



Roj: **STS 1513/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1513**

Id Cendoj: **28079130032022100084**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **20/04/2022**

Nº de Recurso: **2081/2021**

Nº de Resolución: **461/2022**

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

Ponente: **JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 304/2021,**
ATS 9949/2021,
STS 1513/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 461/2022

Fecha de sentencia: 20/04/2022

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **2081/2021**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/03/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor

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

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

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: **2081/2021**

Ponente: Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 461/2022

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 20 de abril de 2022.

Esta Sala ha visto por esta Sección Tercera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación número **2081/2021** interpuesto por Telefónica Móviles España S.A.U., representada por la procuradora de los Tribunales Dña. M^a del Carmen Ortiz Cornago, con la asistencia letrada de Dña. Silvia Marín Rojas, contra la sentencia de 18 de enero de 2021, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 688/2018, contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), de fecha 17 de mayo de 2018, por la que se resuelve el conflicto de interconexión presentado por Dialoga Servicios Interactivos S.A. frente a Telefónica Móviles España S.A.U. y Orange España S.A.U., en relación con los precios mayoristas de originación móvil para llamadas a numeraciones 900 y 902, en el que ha intervenido como parte recurrida la Administración del Estado, que ha estado representada y defendida por la Abogacía del Estado, y Orange España S.A.U., representada por el procurador de los Tribunales D. Roberto Alonso Verdú.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó sentencia el 18 de enero de 2021 con los siguientes pronunciamientos en su parte dispositiva:

"Que desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora D^a. Carmen Ortiz Cornago, en nombre y representación de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, SAU, contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, de fecha 17 de mayo de 2018, a la que la demanda se contrae, la cual confirmamos. Con condena en costas a la parte recurrente."

SEGUNDO.- Notificada la sentencia se presentó escrito por la representación procesal de la Telefónica Móviles España S.A.U. manifestando su intención de interponer recurso de casación, y la Sala de instancia tuvo por preparado el recurso por auto de 22 de marzo de 2021, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones en este Tribunal, por auto de 14 de julio de 2021, dictado por la Sección de Admisión se acordó:

" 1.º) Admitir el recurso de casación n.º **2081/2021** preparado por la representación de Telefónica Móviles España, S.A.U. contra la sentencia de 18 de enero de 2021, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso n.º 688/2018.

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."

CUARTO.- Telefónica Móviles España S.A.U. presentó, con fecha 5 de octubre de 2021, escrito de interposición del recurso de casación, en el que, después de dedicar unos apartados a la descripción y contextualización regulatoria del servicio de originación de llamadas con origen móvil y destino a numeración 900, de atención telefónica gratuita para el usuario final, el objeto de la resolución recurrida, el debate en la instancia, la sentencia de instancia y el auto de admisión, invocó el principio de mínima intervención en el mercado de las telecomunicaciones, con cita del artículo 8 de la LRJSP que establece que las potestades de las Administraciones Públicas deber ser atribuidas por la norma de forma expresa, de forma que existe discrecionalidad si la CNMC va más allá de las facultades que expresamente le otorga la LGTel o cuando no respeta los principios establecidos en la misma, pues la facultad de intervención no es ilimitada. Señala al respecto la parte recurrente que la LGTel diferencia claramente las funciones de la CNMT dependiendo de si el mercado está o no regulado, pues en el primer caso se exige de la CNMT un previo análisis del mercado, situación que no se ha producido en este caso, y añade la parte recurrente que cuando el mercado está



regulado, la CNMC tiene amplias funciones para imponer obligaciones al operador con poder significativo de mercado en determinadas materias, como establecen los artículos 13 y 14 LGTel, entre las que se encuentra el control de precios, pero la cuestión a dilucidar es si la CNMC está facultada para imponer un precio máximo en un mercado no regulado, teniendo en cuenta que los artículos de aplicación son el 12.5 y 15 LGTel y no los artículos 13 y 14 LGTel.

La parte recurrente expone que conforme a los artículos 12.5, 12.6 y 12.3 LGTel, la CNMC solo está facultada para intervenir en las relaciones entre los operadores en los supuestos expresamente indicados y cuando sea estrictamente necesario, pero fuera de esos supuestos ha de prevalecer la libertad contractual y la autonomía de la voluntad de los operadores que intervienen en el mercado.

En consecuencia, la parte recurrente estima que al no estar regulado el servicio objeto de la resolución administrativa impugnada, la intervención de la CNMC está limitada y debe circunscribirse a fomentar o, en su caso, garantizar el acceso, la interconexión o interoperabilidad del servicio o para garantizar los principios descritos en el artículo 3 LGTel y, en este caso, la intervención no se ha justificado para garantizar dichos fines, pues el único objeto de Dialoga ha sido imponer un precio máximo, puesto que el debate técnico y de acceso ha sido inexistente dado que las redes de Dialoga y TME están interconectadas desde 2018.

Por ello, de conformidad con el artículo 5.1 LGTel, si no existe una causa que justifique la intervención de la CNMC, debe primar la autonomía de la voluntad de las partes, porque lo contrario supone una clara infracción del artículo 12 LGTel, al imponer una obligación (un precio máximo) como si se tratara de un precio regulado, cuando no lo es.

Insiste la parte recurrente en que no concurre en este caso justificación alguna de intervención de la CNMC para la consecución de los objetivos del artículo 3 LGTel, que considera la sentencia de instancia que justifican la intervención, como el fomento de la competencia efectiva y la defensa de los intereses de los usuarios, pues si bien es cierto que el artículo 12 LGTel señala como uno de los objetivos de la intervención de la CNMC garantizar un interés general, no es menos cierto que este interés debe justificarse, sin que baste una mera referencia a que existe un interés general, sino que la CNMC deberá demostrar que existe justificación que entiende la parte recurrente que en este caso no se ha producido.

A juicio de la parte recurrente, cualquier interpretación extensiva de la regla de atribución de competencias a la CNMC en el seno de un mercado regulado conculca el principio de mínima intervención administrativa, puesto que supone la atribución a la CNMC de una potestad de intervención ilimitada en mercados no regulados, de forma que toda relación contractual entre operadores privados sería susceptible de ser modificada para conseguir fines particulares, como ocurre en este caso.

Por ello, justificar una intervención administrativa en un mercado no regulado apoyándose en un interés general, prescindiendo de la autonomía de la voluntad de las partes, exige una fundamentación mínima que evidencie que la medida impuesta va a favorecer al usuario final o al interés general y en este caso considera la parte recurrente que no se ha producido justificación alguna.

Como conclusión señala la parte recurrente que procede que esta Sala sienta la doctrina por la que se resuelva que la potestad de intervención de la CNMC en mercados regulados para garantizar la interconexión y la interoperatividad no le permite, en ningún caso, imponer precios máximos, y en caso de que la Sala considere que la consecución de los objetivos del artículo 3 de la LGTel son, también, una regla de atribución de competencias a la CNMC en mercados no regulados, al menos habrá de convenirse que en ningún caso el alcance de la potestas de la CNMC podrá ser tan amplia como en mercados regulados, de modo que el principio de la mínima intervención ha de ser aplicado con mayor rigor que en aquellos, lo que exigiría, cuanto menos, una justificación de cuál es el interés general protegido y los motivos por los que se entiende afectado el mismo.

Lo cierto es que el establecimiento de un precio máximo para el servicio de originación móvil con destino a numeración 800/900, amparado en un presunto interés general, lo que ha demostrado tras 4 años desde que se dictó la resolución administrativa a que se refiere este procedimiento, es que no existe tal interés general puesto que ningún otro operador ha interpuesto conflicto adicional alguno y también es muestra de la falta de interés general la no personación de Dialoga y terceros operadores en este procedimiento.

Además, considera la parte recurrente que la intervención de la CNMC no solo es contraria al artículo 12 LGTel, sino que también podría suponer una intromisión en materia competencia de la jurisdicción civil, pues no cabe olvidar que el propio artículo 12 LGTel destaca la importancia de velar por el principio de voluntad de las partes, que no debe verse limitado por los intereses particulares y económicos de una de las partes frente a la otra.

A todo lo anterior, añade la parte recurrente que la CNMC ha establecido un mecanismo indefinido de revisión de ese precio, sin justificar el interés general que lo soporte y sin haber sido solicitado por Dialoga, dejando a



las partes sometidas a una decisión administrativa de la CNMC, prescindiendo de cualquier tipo de derecho civil de las partes.

La parte recurrente solicita a la Sala que la sentencia que resulte de este recurso establezca la siguiente doctrina: i) en mercados no regulados la potestad de la CNMC debe limitarse a intervenir para garantizar el acceso, la interconexión y la interoperabilidad, imponiendo medidas que garanticen la competencia efectiva o salvaguarden un interés general real, ii) en un mercado no regulado, las competencias atribuidas a la CNMC en materia de resolución de conflictos no alcanzan la posibilidad de revisión de precios, con carácter general, por tratarse de una medida propia de "mercados de referencia". Así, la CNMC no puede revisar e imponer precios, en mercados no regulados, cuando no concurren los requisitos previstos en el artículo 12.5 LGTel, iii) en mercados no regulados, la CNMC no tiene la potestad de resolver conflictos cuyo único fin sea la consecución de cualesquiera objetivos de los señalados en el artículo 3 LGTel, iv) si la Sala entiende que la consecución de tales objetivos del artículo 3 LGTel faculta a la CNMC para intervenir, entonces la habilitación de la CNMC ha de analizarse caso a caso, teniendo en cuenta el principio de intervención mínima y los siguientes criterios: a) la intensidad del interés público a proteger ha de ser superior al interés público que justifica la intervención de la CNMC en mercados regulados, b) la intensidad del interés público a proteger ha de ser mayor cuando mayor sea el nivel de intervención, c) la protección del interés público ha de ser el objetivo fundamental de la medida y este requisito no se da si el principal efecto de la intervención es mejorar la posición patrimonial de un operador en detrimento de otro y iv) la CNMC no está facultada para sustituir la autonomía de la voluntad de las partes de un acuerdo de interconexión por medio de la fijación de mecanismos de aplicación indefinida que proscriben cualquier posibilidad de negociación entre los operadores y no cumplen los objetivos definidos en el artículo 12.6 LGTel (objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias).

Finaliza la parte recurrente su escrito de interposición solicitando a la Sala que, fijada la doctrina: i) estime el recurso contencioso administrativo, ii) anule la sentencia de instancia así como la resolución recurrida, y iii) se restablezca la situación jurídica perturbada mediante el reconocimiento del derecho de la recurrente a refacturar los servicios de originación de llamadas prestadas a Dialoga al precio de 7 céntimos de euro, con los intereses legales correspondientes.

QUINTO.- Se dio traslado a la parte recurrida, para que manifestara su oposición, lo que verificó el Abogado del estado por escrito de 2 de diciembre de 2021, en el que examina, en primer lugar, la cuestión de interés casacional formulada por el auto de admisión y los razonamientos de la sentencia impugnada.

Alega el Abogado del Estado que la potestad que la ley atribuye a la CNMC para resolver conflictos en el ámbito de la interconexión y otros aspectos del mercado de las comunicaciones electrónicas es una potestad de derecho público que no se confunde con la mera resolución de un conflicto meramente privado o de carácter patrimonial y, en este sentido, la intervención administrativa en el caso enjuiciado se produjo para fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones, para potenciar al máximo los beneficios para las empresas y los consumidores, principalmente en bajadas de precios, promover el despliegue de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, fomentando la conectividad e interoperabilidad, el acceso, en condiciones de igualdad y no discriminación y la defensa de los intereses de los usuarios, asegurando su derecho a los servicios de comunicaciones electrónicas en condiciones adecuadas de elección, precio y buena calidad.

Considera el Abogado del Estado que la resolución administrativa y la sentencia de instancia abordan un conflicto de interconexión y si un precio no permite la conexión a alguna de las partes, ello pone en peligro la interoperabilidad de los servicios y puede provocar la desaparición de servicios y afectar negativamente a la competencia del mercado.

Señala también el Abogado del Estado que existe un cuerpo doctrinal suficiente para discernir si determinados elementos conforman cuestiones de naturaleza estrictamente privada o está comprometida la regulación de derecho público, y cita al respecto la sentencia de esta Sala de 25 de julio de 2018 (casación 2613/2016), que resuelve un caso sobre un elemento esencial de la relación entre operadores como es la conexión misma y su interrupción derivada del incumplimiento de cláusulas contractuales suscritas entre partes privadas, la sentencia de 10 de julio de 2018 (recurso 3591/2017), que señala que la cuestión debe centrarse en la naturaleza jurídica del conflicto entre operadores cuando afecte a las relaciones de acceso e interconexión y se trate de garantizar los bienes jurídicos protegidos por la norma de derecho público, la sentencia de 23 de marzo de 2017, sobre un supuesto de modificación unilateral de un AGI y la sentencia de 5 de febrero de 2013, que se refiere expresamente a los precios de interconexión de acceso a los servicios 900. De esta forma, el Tribunal Supremo tiene establecido que existe habilitación legal y competencia específica de la autoridad administrativa independiente para dirimir los conflictos que se produzcan en relación con los acuerdos de interconexión, en razón de que están sometidos a una regulación de derecho público, con el objeto de salvaguardar la interconexión de las redes públicas de telecomunicaciones con las de todos los operadores.



El Abogado del Estado considera que el supuesto analizado hace referencia a un conflicto de interconexión, de manera que la intervención del regulador a nivel mayorista puede trasladarse a los usuarios finales y fomentar la competencia entre los operadores.

Considera el Abogado del Estado que la jurisprudencia ya ha establecido el criterio para la delimitación a que se refiere el auto de admisión, que en su caso podría aclararse o matizarse para este caso: i) no se trata de una mera cuestión patrimonial o privada exclusivamente entre dos contratantes, pues estamos ante una medida dirigida a evitar disfunciones en la prestación del servicio y tiene, por tanto, trascendencia pública en tanto que medida tendente a garantizar el acceso, la interconexión y la interoperatividad de los servicios que se prestan y a fomentar la competencia efectiva y la defensa de los intereses de los usuarios, y ii) la interoperatividad no es solo una cuestión de conexión, sino también del precio al que se produce la conexión, pues un precio que pudiera resultar excesivo, desproporcionado o irrazonable justifica la intervención administrativa, en la medida en que puede comprometer el propio acceso en interconexión. A tal efecto, la CNMC resulta competente para fijar condiciones en los aspectos de discrepancia, si las partes agotaron sus negociaciones y existe un interés público en la intervención del regulador.

Por todo ello, el Abogado del Estado indica que, una vez fijada la doctrina, debe dictarse sentencia que, al resolver la cuestión planteada, desestime el recurso y confirme la sentencia recurrida, que motiva suficientemente que se trata de un conflicto entre partes en el que el operador demandante considera que el precio de originación no es razonable, de manera que la intervención del regulador a nivel mayorista puede trasladarse a los usuarios finales y fomentar la competencia entre los operadores que comercializan estas numeraciones.

Por diligencia de ordenación de 10 de diciembre de 2021 se tuvo por caducado en su derecho a Orange Espagne SAU.

SEXTO.- Por providencia de 25 de enero de 2022 se señaló vista pública, -junto con los recursos de casación 7540/2020, 7370/2020 y 5232/2021, dada la coincidencia del objeto de dichos recursos, el día 22 de marzo de 2022, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar, iniciándose a continuación la deliberación que se ha desarrollado hasta el 5 de abril.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto y planteamiento del recurso de casación: el asunto litigioso, la sentencia impugnada, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el 18 de enero de 2021 y otros recursos sobre la misma materia.

1.- Se interpone recurso de casación contra la sentencia de 18 de enero de 2021, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación de Telefónica Móviles España SAU, contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), de fecha 17 de mayo de 2018.

2.- La resolución de la CNMC se dictó en un conflicto promovido por Dialoga Servicios Interactivos S.A. (en adelante, Dialoga), al amparo de los artículos 12.5, 15 y 70.2, letras d) y g), de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), frente a Telefónica Móviles España, S.A. Unipersonal (en adelante, Telefónica Móviles) y Orange Espagne S.A.U., en relación con los precios mayoristas de originación para las llamadas a: i) sus numeraciones 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 los indicados operadores.

La CNMC resolvió el conflicto en resolución de 17 de mayo de 2018, con los siguientes pronunciamientos en su parte dispositiva (se transcriben únicamente los pronunciamientos primero y tercero que se refieren a Telefónica Móviles y, por tanto, interesan a este recurso, no así el pronunciamiento segundo, de idéntico contenido al primero, si bien referido al precio del mismo servicio prestado por Orange Espagne S.A.):

"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.

[...]

TERCERO. Dar traslado de esta resolución a la Secretaría de Estado de la Sociedad de la Información y la Agenda Digital, dependiente del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital en el ámbito de sus competencias en



virtud de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones para que valore la conveniencia de establecer un precio máximo para las llamadas cursadas hacia numeraciones del rango 902 a raíz del análisis desarrollado en el fundamento jurídico quinto de la presente resolución)."

SEGUNDO.- Sobre los recursos de casación en los que la Sala ha celebrado vista pública conjunta por razón de versar sobre cuestiones coincidentes.

1.- Hemos indicado en el último de los antecedentes de hecho que la Sala celebró en la misma fecha la vista pública correspondiente a este y a otros tres recursos más, dada la coincidencia del objeto de dichos recursos.

Se trataba de los siguientes recursos de casación:

i) Recurso de casación 7370/2020. En su origen se encontraba el conflicto de interconexión promovido por BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones S.A.U. frente a Telefónica Móviles España S.A.U. por los precios de originación para llamadas gratuitas, que fue resuelto por acuerdo de la CNMC de 4 de mayo de 2017.

Telefónica Móviles España S.A.U. interpuso recurso contencioso administrativo frente a la resolución de la CNMC, que fue desestimado por sentencia de la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de 24 de julio de 2020 (recurso 633/2017).

ii) Recurso de casación 7540/2020. En su origen se encontraba el conflicto de interconexión promovido por Dialoga Servicios Interactivos S.A. contra Telefónica Móviles España S.A.U. y Orange España S.A.U., por los precios mayoristas de originación móvil para llamadas a numeraciones 900 y 902, que fue resuelto por acuerdo de la CNMC de 17 de mayo de 2018.

Orange España S.A.U. interpuso recurso contencioso administrativo frente a la resolución de la CNMC, que fue desestimado por sentencia de la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de 27 de julio de 2020 (recurso 689/2018).

iii) Recurso de casación **2081/2021** (el presente recurso). En su origen se encontraba el conflicto de interconexión promovido por Dialoga Servicios Interactivos S.A. contra Telefónica Móviles España S.A.U. y Orange España S.A.U., citado en el apartado anterior, por los precios mayoristas de originación móvil para llamadas a numeraciones 900 y 902, que fue resuelto por acuerdo de la CNMC de 17 de mayo de 2018.

Telefónica Móviles España S.A.U. interpuso recurso contencioso administrativo frente a la resolución de la CNMC, que fue desestimado por sentencia de la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de 18 de enero de 2021 (recurso 688/2018).

4) Recurso de casación 5232/2021. En su origen se encontraba el conflicto de interconexión promovido por BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones S.A.U. frente a Orange Espagne S.A.U. por los precios mayoristas de originación móvil para llamadas gratuitas, que fue resuelto por acuerdo de la CNMC de 21 de junio de 2018.

Orange Espagne S.A.U. interpuso recurso contencioso administrativo frente a la resolución de la CNMC, que fue desestimado por sentencia de la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo Audiencia Nacional, de 7 de abril de 2021 (recurso 764/2018).

2.- La sentencia impugnada en este recurso de casación, de fecha de 18 de enero de 2021 (recurso 688/2018), desestimó, como se ha dicho, el recurso contencioso administrativo interpuesto por Telefónica Móviles contra el acuerdo de la CNMC de 17 de mayo de 2018, de resolución de un conflicto de interconexión por los precios mayoristas de originación móvil para llamadas a numeraciones 900 y 902, sobre la base de los razonamientos de las sentencias precedentes de la misma Sala, de fechas 24 y 27 de julio de 2020, que habían enjuiciado las mismas cuestiones controvertidas.

3.- En nuestro caso, al haber deliberado la Sala conjuntamente los cuatro recursos de casación que hemos citado, con objeto y cuestiones de interés casacional coincidentes, hemos de reiterar ahora los razonamientos contenidos en la sentencia que resuelve el recurso de casación 7370/2020, que expresan el criterio de la Sala sobre las cuestiones debatidas.

TERCERO.- La posición de la Sala sobre las cuestiones litigiosas.

En la referida sentencia dictada en la casación 7370/2020 hemos dicho que la cuestión sobre la que esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo debe pronunciarse 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 establecidas 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 qué supuestos y con qué 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 precisos, la controversia jurídica que presenta interés casacional consiste en determinar si, 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 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 diálogo 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 efecto, 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 Ley estatal, de fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y procurar beneficios para los consumidores.

En efecto, partiendo de las características y la naturaleza del conflicto de interconexión suscitado en relación con los precios de los servicios mayoristas de originación que se prestan mutuamente los operadores en conflicto para la realización de llamadas con origen móvil a numeraciones 900 y 902 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 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 diálogo entre las partes y concurrir el presupuesto de salvaguarda del interés general, vinculado a lograr una competencia efectiva en este mercado), transparentes y no discriminatorias, 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 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 procede 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 respuesta a las cuestiones de interés casacional objetivo para formación de jurisprudencia formuladas en el auto de admisión del recurso de casación.

Conforme a los razonamientos jurídicos expuestos, esta Sala, dando respuesta a las cuestiones planteadas en este recurso de casación, que presentan interés casacional, 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, está 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.

QUINTO.- Resolución del recurso de casación y costas procesales.

En consonancia con lo razonado en los apartados anteriores, procede que declaremos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Telefónica Móviles España S.A.U. contra la sentencia, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 18 de enero de 2021 (recurso número 688/2018)

Y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4, 139.1 y 139.4 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, entendemos que no procede la imposición de las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes, debiendo mantenerse el pronunciamiento de la sentencia recurrida en lo que se refiere a las costas del proceso de instancia.

FALLO



Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1.- Reiterar, en respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia formulada en el auto de admisión del recurso, la doctrina jurisprudencial expresada en el fundamento de derecho cuarto de esta sentencia.

2.- Declarar no haber lugar y, por lo tanto, desestimar el 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 18 de enero de 2021, dictada en el recurso contencioso-administrativo 688/2018.

3.- No efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso de casación y mantener el pronunciamiento de la sentencia impugnada sobre no imposición de las costas de la 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 461/2022, DE 20 DE ABRIL DE 2022 (RECURSO DE CASACIÓN Nº **2081/2021**).

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 **2081/2021**, 7370/2020 y 5232/2021, que se deliberaron conjuntamente con el recurso de casación 7540/2020). Y en alguno de esos conflictos de interconexión -concretamente, 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 recurrida en este 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 sido estimado el recurso contencioso-administrativo y anulada la resolución del CNMC que resolvió el conflicto de interconexión.

En Madrid, a 20 de abril de 2022.