



Roj: **STS 4869/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:4869**

Id Cendoj: **28079130032016100438**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **10/11/2016**

Nº de Recurso: **229/2014**

Nº de Resolución: **2405/2016**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4322/2013,**
STS 4869/2016

SENTENCIA

En Madrid, a 10 de noviembre de 2016

Esta Sala ha visto, constituida en su **Sección Tercera** por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número **229/2014**, interpuesto por Telefónica de España, S.A. y por Telefónica Móviles España, S.A., representadas por el procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 11 de octubre de 2013 en el recurso contencioso-administrativo número 1103/2011. Son partes recurridas la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado y Least Cost Routing Telecom, S.L., representada por la procuradora D.ª Ana Belén Gómez Murillo y bajo la dirección letrada de D. Juan José Montero Pascual.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Eduardo Espin Templado**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 11 de octubre de 2013, desestimatoria del recurso promovido por Telefónica de España, S.A. y por Telefónica Móviles España, S.A. contra la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 28 de julio de 2011, relativa al conflicto de interconexión presentado por Least Cost Routing Telecom, S.L. frente a Telefónica de España y Telefónica Móviles España como consecuencia de la retención de los pagos de interconexión efectuada por estos operadores en relación con el tráfico originado en roaming en España y con destino a números de tarificación adicional 80Y asignados a Least Cost Routing Telecom (expte. RO 2010/2491). En dicha resolución se declaraba el derecho de Least Cost Routing, S.L. a que le sea devuelto el importe de las retenciones pendientes de devolución en concepto de impagos por supuesto fraude en roaming internacional efectuadas en las actas de consolidación correspondientes a los meses de junio, julio y agosto de 2010 como consecuencia de la previa repercusión de los citados impagos por parte de Telefónica Móviles de España, S.A. a Telefónica de España, S.A., determinando que la devolución de las cantidades retenidas se articulará siguiendo el sistema de pagos en cascada.

SEGUNDO .- Notificada dicha sentencia a las partes, las demandantes presentaron escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en diligencia de ordenación de la Secretaria de la Sala de instancia, que acordaba también el emplazamiento de las partes ante el Tribunal Supremo.

TERCERO .- Emplazadas las partes, la representación procesal de Telefónica de España, S.A. y de Telefónica Móviles España, S.A. ha comparecido en forma en fecha 27 de febrero de 2014 mediante escrito interponiendo



el recurso de casación al amparo del apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que articula en los siguientes motivos:

- 1º, por infracción de los artículos 11.4, 14 y 48 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en relación con el artículo 7 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, y todos ellos en relación con el artículo 62.1.b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, y con los artículos 2.1 y 22.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial
- 2º, por infracción de la jurisprudencia, y
- 3º, por infracción del artículo 67.1 de la Ley de la Jurisdicción y del artículo 9.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Termina el escrito suplicando que se dicte sentencia por la que se case y revoque la recurrida, anulando y dejando sin efecto lo establecido en la misma y resolviendo el recurso contencioso-administrativo en los términos en que aparece planteado en la instancia, resolviendo acerca de la nulidad de la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 28 de julio de 2011.

El recurso de casación ha sido inadmitido en cuanto a su tercer motivo por auto de la Sala de fecha 10 de julio de 2014, que admitía los dos primeros.

CUARTO .- Personado el Abogado del Estado, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia por la que, con desestimación del mismo, se confirme la que se impugna y se impongan las costas causadas a la parte recurrente de conformidad con lo previsto en la Ley jurisdiccional.

Asimismo se ha opuesto al recurso de casación Least Cost Routing Telecom, S.L., cuya representación procesal solicita en su escrito que sea desestimado y confirmada la sentencia recurrida, con imposición de las costas a la recurrente.

QUINTO .- Por providencia de fecha 12 de julio de 2016 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 18 de octubre de 2016, en que han tenido lugar dichos actos.

SEXTO .- En el presente recurso se han guardado las prescripciones procesales legales, excepto la del plazo para dictar sentencia, a causa de la complejidad jurídica del asunto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Objeto y planteamiento del recurso.

Telefónica de España S.A. y Telefónica Móviles España, S.A. impugnan en casación la Sentencia de 11 de octubre de 2013, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso contencioso administrativo entablado por las citadas mercantiles en materia de conflictos de interconexión.

El recurso de casación se articula mediante tres motivos, de los que el tercero fue inadmitido por Auto de esta Sala de 10 de julio de 2014. Los dos restantes motivos se acogen al artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia.

En el primer motivo se aduce la infracción de los artículos 11.4, 14 y 48 de la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 32/2003, de 3 de noviembre), en relación con el artículo 7 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Mercados de Comunicaciones Electrónicas, Acceso a las Redes y Numeración, todos ellos en relación con el artículo 62.1.b) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y los artículos 2.1 y 22.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En el segundo motivo se denuncia la infracción de la jurisprudencia recaída sobre la interpretación de los citados preceptos legales.

En ambos casos se alega la errónea interpretación de los preceptos legales y jurisprudencia mencionados al haber rechazado la Sentencia de instancia que la cuestión litigiosa sobre los pagos reclamados por la mercantil Least Cost Routing Telecom, S.L. (en adelante, LCR) era de naturaleza civil.

SEGUNDO .- Sobre los fundamentos de la Sentencia recurrida.

La Sentencia de instancia desestima el recurso contencioso administrativo en los siguientes fundamentos:

" **PRIMERO**.- Es objeto de impugnación en las presentes actuaciones resolución de la COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES (CMT) de 28 de julio de 2011, en la que se resolvió conflicto de



interconexión interpuesto por la entidad "LEAST COST ROUTING TELECOM, S.L" (LCR) contra "TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U" (TESAU) y contra "TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U" (TME), como consecuencia de la retención de los pagos de interconexión efectuada por estos operadores en relación con el tráfico originado en "roaming" en España y con destino a números de tarificación adicional 804 asignados a LCR.

El supuesto de hecho del que deriva el conflicto se contempla en el párrafo segundo del Antecedente Primero de la resolución:

"En concreto, del escrito de LCR se desprende que desde abril de 2010 algunos operadores móviles extranjeros empezaron a identificar la existencia de perfiles de tráfico irregular generado en España por sus abonados en roaming a través de la red de TME. Dichos operadores extranjeros trasladaron los impagos derivados del citado tráfico a TME y, posteriormente, TME comenzó a solicitar a Telefónica la restitución de las cantidades anteriormente satisfechas por dicho tráfico. Por último, Telefónica comenzó en julio de 2010 a recuperar esas cantidades abonadas a TME a través de LCR mediante la compensación unilateral en las actas de consolidación."

La parte dispositiva de la resolución combatida reza así:

"PRIMERO.- Declarar el derecho de Least Cost Routing, S.L. a que le sea devuelto el importe de las retenciones pendientes de devolución, en concepto de impagos por supuestos fraude en róaming internacional, efectuadas en las actas de consolidación correspondientes a los meses de junio, julio y agosto de 2010, como consecuencia de la previa repercusión de los citados impagos por parte de Telefónica Móviles de España, S.A.Unipersonal a Telefónica de España, S.A.Unipersonal.

SEGUNDO.- Determinar que la devolución de las cantidades retenidas establecidas en el Resuelve Primero se articulará siguiendo el sistema de pagos en cascada, por lo que Telefónica Móviles de España, S.A.Unipersonal deberá traspasar a Telefónica de España, S.A.Unipersonal el importe de las retenciones pendientes de devolución, en concepto de impagos por supuestos fraude en roaming internacional, efectuadas en las actas de consolidación correspondientes a los meses de junio, julio y agosto de 2010. Dicha devolución se deberá realizar junto con el pago de los tráficos que se consoliden en la siguiente acta que firmen los operadores una vez se les haya notificado la resolución que ponga fin al presente expediente.

Posteriormente, Telefónica de España, S.A.Unipersonal entregará a Least Cost Routing Telecom, S.L., el importe de las retenciones pendientes de devolución, en concepto de impagos por supuestos fraude en roaming internacional, efectuadas en las actas de consolidación correspondientes a los meses de junio, julio y agosto de 2010. La devolución de dicho importe deberá realizarse junto con el pago de los tráficos que se consoliden en la siguiente acta que firmen los operadores, una vez que Telefónica de España, S.A.Unipersonal reciba el importe citado de Telefónica Móviles de España, S.A.Unipersonal."

TERCERO.- Iniciar un procedimiento administrativo relativo al control del uso de la numeración asignada a Least Cost Routing Telecom, S.L. para la prestación de los servicios de tarificación adicional actualmente asignados por esta Comisión.

La demanda se cifiere a un único motivo de impugnación, basado en la vulneración del artículo 62.1b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por haber sido dictada la resolución recurrida por órgano manifiestamente incompetente. Se pretende respaldar esa tesis con Sentencia del Tribunal supremo de 28 de junio de 2011, así como otra de un Juzgado de 1ª Instancia. Se sostiene que el regulador ha efectuado una interpretación errónea de los artículos 11.4, 14, 48.2 y 48.3.d) de la Ley General de Telecomunicaciones, correspondiendo la competencia para abordar la controversia a la jurisdicción civil.

SEGUNDO.- Proemio imprescindible para atender el fondo del litigio será reproducir los preceptos a tener en cuenta:

a) El artículo 3 ("Objetivos y principios de la ley") de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (LGT) establece como objetivos y principios, entre otros, "fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones" (apartado a)), "garantizar el cumplimiento de las referidas condiciones" (apartado b)) y "promover el desarrollo del sector de las telecomunicaciones" (apartado c).

b) Por su parte, el apartado 4 de su artículo 11, dispone que la CMT "podrá intervenir en las relaciones entre operadores (...) con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3."

c) Atribuye el artículo 14 de la LGT competencia a la CMT para resolver conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso.

d) El artículo 48.3 indica que la CMT ejercerá la función de "arbitrar en los conflictos que pueden surgir entre los operadores" (apartado a)), la de "la resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre los operadores



en materia de acceso e interconexión de redes?" (apartado d) y la de "adoptar las medidas necesarias para salvaguardar (...) la interconexión de las redes (...) y la política de precios y comercialización por los prestadores de servicios" (apartado e).

e) El artículo 23 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, determina que la CMT ostenta competencia en "las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado" (apartado 3.a) y también "conocerá de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso" (apartado 3.b).

y **f)** Por su parte, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, establece en su artículo 10.1 que los organismos reguladores tendrán como objeto prioritario de su actuación velar por el adecuado funcionamiento del sector económico regulado para garantizar la efectiva disponibilidad y prestación de unos servicios competitivos y de alta calidad en beneficio del conjunto del mercado y de los consumidores y usuarios. Añade que ejercerán funciones, entre otras, de resolución de conflictos entre operadores.

TERCERO.- Orillando la circunstancia de que otro u otros operadores hubieran acudido a la jurisdicción civil en supuestos que se dicen similares, por tratarse de una opción procesal que nula incidencia puede otorgársele en la presente "litis", ni como cauce pertinente ni, por ende, en lo que concierne a sus resultados, habrá que considerar, eso sí, cuanto razonó la Sala Tercera del Tribunal supremo en su Sentencia de 28 de junio de 2011, resolución sobre la que descansa, casi en exclusiva, la tesis de la recurrente.

Esa Sentencia, que casó la dictada el 5 de septiembre de 2008 por esta Sala y Sección en el Recurso 779/2005 de su conocimiento, se refería a la incompetencia de la CMT "para instar el pago de las cantidades correspondientes a las cláusulas penales contenidas en los contratos que vinculan a los operadores". En el penúltimo párrafo de su Fundamento de Derecho Noveno, para llegar a esa conclusión, se expresa:

"Reconocemos que la exigencia del pago de las penalizaciones podría encuadrarse en la "zona gris" de las diversas materias comprendidas en y afectadas por los conflictos de acceso, de modo que la tesis de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, más tarde confirmada por el tribunal de instancia, tenía a su favor argumentos no desdeñables. Pero, frente a ellos, consideramos sin embargo prevalentes los que ya hemos expuesto, de los que resulta que las competencias atribuidas a Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por los artículos 1.4 y 48 de la Ley 32/2003, en materia de conflictos de acceso e interconexión de redes, no incluyen la de pronunciarse sobre la exigibilidad de las cláusulas penales contenidas en los contratos que vinculan a los operadores"

Ese criterio, respaldado por una profusa argumentación, pero que explícitamente se adscribe a un terreno anfibológico y de contornos ciertamente imprecisos ("zona gris", "argumentos no desdeñables" de la tesis contraria.....) ha sido seguido por numerosas Sentencias posteriores del Tribunal Supremo (de 14 de noviembre de 2011, de 18 de enero de 2012, dos de 24 de abril de 2012 y otra de 18 de enero de 2013), si bien todas ellas se refieren, con ligeros matices, al mismo supuesto de hecho, relativo a "penalizaciones", "cláusulas de penalización" o "cláusulas penales" en el ámbito contractual, concluyendo que la CMT carece de competencia en tales casos, fundamentalmente en cuanto el artículo 1152 y siguientes del Código Civil cumplen una función de carácter indemnizatorio para los operadores a cuyo favor se establecen las penalizaciones, de naturaleza civil y, por tanto, ajena a las atribuciones del regulador, pues nos encontramos ante la autonomía de la voluntad de los operadores, al estar sujetas las penalizaciones a la libre disponibilidad de las partes en conflicto.

CUARTO.- Distinta es la cuestión que se nos plantea, ajena a unas penalizaciones contractuales, en cuanto se trata de velar por las mejores condiciones de prestación y remuneración de los servicios e interconexión con arreglo al marco normativo a que se hizo mérito. Significa textualmente la CMT, en el último párrafo del Fundamento de Derecho Primero de la resolución:

"Por consiguiente, se considera que es competencia de esta Comisión valorar el comportamiento de los operadores en el cumplimiento de las condiciones fijadas en sus acuerdos de interconexión de conformidad con la OIR, en particular, en relación con la incidencia que la repercusión del supuesto tráfico fraudulento ha podido tener sobre las tarifaciones de los servicios de interconexión prestados por los operadores interesados, con la finalidad de garantizar el justo equilibrio contractual entre las partes."

Esto es, ha de enfatizarse que la potestad del regulador se extiende a la salvaguarda de las adecuadas relaciones entre operadores, a fin de garantizar el acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios que se prestan, para así fomentar la competencia efectiva, la defensa de los intereses de los usuarios y la inversión eficiente en las infraestructuras correspondientes.



Llano es que tal intervención es sustancialmente diferente a la exigencia de abono de penalizaciones a que se contraen las Sentencias del Tribunal Supremo citadas, pues de lo que aquí se trata, insistimos, es de exigir el mejor cumplimiento de las condiciones de prestación y remuneración de los servicios de interconexión, con la finalidad de velar por el equilibrio contractual entre las partes, la libre competencia y el respeto al régimen regulatorio en la materia. A mayor abundamiento, la repetida Sentencia de la Sala Tercera de 28 de junio de 2011, al margen de su ilustrativa exposición de la zona de penumbra por la que se desliza su argumentación, llega a indicar que la carencia competencial de la CMT se ciñe a las "consecuencias meramente patrimoniales" de los incumplimientos.

Y si el Alto Tribunal utiliza el adverbio de modo "meramente", que, según la Real Academia de la Lengua, es sinónimo de "solamente", de "simplemente" o de "sin mezcla de otra cosa", la recta inteligencia de la frase "meramente patrimoniales" nos traslada a un contexto que resultaría ajeno a cuanto ahora ponderamos, en el que el desbloqueo de unos pagos retenidos excede de una medida exclusivamente económica o patrimonial, incidiendo palmariamente en la evitación de distorsiones en la competencia en el ámbito de la interconexión entre operadores, con cobertura, en fin, en los preceptos consignados en ordinal precedente.

En suma, la Sala es de criterio, en virtud de cuanto se ha expuesto, que procede desestimar el recurso jurisdiccional ahora deducido." (fundamentos jurídicos primero a cuarto)

TERCERO .- Sobre la naturaleza civil del litigio de instancia.

Los dos motivos en los que se apoya el recurso pueden ser examinados conjuntamente, puesto que en definitiva ambos se basan en que la Sala de instancia atribuye a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones capacidad resolutoria sobre un conflicto de naturaleza civil con base en una errónea interpretación de los preceptos legales invocados y la jurisprudencia que se cita.

La Sentencia impugnada toma como base de su argumentación los preceptos legales y reglamentarios que atribuyen a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la función de garantizar la competencia en el sector de las telecomunicaciones y la capacidad para resolver los conflictos en materia de interconexión y acceso. Pero, como alega la parte recurrente, no es tal capacidad lo que está en cuestión, sino si el conflicto que enfrenta a las dos sociedades en litigio es propiamente un conflicto de esa naturaleza o bien una controversia civil.

En efecto, los artículos de la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 32/2003), mencionados en el fundamento segundo de la Sentencia recurrida le atribuyen las funciones de promover y asegurar la competencia en el mercado de las telecomunicaciones (artículo 3). Y, para el adecuado cumplimiento de dichas funciones, se le reconocen las facultades de intervenir en las relaciones entre operadores (artículo 11.4), resolver conflictos de interconexión y acceso (artículo 14), arbitrar en los conflictos entre operadores y adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la interconexión de las redes y la política de precios y comercialización por los prestadores de servicios (artículo 48.3). Asimismo, la Sala cita en apoyo de su tesis sobre la competencia de la Comisión en el conflicto de autos el artículo 23 del Real Decreto 2296, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, que atribuye a la Comisión competencia en las relaciones y conflictos entre operadores, así como la Ley de Economía Sostenible (Ley 2/2011, de 4 de marzo), que establece como objeto prioritario de la actuación de los órganos reguladores velar por el adecuado funcionamiento del sector económico regulado para garantizar la efectiva disponibilidad y prestación de unos servicios competitivos y de calidad en beneficio del conjunto del mercado y de los consumidores y usuarios (artículo 10.1).

Sin embargo y tal como hemos anticipado, no se discuten tales funciones y facultades, sino si el concreto conflicto planteado ha de calificarse como un conflicto que afecta al correcto funcionamiento de las relaciones de interconexión entre operadores de telecomunicaciones que debe ser resuelto por el órgano regulador en ejercicio de las facultades mencionadas, o bien un conflicto mercantil entre dichos operadores.

Pues bien, a este respecto es relevante, efectivamente, la Sentencia de esta Sala a la que se refiere la de instancia, de 28 de junio de 2011 (RC 5732/2008), seguida luego por otras varias, sobre la aplicación de las cláusulas penales incluidas en acuerdos de interconexión. De la jurisprudencia sentada en dichas sentencias se deduce con toda claridad que determinados aspectos de las relaciones entre operadores, aun siendo elementos de los acuerdos exigidos por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, tienen una naturaleza patrimonial y escapan a sus facultades de control. En aquel supuesto dijimos:

" **Sexto**.- Discrepamos, sin embargo, del tribunal de instancia en la aplicación de estas premisas a las cláusulas contractuales que prevén las penalizaciones entre las partes signatarias para el caso de que un operador no cumpla con lo pactado. Como a continuación expondremos, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no es competente para pronunciarse, al resolver los conflictos de acceso, sobre



las consecuencias meramente patrimoniales de aquellos incumplimientos. Y entre ellas se encuentran precisamente las penalizaciones pactadas que no son, a la postre, sino una modalidad de desembolso económico que un operador habrá de hacer a favor de otro por causa de sus incumplimientos contractuales, dolosos o culposos.

La circunstancia de que la oferta (obligatoria) del operador con poder significativo en el mercado deba necesariamente contener las penalizaciones, y que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones pueda exigir su inclusión en aquella oferta, responde ciertamente a una finalidad que coexiste con la meramente privada, como es la de incentivar (o, en caso contrario, gravar económicamente) el pronto cumplimiento de las obligaciones del operador dominante y, en esta misma medida, facilitar un mayor grado de competencia en el acceso a la red. Hasta aquí la tesis de la Sala de instancia -y del propio organismo regulador, que el tribunal corrobora- es correcta.

Ahora bien, una vez incluidas las penalizaciones en la oferta y suscritos los acuerdos o contratos entre los operadores que incorporan las correspondientes penas convencionales, el desplazamiento patrimonial derivado de su eventual aplicación -esto es, consecuente a un determinado incumplimiento de las obligaciones para cuya efectividad se pactan- ha de seguir el mismo régimen que el que corresponde a las indemnizaciones de daños y perjuicios generados por aquel incumplimiento.

Son varias las razones que avalan esta conclusión. La primera atiende al origen comunitario de esta figura en el seno de la regulación aplicable a la materia, a partir del Reglamento (CE) nº 2887/2000, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, sobre el acceso desagregado al bucle local. Entre las condiciones contractuales "estandar" que ha contener como mínimo la oferta (anexo, D.2) se encuentra la específica relativa a la "compensación por incumplimiento de los plazos", cláusula que debe incorporar necesariamente la oferta de acceso al bucle de abonado.

Esta misma naturaleza resarcitoria se reflejaba en el Real Decreto 3456/2000, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones para el acceso al bucle de abonado de la red pública telefónica fija de los operadores dominantes, cuyo anexo (apartado IV) contiene entre las condiciones mínimas de suministro las cláusulas relativas a la "compensación por incumplimiento".

Igualmente la recomendación de la Comisión, de 25 de mayo de 2000, sobre el acceso desglosado al bucle local, afirma que deben figurar en la oferta de referencia, entre otras condiciones de suministro (anexo, apartado 13), la que se refiere a los plazos para responder a solicitudes de suministro de servicios e instalaciones, que incluirá las "indemnizaciones contractuales en caso de incumplimiento de los plazos fijados".

Es reiterado, pues, el uso del término "compensación" (o del carácter indemnizatorio de las cantidades debidas, que deben ser fijadas *a priori* en la oferta) en los preceptos citados, ante el incumplimiento de la obligación de respetar los plazos de suministro de los servicios en que puedan incurrir los operadores dominantes.

Séptimo.- La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones reconoce, de modo constante, que ella misma "[...] no es competente para la declaración de la existencia de los daños y perjuicios causados dentro de una relación contractual o la imposición de la obligación de su indemnización, ya que son cuestiones de Derecho Privado que deberán resolver los órganos de la Jurisdicción Civil.". Tal tesis, sin duda correcta, ha sido mantenida por el organismo regulador desde su resolución de 2 de diciembre de 1999 y se reitera en las ahora enjuiciadas.

Considera la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sin embargo, y así parece admitirlo implícitamente la sentencia de instancia, que "cuestión radicalmente distinta" es la relativa al pago de las penalizaciones recogidas en la oferta de acceso al bucle porque éstas "no se corresponden en modo alguno con la indemnización por los daños y perjuicios que un incumplimiento puede haber causado. Las penalizaciones no compensan por el daño eventualmente causado sino que incentivan al cumplimiento de las condiciones de suministro establecidas".

No compartimos este modo de razonar que excluye el carácter compensatorio de las penalizaciones cuando, por el contrario, forma parte esencial de su naturaleza. Sin duda incentivan el cumplimiento en plazo de las obligaciones, pero lo hacen previendo precisamente que los retrasos tendrán como resultado un desplazamiento patrimonial a favor de la otra parte con arreglo a unos parámetros ya determinados *ex ante*, facilitando su reclamación ulterior sin necesidad de la prueba más exigente respecto del resto de consecuencias económicas. Salvada esta característica, no hay diferencias sustanciales entre ambas figuras (la indemnización por daños y la penalización por retrasos) desde el punto de vista de la naturaleza "compensatoria" de los perjuicios producidos a causa del incumplimiento de las obligaciones de una de las

parte del contrato. Y, en esta misma medida, la exigencia de las penalizaciones ha de seguir, repetimos, el régimen jurídico-procesal aplicable a las indemnizaciones por incumplimientos contractuales.

Es cierto que el retraso en los plazos de provisión de servicios al operador que pretende el acceso podría ser considerado, además de incumplimiento contractual, como una infracción de las estipulaciones de carácter necesario, recogidas en la oferta de acceso al bucle de abonado, perjudicial para el despliegue de los nuevos operadores y, por lo tanto, para la competencia dentro de este sector. La respuesta adecuada del organismo regulador en cuanto a esta segunda perspectiva puede ser tanto la sancionadora como la inmediata de exigir, incluso mediante multas coercitivas, el pronto cumplimiento de los plazos de prestación de servicios.

En efecto, dadas las competencias de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para intervenir en las relaciones entre operadores en materia de acceso e interconexión, de manera singular en la resolución de conflictos (artículos 14 y 48.4, letra d, de la Ley General de Telecomunicaciones) a solicitud de una de las partes, si observa que el incumplimiento de los plazos en el suministro de servicios regulados por parte del operador dominante está generando, además de los daños al operador que pide el acceso, perjuicios para la competencia, puede adoptar las medidas necesarias, incluso sancionadoras, que pongan fin a esta situación. No es competente, sin embargo, en virtud de lo que dejamos expuesto, para ordenar que uno de los operadores pague al otro la compensación por los retrasos ya producidos: su función de vigilar porque el acceso sea facilitado de modo efectivo se corresponde con la adopción de las medidas ejecutorias a su alcance, sin que para ello sea necesario pronunciarse sobre el abono de las cantidades debidas a causa de los retrasos ya consumados.

Octavo.- Razones adicionales que corroboran la conclusión precedente son las que siguen.

A) La regulación que de las penas convencionales contienen los artículos 1152 a 1155 del Código Civil , bajo la rúbrica "de las obligaciones con cláusula penal", pone de manifiesto la naturaleza en principio resarcitoria de esta figura, hasta el punto de que la "pena" sustituye a la indemnización de daños y al abono de intereses, en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiera pactado.

Es cierto que en el supuesto de autos la compatibilidad de indemnización y pena convencional está expresamente contemplada (esto es, se trata de penas convencionales cumulativas) pero ello no impide a la consideración de que esta última no es, en definitiva, sino una modalidad más de compensación, sólo que predeterminada en el propio contrato, de ciertos perjuicios causados a la otra parte en razón del incumplimiento de las obligaciones de la primera.

Las cláusulas penales insertas en los contratos tienen, por su propia configuración, una finalidad disuasoria de los incumplimientos contractuales en ellas especialmente "castigados". Son, en efecto, medios de presión admisibles sobre el obligado para "forzarle" de modo preventivo al cumplimiento de sus obligaciones. Pero este rasgo -en el que se basa el organismo regulador para apoyar su propia competencia- no basta para desconectar la "pena" de la función resarcitoria del daño en cuya consideración se instituye y se acepta, daño derivado del incumplimiento de la obligación que queda cuantificado *a priori* (esto es, sin necesidad de mayores pruebas) en función de ciertos parámetros, como los días de retraso, que la propia cláusula contiene.

B) La autonomía de la voluntad de los contratantes prevalece en esta materia hasta el punto de que, siendo como es necesario que la oferta de acceso al bucle de abonado contenga la previsión de penalizaciones, las partes pueden excluirlas de sus ulteriores relaciones contractuales si a este acuerdo llegan. "Telefónica de España, S.A.U.", como ofertante, viene obligada a incluir en el contrato las penalizaciones previstas en la oferta de acceso al bucle de abonado si la otra parte así lo decide (es decir, si el nuevo operador se atiene sin más al contenido de la oferta obligatoria), pero nada obsta a que de común acuerdo ambas prescindan de ellas.

Este mismo poder de disposición subsiste a lo largo de la relación contractual y aun después de la resolución, por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, del conflicto de acceso. Nada impediría, pues, que fuera cual fuera la decisión del regulador sobre el pago de las penalizaciones, ambos operadores transijan, en un sentido o en otro, sobre su pago. Lo cual pone de relieve, una vez más, que las actuaciones administrativas dirigidas a la plena efectividad del acceso que puede y debe acordar la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en su función de promover la competencia, van más por la vía de la imposición de medidas singulares, incluso con multas coercitivas (así sucedió en este caso, como se observa en el segundo "resuelve" del acto impugnado), que por la exigencia del pago de penalizaciones, sujetas como están estas últimas a la libre disponibilidad de las partes en conflicto.

C) En fin, admitir la competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sobre el pago de las penalizaciones aboca a una duplicidad jurisdiccional no deseable, de la que hay una clara muestra en el litigio de instancia. El operador afectado por el incumplimiento de "Telefónica de España, S.A.U." había planteado en este caso, además del conflicto de acceso ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, una



demanda ante el Juzgado de Primera instancia número 54 de Madrid en la que, según ya hemos reseñado, reclamaba determinadas cantidades por el incumplimiento de las obligaciones asumidas por "Telefónica de España, S.A.U." en los contratos suscritos entre ambos operadores para dotar a "Jazz Telecom, S.A.U." de acceso al bucle de abonado.

En la sentencia civil (fundamento jurídico decimonoveno) se examinan diversas cuestiones relativas a la "cláusula penal" en relación con la compensación de culpas, invocando el juez los mismos artículos 1152 y siguientes del Código Civil que regulan esta figura, entre los que se incluye el que le permite modificar equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor (artículo 1154).

La sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional, consciente de este hecho, destaca que sólo examinará la procedencia de las penalizaciones "desde [...] el interés público que subyace en la OBA vinculado a la salvaguarda de la libre competencia y el interés de los usuarios", concluyendo que no existía éste por las razones que han quedado dichas, a la vista de la compensación de culpas de uno y otro operador. Pero lo cierto es que, por un lado, la situación de falta de competencia y el interés de los usuarios padecería igual, en términos objetivos, una vez constatados los obstáculos al acceso, sea cual sea el culpable de ello; y, por otro, la sede apropiada para verificar, a posteriori, las razones del incumplimiento y su eventual incidencia económica en la "modificación equitativa" de las cláusulas penales, que el artículo 1154 del Código Civil reserva al juez, es precisamente la jurisdicción civil, no el organismo regulador de las telecomunicaciones.

Noveno.- En sentencias precedentes, además de la ya citada por la Sala de instancia, hemos subrayado la importancia de la actuación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones al resolver los conflictos (sean de interconexión o de acceso a redes) entre los operadores de telefonía.

Hemos afirmado que la atribución legal al organismo regulador de las telecomunicaciones de esta competencia específica, distinta de la mera función arbitral sujeta al derecho privado, tiende a velar por los objetivos de interés público (promoción de la competencia y defensa de los intereses de los usuarios, incluida la mayor interoperabilidad de los servicios, entre otros) que la justifican. Los conflictos derivados de los acuerdos de interconexión en las actividades o industrias en red, o de los ulteriores conflictos de acceso al bucle de abonado, son uno de los campos más propicios para llevar a cabo aquellos objetivos ya que tanto la interconexión como el acceso al bucle final son elementos clave para la existencia de un mercado de telecomunicaciones respetuoso de la libre competencia entre todos los operadores, cualquiera que sea la posición relativa en él de cada uno de ellos. Hemos significado, no obstante, que la función del organismo regulador en la precisión de las obligaciones derivadas de prestar un servicio de interés general como el de la telefonía no es la de componedor de los intereses privados en conflicto.

Reconocemos que la exigencia del pago de las penalizaciones podría encuadrarse en la "zona gris" de las diversas materias comprendidas en y afectadas por los conflictos de acceso, de modo que la tesis de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, más tarde confirmada por el tribunal de instancia, tenía a su favor argumentos no desdeñables. Pero, frente a ellos, consideramos sin embargo prevalentes los que ya hemos expuesto, de los que resulta que las competencias atribuidas a Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por los artículos 14 y 48 de la Ley 32/2003, en materia de conflictos de acceso e interconexión de redes, no incluyen la de pronunciarse sobre la exigibilidad de las cláusulas penales contenidas en los contratos que vinculan a los operadores.

Debemos, pues, casar la sentencia tan sólo en este punto (único que ha sido objeto del debate casacional) y por las mismas razones, anular, por falta de competencia del órgano administrativo, los apartados quinto y décimo de la parte dispositiva de la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 9 de junio de 2005, confirmada por la de 4 de noviembre de 2005." (fundamentos de derecho sexto a noveno)

Como vamos a ver, en el supuesto de autos nos encontramos igualmente con un litigio de contenido exclusivamente patrimonial, pues de lo que se trata es de que Telefónica de España ha impagado determinadas cantidades a la compañía LCR, a cuenta de créditos a favor de dicha mercantil, esto es efectuando una suerte de compensación de deudas. Aunque dichas cantidades fuesen en ambos casos pagos derivados de sus recíprocas relaciones como operadores de telefonía, el impago unilateral por parte de Telefónica de tales cantidades no es sino un litigio mercantil que no afecta a las relaciones de interconexión.

Tal como la propia resolución sancionadora describe el origen del conflicto, éste se origina por un fraude producido en determinadas llamadas originadas en España por usuarios de operadores internacionales (Orange, Wind, Cosmote y TMN) cuyo destino eran servicios de tarificación adicional de la codemandada LCR y que, para alcanzar la red de esta última, pasaban a través de las redes de Telefónica Móviles y Telefónica de España. Al no efectuarse el pago correspondiente a dichas llamadas fraudulentas se produjo un impago en cascada, de forma que Telefónica, al no recibir la cantidad que le correspondía por el tráfico a través de sus

redes "comenzó a recuperar las cantidades previamente abonadas a LCR por el tráfico en cuestión *mediante la compensación unilateral de las mismas frente a créditos a favor de LCR, siempre con la oposición formal de LCR?* . No obstante, LCR indica que, dado que algunos de los operadores internacionales pagaron algunas de las cantidades retenidas, Telefónica también en actas de consolidación posteriores devolvió algunas de las cantidades previamente compensadas a LCR" (fundamento cuarto de la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 28 de julio de 2011).

De la descripción anterior del conflicto se constata que el mismo es puramente económico: se origina como consecuencia del impago inicial en unas llamadas fraudulentas que produce un impago en cadena y consiste en que uno de los operadores afectados compensa unas cantidades, relativas a esas llamadas fraudulentas adelantadas a otra operadora y no recuperadas debido al fraude inicial, con créditos frente la compañía a la que había abonado dichas cantidades. La Sala de instancia diferencia este conflicto de la jurisprudencia relativa a las penalizaciones afirmando que se trata aquí "de exigir el mejor cumplimiento de las condiciones de prestación y remuneración de los servicios de interconexión, con la finalidad de velar por el equilibrio contractual entre las partes, la libre competencia y el respeto al régimen regulatorio en la materia". Sin embargo, lo cierto es que si examinamos el contenido de la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, ésta lo describe de la siguiente manera (página 6):

"En concreto, este procedimiento se centrará en:

1. Analizar el marco general establecido en las relaciones de interconexión y facturación existentes entre los operadores.
2. Estudiar el cumplimiento de lo estipulado tanto en los acuerdos de roaming, firmados por TME con los operadores extranjeros de los usuarios que realizaron las llamadas presuntamente fraudulentas, como de interconexión, suscritos entre TME y Telefónica y entre Telefónica y LCR, en relación con las condiciones técnicas y económicas aplicables en caso de que exista tráfico fraudulento.
3. Decidir sobre la adecuación o no de las retenciones de pago en cascada efectuadas por TME sobre Telefónica y Telefónica sobre LCR, en relación con el tráfico ya consolidado."

Pues bien, corresponde plenamente a las funciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el primer punto, así como lo relativo al estudio del cumplimiento de las condiciones técnicas y económicas de los acuerdos entre operadores examinado en el segundo punto, aun siendo conveniente matizar en este caso lo que se refiere al cumplimiento de las condiciones económicas. Y queda claramente fuera de sus atribuciones el tercer punto al que se refiere la resolución.

De conformidad con su definición del objeto del litigio, el regulador examina en primer lugar el alcance del conflicto, describiendo las interrelaciones de las redes de los operadores intervinientes y la sucesión de impagos generada por la existencia de llamadas fraudulentas (fundamento jurídico tercero), algo necesario para poder valorar y calificar el comportamiento de los operadores litigantes (Telefónica de España y LCR).

Tampoco ofrece dudas que resulta necesario para el cumplimiento de sus funciones que el órgano regulador estudie el cumplimiento de las condiciones técnicas y económicas contenidas en los acuerdos entre operadores, pues sólo así puede determinar si éstos han incurrido en infracciones que afecten a un adecuado funcionamiento de las relaciones de acceso e interconexión entre ellos. Así, la Comisión examina aspectos técnicos que le corresponde plenamente valorar, como cuando analiza la mayor o menor diligencia en la verificación y reclamación del fraude por parte de los operadores a quienes corresponde dicha tarea, según las previsiones de los acuerdos de interconexión entre ellos.

Ahora bien, en cuanto a los aspectos económicos, conviene hacer ciertas precisiones. La Comisión debe, sin duda, determinar el comportamiento de los diversos agentes, y le corresponde asimismo conocer y sancionar, en su caso, la negativa a reconocer o cumplir las condiciones económicas a los acuerdos de interconexión, como lo sería la negativa o rechazo a reconocer o asumir sus obligaciones económicas o la disputa de cuáles fuesen tales obligaciones, que están revisadas y en ocasiones directamente determinadas por la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Sin embargo, en el caso presente, la Comisión ha sobrepasado tales atribuciones, pues no hay ninguna disputa entre las partes en cuanto a cuáles sean tales obligaciones consecuencia de las relaciones de interconexión y, por tanto, nada que afecte de manera directa al buen funcionamiento de tales relaciones. Lo que existe -y se explicita claramente en el tercer punto del conflicto según la propia Comisión-, es una actuación mercantil unilateral por parte de Telefónica al compensar, sin el consentimiento de la codemandada, unos pagos anticipados realizados por ella con créditos a su favor, esto es una disputa puramente patrimonial. Telefónica no cuestiona los pagos que han de realizarse en las relaciones entre ella y LCR por el tráfico de esa naturaleza, sino que ante el impago ocasionado por el fraude en llamadas dirigidas a servicios de tarificación adicional



prestados por LCR, compensa pagos adelantados a esta mercantil con créditos contra ella. En suma, una controversia civil que no pone en cuestión las obligaciones respectivas en materia de interconexión.

Menciona la Comisión el Acuerdo General de Interconexión entre Telefónica Móviles y Telefónica de España en relación con el procedimiento de prevención de fraudes, invocando la cláusula 6 que establece que "las consecuencias económicas de un posible fraude de los usuarios de la red de una parte no son trasladables a la otra parte, salvo por incumplimiento de las obligaciones que las partes asuman", además de obligar a ambos operadores a cooperar para comprobar, controlar y resolver el fraude. Sin embargo, esto no puede considerarse que impida llegar a la conclusión antes citada. En primer lugar, porque el Acuerdo General de Interconexión que se cita es el existente entre Telefónica Móviles y Telefónica de España, cuando el conflicto se ha suscitado por una compensación de cantidades entre ésta última y un tercer operador, LCR. Y en segundo lugar, porque aunque la actuación de Telefónica tiene por objeto en último término neutralizar las consecuencias económicas de un fraude, el procedimiento empleado es ajeno a las relaciones de interconexión, pues ha consistido en una mera compensación unilateral de créditos como consecuencia de unos pagos adelantados por ella.

Así pues y en definitiva, nos encontramos ante un conflicto civil que escapa a las funciones y facultades de la Comisión reguladora. Esta puede valorar -y, en su caso, sancionar- la actuación de los operadores en conflicto en orden a la detección y solución del fraude, pues entra dentro de sus obligaciones relativas a sus relaciones de interconexión. Puede asimismo valorar -y, en su caso, sancionar- el rechazo de las obligaciones económicas derivadas de los acuerdos recíprocos y de las obligaciones de interconexión así como el incumplimiento grave o generalizado de dichas obligaciones económicas, pues ello supondría poner en riesgo el adecuado funcionamiento del sistema.

Y puede también, y esto es de gran relevancia, determinar quién debe finalmente, de acuerdo con los acuerdos de interconexión aplicables, afrontar los impagos consecuencia de un fraude. Pero no, en cambio, enjuiciar la legalidad de una actuación meramente civil o mercantil como una compensación unilateral de créditos. Tanto si la Comisión entiende que los impagos producidos en el concreto supuesto de fraude corresponde afrontarlos a Telefónica de España, como si aprecia lo contrario, las consecuencias de la actuación unilateral de la citada mercantil son meramente patrimoniales, y deben ser dilucidadas, en caso de desacuerdo entre las partes afectadas, por la jurisdicción civil. Pues no puede afirmarse que dicha compensación unilateral de créditos afecte de manera relevante o ponga en riesgo unas relaciones de interconexión entre las operadoras involucradas cuya regulación y obligaciones derivadas de la misma no han sido cuestionadas por las compañías litigantes.

CUARTO .- Conclusión y costas.

En atención a las consideraciones expuestas en el anterior fundamento de derecho, procede estimar los motivos primero y segundo, por lo que ha lugar al recurso de casación y casamos y anulamos la Sentencia de instancia. Y por las mismas razones, hemos de estimar el recurso contencioso administrativo entablado por Telefónica de España, S.A. y Telefónica Móviles España, S.A. frente a la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 28 de julio de 2011, relativa al conflicto de interconexión presentado por Least Cost Routing Telecom, S.L., la cual anulamos por contraria a derecho.

De acuerdo con lo prevenido en el artículo 139.1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción, no procede la imposición de costas ni en la instancia, dadas las dudas de derecho que concurren en el caso, ni en la casación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido 1. Declarar que ha lugar y, por lo tanto, estimar el recurso de casación interpuesto por Telefónica de España, S.A. y Telefónica Móviles España, S.A. contra la sentencia de 11 de octubre de 2013 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 1103/2011. 2. Casar y anular la citada sentencia. 3. Estimar el referido recurso contencioso-administrativo, interpuesto por Telefónica de España, S.A. y Telefónica Móviles España, S.A. contra la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 28 de julio de 2011 dictada en el expediente RO 2010/2491. 4. Declarar contraria a derecho y anular la resolución administrativa mencionada. 5. No imponer las costas procesales del recurso contencioso-administrativo ni las del de casación.

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

Así se acuerda y firma.



Pedro Jose Yague Gil.-**Eduardo Espin Templado**.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.-Eduardo Calvo Rojas.-Maria Isabel Perello Domenech.-Jose Maria del Riego Valledor.-Diego Cordoba Castroverde.-Firmado.-
PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. **Eduardo Espin Templado**, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.-Firmado.-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ