



Roj: **SAN 1565/2021 - ECLI:ES:AN:2021:1565**

Id Cendoj: **28079230082021100197**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **07/04/2021**

Nº de Recurso: **764/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000764 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04577/2018

Demandante: ORANGE ESPAGNE, S.A.U.

Procurador: D. ROBERTO ALONSO VERDÚ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: EVOLUTIO CLOUD ENABLER, S.A (ANTERIORMENTE BT)

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

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 siete de abril de dos mil veintiuno.

Visto el presente recurso contencioso administrativo nº **764/2018**, 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, S.A.U.**, contra resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 21 de junio de 2018, por la que se resuelve conflicto de interconexión interpuesto por BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A.U., por los precios de originación móvil para llamadas gratuitas.



Ha sido parte demandada, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, dirigida y representada por la Abogacía del Estado. Ha comparecido, como **codemandada, EVOLUTIO CLOUD ENABLER, S.A (anteriormente BT)**, representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. **Cayetana de Zulueta Luchsinger**.

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 21 de junio de 2018, por la que se resuelve el conflicto de interconexión interpuesto por BT ESPAÑA, COMPAÑÍA DE SERVICIOS GLOBALES DE TELECOMUNICACIONES, S.A.U, contra la recurrente, por los precios mayoristas de originación móvil para llamadas gratuitas.

SEGUNDO.- Pr esentado 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 Primero, 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 impugnada,, con todo lo demás que proceda en Derecho;

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

TERCERO.- Fo rmalizada 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) inadmita el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE, y (ii) desestime íntegramente el recurso contencioso-administrativo, con expresa imposición de costas.*

La Codemandada presentó escrito en el que instó que se desestime íntegramente la demanda, con imposición de costas a la parte actora.

CUARTO.- 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 17 de marzo del año en curso en que, efectivamente, se votó y falló.

Ha sido Ponente **D. Fernando Luis Ruiz Piñeiro**, Magistrado de la Sección, quien expresa el parecer de la Sala.

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 21 de junio de 2018, en la que se **RESUELVE**:

"UNICO.- Establecer que el precio del servicio de originación móvil que, en virtud del Acuerdo General de Interconexión de 29 de julio de 1999, Orange Espagne, S.A. Unipersonal (Orange) presta a BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A. Unipersonal (BT) para las llamadas gratuitas a numeraciones atribuidas a BT para la prestación de servicios de asistencia técnica e información (numeraciones cortas 1432, 1433 y 1434) y servicios de cobro revertido (numeraciones del tipo 800/900) no puede ser superior a 4,21 c€/min a partir del día siguiente de la notificación de la presente Resolución ".

Previamente, con fecha 9 de octubre de 2017, tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) un escrito de BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A. Unipersonal (en adelante, BT) en virtud del cual interpone un conflicto frente a Orange Espagne S.A. Unipersonal (en adelante, Orange) en relación con el precio del servicio mayorista de originación para la realización de llamadas con origen móvil de la red de Orange a numeraciones gratuitas para el llamante, incluyéndose dentro de esta categoría las llamadas a numeraciones cortas y las llamadas a numeraciones del tipo 800x/900x para los servicios de cobro revertido (en adelante, precios de originación móvil para llamadas gratuitas).

BT manifiesta que (i) entre 2016 y 2017 mantuvo conversaciones con Orange para abordar una posible reducción de los precios de originación para llamadas gratuitas, contemplado en el Acuerdo General de Interconexión (en adelante AGI) firmado el 29 de julio de 1999, (ii) solicitó renegociar las dichos precios a raíz de la Resolución de la CNMC relativa al conflicto entre BT y Telefónica Móviles España S.A.U., por los precios



de originación para llamadas gratuitas, pero Orange expuso que la citada Resolución no era aplicable, y (iii) como respuesta, Orange propuso establecer un precio de 7c€/min.

La problemática jurídica que plantea el presente recurso es pareja, a la que se ha cuestionado en el procedimiento 689/2018, seguido ante esta misma Sala y Sección, en que se ha dictado sentencia de fecha 27 de julio de 2020, que ahora seguimos al no variar los elementos de juicio, ni el criterio de esta Sala respecto del planteamiento jurídico suscitado. En el citado procedimiento era también recurrente Orange Espagne, frente a la CNMC, Telefónica Móviles España, S.A.U. y Dialoga Servicios Interactivos, S.A. Se impugnaba también la fijación del precio de la llamada desde red móvil en cuanto se fijaba que no podía ser superior a 4,21 céntimos de Euro por minuto.

SEGUNDO.- Pues bien decíamos en la indicada sentencia:

<<Como 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>> (...).

TERCERO.- También indicábamos, en la referida sentencia recaída en el recurso 689/18:

<<Alega 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>>.

En función de todo lo hasta aquí recogido, que hemos plasmado en la citada sentencia, nos parece clara la procedencia de desestimar el presente recurso. Nos apoyamos también en nuestra anterior sentencia dictada en el recurso 633/17, de fecha 24 de julio de 2020, que las partes también citan y conocen.

En cuanto a la carta que se aporta por la actora, en trámite de conclusiones, debemos señalar que la Sala considera procedente su incorporación a las actuaciones, al tratarse de documento posterior al escrito de demanda y haberse permitido a la contraria formular las alegaciones que estime oportunas. En todo caso, la referida carta es una opinión formulada por un Jefe de Unidad y manifiesta el parecer de dicha persona (se alude expresamente a intercambiar "opiniones") en relación con la información que se le ha trasladado. Con ello, ponemos de relieve que la opinión formulada no puede exceder de dicha condición, desconociéndose además la exacta consulta formulada. El contenido y alcance de dicho documento no puede servir de base para anular la resolución de la CNMC que se recurre, cuyo amparo normativo y ajuste a derecho consideramos positivamente.

Para concluir, igual que afirmábamos en la sentencia de 27 de julio de 2020, 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.

CUARTO.- En virtud de lo dispuesto en el artículo 139 LRLCA, deben imponerse las 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, S.A.U.**, contra resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 21 de junio de 2018, por la que se resuelve conflicto de interconexión, la cual confirmamos como ajustada a Derecho. 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