



Roj: **STS 1611/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1611**

Id Cendoj: **28079130032022100090**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **19/04/2022**

Nº de Recurso: **7370/2020**

Nº de Resolución: **454/2022**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2175/2020,**  
**ATS 8765/2021,**  
**STS 1611/2022**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Tercera**

**Sentencia núm. 454/2022**

Fecha de sentencia: 19/04/2022

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **7370/2020**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/03/2022

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCIÓN 8

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: mas

Nota:

R. CASACION núm.: **7370/2020**

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Tercera**

**Sentencia núm. 454/2022**

Excmos. Sres.

D. Eduardo Espín Templado, presidente



D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

En Madrid, a 19 de abril de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación registrado bajo el número **7370/2020**, interpuesto por la Procuradora doña Beatriz Pérez-Urruti Iribarre, en nombre y representación de Telefónica Móviles España, S.A.U. ("TME"), bajo la asistencia letrada de don José Giménez Cervantes, contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 24 de julio de 2020, dictada en el recurso contencioso-administrativo 633/2017, sobre impugnación de resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de Competencia de 4 de mayo de 2017.

Han sido partes recurridas, la procuradora de los tribunales doña Cayetana de Zulueta Luchsinger, en nombre y representación de la mercantil Evolutio Cloud Enabler, S.A., antes denominada BT España, Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A.U ("BT"), bajo la dirección letrada de don Álvaro de la Cueva Fernández. y el Sr. Abogado del Estado en representación legal y asistencia letrada que le corresponde.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En el recurso contencioso-administrativo número 633/2017 la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia el 24 de julio de 2020, cuyo fallo dice literalmente:

<<Desestimamos el recurso interpuesto y en consecuencia confirmamos el acto impugnado. Se imponen las costas a las parte recurrente >>

La Sala de instancia fundamenta la decisión de desestimar el recurso contencioso-administrativo, con base en la exposición de las siguientes consideraciones jurídicas:

<< Mediante el primer motivo de recurso, TME solicita la declaración de nulidad de la resolución recurrida, por ser su contenido de imposible cumplimiento al no prestarse ya los servicios en cuestión.

No podemos compartir los argumentos de la recurrente por los siguientes motivos, que esencialmente coinciden con el planteamiento de la CNMC, la Abogacía del Estado y la codemandada BT:

1.La propia recurrente, en su escrito de demanda, confirma la vigencia de la resolución en el momento del planteamiento del conflicto, pues solicita el restablecimiento de la situación jurídica previa mediante el derecho de TME refacturar a través de Telefónica de España, los servicios de originación de llamadas prestados de BT a los precios vigentes antes de dictarse la resolución recurrida.

2.Lo único que se ha producido desde febrero de 2016, es el cambio de una interconexión indirecta a otra indirecta, manteniendo el AGI. Esta conclusión se apoya en el apartado 2.1 del AGI, que expresamente contemplaba el cambio de enrutamiento, si los precios aplicados resultaban ser superiores a los de mercado.

3.Por otra parte, aunque ciertamente Telefónica de España tiene una personalidad jurídica distinta de la de TME, no es menos cierto que en este caso han operado con plena unidad de acción, como se infiere de los propios correos electrónicos de TME en el que, ante la petición de BT de revisión del AGI, le ofrece el cambio de enrutamiento "por nuestra red fija", esto es, por vía de Telefónica de España. No fue necesario firmar un nuevo acuerdo, ni sufrió alteración la facturación

3.La propia recurrente señala en su escrito de demanda que tras el cambio de enrutamiento siguieron las conversaciones entre TME y BT, con posterioridad a la interposición del conflicto.

Las relaciones internas entre TME y Telefónica de España, no son oponibles a BT que solo está obligada por el acuerdo suscrito con TME.

En consecuencia, debe desestimarse este motivo de recurso.

Mediante el segundo motivo de recurso, TME denuncia la infracción del principio de intervención mínima de la Administración y de la libertad de empresa. Falta de competencia de la CNMC para intervenir en el presente caso

Nuevamente debemos desestimar las alegaciones de TME y ello por los siguientes motivos:

1. El primer concepto de interconexión lo encontramos en la ya derogada Directiva 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, relativa a la interconexión en las telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la oferta de red abierta (ONP).

En nuestro derecho interno vigente en el momento de producirse los hechos, lo encontramos en el apartado 18 del Anexo II de la Ley 9/2014 de 9 de mayo General de Telecomunicaciones, que dispone lo siguiente:

"La conexión física y lógica de las redes públicas de comunicaciones utilizadas por un mismo operador o por otro distinto, de manera que los usuarios de un operador puedan comunicarse con los usuarios del mismo operador o de otro distinto, o acceder a los servicios prestados por otro operador. Los servicios podrán ser prestados por las partes interesadas o por terceros que tengan acceso a la red. La interconexión constituye un tipo particular de acceso entre operadores de redes públicas".

2. Los principios que rigen la aplicación de dicho concepto, básico para garantizar la efectividad del Mercado Interior en el marco de la libre competencia y libre contratación, son, esencialmente, el de no discriminación, transparencia, y proporcionalidad.

Así se desprende de la vigente Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco) y de las Directivas específicas: Directiva 2002/20/CE (Directiva autorización), Directiva 2002/19/CE (Directiva acceso), Directiva 2002/22/CE (Directiva servicio universal) y Directiva 97/66/CE.

La nueva Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas, con entrada en vigor el próximo 20 de diciembre de 2020, reitera los mismos principios.

En el mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: La STJUE de 14 de abril de 2016, dictada en el asunto Polkomtel C- 397/14, que reitera la doctrina de la STJUE de 17 de septiembre de 2015, asunto KPN C- 14/85, citada por la recurrente y la resolución impugnada, jurisprudencia relevante en cuanto al establecimiento de los principios de actuación, más allá de la concreta solución a la que el Tribunal de Justicia pudo llegar.

3. Resulta indiscutido, pues así lo establece taxativamente el artículo 12.5 de la Ley 9/2014 de 9 de mayo General de Telecomunicaciones aplicable por razones temporales a este caso, que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia deberá intervenir mediante decisiones vinculantes, "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".

A ello debe añadirse lo dispuesto en los artículos 15.1 y 70 de la citada Ley 9/2014, que se pronuncian en el mismo sentido.

La CNMC goza pues de un amplio margen de discrecionalidad para apreciar la necesidad de su intervención, sin perjuicio, lógicamente, del control de la racionalidad de la decisión que debe efectuarse desde esta jurisdicción.

4. La cuestión a resolver es pues, determinar si realmente nos encontramos ante un conflicto de interconexión, para lo cual deben deslindarse las relaciones privadas de carácter puramente patrimonial existentes entre las empresas implicadas, lo que sería ajeno al control de la CNMC, de aquellas situaciones en las que está comprometido el interés general en garantía del cumplimiento de los objetivos de la normativa citada, que entrarían de lleno en su ámbito de competencia. ( STS 23 de marzo de 2017, recurso casación número 2420/2014).

5. En nuestra sentencia de 4 de noviembre de 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".

En ese supuesto, su intervención quedaría efectivamente sujeta, como indica la recurrente, al principio de mínima intervención lo que implica que deben respetarse, en lo posible, a las condiciones alcanzadas por las partes en los puntos de acuerdo.

En consecuencia, únicamente procederá la CNMC a fijar condiciones en los aspectos de discrepancia, si las partes agotaron sus negociaciones y existe un interés público en la intervención del regulador.

4. En relación con el primer presupuesto, agotamiento del diálogo entre las partes, resulta necesario tener en cuenta los siguientes datos:

-TME y BT iniciaron un proceso de negociación el 10 de septiembre de 2015 mediante una petición de BT a TME, relativa a la renegociación de los precios de originación móvil en llamadas de numeración gratuita,

-Telefónica de España (no TME evidenciando una vez más la unidad de acción del grupo) contestó el 23 de septiembre siguiente, manifestando su disponibilidad para la negociación.

-El 25 de septiembre, Telefónica de España propuso a BT que el tráfico enviado hasta esa fecha mediante una interconexión directa entre BT y TME, pasara a efectuarse mediante el uso de la red fija de Telefónica de España, lo que se hace efectivo en febrero de 2016.

-El 1 de julio de 2016, sin haber llegado a un acuerdo sobre los precios a aplicar, BT interpone el conflicto.

En estas circunstancias se acredita, en nuestra opinión, el cumplimiento del primer presupuesto, si tenemos en cuenta que las negociaciones estuvieron en punto muerto alrededor de un año, sin llegar a un acuerdo concreto sobre el precio y sin que TME haya acreditado que, al tiempo de la interposición del conflicto, estuvieran negociando los precios con posibilidad de llegar a un acuerdo.

5. El segundo presupuesto se refiere a la concurrencia de un interés general que justifique la intervención de la CNMC para la fijación de precios, pues la interoperabilidad está formalmente garantizada por el acuerdo entre TME y BT.

La resolución recurrida justifica adecuadamente la base de su intervención, en términos que asumimos y que sintetizamos a continuación:

-El principio de interoperabilidad y la normativa de numeración, obliga a que toda numeración asignada debe ser accesible desde cualquier red de acceso, con la consecuencia de que un operador que preste servicios de llamadas a numeración gratuita no podría negar la interconexión de las llamadas originadas en una determinada red con destino a sus numeraciones de tarifas especiales o números cortos abiertos en interconexión.

Igualmente, el operador de acceso no puede negarse a abrir en interconexión la numeración gratuita para el llamante prestada por el resto de operadores

-La CNMC confirma, tras el análisis de la Contabilidad de Costes verificada de Telefónica Móviles correspondiente a 2014, que el coste por el servicio de acceso a numeración gratuita es sensiblemente superior al ingreso medio mayorista que percibieron los Operadores Móviles con Red (OMR), o dicho con sus palabras "los precios de originación para llamadas móviles entre BT y TME en vigor conforme al adendum, superan con creces los costes que se incurren en su prestación"

En concreto, el margen entre el coste del servicio y el precio pactado era superior al 1.000 por ciento y el precio vigente en el momento de dictarse la resolución es un 60% superior al finalmente fijado por la CNMC.

-Dicha característica tiene efectos negativos para los consumidores y las empresas, ya que el sobrecoste por el uso gratuito para el llamante de respecto de servicios de asistencia, ligado a la originación mayorista desde operadores móviles, es muy razonable que pueda provocar la migración de dichos servicios a otras numeraciones con la pérdida de la ventaja de utilizar una numeración única y fácilmente distinguible.

-El informe BEREC sobre los servicios de tarifas especiales de 24 de mayo de 2012 que denuncia los elevados ingresos que tendría el operador que origina la llamada, en los supuestos en los que el usuario llamante no paga por la llamada, especialmente cuando se origina desde una red móvil. La consecuencia de ello es la necesidad de una intervención regulatoria.

6. La recurrente trata de desvirtuar esta argumentación, afirmando que la interoperabilidad está garantizada por el AGI y que la fijación de precio es una cuestión de carácter privado, ajena al control de la CNMC.

No podemos compartir esta afirmación, a la luz de nuestra jurisprudencia y de la constatación de que el precio vigente es excesivo dificultando materialmente la interoperabilidad.



Buen ejemplo de ello es la STS de 5 de febrero de 2013, en el asunto "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, que citando jurisprudencia anterior señala que:

"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."

"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.

Debe descartarse por lo tanto el argumento de la recurrente de que una vez firmado el AGI que establece la interconexión y garantiza la interoperabilidad, la CNMC carece de competencias de escrutinio sobre el contenido del acuerdo.

Por otra parte, no existe dato alguno en el informe del BEREC que permita llegar a la conclusión de que no es aplicable su crítica a un supuesto como el presente.

Finalmente, no se discute de manera directa la bondad competitiva de la llamada gratuita del consumidor, sino los precios que debe abonar quien paga a llamada al operador que ofrece el servicio. Un precio desorbitado y fuera de mercado, es indudable que supone una desventaja competitiva para quien lo sufre y se expone a la pérdida de clientela.

Por ello, compartimos la argumentación de la CNMC sobre la posibilidad de una migración de los servicios de referencia a otras numeraciones con la pérdida de la ventaja de utilizar una numeración única y fácilmente distinguible, si lo analizamos desde el examen del comportamiento de un operador medio en el mercado que deba enfrentarse a dicha coyuntura.

7. Desde otro punto de vista, la recurrente TME, señala que con su actuación, la CMNC está fijando precios sin realizar un previo análisis del mercado.

Tampoco este argumento puede ser acogido, pues con este planteamiento, TME vincula al carácter regulado o no del mercado, el tratamiento de la diferencia entre los costes de un servicio y el precio, lo que no necesariamente debe ser así.

En este punto, debemos compartir los argumentos contenidos en el Anexo I. 3 de la resolución impugnada, pues ambos parámetros son indisociables si tomamos en consideración el objetivo fundamental de la actuación administrativa, que es el de garantizar la competencia efectiva. Por otra parte, la STJUE de 17 de septiembre de asunto KPN C- 85/14 citada por la CNMC, es un ejemplo de la necesidad de adecuar la exigencia de los análisis de mercado a las situaciones en las que son realmente necesarios.

La STJUE de 2 de marzo de 2017 asunto C-568/15, citada por la CNMC, ha sido sacada de contexto por la recurrente. La CNMC únicamente la cita a los efectos de subrayar la lógica económica que subyace en la fijación del precio de una llamada móvil y cumple sobradamente esa finalidad.



8. Alega la recurrente que la CNMC ha procedido a realizar una regulación del mercado "ex ante".

No podemos compartir este argumento, ya que la CNMC se ha ajustado en su actuación a lo que le autoriza el artículo 12.5 de la Ley 9/14, esto es, a intervenir en las operaciones entre operadores a petición de parte implicada.

La decisión impugnada solo produce efectos entre las partes implicadas, como la misma indica y no impide la libertad de pacto entre las distintas empresas.

El hecho de que la CNMC pueda resolver en el mismo sentido otras reclamaciones similares que se le planteen no implica, ni que la CNMC esté vinculada por su precedente sin posibilidad de introducir modificaciones, ni que el mismo opere como regla general y abstracta. En cada caso concurren circunstancias particulares que deben ser sopesadas.

En definitiva, la tesis de la recurrente implicaría dejar sin efecto y sin contenido la potestad reconocida a la CNMC en el artículo 12.5 de la Ley 9/14, para intervenir en un acuerdo como el enjuiciado.

9. Finalmente, la recurrente alega falta de motivación y vulneración de los principios de proporcionalidad, por el carácter indefinido de la medida adoptada y de no discriminación.

Nuevamente en este punto discrepamos del planteamiento de la recurrente.

La recurrente denuncia la infracción del artículo 12.6 de la Ley 9/14 que garantiza el principio de proporcionalidad, por establecer una revisión anual y automática del precio.

En nuestra opinión, la medida adoptada no es desproporcionada, pues los parámetros empleados para la fijación del precio por la CNMC se estiman razonables, sin que la recurrente haya evidenciado su falta de adecuación, omisión procedimental causante de indefensión, empleo de datos erróneos, u omisión injustificada de datos relevantes que pudieran evidenciar la inconsistencia de la resolución recurrida. Este y no otro, es el parámetro de control jurisdiccional.

En efecto, considerar en atención a las circunstancias expuestas, que el precio de interconexión de origenación para llamadas gratuitas no puede superar la diferencia entre el precio medio minorista de una llamada móvil nacional y el coste de terminación, es una fórmula razonable y motivada de actuación, que garantiza al operador alternativo la posibilidad de establecer una competencia real.

Justifica la resolución impugnada esta fórmula para evitar el cálculo exclusivamente por el mero coste, garantizando de esta manera que el método de intervención aplicado no vaya más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de interés económico general que persigue ( STJUE de 7 de septiembre de 2016, asunto Anode C-121/15, apartado 64.

Además, a la vista de su inmediato impacto y de la ratio entre el nuevo precio y el vigente en el momento de adoptar la resolución impugnada, se aplica de forma escalonada.

Por otra parte, el que esa fórmula se aplique de manera automática y con vocación de permanencia, carece de la relevancia que le atribuye la recurrente, pues se apoya en elementos esencialmente variables que oscilan en función del mercado de referencia, lo que se tiene particularmente en cuenta. Por ello no se puede afirmar que privilegian la posición de BT, respetando de esta manera la doctrina de la STJUE de 7 de septiembre de 2016, asunto Anode C-121/15, apartado 62.

No debe confundirse pues el establecimiento de una fórmula de revisión automática y permanente con la desvinculación de la evolución del mercado, pues eso es justamente lo que evita la metodología empleada.

Tampoco se ha vulnerado la obligación de motivación el principio de no discriminación.

La resolución impugnada expone de manera detallada la metodología seguida y exterioriza las razones por las que llega a la conclusión final, lo que determina que no puede hablarse de falta de motivación de la resolución.

Cuestión distinta es la discrepancia que respecto de dicha motivación pueda manifestar la recurrente, pero ese es un tema ajeno a la falta de motivación.

Por último, no aporta la recurrente un término de comparación que permita un pronunciamiento por nuestra parte respecto de la discriminación que invoca, por lo que debe descartarse también dicho motivo de recurso.

>>

**SEGUNDO.-** Contra la referida sentencia preparó la representación de Telefónica Móviles España, S.A.U. ("TME"), recurso de casación, que la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo preparado mediante auto de 19 de noviembre de 2020, que al tiempo, ordeno remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.



**TERCERO.-** Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dicto auto el 30 de junio de 2021 cuya parte dispositiva dice literalmente:

<<1.º) Admitir el recurso de casación n.º **7370/2020** preparado por la representación de Telefónica Móviles España, S.A.U. contra la sentencia de 24 de julio de 2020, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso n.º 633/2017.

2.º) Declarar que la cuestión planteada por la parte recurrente que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar, a la vista de los artículos 5 y 12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, en relación con el artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, si la CNMC resulta competente para imponer precios (en este caso, para la fijación de un precio máximo) en servicios no regulados por la vía de la resolución de conflictos de interconexión entre operadores, y, en caso afirmativo, bajo qué condiciones.

3.º) Se ordena publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

4.º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

5.º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección Tercera de esta Sala, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.>>

**CUARTO.-** Por diligencia de ordenación de 7 de julio 2021, habiendo sido admitido a tramite el recurso de casación, y recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, se establece que una vez transcurra el plazo de treinta días que el artículo 92.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece para la presentación del escrito de interposición del recurso de casación, se acordará. La Procuradora en nombre y representación de Telefónica Móviles España, S.A.U. ("TME), presentó escrito de interposición del recurso de casación el 22 de septiembre de 2021, en el que tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

<<que tenga por presentado este escrito, lo admita, tenga por efectuadas las manifestaciones que en él se contienen y por interpuesto el recurso de casación contra la sentencia de 24 de julio de 2020 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (sección octava), en el procedimiento ordinario núm. 633/2017 y, en mérito de cuanto antecede, se dicte Sentencia por la que, de conformidad con el artículo 93.1 de la LJCA, se estime el recurso formulado por mi representada y, en consecuencia, anule la Sentencia recurrida y, dentro de los términos en que aparece planteado el debate, estime el recurso contencioso-administrativo de instancia, anulando la Resolución.

**QUINTO.-** Por Providencia de 24 de septiembre de 2021, se tiene por interpuesto recurso de casación, y se acuerda dar traslado del escrito de interposición a las partes recurridas y personadas la mercantil Evolutio Cloud Enabler, S.A., antes denominada BT España, Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A.U ("BT"), y el Sr. Abogado del Estado, para que puedan oponerse al recurso en el plazo de treinta días, lo que efectuaron:

- La representación procesal de a mercantil Evolutio Cloud Enabler, S.A., antes denominada BT España, Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A.U ("BT") mediante escrito de oposición presentado el 19 de octubre de 2021, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas lo concluyo con el siguiente SUPPLICO:

<<que tenga por presentado este escrito de oposición al recurso de casación, y dicte sentencia por la que desestime el recurso, con imposición de costas a la parte actora>>

- El Sr. Abogado del Estado mediante escrito de oposición presentado el 22 de noviembre de 2021, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas lo concluyo con el siguiente SUPPLICO:

<<que teniendo por presentado este escrito de oposición lo admita para resolver este recurso por sentencia que, fijando en su caso la doctrina interesada en el fundamento jurídico sexto, **DESESTIME** el recurso y confirme la sentencia recurrida >>

**SEXTO.-** Por providencia de 25 de enero de 2022, se acuerda, que ha lugar al señalamiento de vista pública, se designo Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat. La vista tuvo lugar el día el día 22 de marzo a las 10:00 horas, quedando el contenido de dicho acto documentado en la correspondiente acta y en el soporte digital (CD) que obra unido a las actuaciones, procediendo esta Sala a continuación a la deliberación y votación, prosiguiendo la deliberación los días 29 de marzo y 5 de abril de 2022.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO



**PRIMERO.- Sobre el objeto y el planteamiento del recurso de casación: El asunto litigioso y la sentencia impugnada dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 24 de julio de 2020**

El recurso de casación que enjuiciamos, interpuesto por la representación procesal de la mercantil Telefónica Móviles España, S.A.U., al amparo de los artículos 86 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la redacción introducida por la disposición final de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, tiene por objeto la pretensión de que se revoque la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 24 de julio de 2020, que desestimó el recurso contencioso-administrativo formulado contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de Competencia de 4 de mayo de 2017, por la que se resuelve el conflicto de interconexión presentado por BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones S.A.U. frente a Telefónica Móviles España S.A.U. y se determinan los precios máximos de los servicios mayoristas de originación que se prestan mutuamente para la realización de llamadas con origen móvil a numeraciones gratuitas para el llamante.

La sentencia impugnada, cuya fundamentación jurídica hemos transcrito en los antecedentes de hecho de esta sentencia, rechaza que proceda acoger el primer motivo de impugnación esgrimido por Telefónica Móviles España S.A.U., basado en el argumento de que el contenido de la resolución recurrida era de imposible cumplimiento, al haberse dejado de prestar los servicios de interconexión contratados, por cuanto estima que el planteamiento del conflicto sigue vigente, pues el único cambio de la situación que se ha producido desde febrero de 2016, ante la petición de BT de revisar el AGI, es el cambio en el enrutamiento, que pasa a realizarse por la red fija de Telefónica de España.

En lo que respecta al segundo motivo de impugnación formulado por Telefónica Móviles España, referido a la vulneración del principio de intervención mínima de la Administración, así como de la libertad de empresa, en el que se denunciaba la falta de competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para intervenir en este caso, con base a la regulación contenida en los artículos 15.1 y 70 y en el apartado 18 del Anexo II de la Ley 9/2014, de 9 mayo, General de Telecomunicaciones, entiende la Sala de instancia que el órgano supervisor goza de un amplio margen de discrecionalidad para apreciar la necesidad de su intervención, sin perjuicio del control de la racionalidad de la decisión que corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Se afirma que, en el caso enjuiciado, la aplicación de este criterio determina, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo expuesta en las sentencias de 23 de marzo de 2017 (RC 2420/2014), que deba declararse que la resolución impugnada es conforme a Derecho, pues de los datos relevantes que suscitaron el planteamiento del conflicto de interconexión (agotamiento del dialogo entre las partes) se aprecia que está en juego el interés general en garantía del cumplimiento de la normativa reguladora del sector de las telecomunicaciones, en relación con el principio de interoperabilidad, que justifica la intervención de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

A juicio del Tribunal sentenciador, no cabe oponer a esta conclusión los argumentos de que la interoperabilidad está garantizada por el AGI y que la fijación de precios es una cuestión privada que está al margen del control de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, pues partiendo del presupuesto de que las partes disponen de autonomía contractual para fijar las condiciones de los acuerdos, dentro del marco predeterminado, la fijación de un precio desorbitado y fuera del mercado que supone una desventaja competitiva para el operador que lo sufre y que puede comportar una pérdida de usuarios, esta sometida al escrutinio del organismo supervisor, que debe adoptar las decisiones necesarias sobre la forma y las condiciones en que la interconexión debe llevarse a cabo.

El recurso de casación se fundamenta en la alegación de que la sentencia de instancia infringe el principio de mínima intervención de la Administración, que rige el mercado de las telecomunicaciones y las relaciones entre operadores, y al que se encuentra sometida la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Se aduce, al respecto, que, en los mercados no regulados de conformidad con lo dispuesto en los artículos 5 y 12 de la Ley General de Telecomunicaciones, las facultades de intervención de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia son mucho más limitadas, y solo se encuentra habilitada para adoptar decisiones con el objeto de fortalecer y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como los relativos a la consecución de las obligaciones establecidas en el artículo 3.

Se aduce que, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia solo esta habilitada para intervenir en las relaciones entre los operadores cuando sea estrictamente necesario en los supuestos indicados en la Ley General de Telecomunicaciones. Fuera de estos supuestos, se argumenta, prevalece la libertad contractual y la



autonomía de la voluntad de los operadores que intervienen en el mercado. El servicio mayorista de originación de llamadas a numeraciones cortas 14YA y 800/900 objeto de la resolución no tiene ese carácter de "mercado de referencia", y por ende no está sujeto a un control "de mayor intensidad" por parte del regulador, de modo que este mercado, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia no está facultada para imponer ninguna obligación ex ante a ningún operador.

En último término, se pretende que esta Sala fije una doctrina que declare que en mercados no regulados, la potestad de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de intervenir para garantizar la interconexión y la interoperabilidad, en un conflicto promovido entre operadores, no le permite revisar precios ya pactados voluntariamente por las partes, y al margen de los supuestos pactados también voluntariamente por las propias partes, en cuanto que, tales casos, la interconexión y la interoperabilidad no están en riesgo. También se postula que se precise que, en mercados no regulados, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia no tiene la potestad de resolver conflictos cuyo fin sea la consecución de cualesquiera objetivos de los señalados en el artículo 3 de la Ley General de Telecomunicaciones. Los objetivos generales del artículo 3 de la Ley General de Telecomunicaciones son criterios que deben ser considerados por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en la resolución de conflictos, pero en ningún puede ser considerado una regla de atribución de competencias que faculte al regulador a intervenir en cualquier relación privada entre operadores en esos mercados no regulados.

### **SEGUNDO.- Sobre el marco normativo aplicable y acerca de la doctrina jurisprudencial que resulta relevante para resolver el recurso de casación.**

Antes de abordar las cuestiones jurídicas planteadas por la parte recurrente, procede reseñar el marco jurídico aplicable así como, recordar la doctrina jurisprudencial que consideramos relevante para resolver el presente recurso de casación :

#### **A) El Derecho de la Unión Europea**

El artículo 8 de la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva acceso), bajo el epígrafe "imposición, modificación o supresión de las obligaciones", dispone:

<<1. Los Estados miembros velarán por que las autoridades nacionales de reglamentación estén facultadas para imponer las obligaciones a que se refieren los artículos 9 a 13.

2. Cuando resulte del análisis de mercado efectuado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco) que un operador tiene un peso significativo en un mercado específico, las autoridades nacionales de reglamentación impondrán, según proceda, las obligaciones establecidas en los artículos 9 a 13 de la presente Directiva.

3. Sin perjuicio de:

- lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 5 y en el artículo 6;
- lo dispuesto en los artículos 12 y 13 de la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco), en la condición 7 de la sección B del anexo de la Directiva 2002/20/CE (Directiva autorización) aplicada en virtud del apartado 1 del artículo 6 de dicha Directiva, en los artículos 27, 28 y 30 de la Directiva 2002/22/CE (Directiva servicio universal) y en las disposiciones pertinentes de la Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones (1), que contengan obligaciones aplicables a las empresas que no tengan un peso significativo en el mercado; o bien
- la necesidad de respetar compromisos internacionales;

las autoridades nacionales de reglamentación no impondrán las obligaciones establecidas en los artículos 9 a 13 a los operadores que no hayan sido notificados de conformidad con lo establecido en el apartado 2.

En circunstancias excepcionales, cuando la autoridad nacional de reglamentación tenga la intención de imponer a los operadores con un peso significativo en el mercado obligaciones en materia de acceso o interconexión distintas de las establecidas en los artículos 9 a 13 de la presente Directiva, lo solicitará a la Comisión. Está de conformidad con el apartado 2 del artículo 14, adoptar una decisión por la que se autorice o impida a la autoridad nacional de reglamentación tomar tales medidas.

4. Las obligaciones impuestas con arreglo al presente artículo deberán basarse en la índole del problema detectado, guardar proporción con Este y justificarse a la luz de los objetivos enumerados en el artículo 8 de la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco). Tales obligaciones sólo se impondrán previa consulta, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de dicha Directiva



5. En relación con el tercer guion del párrafo primero del apartado 3, las autoridades nacionales de reglamentación notificarán a la Comisión las decisiones de imponer obligaciones a los agentes del mercado o de modificar o suprimir dichas obligaciones, con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 7 de la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco).>>

#### **B) El Derecho estatal.**

El artículo 3 de Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, bajo el epígrafe "objetivos y principios de Ley", establece:

<<a) Fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones para potenciar al máximo los beneficios para las empresas y los consumidores, principalmente en términos de bajada de los precios, calidad de los servicios e innovación, teniendo debidamente en cuenta la variedad de condiciones en cuanto a la competencia y los consumidores que existen en las distintas áreas geográficas, y velando por que no exista falseamiento ni restricción de la competencia en la explotación de redes o en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, incluida la transmisión de contenidos.

b) Desarrollar la economía y el empleo digital, promover el desarrollo del sector de las telecomunicaciones y de todos los nuevos servicios digitales que las nuevas redes ultrarrápidas permiten, impulsando la cohesión social y territorial, mediante la mejora y extensión de las redes, así como la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y el suministro de los recursos asociados a ellas.

c) Promover el despliegue de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, fomentando la conectividad y la interoperabilidad extremo a extremo y su acceso, en condiciones de igualdad y no discriminación.

d) Promover el desarrollo de la industria de productos y equipos de telecomunicaciones.

e) Contribuir al desarrollo del mercado interior de servicios de comunicaciones electrónicas en la Unión Europea.

f) Promover la inversión eficiente en materia de infraestructuras incluyendo, cuando proceda, la competencia basada en infraestructuras, fomentando la innovación y teniendo debidamente en cuenta los riesgos en que incurren las empresas inversoras.

g) Hacer posible el uso eficaz de los recursos limitados de telecomunicaciones, como la numeración y el espectro radioeléctrico, y la adecuada protección de este último, y el acceso a los derechos de ocupación de la propiedad pública y privada.

h) Fomentar, en la medida de lo posible, la neutralidad tecnológica en la regulación.

i) Garantizar el cumplimiento de las obligaciones de servicio público en la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas a las que se refiere el Título III, en especial las de servicio universal.

j) Defender los intereses de los usuarios, asegurando su derecho al acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas en condiciones adecuadas de elección, precio y buena calidad, promoviendo la capacidad de los usuarios finales para acceder y distribuir la información o utilizar las aplicaciones y los servicios de su elección, en particular a través de un acceso abierto a Internet. En la prestación de estos servicios deben salvaguardarse los imperativos constitucionales de no discriminación, de respeto a los derechos al honor y a la intimidad, la protección a la juventud y a la infancia, la protección de los datos personales y el secreto en las comunicaciones.

k) Salvaguardar y proteger en los mercados de telecomunicaciones la satisfacción de las necesidades de grupos sociales específicos, las personas con discapacidad, las personas mayores, las personas en situación de dependencia y usuarios con necesidades sociales especiales, atendiendo a los principios de igualdad de oportunidades y no discriminación. En lo relativo al acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas de las personas en situación de dependencia, se fomentará el cumplimiento de las normas o las especificaciones pertinentes relativas a normalización técnica publicadas de acuerdo con la normativa comunitaria.

l) Facilitar el acceso de los usuarios con discapacidad a los servicios de comunicaciones electrónicas y al uso de equipos terminales.>>

El artículo 5 de Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, bajo la rubrica "Principios aplicables", dispone:



<<1. La explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas se realizará en régimen de libre competencia sin más limitaciones que las establecidas en esta Ley y su normativa de desarrollo.

2. La adquisición de los derechos de uso del dominio público radioeléctrico, de ocupación del dominio público o de la propiedad privada y de los recursos de numeración, direccionamiento y denominación necesarios para la explotación de redes y para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas deberá realizarse conforme a lo dispuesto en esta Ley y en lo no contemplado en la misma por su normativa específica.

3. Las medidas que se adopten en relación al acceso o al uso por parte de los usuarios finales de los servicios y las aplicaciones a través de redes de comunicaciones electrónicas respetarán los derechos y libertades fundamentales, como queda garantizado en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en los principios generales del Derecho comunitario y en la Constitución Española.

Cualquiera de esas medidas relativas al acceso o al uso por parte de los usuarios finales de los servicios y las aplicaciones a través de redes de comunicaciones electrónicas, que sea susceptible de restringir esos derechos y libertades fundamentales solo podrá imponerse si es adecuada, proporcionada y necesaria en una sociedad democrática, y su aplicación estará sujeta a las salvaguardias de procedimiento apropiadas de conformidad con las normas mencionadas en el párrafo anterior. Por tanto, dichas medidas solo podrán ser adoptadas respetando debidamente el principio de presunción de inocencia y el derecho a la vida privada, a través de un procedimiento previo, justo e imparcial, que incluirá el derecho de los interesados a ser oídos, sin perjuicio de que concurren las condiciones y los arreglos procesales adecuados en los casos de urgencia debidamente justificados, de conformidad con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Asimismo, se garantizará el derecho a la tutela judicial efectiva y en tiempo oportuno.>>

El artículo 12 de Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, bajo el epígrafe "Principios generales aplicables al acceso a las redes y recursos asociados y a su interconexión.", establece:

<<1. Este capítulo y su desarrollo reglamentario serán aplicables a la interconexión y a los accesos a redes públicas de comunicaciones electrónicas y a sus recursos asociados, salvo que el beneficiario del acceso sea un usuario final, de acuerdo con la definición que se da a los conceptos de acceso e interconexión en el anexo II de la presente Ley.

2. Los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas tendrán el derecho y, cuando se solicite por otros operadores de redes de comunicaciones electrónicas, la obligación de negociar la interconexión mutua con el fin de prestar servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, con el objeto de garantizar así la prestación de servicios y su interoperabilidad.

3. No existirán restricciones que impidan que los operadores negocien entre sí acuerdos de acceso e interconexión.

4. La persona física o jurídica habilitada para explotar redes o prestar servicios en otro Estado miembro de la Unión Europea que solicite acceso o interconexión en España no necesitará llevar a cabo la notificación a la que se refiere el artículo 6 de la Ley cuando no explote redes ni preste servicios de comunicaciones electrónicas en el territorio nacional.

5. 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.

6. Las obligaciones y condiciones que se impongan de conformidad con este capítulo serán objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias.

7. Los operadores que obtengan información de otros, con anterioridad, durante o con posterioridad al proceso de negociación de acuerdos de acceso o interconexión, destinarán dicha información exclusivamente a los fines para los que les fue facilitada y respetarán en todo momento la confidencialidad de la información transmitida o almacenada, en especial respecto de terceros, incluidos otros departamentos de la propia empresa, filiales o asociados.>>

El artículo 15 de Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, bajo la rubrica "Resolución de conflictos", dispone:

<<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.

2. En caso de producirse un conflicto transfronterizo en el que una de las partes esté radicada en otro Estado miembro de la Unión Europea, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en caso de que cualquiera de las partes así lo solicite, coordinará, en los términos que se establezcan mediante real decreto, sus esfuerzos para encontrar una solución al conflicto con la otra u otras autoridades nacionales de reglamentación afectadas.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá solicitar que el ORECE adopte un dictamen sobre las medidas que deben tomarse para resolver el litigio.

Cuando se haya transmitido al ORECE tal solicitud, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia deberá esperar el dictamen del ORECE antes de tomar medidas para resolver el litigio. Ello no constituirá un obstáculo para que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia adopte medidas urgentes en caso necesario.

Cualquier obligación impuesta a una empresa por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en la resolución de un litigio deberá tener en cuenta en la mayor medida posible el dictamen adoptado por el ORECE.>>

El artículo 70 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, bajo el epígrafe " La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia", establece:

<<1. La naturaleza, funciones, estructura, personal, presupuesto y demás materias que configuran la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia están reguladas en la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

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

a) Definir y analizar los mercados de referencia relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas, entre los que se incluirán los correspondientes mercados de referencia al por mayor y al por menor, y el ámbito geográfico de los mismos, cuyas características pueden justificar la imposición de obligaciones específicas, en los términos establecidos en el artículo 13 de la presente Ley y su normativa de desarrollo.

b) Identificar el operador u operadores que poseen un poder significativo en el mercado cuando del análisis de los mercados de referencia se constate que no se desarrollan en un entorno de competencia efectiva.

c) Establecer, cuando proceda, las obligaciones específicas que correspondan a los operadores con poder significativo en mercados de referencia, en los términos establecidos en el artículo 14 de la presente Ley y su normativa de desarrollo.

d) Resolver los conflictos en los mercados de comunicaciones electrónicas a los que se refiere el artículo 15 de la presente Ley. En particular, le corresponderá resolver conflictos entre operadores relativos a la determinación de las condiciones concretas para la puesta en práctica de la obligación impuesta por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo de la utilización compartida del dominio público o la propiedad privada, o de la ubicación compartida de infraestructuras y recursos asociados, de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 32 de la presente Ley, así como resolver conflictos sobre el acceso a infraestructuras susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas y el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas titularidad de los órganos o entes gestores de infraestructuras de transporte de competencia estatal, en los términos establecidos por los artículos 37 y 38 de la presente Ley.

e) Decidir la imposición, como medida excepcional, a los operadores con poder significativo en el mercado integrados verticalmente, de la obligación de separación funcional de acuerdo con los requisitos y procedimientos indicados en el artículo 16 de la presente Ley.



- f) Fijar las características y condiciones para la conservación de los números en aplicación de los aspectos técnicos y administrativos que mediante real decreto se establezcan para que ésta se lleve a cabo.
- 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.
- h) Determinar la cuantía que supone el coste neto en la prestación del servicio universal, a que se refiere al artículo 27 de la presente Ley.
- i) Definir y revisar la metodología para determinar el coste neto del servicio universal, tanto en lo que respecta a la imputación de costes como a la atribución de ingresos, que deberá basarse en procedimientos y criterios objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionales y tener carácter público.
- j) Establecer el procedimiento para cuantificar los beneficios no monetarios obtenidos por el operador u operadores encargados de la prestación del servicio universal.
- k) Decidir la imposición de obligaciones a los operadores que dispongan de interfaces de programa de aplicaciones (API) y guías electrónicas de programación (EPG) para que faciliten el acceso a estos recursos, en la medida que sea necesario para garantizar el acceso de los usuarios finales a determinados servicios digitales de radiodifusión y televisión.
- l) Ser consultada por el Gobierno y el Ministerio de Industria, Energía y Turismo en materia de comunicaciones electrónicas, particularmente en aquellas materias que puedan afectar al desarrollo libre y competitivo del mercado. Igualmente podrá ser consultada en materia de comunicaciones electrónicas por las comunidades autónomas y las corporaciones locales.

En el ejercicio de esta función, participará, mediante informe, en el proceso de elaboración de normas que afecten a su ámbito de competencias en materia de comunicaciones electrónicas.

- m) Realizar las funciones de arbitraje, tanto de derecho como de equidad, que le sean sometidas por los operadores de comunicaciones electrónicas en aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.
- n) Realizar las funciones atribuidas de manera expresa por la normativa comunitaria, la presente Ley y su normativa de desarrollo.
- ñ) Realizar cualesquiera otras funciones que le sean atribuidas por ley o por real decreto.>>

El artículo 4 de Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, bajo el epígrafe "Principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad", dispone:

<< 1. Las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias. Asimismo deberán evaluar periódicamente los efectos y resultados obtenidos

2. Las Administraciones Públicas velarán por el cumplimiento de los requisitos previstos en la legislación que resulte aplicable, para lo cual podrán, en el ámbito de sus respectivas competencias y con los límites establecidos en la legislación de protección de datos de carácter personal, comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que fueran necesarias.>>

El artículo 8 de la citada ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, bajo el epígrafe "Competencia", establece:

<<1. La competencia es irrenunciable y se ejercerá por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se efectúen en los términos previstos en ésta u otras leyes. La delegación de competencias, las encomiendas de gestión, la delegación de firma y la suplencia no suponen alteración de la titularidad de la competencia, aunque sí de los elementos determinantes de su ejercicio que en cada caso se prevén.

2. La titularidad y el ejercicio de las competencias atribuidas a los órganos administrativos podrán ser desconcentradas en otros jerárquicamente dependientes de aquéllos en los términos y con los requisitos que prevean las propias normas de atribución de competencias.



3. Si alguna disposición atribuye la competencia a una Administración, sin especificar el órgano que debe ejercerla, se entenderá que la facultad de instruir y resolver los expedientes corresponde a los órganos inferiores competentes por razón de la materia y del territorio. Si existiera más de un órgano inferior competente por razón de materia y territorio, la facultad para instruir y resolver los expedientes corresponderá al superior jerárquico común de estos>>

### **C) La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

En la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de abril de 2016 resolviendo el asunto C-397/14, se fijan los siguientes criterios jurídicos interpretativos de la Directiva 2002/22/CE y de la Directiva 2002/19/CE:

<<1) El artículo 28 de la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal) debe interpretarse en el sentido de que un Estado miembro puede prever que un operador de red pública de comunicaciones electrónicas debe velar por que el acceso a los números no geográficos se garantice a todos los usuarios finales de su red en ese Estado y no solamente a los de otros Estados miembros.

2) Los artículos 5, apartado 1, y 8, apartado 3, de la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva acceso), en relación con el artículo 28 de la Directiva 2002/22, deben interpretarse en el sentido de que permiten a una autoridad nacional de reglamentación, en el marco de la resolución de un litigio entre dos operadores, imponer a uno de ellos la obligación de garantizar a los usuarios finales el acceso a los servicios utilizando números no geográficos prestados a través de la red del otro y fijar, sobre la base del artículo 13 de la Directiva 2002/19, el sistema de tarificación de dicho acceso, entre los citados operadores, como el controvertido en el litigio principal, siempre que dichas obligaciones sean objetivas, transparentes, proporcionadas, no discriminatorias, basadas en la naturaleza del problema constatado y justificadas a la luz de los objetivos establecidos en el artículo 8 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco), y siempre que se hayan respetado, en su caso, los procedimientos previstos en los artículos 6 y 7 de esta última Directiva, lo que corresponde comprobar al juez nacional.>>

En la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de marzo de 2017 (asunto CE-568/15), en relación con la explotación de líneas telefónicas operadas por el comerciante con el objeto de prestar la comunicación con el cliente y con la protección de los derechos de los consumidores, se fijó la siguiente doctrina:

<<El concepto de "tarifa básica", contemplado en el artículo 21 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, debe interpretarse en el sentido de que el coste de una llamada a una línea telefónica de asistencia operada por un comerciante, en relación con un contrato celebrado, no puede exceder del coste de una llamada a una línea telefónica fija geográfica o móvil estándar. Siempre que se respete este límite, el hecho de que el comerciante obtenga o no beneficios por medio de esa línea telefónica de asistencia es irrelevante. >>

### **D) La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.**

En la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2017 (RC 2420/2014), en relación con la determinación de las facultades que corresponden al Órgano Regulador del mercado de las telecomunicaciones para intervenir en las relaciones entre operadores, se fija la siguiente doctrina:

<<Pues bien, en el presente caso nos encontramos asimismo con un supuesto en el que es preciso deslindar en las relaciones entre operadoras de telefonía entre los aspectos sometidos a la autoridad del órgano regulador y los que discurren en el ámbito estrictamente privado. Los hechos que dan origen al presente litigio consisten, tal como los describe la Sentencia recurrida en el fundamento de derecho primero, en determinadas llamadas con destino a la numeración 902 que tenían su origen en el extranjero y que, sin embargo, al no constar su origen en determinados supuestos, eran facturadas bajo el modelo de acceso de la OIR 2005 -que sólo regulaba el tránsito con origen nacional-. Dicho procedimiento originaba un perjuicio económico a Telefónica, que abonaba a la operadora Peopletel más dinero que el que recibía de los operadores nacionales.

Ante tal circunstancia y tal como indica la Sentencia recurrida, Telefónica de España, S.A.U. informó a Peopletel de los precios de interconexión y del modo de cálculo aplicables a las llamadas con origen en operadores



internacionales y destino a numeración 902 de Peopletel, al haberse detectado la ausencia de criterios para la facturación de este tipo de llamadas. Según Peopletel, dicha comunicación suponía una modificación del AGI firmado sin seguir el procedimiento acordado en el mismo.

El conflicto suscitado por Peopletel ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se basa precisamente en que dichos precios y criterios no están contemplados en el Acuerdo General de Interconexión (AGI) que rige las relaciones entre ambas operadoras, sino que la decisión de Telefónica supone incorporar un nuevo supuesto de interconexión y modificar unilateralmente los precios previstos en el AGI.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones consideró razonable la solución arbitrada por Telefónica, pero entendió que no podía esta mercantil proceder a una modificación unilateral del AGI sino que, tal como sostenía Peopletel, tenía que haber promovido un conflicto de interconexión para que el órgano regulador hubiera arbitrado esa u otra solución al problema planteado por las referidas llamadas.

Tiene razón la Sentencia de instancia al afirmar la conformidad a derecho de la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones impugnada por Telefónica. En definitiva, lo que ha sucedido es que un determinado supuesto de llamadas no estaba debidamente contemplado en el AGI, lo que originaba un perjuicio económico a Telefónica. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no niega la existencia de la referida laguna en el AGI ni los perjuicios que la misma causaba a Telefónica y asimismo, considera razonable la solución avanzada por Telefónica.

Rechaza en cambio, y en ello le asiste la razón, que Telefónica pueda modificar unilateralmente un acuerdo general de interconexión. La actuación de Telefónica en el presente supuesto y a diferencia de lo que ocurría en el asunto resuelto por la citada Sentencia de 10 de noviembre de 2016 (RC 229/2014) no se limita al plano puramente mercantil, puesto que no puede ser calificado como tal una modificación de un AGI, cuyo contenido queda bajo la autoridad y control del regulador, aunque la modificación en cuestión sea la subsanación de una laguna o su concreto contenido pueda ser acertado. De conformidad con las disposiciones que se citan en las Sentencias de esta Sala de 28 de junio de 2011 y 10 de noviembre de 2016 sobre las competencias de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y en una correcta interpretación de los mismos, es este órgano -hoy día la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia- quien debe resolver un conflicto sobre el contenido del AGI y acordar, en su caso, la modificación del mismo, decidiendo asimismo la fecha de aplicación de los efectos de tal modificación.

Hemos de añadir a este respecto, que el deslinde de la actuación del regulador no se resuelve con la simple enumeración de las competencias del mismo, como hace la Sala de instancia, pues de lo que se trata es precisamente, de verificar si la actuación de una mercantil en sus relaciones con otra se mantiene en el plano privado o cae bajo las competencias del regulador. Y para ello es preciso examinar la concreta naturaleza de la actuación empresarial en cuestión, sin que resulte suficiente la invocación de dichas competencias.>>

### **TERCERO.- Sobre las infracciones del ordenamiento jurídico en que se funda el recurso de casación relativos a la vulneración del principio de mínima intervención de la Administración.**

La cuestión sobre la que esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo debe pronunciarse, con el objeto de la formación de jurisprudencia, se circunscribe a determinar el alcance de las facultades que corresponden a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para intervenir mediante decisiones vinculantes en los mercados no regulados del sector de las telecomunicaciones al resolver conflictos de interconexión entre operadores, de acuerdo con las previsiones contenidas en los artículos 3, 5 y 12.5 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, y, más específicamente, a precisar en que supuestos y con que condiciones la autoridad nacional de reglamentación especializada en supervisión regulatoria se encuentra habilitada, en este marco conflictual, para establecer precios máximos por la prestación de servicios de originación de llamadas con origen móvil a numeraciones gratuitas para el llamante, sin quebrar el principio de mínima intervención de la Administración Pública.

En términos más concretos, tal como se refiere en el Auto de la Sección Primera de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2021, la controversia jurídica que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar sí, a la vista de los artículos 5 y 12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, en relación con el artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia resulta competente para imponer precios (en este caso, para la fijación de un precio máximo) en servicios no regulados por la vía de la resolución de conflictos de interconexión entre operadores, y, en caso afirmativo, bajo qué condiciones.

A tal efecto, resulta pertinente poner de manifiesto que la respuesta que demos a estas cuestiones comporta resolver si, tal como propugna la defensa letrada de la mercantil recurrente, la sentencia de la Sección Octava



de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional impugnada ha infringido el principio de mínima intervención de la Administración, que en el sector de las telecomunicaciones se infiere de los artículos 3, 5 y 15 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, al sostener que, en este supuesto, en que ha quedado acreditado que el coste por el servicio de acceso a numeraciones gratuitas es sensiblemente superior al ingreso medio mayorista que percibieron los operadores móviles con red (OWR), y en que concurre el presupuesto de agotamiento del dialogo entre las partes, y se ha justificado la concurrencia de interés general, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está habilitada para intervenir en el mercado estableciendo condiciones relativas a la fijación de precios máximos de los servicios de originación de llamadas con el objetivo de garantizar la competencia efectiva en los mercados de comunicaciones electrónicas.

Delimitada en estos términos la controversia casacional, esta Sala sostiene que la sentencia impugnada no ha infringido el principio de mínima intervención de la Administración establecido en el artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y, de forma específica, en los artículos 13 y 70 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, ni ha vulnerado el principio de competencia establecido en el artículo 8 del citado texto legal, puesto que, a la luz de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea expuesta en la sentencia de 14 de abril de 2016 (Asunto C-397/14) y de la doctrina jurisprudencial de esta propia Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo formulada en la sentencia de 23 de marzo de 2017 (RC 2420/2014), no apreciamos que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia haya ejercido de forma exorbitante las facultades que le confieren el artículo 12.5 de la citada Ley General de Telecomunicaciones, en cuanto consideramos que la decisión de fijar un sistema de precios máximos, en el marco de la resolución de un conflicto de interconexión, era necesaria -tal como mantuvo el Tribunal de instancia- para garantizar el cumplimiento de objetivos previstos en el artículo 8 de la Directiva 2002/19/CE y en el artículo 3 de la citada Ley estatal, de fomentar la competencia efectiva en el mercado de telecomunicaciones y procurar beneficios para los consumidores.

En efecto, partiendo de las características y la naturaleza del conflicto de interconexión suscitado entre BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A.U. ("BT") y Telefónica Móviles España S.A.U., en relación con los precios de los servicios mayoristas de originación que se prestan mutuamente dichos operadores para la realización de llamadas con origen móvil a numeraciones gratuitas para el llamante, y tras ser analizados los precios de originación para llamadas gratuitas pactados confrontados en el Informe elaborado por el Body of European Regulators for Electronic Communications (BEREC) de 24 de mayo de 2017, respecto de estos servicios de llamadas especiales, y verificada la incidencia en el mercado de dichos precios, por su carácter desorbitado, en relación con el coste real, según se desprende de la propia contabilidad de Telefónica Móviles correspondiente al año 2014, y excesivo respecto de los ingresos medios del mercado mayorista, consideramos que era indispensable dicha intervención regulatoria para garantizar un entorno de competitividad en términos de suficiencia e impedir que se produjeran efectos negativos para los consumidores y las empresas, en la medida que el sobrecoste incide en que muchas empresas que ofrecen atención comercial gratuita a sus clientes migren a numeraciones de tarifas especiales 901 o 902.

Asimismo, cabe poner de relieve que estimamos que la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia estaba plenamente justificada, en cuanto que el establecimiento de precios máximos por la prestación de servicios de originación de llamadas a numeraciones gratuitas se fundamenta en criterios objetivos, (como expone la sentencia impugnada, al adoptarse una vez agotado el dialogo entre las partes y concurrir el presupuesto de salvaguarda del interés general, vinculado a lograr una competencia efectiva en este mercado), transparentes y no discriminatorios, que se revelan proporcionados en relación con los objetivos perseguidos señalados, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 8 de la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y en el artículo 3 de la Ley General de Telecomunicaciones.

Por ello, no compartimos la tesis argumental que desarrolla la defensa letrada de la mercantil recurrente, que cuestiona la fundamentación de la sentencia recurrida, en la medida que debe prevalecer el principio de autonomía contractual y la libertad de precios en los mercados no regulados del sector de las telecomunicaciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, que, a su juicio, inhabilita a la Comisión de los Mercados y la Competencia para intervenir en este caso, en que no está en juego la garantía de la interconexión y de la interoperabilidad.

Sostenemos, por el contrario, que este reproche formulado a la sentencia impugnada no resuelta convincente, ya que se elude que el apartado 5 del mencionado artículo 12 de Ley General de Telecomunicaciones autoriza expresamente a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas o de oficio, cuando esté justificado con el objeto de fomentar, y, en su caso, garantizar la interconexión y la interoperabilidad de los servicios con la finalidad de alcanzar los objetivos establecidos en el artículo 3 de la citada Ley General de Telecomunicaciones,



lo cual, según el Tribunal de instancia, ha quedado debidamente acreditado en este supuesto, tras realizar una valoración ponderada y suficientemente motivada de todas las circunstancias concurrentes.

Cabe también descartar que proceda revocar la sentencia impugnada porque -según se aduce- la intervención de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia supone la imposición de una regulación ex ante prescindiendo completamente del procedimiento establecido, por cuanto estimamos que la decisión de la Sala de Supervisión Regulatoria se produce en el marco de la tramitación de un expediente de resolución de un conflicto de interconexión entre dos operadores, tras la valoración y análisis de las concretas circunstancias alegadas por las partes, y atendiendo, singularmente, a la evolución de los precios del mercado mayorista y el mercado minorista por la prestación de los servicios de originación de llamadas a numeraciones gratuitas, que desvela que los precios pactados en el acuerdo general de interconexión tenían efectos anticompetitivos, claramente distorsionadores de la competencia así como desfavorables para las empresas y los usuarios.

En este sentido, cabe reseñar que, como sostuvimos en la sentencia de esta Sala de 1 de octubre de 2008 (RC 408/2006), la resolución de conflictos de interconexión entre operadores contendientes no requiere de la apelación a doctrinas civilistas, porque la función del organismo regulador se extiende a lograr un equilibrio justo de los intereses de las partes, con el objetivo de garantizar intereses públicos vinculados a la salvaguarda de la libre competencia y el interés de los usuarios.

**CUARTO.-** Sobre la formación de jurisprudencia relativa a la interpretación de los artículos 3, 5 y 12 de la ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, en relación con la determinación de las facultades de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para intervenir en los mercados no regulados del Sector de las Telecomunicaciones al resolver conflictos de interconexión.

Conforme a los razonamientos jurídicos expuestos, esta Sala, dando respuesta a las cuestiones planteadas en este recurso de casación, que presentan interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, declara que:

El artículo 12.5 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, a la luz de lo dispuesto en el artículo 8 de la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva acceso) y de los artículos 3 y 5 del citado texto legal, debe interpretarse en el sentido de que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en su posición de autoridad nacional de reglamentación especializada en la supervisión regulatoria, en el marco de la resolución de un conflicto de interconexión, esta facultada para intervenir en mercados no regulados del sector de las telecomunicaciones e imponer mediante decisiones vinculantes obligaciones a un operador relativas al sistema de tarificación, siempre que se justifique su imperiosa necesidad para satisfacer el interés general y en aras de garantizar la interoperabilidad de las comunicaciones, la competencia efectiva y el beneficio de los consumidores y usuarios, y se acredite que dichas obligaciones son objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias.

En consecuencia con lo razonado, debemos rechazar la pretensión revocatoria deducida y declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la mercantil Telefónica Móviles España, S.A.U., contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 24 de julio de 2020, dictada en el recurso contencioso-administrativo 633/2017.

**QUINTO.- Sobre las costas procesales.**

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4 y 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede la imposición de las costas de casación a ninguna de las partes, manteniéndose el pronunciamiento de no imposición de las costas efectuado en la sentencia de instancia.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido una vez fijada en el fundamento jurídico cuarto de esta sentencia la doctrina jurisprudencial relativa a la interpretación de los artículos 3, 5 y 12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

**Primero.- Declarar no haber lugar al recurso de casación** interpuesto por la representación procesal de la mercantil Telefónica Móviles España, S.A.U. contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 24 de julio de 2020, dictada en el recurso contencioso-administrativo 633/2017.

**Segundo.- No efectuar expresa imposición de las costas procesales** causadas en el presente recurso de casación, ni de las causadas en el proceso de instancia.



Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

### VOTO PARTICULAR

QUE FORMULAN LOS MAGISTRADOS EXCMOS. SRES. D. EDUARDO CALVO ROJAS Y D. DIEGO CÓRDOBA CASTROVERDE A LA SENTENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA DE ESTA SALA Nº 454/2022, DE 19 DE ABRIL DE 2022 (RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº **7370/2020**)

Por medio de este voto particular manifestamos nuestra discrepancia con la decisión mayoritaria en los puntos que a continuación se indican de la fundamentación jurídica de la sentencia; y, como consecuencia, discrepamos también de la parte dispositiva de la sentencia pues, a nuestro entender, debería haberse declarado haber lugar al recurso de casación y acordado la estimación del contencioso-administrativo, con anulación de la resolución de la CNMC impugnada en el proceso de instancia.

**A/** De un lado, no compartimos las consideraciones que se exponen en la sentencia en las que se afirma que, dadas las circunstancias concurrentes, la fijación de un precio máximo por la CNMC no supone una vulneración del principio de intervención mínima ni supone que la CNMC haya ejercido de forma exorbitante las facultades que le confiere el artículo 12.5 de la Ley General de Telecomunicaciones.

Es cierto que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea -vid. STJUE de 14 de abril de 2016 (asunto C-397/14)- las normas del Derecho de la Unión Europea permiten que una autoridad nacional de reglamentación, en el marco de la resolución de un conflicto entre dos operadores, imponga a uno de ellos determinadas obligaciones, incluido un sistema de tarificación; pero esa misma jurisprudencia se encarga de señalar que ha de tratarse de medidas proporcionadas y necesarias, exigencias éstas que no se cumplen en este caso.

La propia sentencia de la que discrepamos admite que en el conflicto que aquí se examina no está en juego la garantía de la interconexión ni la interoperabilidad de los servicios. En realidad, lo que se presenta ante la CNMC como conflicto de interconexión es una mera discrepancia entre operadores relativa a los precios y, por tanto, a sus respectivos márgenes comerciales. Y aunque la sentencia considera que la resolución de esa discrepancia mediante la fijación de un precio máximo -que en realidad opera como precio único, sin más- contribuye a fomentar la competencia efectiva en los mercados de las telecomunicaciones, que es uno de los objetivos que propugna el artículo 3 de la Ley General de Telecomunicaciones, al que se remite el artículo 12.5 de la misma Ley, lo cierto es que la sentencia no explica por qué razón, ni en qué medida, la discrepancia existente en cuanto al precio exigía una intervención como la adoptada; y, desde luego, tampoco se explica en la sentencia en qué forma la medida adoptada contribuye a fomentar la competencia efectiva en el mercado. Por ello, no podemos compartir la apreciación de que la medida que adoptó la CNMC fuese necesaria, ni cabe afirmar que sea proporcionada.

Compartimos el parecer de la Sala cuando señala que el artículo 12.5 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, en concordancia con lo establecido en los artículos 3 y 5 de la misma Ley y a la luz de lo dispuesto en el artículo 8 de la Directiva 2002/19/CE, de 7 de marzo de 2002, debe ser interpretado en el sentido de que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el marco de la resolución de un conflicto de interconexión, está facultada para intervenir en mercados no regulados del sector de las telecomunicaciones e imponer a un operador, mediante decisiones vinculantes, obligaciones relativas al sistema de tarificación, siempre que se justifique su imperiosa necesidad para satisfacer el interés general y en aras de garantizar la interoperabilidad de las comunicaciones, la competencia efectiva y el beneficio de los consumidores y usuarios, y se acredite que dichas obligaciones son objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias.

Por tanto, nuestra discrepancia no se refiere a la doctrina general que se formula en la sentencia. El desacuerdo que aquí ponemos de manifiesto viene dado por el hecho de que, una vez aceptado que no están en juego el acceso al mercado, la interconexión ni la interoperabilidad, la sentencia no explica de dónde surge la apreciación de la "imperiosa necesidad" de la medida que se dice adoptada "para satisfacer el interés general"; como tampoco explica la sentencia - antes lo hemos señalado- en qué forma el precio establecido contribuye a fomentar la competencia efectiva en el mercado.

**B/** De otra parte, discrepamos de las razones que esgrime la sentencia cuando rechaza el alegato de la parte recurrente de que la intervención de la CNMC supone la imposición de una regulación "ex ante" adoptada prescindiendo del procedimiento establecido.



No cuestionamos que, en un plano formal, la intervención de la CNMC se ha producido "en el marco de la resolución de un conflicto de interconexión". Ahora bien, ello no impide constatar que la medida adoptada por la CNMC al resolver el conflicto entablado entre BT España y Telefónica Móviles, consistente en la fijación de un precio máximo, más que venir a resolver un concreto conflicto de interconexión opera en la práctica como un precio regulado que, aunque no se admite abiertamente, se establece con vocación de generalidad.

Baste señalar que el mismo precio de 421 c€/min, que se dice establecido para resolver un conflicto entre dos determinados operadores, ha sido aplicado luego por la CNMC al resolver conflictos entablados entre operadores distintos (véanse los casos examinados por esta Sala en los recursos de casación 7540/2020, 2081/2021 y 5232/2021, que se deliberaron conjuntamente con el recurso de casación **7370/2020**). Y en alguno de esos otros conflictos de interconexión -por ejemplo, el de BT España frente a Orange Espagne S.A.- el operador que lo promueve parece ya persuadido de que, en efecto, existe una suerte de precio regulado, pues más que entablar un conflicto lo que pide es, sencillamente, que se aplique el precio de 421 c€/min establecido en la resolución del conflicto entre BT y Telefónica Móviles (vid. fundamento jurídico material segundo, primer párrafo, de la resolución de la CNMC de 21 de julio de 2018 que resuelve el conflicto al que se refiere la sentencia de la Audiencia Nacional examinada nuestro recurso de casación 5232/2021).

**C/** En definitiva, por las razones expuestas en los apartados anteriores consideramos que la Sala debería haber declarado haber lugar al recurso de casación, y, una vez casada y anulada la sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional, debería haber estimado el recurso contencioso-administrativo y anulado la resolución del CNMC que resolvió el conflicto de interconexión.

En Madrid, en la misma fecha de la sentencia.