



Roj: **SAN 5233/2021 - ECLI:ES:AN:2021:5233**

Id Cendoj: **28079230082021100588**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **11/11/2021**

Nº de Recurso: **715/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **EUGENIO FRIAS MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000715/2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04230/2018

Demandante: DIALOGA SERVICIOS INTERACTIVOS, S.A.

Procurador: SR. INFANTE SÁNCHEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: ORANGE ESPAGNE, S.A.U.

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

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 once de noviembre de dos mil veintiuno.

La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha visto el recurso número **715/2018**, interpuesto por **DIALOGA SERVICIOS INTERACTIVOS, S.A.** representada por el Procurador **Sr. Infante Sánchez** y defendida por Letrado, contra resolución de **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA** representada y defendida por el Abogado del Estado. Ha sido parte codemandada **ORANGE ESPAGNE, S.A.U.** representada por el Procurador Sr. Alonso Verdú y defendida por Letrado.

Es Ponente el Ilmo. Sr. **D. Eugenio Frías Martínez**.

AN TECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Interpuesto el presente recurso y previos los oportunos trámites, se confirió traslado a la parte actora para formalizar la demanda, lo que verificó por escrito en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, solicita sentencia estimatoria del recurso.

SEGUNDO.- La Administración demandada, una vez conferido el trámite para contestar la demanda, presentó escrito en el que alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, solicitando una sentencia en la que se declare la conformidad a derecho de las resoluciones impugnadas.

Orange Espagne no contestó a la demanda.

TERCERO.- Tras la práctica de las pruebas que se consideraron pertinentes, con el resultado obrante en las actuaciones, se confirió traslado a las partes para la formulación de conclusiones. Presentados los oportunos escritos quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 10 de noviembre del presente año, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone el recurso contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, de fecha 17 de mayo de 2018, en la que se RESUELVE:

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

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

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

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

1.- Con fecha 6 de marzo de 2017, tuvo entrada en el registro de la CNMC un escrito de Dialoga interponiendo un conflicto frente a Telefónica Móviles y Orange en relación con los precios de los servicios mayoristas de originación para las llamadas a (i) sus numeraciones del tipo 900, para los servicios de cobro revertido, y (ii) sus numeraciones del tipo 902, para los servicios de pago por el llamante sin retribución para el llamado, desde las redes móviles de dichos operadores.

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

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

3.- Dialoga sostenía que el precio mayorista de originación para las llamadas originadas en una red móvil con destino su numeración 900 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 BT, 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. Precizando 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 el operador de acceso por la llamada corresponde al servicio de originación.

Se expone el entorno regulatorio de los mercados de acceso y originación, aclarando que los servicios mayoristas de originación de llamadas que se prestan sobre las redes fijas y móviles están sujetos a un marco regulatorio diferente, no estando todos ellos sujetos al cumplimiento de obligaciones regulatorias ex-ante.



Que Telefónica fue designada como operador con poder significativo de mercado de acceso y originación de llamadas en la red telefónica pública en una ubicación fija mediante Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de 17 de enero de 2017; este mercado se corresponde con el Mercado 2 de la Recomendación de mercados relevantes de la Comisión Europea de 2007; en virtud de las obligaciones que se han impuesto a Telefónica en el mercado 2/2007, los precios del servicio mayorista de originación para llamadas a numeraciones de tarifas especiales y numeración corta (que incluyen las llamadas del presente conflicto) están orientados a costes y publicados en la Oferta de Interconexión de Referencia (OIR).

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

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

Que, mediante Resolución de 11 de mayo de 2017, la CNMC resolvió el conflicto que BT había interpuesto frente a Telefónica Móviles en relación con el precio de los servicios mayoristas de originación que estos dos operadores se prestan mutuamente para la realización de llamadas con origen móvil a numeraciones gratuitas para el llamante; numeraciones del tipo 14YA y 800x/900x. La CNMC estableció los precios de originación para llamadas gratuitas entre ambos operadores, tomando como referencia el precio minorista del servicio de telefonía móvil. En concreto, se concluye que el precio de este servicio mayorista no debe ser superior a 4,21 céntimos de euro por minuto. Se establece, asimismo, un precio intermedio de 7 céntimos de euro por minuto durante cuatro meses para facilitar la transición al nuevo precio de originación móvil. Que los precios de originación móvil para las llamadas a numeración 900 de Dialoga que Telefónica Móviles y Orange ofrecen son los mismos que la Sala de Supervisión analizó en el marco del conflicto entre BT y Telefónica Móviles; que el nuevo precio de originación móvil que Telefónica Móviles y Orange le trasladan a Dialoga, desde el 1 julio de 2017, de 7c€/min en las llamadas a su numeración 900 cursadas en interconexión indirecta, es el precio que la Comisión impuso en el marco del conflicto entre BT y Telefónica Móviles sólo de forma transitoria; para un periodo de cuatro meses contado a partir de la Resolución de dicho conflicto. Que para aplicar un precio para la originación desde las redes de Telefónica Móviles y Orange a la numeración 900 de Dialoga diferente del precio de 4,21 c€/min²⁰, que la CNMC impuso a Telefónica Móviles en el marco del anterior conflicto, sería preciso que concudiesen 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 la demanda se sostiene:

i) Aplicación del precio máximo de originación móvil tanto en interconexión directa como indirecta.

No es razonable, justo ni adecuado que en el Resuelve primero y segundo de la Resolución recurrida los precios máximos para el servicio de originación móvil se establezcan únicamente en caso de que exista una interconexión directa.

En la Resolución de BT, la CNMC establece que las condiciones económicas establecidas en dicha Resolución son aplicables tanto para la interconexión directa como indirecta. No obstante en la Resolución recurrida sólo se establece que las condiciones son aplicables en interconexión directa pese a que solicitó que también expresamente lo fuesen en la interconexión indirecta.

El hecho de que la Resolución de BT, en la cual se basa la Resolución recurrida, se aplique tanto en el caso de interconexión directa como indirecta, mientras que la Resolución recurrida sólo es aplicable en caso de interconexión directa resulta discriminatorio para Dialoga e imposibilita que esta pueda competir en igualdad de condiciones con BT.

ii) Debe incluirse la fórmula de la Resolución de BT que permite actualizar los precios máximos a aplicar.

El Resuelve primero y segundo de la Resolución recurrida, se basan precisamente en la Resolución de BT tal y como consta en numerosos pasajes.

La página 18 de la Resolución de BT incluye la siguiente fórmula que no se ha incluido en la Resolución recurrida pese haberlo solicitado reiteradamente en el marco del conflicto objeto de la resolución recurrida:

Mientras la Resolución recurrida fija el coste máximo de originación móvil para Dialoga en 4,21 céntimos por minuto, en aplicación de la fórmula incluida por la CNMC en la Resolución de BT, el precio máximo para BT actualmente es de máximo 3,15 céntimos de euro por minuto, y se prevé que este continúe descendiendo mientras que el precio de Dialoga permanece estático con motivo de que la Resolución recurrida no incluye la fórmula de la Resolución de BT.

La no inclusión de la referida fórmula en la Resolución recurrida es discriminatoria y supone una desventaja competitiva para Dialoga respecto a BT.

iii) Deber de aplicar los precios máximos de originación móvil a la numeración 902.

Los costes para TME y Orange por originar llamadas con destino a numeración 900 y 902 de Dialoga son técnicamente equivalentes entre sí, ya que las llamadas son enrutadas por los mismos elementos de red y, por ende, no hay ninguna justificación técnica para la existencia de tan descomunal diferencia en el margen comercial obtenido por TME y Orange.

La problemática de la numeración 900 descrita por la CNMC en la Resolución recurrida es objetivamente extrapolable a la numeración 902.

Del mismo modo que ocurre con la numeración 900, la bajada del coste de originación a la numeración 902 de Dialoga se podría de igual manera trasladar a los usuarios finales reduciendo los costes fijos por cuotas que Dialoga aplica a sus clientes titulares de numeración 902, permitiendo de este modo que Dialoga compita con TME-Telefónica de España y Orange en igualdad de condiciones y sin que exista discriminación y perjuicios injustos para Dialoga.

TME y Orange retienen el 80% del ingreso medio minorista, careciendo de sentido que el operador de acceso tenga un margen adicional por la entrega de llamadas a servicios de red inteligente.

La prestación del servicio 902 está regulado en la Oferta de Interconexión de Referencia (en adelante, "OIR") que se encuentra en vigor y que está regulada y aprobada por la CNMC. Pese a que la OIR es la piedra angular del sistema de facturación regulado, el criterio seguido en dicha oferta para la facturación de numeración 902 contradice diametralmente lo dispuesto en la Resolución recurrida.

La CNMC debió resolver el conflicto respecto del precio máximo de originación móvil a la numeración 902, para garantizar la accesibilidad e interoperabilidad de la numeración, en lugar de traslado de la 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 para que valore la conveniencia de establecer un precio máximo para las llamadas cursadas hacia numeraciones del rango 902, dado que dicha medida ya había sido solicitada en dos ocasiones anteriores, y no tener carácter vinculante, no resolviendo la problemática existente.

iv) El precio máximo de originación de 4,21 céntimos de euro por minuto fijado en el Resuelve primero y segundo de la Resolución recurrida debería aplicarse necesariamente también en la interconexión indirecta y de forma retroactiva desde 15 de junio de 2015 según solicitado en las medidas cautelares o subsidiariamente desde 1 de noviembre de 2017; esto es, cuatro meses después de que comenzara a aplicarse efectivamente el precio de 7 céntimos de euro por minuto a las llamadas originadas en las redes de los referidos operadores, cursadas en tránsito a través de la red de Telefónica de España y con destino a la numeración gratuita de Dialoga.

v) El expediente MTZ 2009/822 corresponde a un conflicto planteado por la entidad Alterna Project Marketing, S.L. (en adelante, "Alterna"), contra TME, Orange, Vodafone España, S.A., sociedad unipersonal, Xfera Móviles, S.A. y Euskaltel, S.A. en relación con la imposibilidad de alcanzar un acuerdo para la prestación de servicios SMS Premium.

Pese a que evidentemente el servicio de SMS Premium es diferente al servicio 902 que presta mi representada, existe un paralelismo y una identidad incontestable e irrefutable entre el citado expediente MTZ 2009/822 y el que nos ocupa, de forma que la resolución recaída sobre dicho expediente MTZ 2009/822 recoge fundamentos jurídicos aplastantes que apoyan lo solicitado por Dialoga en el marco del presente expediente.

TERCERO.- Se mantiene en primer lugar, que la Resolución recurrida, se basa precisamente en la Resolución de BT, la cual incluye una fórmula para la resolución del conflicto, que no es recogida en la resolución recurrida, fijando el coste máximo de originación móvil para Dialoga en 4,21 céntimos por minuto. En aplicación de dicha fórmula, sostiene que el precio máximo para BT actualmente es de máximo 3,15 céntimos de euro por minuto, la no incorporación de la fórmula es discriminatoria y supone una desventaja competitiva para Dialoga respecto a BT.

La Resolución de la CNMC CFT/DTSA/013/16, resuelve el conflicto entre BT y Telefónica Móviles 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. En el resuelve primero y segundo se establece un precio máximo transitorio de 7 céntimos minuto durante cuatro meses y un precio máximo de 4,21 céntimos transcurrido dicho periodo, sin recogerse en el resuelve fórmula alguna. Para la fijación de dicho precio se tuvo en cuenta la fórmula $P_{\text{Originación_Móvil}} = P_{\text{Medio_Minorista_Móvil}} - \text{CICX_Terminación_Fija_Nacional}$ como metodología para el cálculo de los precios; para evitar conflictos futuros en la actualización de precios de originación en base a nuevos datos, se fija el marco de actualización anual sin que el precio debiera superar el calculado conforme a la fórmula, con los datos del último informe trimestral publicados por la CNMC.

La resolución impugnada en el fundamento jurídico cuarto, fija el mismo precio máximo establecido en la resolución antes citada del conflicto entre BT y Telefónica Móviles, de 4,21 céntimos sin considerar aplicable el precio transitorio de 7 céntimos al estar siendo aplicado dicho precio por los operadores en el momento de la resolución. Respecto de las futuras actualizaciones se señala: "Con respecto a futuras actualizaciones de este precio de originación móvil igual a 4,21 céntimos de euro, la Resolución del conflicto entre BT y Telefónica Móviles establece el marco en el que deberían producirse futuras negociaciones: "la CNMC publica datos actualizados que permitirían actualizar el precio de originación aproximadamente cada tres meses, pero una actualización tan frecuente no parece justificada. Una actualización de precios anual resulta más razonable y acorde con la revisión de otros precios mayoristas. Por ello, de cara a los siguientes años, se aclara que esta Sala considerará que el precio de originación para llamadas gratuitas para BT y Telefónica Móviles no deberá superar el calculado conforme a la fórmula (1) con los datos del último informe trimestral del año publicado por esta Comisión". Esta Sala considera que este marco de actuación también es aplicable a las negociaciones que un futuro puedan producirse entre Dialoga y Telefónica Móviles así como entre Dialoga y Orange".

No existe, en consecuencia, la discriminación alegada, al haberse fijado idéntico precio máximo en ambas resoluciones, con idéntica previsión de actualización de precio futura, al limitarse la resolución recurrida a reproducir, entre comillas, lo establecido previamente respecto de BT.

CUARTO.- Pr etende la recurrente la aplicación del precio máximo de originación móvil tanto en interconexión directa como indirecta, como se había efectuado en la resolución de BT.

Se debe señalar que el escrito interponiendo el conflicto se refiere a la negociación de los precios de originación móvil para llamadas a numeración 900 y 902 en el marco de un nuevo AGI y la modalidad de interconexión directa, siendo este el objeto del procedimiento, como se recoge en la resolución recurrida que señala "El objeto del presente procedimiento se centra en analizar si los precios de originación móvil para llamadas a numeraciones 900 y 902 propuestos por Telefónica Móviles y Orange en la negociación de la interconexión directa con Dialoga son apropiados conforme a los objetivos establecidos en el artículo 3 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) y, si éste no fuera el caso, establecer los precios de originación para este tipo de llamadas que deberían regir las relaciones comerciales entre Dialoga y Telefónica Móviles, por una parte, y Dialoga y Orange, por otra parte."

Es en las alegaciones al informe sometido al trámite de audiencia cuando solicita que el precio máximo se aplique en caso de interconexión directa como en el caso de interconexión indirecta.

La resolución aborda la cuestión respecto de la problemática planteada, conflicto de interconexión directa entre Dialoga y Telefónica Móviles y Orange, de acuerdo con las negociaciones que había iniciado, no siendo posible efectuar una solicitud más amplia de la del conflicto cuya resolución se pretende.

Además, y como pone de manifiesto el Abogado del Estado, el objeto de la resolución de BT y TME era como refleja la resolución "El objeto del presente procedimiento se centra en analizar si los precios de originación para llamadas gratuitas del addendum de 1 de abril de 2011 suscrito por BT y Telefónica Móviles son apropiados conforme a los objetivos establecidos en el artículo 3 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) y, si éste no fuera el caso, establecer los precios de originación para llamadas gratuitas que deberían regir las relaciones comerciales bilaterales de BT y Telefónica Móviles". El conflicto entre BT y TME analizaba los precios de originación que estos dos operadores se aplicaban para las llamadas a numeración gratuitas conforme a un AGI y un addendum que estaban en vigor y preveían la prestación del servicio de originación móvil en las dos modalidades de interconexión (directa e indirecta).

Dichas circunstancias no concurren en el marco del conflicto interpuesto por Dialoga, por lo que no puede justificarse la ampliación que se pretende en la resolución de BT.

QUINTO.- Se pretende que el precio máximo de originación de 4,21 céntimos de euro por minuto fijado debería aplicarse necesariamente también en la interconexión indirecta y de forma retroactiva desde 15 de junio de 2015 según solicitado en las medidas cautelares o subsidiariamente desde 1 de noviembre de 2017, pero sin contener razonamiento alguno que justifique la aplicación retroactiva del preciso; por lo que resulta razonable la aplicación del precio máximo fijado desde el momento de la notificación de la resolución, al no existir motivo de una aplicación retroactiva de la misma.

SEXTO.- Se entiende inadecuada la decisión de no fijar un precio máximo para las llamadas 902, manteniendo que no existe diferenciación entre la originación móvil para 900 y para 902. Entiende que los márgenes de los operadores son exorbitante, el 80% del precio minorista. Entiende que los argumentos que la CMT utilizó para aplicar el modelo de facturación de acceso para la oxigenación desde la red fija en el marco de la Oferta de Interconexión de Referencia (OIR) resultan aplicables, debiéndose haber cuantificado el importe razonable para Dialoga o TME/Orange. Finalmente hace referencia a la Resolución de 22 de julio de 2010 relativa a un conflicto de interconexión para la prestación de los servicios SMS Premium, entendiéndose que serían aplicables los razonamientos contenidos en la misma.

La resolución impugnada pone de manifiesto que "La numeración 900 se distingue de la 902, en relación a quien paga la llamada. Según el Plan Nacional de Numeración Telefónica (en adelante, PNNT), la numeración 900 está atribuida a servicios de cobro revertido automático, es decir, servicios en los que la llamada es gratuita para el usuario que la realiza y es pagada íntegramente por el abonado que la recibe. Mientras que en la numeración 902, la llamada es pagada íntegramente por el usuario que la realiza." Para las llamadas a numeración 900 es el operador de red inteligente (Dialoga) el encargado de abonar el servicios mayorista de prestado por el operador de acceso. Para las llamadas a la numeración 902 los operadores de acceso Telefónica Móviles u Orange cobran a sus respectivos abonados una tarifa por cada llamada realizada a numeración 902, independientemente de quien sea el operador de red inteligente, recibiendo Dialoga una retribución por la terminación de las llamadas a su numeración 902. El importe de la llamada del cliente a la numeración 902 es repartido entre el operador de acceso y el operador de red inteligente. La parte que se queda el operador de acceso por la llamada corresponde al servicio de originación.

La resolución pone de manifiesto que Telefónica Móviles y Orange retienen el 80% del importe del ingreso mínimo minorista, correspondiendo a Dialoga el 20%. E igualmente se constata que "el ingreso medio de



originación móvil agregado, correspondiente al total de llamadas desde las redes de Telefónica Móviles y Orange a la numeración 902 de Dialoga, supera con creces el ingreso medio mayorista que perciben los OMR por dar acceso a los OMV a sus respectivas redes"; y en igual medida "el ingreso medio de terminación en red inteligente agregado, que percibe Dialoga por el total de llamadas originadas en las redes de Telefónica Móviles y Orange con destino a su numeración 902, supera el ingreso medio que perciben los operadores por los servicios mayoristas de terminación en sus redes", siendo dicho ingreso medio por la terminación de llamadas en la numeración 902 diez veces mayor que el precio de terminación móvil.

Sobre dichos presupuestos, que no han sido negados por la parte recurrente, se efectúa la resolución efectúa la valoración de su capacidad de actuación en el conflicto planteado, señalando:

"en el caso de las llamadas a numeración 902, el precio de originación determina la retribución de Telefónica Móviles y Orange pero no supone un coste para Dialoga en sentido estricto. Como se ha explicado, conforme al modelo actual de terminación, Telefónica Móviles u Orange no cobran a Dialoga por el servicio de originación, como en el caso de las llamadas a numeración 900, sino que pagan a Dialoga por el servicio de terminación en su numeración 902.

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. A este respecto, 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. Bajo este nuevo modelo de acceso, el precio de originación quedaría establecido (presumiblemente a un nivel inferior que el actual) y el operador de acceso pagaría la diferencia entre el precio para el cliente final de una llamada a numeración 902 y el nuevo precio de originación móvil(...).

En ese hipotético escenario basado en un modelo de acceso, Telefónica Móviles y Orange se enfrentarían a la siguiente tesitura. Podrían mantener el mismo precio para el usuario final y con ello incrementar únicamente el ingreso unitario de Dialoga o, por el contrario, trasladar la reducción en el precio de originación al precio del cliente final. Si este último fuera el caso, sería esperable que el tráfico a la numeración 902 aumentara y con ello los ingresos totales de Dialoga. El impacto sobre los ingresos de Telefónica Móviles y Orange no sería tan claro; por un lado, el ingreso unitario se habría reducido y ello afectaría negativamente y, por otro lado, el volumen de tráfico habría aumentado lo cual tendría un efecto positivo. Dependiendo de la elasticidad de la demanda (esto es, la sensibilidad de la decisión de consumo de los usuarios finales ante variaciones en el precio) prevalecería un efecto u otro (o podrían incluso anularse mutuamente)(...).

A falta de una implantación del modelo de acceso, la solicitud de intervención de Dialoga requería la fijación de un precio máximo a nivel minorista y al menos el mantenimiento de los precios de terminación en su numeración 902 actuales.

Cualquiera de estas dos alternativas (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) excede del ámbito de actuación de esta Comisión en el marco de un conflicto entre partes como el presente. La aplicación de un modelo de acceso constituiría un cambio significativo en las reglas que vienen rigiendo la interconexión entre los operadores móviles y los operadores de red inteligente y no sería proporcional ni justificado adoptarlo únicamente para un número reducido de operadores. De igual modo, la fijación de un precio máximo a nivel minorista es una medida de carácter excepcional en el contexto de la regulación *ex-ante* y, por tanto, estaría aún menos justificada en el marco de un conflicto entre partes.

Por último, cabría la posibilidad de intervenir incrementando el precio de terminación en red inteligente para las llamadas desde las redes móviles de Telefónica Móviles y Orange a la numeración 902 de Dialoga. De esta forma, se alteraría el reparto actual de los ingresos entre el operador de acceso (Telefónica Móviles y/o Orange) y el operador de red inteligente (Dialoga) con el objetivo de que el ingreso unitario por originación móvil para llamadas a numeración 902 se aproximara al ingreso unitario de un servicio mayorista comparable, como es el servicio de originación móvil para llamadas a numeración 900. Dado que el ingreso unitario que actualmente Dialoga percibe por el servicio de terminación en red inteligente se sitúa en un nivel elevado, este incremento en el precio de terminación no estaría justificado".

En el Anexo se indica "A este respecto cabe señalar que las diferencias entre los servicios de originación móvil para las llamadas a numeración 900 y 902 no se limitan al sentido de los flujos de pagos. Como se explica en fundamento jurídico material quinto, una bajada en el precio de originación móvil para las llamadas a numeración 902 no tiene necesariamente los mismos efectos que en el caso de las llamadas a numeración 900. En este último caso, el operador de red inteligente se beneficia de una reducción en sus costes y tiene, por tanto, más capacidad para comercializar servicios a través de la numeración 900 o, cuanto menos, tiene menos incentivos para comercializarlos mediante otras numeraciones (bien geográfica o bien del tipo 902).

En el caso de la numeración 902, el operador de red inteligente aumentaría sus ingresos, pero no tendría necesariamente por qué mejorar las condiciones en que ofrece estos servicios a sus clientes finales. De hecho, dependiendo del nivel de competencia entre los operadores de red inteligente, podría optar por mejorar sus beneficios reteniendo esos mayores ingresos, en vez de competir más agresivamente.

Por este mismo motivo, el establecimiento de un mismo precio de originación móvil para las llamadas desde la red de Telefónica Móviles y la red de Orange a la numeración 900 de Dialoga no significa que este mismo precio deba aplicarse al servicio de originación para llamadas a numeración 902, tal y como sostiene Dialoga. Como se ha argumentado, existen diferencias que sí justifican la adopción de un enfoque diferente a la hora de abordar la problemática asociada a las condiciones económicas en que se presta el servicio de originación desde las redes móviles de Telefónica Móviles y Orange para las llamadas a numeración 900 y 902 de Dialoga".

A la vista de dichas consideraciones de elevados precios que pagan los clientes finales y la efectividad de la intervención solo a nivel mayorista concluye que no se estima justificada la introducción de un modelo de facturación de acceso.

La CNMC interviene para la resolución del conflicto entre los operadores, ante la falta de acuerdo en las negociaciones entre las partes, de conformidad con los artículos 12.5, 15 y 70.2 d) y g) de la Ley 9/2014 de Telecomunicaciones, dicha intervención está sujeta al principio de mínima intervención, como señalamos en la sentencia de 4 de noviembre de 2013. Las obligaciones que se impongan deben ser objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias (art. 12.6 Ley 9/2014).

La resolución recurrida analiza de forma pormenorizada las diferencias entre las llamadas a los números 900 y 902, pone de manifiesto el elevado precio que abonan los usuarios, y que los precios mayoristas tanto de originación como de terminación en red inteligente superan significativamente los precios de otros servicios comparables, y que las distintas formas de intervenir, que analiza, no garantizan la mejora de las condiciones de los usuarios finales. Debiéndose entenderse adecuada y suficientemente motivada la decisión adoptada.

Respecto a la alegación de precedente respecto de la Resolución de 22 de julio de 2010 relativa el conflicto a la prestación de los servicios SMS Premium, la resolución en el Anexo pone de manifiesto que:

"Dialoga obvia una diferencia entre los marcos regulatorios que rigen los precios para el cliente final de los SMS Premium y las llamadas con origen móvil a numeración 902. Con respecto a los primeros el Ministerio ha establecido unos precios máximos (al igual que con los precios minoristas de las llamadas a los servicios de tarificación adicional), mientras que los segundos no están sujetos a tope alguno.

Dialoga establece además un paralelismo entre servicios de llamadas y SMS de naturaleza y características diferentes como son las llamadas a numeración 902 y el envío de SMS Premium. De hecho, el servicio de llamadas más comparable al servicio de SMS Premium, objeto del conflicto de Alterna, no sería el de las llamadas a numeración 902, en el que no hay retribución para el llamado, sino el servicio de llamadas a los servicios de tarificación adicional, que se presta mediante numeración 803, 806, 807, 905 y 907 y en los que, conforme al PNNT, *"el usuario llamante paga una cantidad añadida al precio de los medios técnicos empleados por el operador para el tratamiento y transporte de las comunicaciones en sus redes"*. Como en el caso de los SMS Premium, dicha cantidad sirve para remunerar al titular del número llamado precisamente por los contenidos de valor añadido.

Por tanto, el precio para el usuario de los SMS Premium y las llamadas a los servicios de tarificación adicional consta de dos componentes a remunerar: (1) la relativa al servicio comunicaciones electrónicas, propiamente dicho, necesario para la realización de dicha llamada y/o el envío de dicho SMS y (2) la relativa al valor añadido. En una llamada a numeración 902 sólo existe el componente (1) ya que no hay un contenido de valor añadido como tal y, por ello, el usuario llamado no deber ser remunerado.

En este sentido, la asimilación del servicio de llamadas a numeración 902 a un servicio de valor añadido (como el servicio SMS Premium) no contribuiría a solucionar la problemática identificada por la CNMC en el marco de Acuerdo de 3 de octubre en relación al supuesto uso indebido de la numeración 902 consistente en retribuir al llamado, utilizando de facto esta numeración como si fuera de tarificación adicional".

La resolución pone de manifiesto la diferencia de escenarios regulatorios y de servicios, que impiden que pueda entenderse la resolución del conflicto de SMS Premium como un precedente aplicable al caso de autos.

Por todo lo expuesto el recurso debe ser desestimado.

SÉPTIMO.- De conformidad con el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa procede imponer las costas a la parte recurrente.

Vistos los preceptos citados y demás normas de procedente aplicación,

**FALLAMOS**

Que debemos DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **DIALOGA SERVICIOS INTERACTIVOS, S.A.** contra la Resolución citada en el Fundamento de Derecho Primero. Con imposición de 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