



Roj: **STS 2760/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2760**

Id Cendoj: **28079130032023100102**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **21/06/2023**

Nº de Recurso: **7980/2021**

Nº de Resolución: **828/2023**

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

Ponente: **MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **ATS 1425/2022,**
STS 2760/2023

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 828/2023

Fecha de sentencia: 21/06/2023

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **7980/2021**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/06/2023

Voto Particular

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Isabel Perelló Doménech

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

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

Transcrito por: BPM

Nota:

R. CASACION núm.: **7980/2021**

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Isabel Perelló Doménech

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 828/2023

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente



D. Eduardo Calvo Rojas

D.^a María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

En Madrid, a 21 de junio de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número **7980/2021** interpuesto por Telefónica Móviles España S.A.U., representada por la procuradora de los Tribunales D.^a M.^a del Carmen Ortiz Cornago, con la asistencia letrada de D. Antonio Serrano Acitores, contra la sentencia de 10 de septiembre de 2021, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 911/2019; en el que ha intervenido como parte recurrida la Administración del Estado, que ha estado representada y defendida por la Abogacía del Estado.

Ha sido ponente la Excm.a Sra. D.^a María Isabel Perelló Doménech.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Telefónica Móviles España S.A.U interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo 911/2019, contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), de fecha 3 de abril de 2019, por la que se resuelve el conflicto de interconexión interpuesto por Colt Technology Services S.A.U frente a Telefónica Móviles España S.A.U, en relación con los precios de originación móvil para llamadas gratuitas CFT/DTSA/032/18.

La citada resolución de 17 de mayo de 2018 de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, resuelve:

"ÚNICO.- Establecer que el precio del servicio de originación móvil que Telefónica Móviles España S. A. U preste a Colt Technology Services, S. A. U para las llamadas gratuitas a numeraciones atribuidas a Colt Technology Services, S.A.U para la prestación de servicios de asistencia técnica e información (numeraciones 1XYZ) y servicios de cobro revertido (numeración 900), no puede ser superior a 4,21 céntimos de Euro por minuto a partir del día siguiente de la notificación de la presente resolución a Telefónica Móviles España, S.A.U."

La Sala de la Audiencia Nacional resolvió las cuestiones controvertidas en el recurso planteado, haciendo referencia a las ya enjuiciadas en SSAN de 27 de julio de 2020, al resolver el recurso 689/18 interpuesto por Orange; en sentencia de 24 de julio de 2020, recaída en el recurso 633/17, interpuesto por TME frente a la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de fecha 4 de mayo de 2017, por la que se resuelve el conflicto de interconexión presentado por BT frente a TME, en relación con los precios de los servicios mayoristas de originación que se prestan mutuamente para la realización de llamadas con origen móvil a numeraciones gratuitas para el llamante; y en sentencia de fecha 18 de enero de 2021, recaída en el recurso 688/18, interpuesto por TME frente a resolución de la CNMC de 17 de mayo de 2018, por la que se resuelve conflicto de interconexión interpuesto por Orange España S.A.U, y Dialoga Servicios Interactivos, S.A, por los precios mayoristas de originación móvil para llamadas a numeraciones 900 y 902. Sentencias que se encontraban en ese momento pendientes de recurso de casación, ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó sentencia el 10 de septiembre 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 3 de abril de 2019, 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, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones en este Tribunal, por auto de 9 de febrero de 2022, dictado por la Sección de Admisión se acordó:

"(...) 2.º) Declarar que la cuestión planteada por la parte recurrente que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar, 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 entre operadores, y, en caso afirmativo, bajo qué condiciones.

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación los artículos 5.1, 12 y 13 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 y el artículo 9.2 LOPJ; sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras normas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 90.4 LJCA."

CUARTO.- Remitidas las actuaciones a la sección tercera de esta Sala, se dió traslado a la recurrente para formalizar su escrito de interposición del recurso de casación.

Telefónica Móviles España S.A.U presentó escrito de fecha 27 de marzo de 2022, en el que tras recordar los antecedentes relevantes -descripción y contextualización regulatoria del Servicio, objeto de la resolución recurrida, el debate de instancia, la Sentencia de instancia, y el auto de admisión-, realiza un análisis de la cuestión controvertida y la doctrina relevante, haciendo referencia al principio de mínima intervención en el mercado de las telecomunicaciones, y fijando la cuestión a dilucidar, siendo esta si la CNMC está facultada para imponer un precio máximo para un mercado no regulado teniendo en cuenta que el artículo de aplicación es el 12.5 y 15 de la LGTel "Resolución de conflictos" y no los artículos 13 y 14 TGTel.

Respecto a los conflictos entre operadores abordados en varias ocasiones por el Tribunal Supremo, manifiesta que todos ellos se refieren a conflictos entre operadores en mercados de referencia, donde la extinta CMT tenía la potestad de "control de precios".

En opinión de Telefónica Móviles se considera vulnerados: los artículos 12.3, 12.5 y 12.6 LGTel, que establecen la intervención de la CNMC, obligaciones y condiciones a imponer, y restricciones; artículo 5.1 LGTel que consagra el principio de libre competencia; artículo 4 de la LRJSP que exige a las Administraciones Públicas que limiten la autonomía de las partes en el ejercicio de una actividad de forma proporcionada y elegir la medida menos restrictiva. Conforme a estos preceptos, la CNMC solo está facultada para intervenir en las relaciones entre los operadores en los supuestos expresamente indicados y cuando sea estrictamente necesario, y fuera de estos supuestos, prevalece la libertad contractual y la autonomía de la voluntad de los operadores que intervienen en el mercado.

Considera que en este caso, la intervención no se ha justificado para garantizar el acceso, la interconexión y la interoperabilidad, pues el único objetivo de COLT ha sido imponer un precio máximo, puesto que el debate técnico y de acceso ha sido inexistente dado que las redes de COLT y TME están interconectadas desde 1999. Conforme a lo dispuesto en 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 de la LGTel al imponer una obligación -precio máximo- como si se tratara de un servicio regulado, cuando no lo es. Tampoco concurre en este caso justificación alguna de intervención de la CNMC para la consecución de los objetivos del artículo 3 LGTel de los que la Sentencia de Instancia considera que justifican la intervención i) fomentar la competencia efectiva; y ii) defender los intereses de los usuarios.

Tanto la normativa comunitaria como la doctrina que lo interpreta determina que el regulador está habilitado para intervenir en materia de interconexión e interoperabilidad y ha de perseguir los objetivos contenidos en el artículo 3 LGTel, pero esto no conlleva, en sí mismo, una habilitación competencial por lo que corresponde una justificación adicional que en este caso no se ha producido.

Y fijada la doctrina objeto de este recurso solicita :

- i) se estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto por TME;
- ii) se proceda a anular la Sentencia de Instancia así como la Resolución Recurrida y;
- iii) se restablezca la situación jurídica perturbada mediante el reconocimiento del derecho de TME de refacturar los servicios de originación de llamadas prestados a COLT al precio de 7 céntimos de euros, con los intereses legales correspondientes.

Finaliza suplicando a la Sala dicte sentencia por la que, de conformidad con el artículo 93.1 de la LJCA, se estime el recurso formulado Telefónica Móviles 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.- Se dio traslado a la parte recurrida, para que manifestara su oposición, lo que verificó el Abogado del estado por escrito de 20 de mayo de 2022, 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.

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: existen terceros operadores en un mercado en competencia y consumidores de los servicios que determinan que el objeto y resolución del conflicto de interconexión exceda con mucho los aspectos estrictamente de derecho privado o meramente patrimoniales de las partes en conflicto.

Y solicita se dice sentencia que, reitere la jurisprudencia fijada recientemente en supuestos sustancialmente iguales, desestime el recurso y confirme la sentencia recurrida.

SEXTO.- Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento cuando por turno corresponda, fijándose para votación y fallo el día 13 de junio de 2023, fecha en que se ha llevado a efecto, con observancia de las disposiciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso.

"Telefónica Móviles España, S.A.U" interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 10 de septiembre de 2021 (recurso nº 911/2019) que desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la referida entidad mercantil contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 3 de abril de 2019 por la que se resuelve conflicto de interconexión interpuesto por "Colt Technology Services, S.A. U" en relación con los precios de originación móvil para llamadas gratuitas.

El recurso de casación fue admitido por auto de esta Sala de 9 de febrero de 2022, que declaró de interés casacional aclarar si la CNMC tenía competencia para imponer precios en servicios no regulados por la vía de resolución de conflictos entre operadores.

"Telefónica Móviles España S.A.U" basa su demanda en la incompetencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para imponer precios máximos, al margen de los supuestos pactados voluntariamente por las propias partes, y sin tener en cuenta al resto de los operadores en el mercado, todo ello en relación a los servicios no regulados por la vía de la resolución de conflictos entre operadores. Aduce a tal fin, la infracción de los artículos 5, 12.5 y . 6 de la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 9/2014, de 9 de mayo, en adelante LGT) por imponer obligaciones en el seno de un conflicto entre operadores, invoca el artículo 4 LRJSP y 9.2 LOPJ en relación con las facultades de la CNMC para intervenir entre operadores en los supuestos indicados y cuando sea estrictamente necesario, indicando que fuera de esos supuestos, prevalece la libertad contractual y la autonomía de la voluntad de los operadores que intervienen en el mercado . Añade que no concurre justificación para la intervención de la CNMC para la consecución de los objetivos del artículo 3 LGT, ni justifica de forma suficiente la concurrencia de un interés general, careciendo la CNMC de la correspondiente habilitación competencial, con cita de jurisprudencia de este Tribunal Supremo.

Pues bien, la cuestión que presenta interés casacional antes reseñada ha sido resuelta por esta Sala en los recursos tramitados bajo los números 7370/2020, 7540/2020, 5232/2021 y 2081/2021 , que fueron deliberados de manera simultánea al tratarse en todos ellos las mismas cuestiones jurídicas. La posición de la Sala en estos litigios ha sido fijada en las sentencias nº 454/2022 de 19 de abril (RCA 7370/2020), y de 20 de abril de 2022 nº 458/2022 (RCA 7540/2020), nº 459/2022 (RCA 5232/2021) y nº 461/2022 (RCA 2081/2021).

Los citados recursos tienen su origen en tres resoluciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictadas en otros tantos conflictos de interconexión entre Telefónica y Orange por un lado y British Telecom (BT) y Dialoga por otro. La primera resolución fue la de 4 de mayo de 2017 (conflicto entre Telefónica y BT), seguida por la de 17 de mayo de 2018 (conflictos entre Telefónica y Orange por un lado y Dialoga por otro), y la de 21 de junio de 2018 (conflicto entre Orange y BT).

Los recursos contra dichas resoluciones dieron lugar a las sentencias de 7 de abril de 2021 (recurso de Orange en el procedimiento 5232/2021 referida a la resolución de 21 de junio de 2018); de 24 de julio de 2020 (recurso de Telefónica en el procedimiento 7370/2020 contra la resolución de 4 de mayo de 2017); de 27 de julio de 2020



(recurso de Orange en el procedimiento 7540/2020, sobre resolución de 17 de mayo de 2018); y de 18 de enero de 2021 (recurso de Telefónica en el procedimiento 2081/2021, sobre resolución de 17 de mayo de 2018).

Pues bien, en la sentencia de fecha 19 de abril de 2022 dictada en el asunto 7370/2020, en el cual se impugnaba la sentencia de instancia de 24 de julio de 2020, referida a la primera de las resoluciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de las que se ha hecho referencia, hemos expuesto la posición de la Sala sobre las cuestiones controvertidas. Habida cuenta de que las cuestiones suscitadas son las mismas y en virtud del principio de unidad de doctrina, procede reiterar en los siguientes fundamentos las consideraciones expresadas en la citada sentencia.

SEGUNDO.- Sobre las infracciones del ordenamiento jurídico en que se funda el recurso de casación.

En la referida sentencia dictada en la casación 7370/2020 hemos indicado 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.

Delimitada en estos términos la controversia casacional, esta Sala consideró 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 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 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.>>

TERCERO.- Sobre la formación de jurisprudencia.

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.

CUARTO.- 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, una vez fijada en el fundamento jurídico tercero 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:

1. Declarar que no ha lugar y, por lo tanto, desestimar el recurso de casación interpuesto por Telefónica Móviles S.A.U. contra la sentencia de 18 de enero de 2021, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Octava) en el recurso contencioso-administrativo 688/2018.
2. No efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso de casación.

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

Así se acuerda y firma.

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 N° 828/2023, DE 21 DE JUNIO DE 2023 (RECURSO DE CASACIÓN N° 7980/2021).

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 7540/2020, 2081/2021 y 7370/2020, que se deliberaron conjuntamente con el recurso de casación 5232/2021). 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 el 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, en la misma fecha de la sentencia.