafone Ono y Vodafone España, no puede ser acogida por los siguientes motivos:

1. La resolución de la Sala de Regulación de la CNMC de 14 de julio de 2016 por la que se declaró concluso por desistimiento el conflicto de interconexión promovido por Telefónica Móviles de España (TME), no es un término de referencia válido para valorar un eventual apartamiento arbitrario de un precedente.

2. Tal y como queda enunciado, dicha resolución se adoptó por desistimiento de TME, por lo que la Sala de Regulación, sin entrar en el fondo de la cuestión, validó el acuerdo suscrito por las partes implicadas referidas a unas circunstancias que, como la propia recurrente ha puesto de manifiesto, aunque guardan una cierta analogía con el caso ahora enjuiciado, también difieren en un aspecto relevante.

3. Por otra parte, los informes de la DTSA invocados por la recurrente son documentos internos de trabajo, que no expresan la posición de la CNMC y en ningún caso son vinculantes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 80.1 de la Ley 39/2015.

4. En todo caso, la resolución impugnada se refirió a su resolución de 14 de julio de 2016 y partió de sus presupuestos para fundamentar la resolución impugnada, sin que pueda advertirse en la misma una separación manifiesta de los informes de la DTSA, ni respecto de aquel caso, ni respecto del presente, como explicamos a continuación.

5. Más en concreto, la Sala de Regulación verificó si Jazztel y Orange constituían después de la operación de concentración una unidad económica, para a continuación pronunciarse sobre la eventual existencia de factores exógenos que, en su caso, justificarían la concesión de un período adicional para fijar el preciso momento de la toma de control de Orange sobre Jazztel y, a partir de ahí, fijar la unificación y reducción de precios.

6. La resolución impugnada establece, sobre la base de la propuesta de la DTSA, que a partir del 18 de agosto de 2015 existe una plena unidad económica entre Orange y Jazztel, extremo sobre el que no se plantea cuestión alguna y que incluso puede ser aceptado por la recurrente según se desprende de sus escritos.

7. La misma resolución impugnada y también siguiendo la propuesta de la DTSA, concluye que es necesario considerar la existencia de un período adicional para fijar definitivamente el momento de la toma de control de Jazztel por parte de Orange.

8. La recurrente combate esta propuesta de la DTSA, aunque parece aceptarla de forma subsidiaria, y lo hace sobre la base de una suposición que no tiene mayor respaldo probatorio, consistente en afirmar que si Jazztel ya operaba con la red de Orange, no concurre factor exógeno alguno que justifique la concesión de un período adicional para fijar la toma de control referida.

9. La recurrente entra en contradicción con sus propios argumentos, pues olvida que los técnicos de la DTSA a los que confiere un alto grado de conocimiento sobre esta cuestión, expresamente indicaron que la concesión de un período adicional resulta procedente por lo que, tampoco en este punto existe el apartamiento arbitrario de los informes de la DTSA denunciado.

10. La cuestión verdaderamente litigiosa se centra pues, en determinar si resulta razonable la duración del período adicional de 10 meses concedido por la Sala de Regulación (hasta el 1 de julio de 2016), teniendo en cuenta que la DTSA consideró que lo correcto era un mes y medio.

11. Los argumentos expuestos por la Sala de Regulación al respecto descansan sobre la base de un informe técnico elaborado específicamente a este respecto por Orange, que asumió expresamente y cuyos fundamentos no han sido cuestionado en esta sede por Vodafone.

12. En estas circunstancias, si bien la extensión de nuestro control de legalidad sobre la decisión de la Sala de Regulación de la CNMC debe ser completo, no puede llegar a sustituir los elementos discrecionales que integran la resolución.

13. Un control judicial completo se impone desde el mandato del artículo 24.1 CE y debe examinar y valorar la base técnica en la que se asienta la resolución impugnada tomando en consideración su eventual inconsistencia y contradicciones de razonamiento. También debe tener en cuenta si se ha excluido algún elemento fáctico relevante para la toma de la decisión, pues el examen y control de la resolución impugnada debe realizarse desde su racionalidad, aunque sin sustituir, como hemos anticipado el margen de discrecionalidad del regulador.

14. En el presente caso, la recurrente se ha limitado a negar la concurrencia en el presente caso de factores exógeno impeditivos de la toma de control de Jazztel por Orange, sin realizar una crítica razonada sobre la base técnica en la que se asentó la resolución, esto es, el informe de Orange asumido por la CNMC, que evidenciara la concurrencia de alguna de las circunstancias referidas en el apartado anterior.

Por todo ello, su petición no puede ser estimada.

15. Tampoco puede ser acogido el argumento de que la resolución ha vulnerado las normas sectoriales de las telecomunicaciones y ello porque, como indican tanto Orange como la defensa del Estado, el proceso de fusión entre Jazztel y Orange determina una transmisión en bloque de sus patrimonios (artículo 22 de la Ley 3/2009 de 3 de abril sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles), no la desaparición de las mismas.

15. La consecuencia de ello es que los actos y contratos suscritos por ambas compañías mantenían su pleno vigor, como de forma implícita aceptó Vodafone, que no presentó su reclamación hasta el 22 de abril de 2016, a pesar de que desde el 18 de agosto de 2015 existía la unidad económica entre Jazztel y Orange.

16. Los razonamientos expuestos conducen a la íntegra desestimación del recurso, incluidas sus peticiones subsidiarias que se centran en un decalaje de las fechas que resulta incompatible con los razonamientos expuestos.

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

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

FALLAMOS

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

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