

El TS declara la competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para imponer precios máximos en los servicios no regulados del sector de las telecomunicaciones

Se plantea en el presente recurso si, a la vista de los arts. 3, 5 y 12 de la Ley General de Telecomunicaciones -LGT-, en relación con el art. 4 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, la CNMC resulta competente para imponer precios máximos en servicios no regulados por la vía de la resolución de conflictos de interconexión entre operadores y, en caso afirmativo, en qué condiciones.

Declara la Sala que el art. 12.5 de la LGT, a la luz de lo dispuesto en el art. 8 de la Directiva 2002/19/CE, de acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y de los arts. 3 y 5 de la citada Ley, debe interpretarse en el sentido de que la CNMC 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 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. Formulan voto particular los Magistrados D. Eduardo Calvo Rojas y D. Diego Córdoba Castroverde.

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso

Sede: Madrid

Sección: 3

Fecha: 20/04/2022

Nº de Recurso: 7540/2020

Nº de Resolución: 458/2022

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

Ponente: EDUARDO ESPIN TEMPLADO

Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso

SENTENCIA

Madrid, a 20 de abril de 2022.

Esta Sala ha visto , constituída en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 7540/2020, interpuesto por Orange Espagne, S.A.U., representada por el procurador D. Roberto Alonso Verdú y bajo la dirección letrada de D. Álvaro Sánchez-Bordona Benardelli, contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 27 de julio de 2020 en el recurso contencioso-administrativo número 689/2018. Son partes recurridas la Comisión Nacional de los Mercados y la

Competencia, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, y Dialoga Servicios Interactivos, S.A., representada por el procurador D. Manuel Infante Sánchez y bajo la dirección letrada de D. Juan Ignacio Fernández Torres.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 27 de julio de 2020, desestimatoria del recurso promovido por Orane Espagne, S.A.U. contra la resolución de 17 de mayo de 2018 dictada por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el conflicto de interconexión interpuesto por Dialoga Servicios Interactivos S.A. contra Telefónica Móviles España, S.A.U. y Orange Espagne S.A.U. por los precios mayoristas de originación móvil para llamadas a numeraciones 900 y 902. En dicha resolución se decidía, en lo que respecta a la demandante, establecer que el precio del servicio de originación móvil que la misma preste a Dialoga Servicios Interactivos, S.A. en virtud del acuerdo de interconexión directa que suscriban las dos partes para la realización de llamadas desde la red móvil del primero a la numeración 900 del segundo no puede ser superior a 4,21 céntimos de euro por minuto.

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación contra la misma, teniéndose por preparado dicho recurso por auto de la Sala de instancia de fecha 20 de noviembre de 2020, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Tras recibirse las actuaciones y haberse personado las partes que se recogen en el encabezamiento de esta resolución, se ha dictado auto de 5 de marzo de 2021 por el que se admite el recurso de casación, declarando que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en interpretar los artículos 12, 15 y 70.2.d) y g) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, en relación con los artículos 6.4 y 12.1.a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en orden a aclarar si la C.N.M.C. 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.

CUARTO.- A continuación se ha concedido plazo a la parte recurrente para interponer el recurso de casación, desarrollando en el correspondiente escrito los siguientes motivos:

- 1º, infracción de los artículos 12, 15 y 70.2.g) de la Ley General de Telecomunicaciones y de los artículos 6.4 y 12.1.a) de la Ley 3/2013, a la vista de los artículos 13 y 14 de la Ley General de Telecomunicaciones; de los artículos 5, 8 y 13 de la Directiva de Acceso, y de los artículos 3 y 16 de la Directiva Marco: la C.N.M.C. no puede imponer precios en servicios no regulados por la vía de la resolución de conflictos entre operadores;

- 2º, infracción de los artículos 12.5 y 12.6 de la Ley General de Telecomunicaciones, al haber aplicado a la relación Dialoga-Orange el precio establecido en el conflicto BT-Telefónica, al margen de los requisitos que exigen dichos preceptos para imponer obligaciones en el seno de un conflicto entre operadores y sin atender a las alegaciones de la recurrente sobre el precio impuesto; ello supone desvirtuar la figura de los conflictos entre operadores y una clara muestra de arbitrariedad.

Termina dicho escrito con el suplico de que se dicte sentencia por la que se case y deje sin efecto la recurrida, con condena en costas a la parte recurrida, y como consecuencia se sitúe la Sala en la posición procesal propia del tribunal de instancia y entre al examen del fondo del asunto, estimando el

recurso contencioso- administrativo interpuesto por dicha parte contra la resolución administrativa de 17 de mayo de 2018 en los términos de su escrito de demanda.

QUINTO.- Seguidamente se ha dado traslado del escrito de interposición del recurso de casación a las partes recurridas, habiendo presentado en el plazo otorgado la representación procesal de Dialoga Servicios Interactivos, S.A. su escrito de oposición, en el que solicita que esta Sala dicte auto declarando su incompetencia para conocer del recurso y, subsidiariamente, que dicte sentencia por la que se desestime íntegramente el recurso, declarando la firmeza de la sentencia recurrida, con expresa condena en costas a la parte recurrente y cuanto demás proceda en derecho.

También el Sr. Abogado del Estado ha presentado su escrito de oposición, en el que suplica que se resuelva el recurso por sentencia que, fijando la doctrina que interesa en su fundamento jurídico sexto, desestime el recurso y confirme la sentencia recurrida.

SEXTO.- Por providencia de fecha 25 de enero de 2022 se ha señalado para celebración de vista pública conjunta con las casaciones 7370/2020, 5232/2021 y 2081/2021 el día 22 de marzo del mismo año a las 10 horas, en que ha tenido lugar dicho acto, iniciándose a continuación la deliberación que se ha desarrollado hasta el 5 de abril.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso.

Orange Espagne, S.A.U., impugna mediante el presente recurso de casación la sentencia de 27 de julio de 2020 dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en materia de telecomunicaciones. La sentencia recurrida desestimaba el recurso que la citada mercantil había interpuesto contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de 17 de mayo de 2018 por la que se resolvía el conflicto de interconexión entre Orange y la compañía Dialoga Servicios Interactivos, S.A.

El recurso fue admitido por auto de esta Sala de 5 de marzo de 2021, que declaró de interés casacional aclarar si la C.N.M.C. tenía competencia para imponer precios en servicios no regulados por la vía de resolución de conflictos entre operadores y, en caso afirmativo, en qué condiciones.

Orange basa su demanda en (i) la incompetencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para imponer precios en servicios no regulados por la vía de la resolución de conflictos entre operadores; y

(ii) la infracción del artículo 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.

Las partes codemandadas defienden la conformidad a derecho de la sentencia recurrida e instan la desestimación del recurso.

Este procedimiento ha sido sometido a vista conjunta con los recursos 7370/2020, 2081/2021 y 5232/2021, siendo igualmente 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 la sentencia dictada en el asunto 7370/2020, cuyas consideraciones recogemos en la presente sentencia.

Los citados recursos, junto con el presente, 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 27 de julio de 2020 (recurso de Orange en el procedimiento 7540/2020 que vemos aquí y referida a la resolución de 17 de mayo de 2018); 24 de julio de 2020 (recurso de Telefónica en el procedimiento 7370/2020 contra la resolución de 4 de mayo de 2017); 18 de enero de 2021 (recurso de Telefónica en el procedimiento 2081/2021, sobre resolución de 17 de mayo de 2018); y de 7 de abril de 2021 (recurso de Orange en el procedimiento 5232/2021, sobre resolución de 21 de junio de 2018).

Pues bien, en la sentencia 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, reiteramos 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 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 sobre coste 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 Orange España, S.A.U.

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 Orange Espagne, S.A.U. contra la sentencia de 27 de julio de 2020 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 689/2018.

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.

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 458/2022 DE 20 DE ABRIL DE 2022 (RECURSO DE CASACIÓN Nº 7540/2020).

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 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 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.