



Roj: **SAN 1811/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:1811**

Id Cendoj: **28079230062017100138**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **28/04/2017**

Nº de Recurso: **397/2013**

Nº de Resolución: **154/2017**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000397 / 2013

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03804/2013

Demandante: FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U. (ORANGE)

Procurador: D. ROBERTO ALONSO VERDÚ

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintiocho de abril de dos mil diecisiete.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **397/2013**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Roberto Alonso Verdú, en nombre y en representación de la mercantil "**FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U. (ORANGE)**", contra la Resolución dictada en fecha 23 de julio de 2013 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente sancionador nº SNC/0028/13, ORANGE, resolución que agota la vía administrativa. Ha sido parte en autos la Administración demandada representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la ley, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendió oportunos solicitó a la Sala que dictase sentencia por la que, estimando el presente recurso:



"1) Declare nula o anule la Resolución de 23 de julio de 2013 en todos sus pronunciamientos.

2) Subsidiariamente, anule parcialmente la Resolución de 23 de julio de 2013 en cuanto impone una sanción de 61.600 euros a esta parte o, subsidiariamente, proceda a la reducción significativa de dicha sanción fijándola en una multa simbólica no superior a 1.000 (mil) euros".

SEGUNDO. - El Abogado del Estado contesta a la demanda mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto.

TERCERO .- Posteriormente, se dio traslado a las partes para que presentaran escritos de conclusiones y aportados quedaron los autos pendientes para votación y fallo.

CUARTO. - Para votación y fallo del presente proceso se señaló la audiencia el día 11 de enero de 2017 designándose Ponente a la Magistrada Ilma. Sra. Dña. BERTA SANTILLAN PEDROSA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - En el presente recurso contencioso administrativo se impugna la Resolución dictada en fecha 23 de julio de 2013 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente sancionador nº SNC/0028/13 ORANGE, resolución que agota la vía administrativa.

Dicha resolución acuerda:

"PRIMERO.- Declarar que la ejecución de la operación de adquisición por FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U. (ORANGE) del control exclusivo de KPN Spain S.L.U. (SIMYO), con carácter previo a su notificación y autorización por la CNC, constituye una infracción del artículo 9.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, de la que se considera responsable a FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A.U.

SEGUNDO.- Imponer a FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U. una multa de 61.600 euros (sesenta y un mil seiscientos euros).

TERCERO.- Instar a la Dirección de Investigación para que vigile el cumplimiento de esta resolución".

La CNMC sostiene que ORANGE ha incumplido la obligación impuesta por el artículo 9.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en virtud del cual las concentraciones económicas que entren en el ámbito de aplicación del artículo 8 deberán notificarse a la CNC previamente a su ejecución. Y ese incumplimiento se ha tipificado como infracción grave en el artículo 62.3.d) de la Ley 15/2007, de 3 de julio.

La CNC considera que la operación de concentración económica realizada por la recurrente si cumplía el umbral de notificación obligatoria. Y ello porque, a resultas de la misma, ORANGE adquirió una cuota de mercado superior al 30% del mercado relevante del producto o servicio al haber adquirido el 100% del mercado de SIMYO en el denominado mercado mayorista de terminación de llamadas y de mensajes cortos en su red como operador móvil virtual completo. Y, además, porque el volumen de negocios global en España del conjunto de los participantes en la operación superaba en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros realizando, al menos, dos de los partícipes de forma individual en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros.

SEGUNDO. - Con el fin de centrar adecuadamente el objeto del presente proceso se destacan los siguientes hechos que se deducen del expediente administrativo y de las alegaciones de las partes:

a) El 14 de diciembre de 2012 FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U. (ORANGE), ejecutó un contrato de compraventa del 100% del capital social de KPN SPAIN, S.L.U. (SIMYO), que daba lugar a la consiguiente operación de concentración económica. No existió notificación previa a la CNC.

b) La operación de concentración se articuló mediante un contrato de compraventa, complementado con un contrato de licencia de la marca SIMYO, un contrato de prestación transitoria de servicios, así como un contrato de colaboración estratégica entre SIMYO y Ortel Mobile España, todos ellos suscritos con fecha de 14 de diciembre de 2012.

c) El día de la firma de los citados contratos, ORANGE se puso en contacto telefónico con la Dirección de Investigación de la CNMC para comunicarle la adquisición de SIMYO y la ejecución de la operación de concentración con carácter inmediato, según disponía la cláusula segunda del contrato de compraventa. Tras tener conocimiento de esta información, el mismo 14 de diciembre 2012, la DI abrió el expediente de actuaciones preliminares ACP/2012/006 y remitió por fax un escrito a ORANGE indicando las razones conforme a las cuales consideraba que la concentración ORANGE/SIMYO debía ser notificada.



d) El 17 de diciembre de 2012 tuvo entrada en la CNC un escrito de ORANGE en el que se indicaba su intención de notificar la operación de concentración ORANGE/SIMYO, pese a disentir de la valoración de que tal operación fuese de notificación obligatoria.

e) El 28 de diciembre de 2012 tuvo entrada en la CNC el formulario de notificación de la operación de concentración económica consistente en la adquisición por ORANGE del control exclusivo de SIMYO, mediante la compraventa del 100% de su capital social, dando lugar al expediente C/0489/12 ORANGE/SIMYO.

f) El 13 de febrero de 2013 el Consejo de la CNC resolvió autorizar en primera fase sin compromisos la operación de concentración ORANGE/SIMYO. Y se declaró que la operación analizada reunía los requisitos del artículo 8.1.a) y b) de la Ley 15/2007 que exigían su notificación previa a su ejecución. No consta que dicha resolución haya sido impugnada en vía contencioso-administrativa.

g) ORANGE (FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.AU.) es uno de los principales operadores de servicios de comunicaciones electrónicas en España, ofertando servicios de telefonía móvil, telefonía fija y televisión de pago. Cuenta con una red de telefonía móvil de cobertura nacional en España, así como con diversas licencias sobre frecuencias de espectro radioeléctrico para telefonía móvil de ámbito nacional, y actúa como operador host de una serie de Operadores Móviles Virtuales (OMV), completos y revendedores, entre otros SIMYO.

h) SIMYO (KPN SPAIN, S.L.) es un OMV completo que oferta servicios de telefonía móvil en España desde 2008, bajo las marcas Simyo, E-Plus y Ortel. SIMYO no cuenta con licencias sobre frecuencias de espectro radioeléctrico para telefonía móvil, y sólo oferta servicios de telefonía móvil. Antes de la concentración, la gestión de los clientes de SIMYO bajo la marca Ortel se encomendaba a Ortel Mobile España, S.L. (ORTEL), una filial al 100% de la vendedora, Kpn Mobile International, B.V. Estos clientes gestionados bajo la marca Ortel son clientes de prepago orientados a las llamadas internacionales.

A pesar de que la titularidad de los clientes gestionados bajo la marca Ortel era de SIMYO, la facturación a los mismos la realizaba ORTEL y los ingresos generados se imputaban en las cuentas anuales de ORTEL y no en las de SIMYO.

i) ORANGE es el tercer operador de telefonía móvil en España, con cuotas de mercado en el ámbito minorista en 2011 y los tres primeros trimestres de 2012 situadas cerca del 15-25%. SIMYO tiene una reducida presencia en el ámbito minorista, con una cuota del 0-10% en el mismo período de tiempo.

j) ORANGE y SIMYO tienen cuotas del 100% en los mercados mayoristas de terminación de llamadas y mensajes cortos en sus respectivas redes de telefonía móvil. En el ámbito del conjunto de servicios mayoristas de terminación de llamadas vocales y mensajes cortos, la cuota de ORANGE se sitúa cerca del 15-35% y la de SYMIO cerca del 0- 10%.

k) En el formulario de notificación de la operación de concentración, ORANGE señaló que, su volumen de negocios en España en 2011 fue de 3.961 millones de euros y el de SIMYO de 57 millones de euros. Asimismo, ORANGE señaló que los datos de volumen de ventas de SIMYO no incluían los de Ortel y que el negocio de Ortel tuvo unas ventas de 4,6 millones de euros en España en 2011.

l) Según ORANGE, su volumen de negocios es superior a 2.500 millones de euros a nivel mundial, a 250 millones de euros a nivel europeo y a 60 millones de euros a nivel nacional.

m) Según SIMYO, su volumen de negocios en 2011 fue inferior a 60 millones de euros a nivel mundial, europeo y nacional. En tanto que ORANGE adquiere de forma indefinida el control de los clientes gestionados por Ortel, si se incluye el volumen de negocios de los clientes gestionados por Ortel el volumen de negocios es superior a esa cuantía.

n) En el contrato de compraventa de 14 de diciembre de 2013 se señala expresamente en la cláusula 10.1: *"El Vendedor reconoce y acepta que la intención de las Partes era tener totalmente escindidos de la Sociedad antes de la ejecución del presente Contrato, en favor de Ortel, todos los activos y pasivos directa o indirectamente relacionados con el negocio Ortel. Sin embargo, el Vendedor ha indicado al Comprador que en la fecha del presente Contrato, Ortel no es un OMVR plenamente operativo y, por lo tanto, los contratos con los clientes (usuarios finales) para la prestación de servicios de telecomunicaciones móviles bajo la marca Ortel actualmente son celebrados por la Sociedad SIMYO"*.

Por su parte el contrato de colaboración estratégica entre SIMYO y ORTEL, también fechado el 14 de diciembre de 2012, prevé una vigencia de 2 años para dicha colaboración, prorrogable automáticamente por periodos anuales.

Durante dicho periodo el acuerdo establece que el proveedor de los servicios frente a los clientes gestionados bajo la marca Ortel será SIMYO (cláusula 2.14), y que estos clientes serán legalmente propiedad de SIMYO (cláusula 2.15).

Bajo estas condiciones, tras la ejecución de la concentración, los clientes gestionados bajo la marca Ortel siguen manteniendo su relación contractual con SIMYO.

TERCERO.- En el escrito de demanda presentado por la mercantil recurrente se solicita la nulidad de la resolución administrativa impugnada porque considera que es contraria a derecho. Y ello en virtud de las siguientes consideraciones.

Afirma que la operación de concentración económica no cumplía los umbrales de notificación obligatoria establecidos en el artículo 8.1, apartados a) y b), de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia y, por tanto, no existía la obligación de notificación de la operación previamente a su ejecución.

En este sentido, la recurrente considera que la operación de concentración económica no cumplía:

(1) ni con el umbral de cuota de mercado relevante previsto en el artículo 8.1.a) de la Ley 15/2007 en relación con el artículo 4.1 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero. Sobre este requisito, la recurrente sostiene que la cuota de mercado en el que SIMYO actuaba (prestación de servicios minoristas de comunicaciones móviles) era muy inferior al 1% con independencia de que se considerara un mercado global de comunicaciones electrónicas. Así, la cuota combinada de ORANGE y SIMYO era, en todo caso, inferior al 30% en cualquier definición de mercado posible.

(2) ni con el umbral de volumen de negocios que legalmente se impone para que pudiera exigirse la notificación previa a la CNC de la operación de concentración. En relación con el umbral de la cuota de mercado, la recurrente afirma que la facturación de SIMYO en el último año previo a la Operación (2011) fue de 57 millones de euros, tal como se recoge en las cuentas anuales auditadas de SIMYO. Y, por ello, ORANGE consideró que la operación no cumplía el umbral de notificación obligatoria establecido en el artículo 8.1, apartado b), puesto que la facturación de SIMYO era inferior a 60 millones de euros y, por tanto, no concurría la condición establecida por dicha disposición legal que exige que, al menos, dos de las empresas participes realicen individualmente en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros. Solamente ORANGE, en su caso, cumplía dicho umbral por lo que la operación no cumplía los requisitos establecidos en el citado artículo 8.1.b) para que fuera obligatoria la notificación previa a la ejecución de la operación de concentración económica. Y añade que, a la fecha de la operación, no concurría ninguna razón para suponer que a los ingresos de SIMYO por sus ventas, conforme a su contabilidad auditada, se debieran sumar los ingresos de Ortel (4,6 millones de euros) que obtendría como resultado del acuerdo intragrupo que mantenía con SIMYO.

Añade la sancionada que la operación no consistía en la adquisición por parte de ORANGE del control de Ortel y, por tanto, no era una empresa participe en la operación. Y, además, Orange al adquirir SIMYO tampoco adquiriría indirectamente el control sobre los clientes de Ortel como pretende la resolución sancionadora para justificar así esa suma de volúmenes de negocios y concluir que se alcanzaba el umbral del artículo 8.1.b).

La recurrente, por otra parte, afirma que existían dudas razonables en la interpretación de la norma en relación con el concepto de mercado relevante para considerar que tenía posibilidad de conocer que SIMYO podía tener una cuota del 100% en el mercado mayorista de terminación de llamadas y mensajes cortos en su red como operador móvil virtual. Y ello porque existían precedentes nacionales de la autoridad de competencia que no admitían esa posibilidad. Y esa duda razonable debe conducir, según refiere en la demanda, a que no se le pueda exigir responsabilidad porque no concurre el elemento subjetivo en la comisión de la infracción imputada.

Y de forma subsidiaria, para el supuesto de que se apreciara que si se cumplen los requisitos del artículo 8.1, la recurrente sostiene que no se le puede sancionar porque no existe culpabilidad en su conducta por cuanto no tenía posibilidad de anticipar los criterios interpretativos recogidos en la resolución sancionadora sobre la concurrencia de los requisitos del citado artículo 8.1 y la obligación de notificar la operación de concentración previa a su ejecución.

Finalmente sostiene que la cuantía de la sanción de multa impuesta vulnera el principio de proporcionalidad.

CUARTO.- Centrado el objeto de debate no se discute por ninguna de las partes que se está ante una operación de concentración económica consistente en la adquisición por parte de ORANGE del control exclusivo de la sociedad KPN Spain, S.L.U.(SIMYO) que formaba parte de KPN Mobile International, B.V.. Y que ello tuvo lugar en virtud del contrato de compra de participaciones sociales suscrito el 14 de diciembre de 2012.

Tampoco se discute que la mercantil SIMYO era un operador móvil virtual (OMV) alojado en la red de ORANGE desde el año 2007 conforme a los acuerdos celebrados entre el grupo KPN y Orange. Y que un OMV es un

operador de servicios de comunicaciones móviles electrónicas que carece de red de acceso móvil propia (carece de licencia de espectro radioeléctrica) y que para dar servicio a los clientes debe acudir a un operador móvil con red propia que le permita utilizar su red de acceso. SIMYO era un OMV completo que estaba alojado en la red de acceso de Orange. Los OMV completos son aquellos operadores que se limitan a contratar el acceso a la red disponiendo de su propia infraestructura de red troncal para prestar los servicios directamente a los usuarios.

Tampoco se discute que ORANGE aunque obtuvo autorización para realizar dicha operación de concentración mediante resolución dictada por la CNC en fecha 13 de febrero de 2013, no obstante la solicitud para obtener dicha autorización se realizó una vez que ya se había ejecutado la operación de concentración.

Y es precisamente ese incumplimiento de la obligación previa a la ejecución de la operación lo que ha supuesto la comisión de la infracción tipificada como grave en el artículo 62.3.d) de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia: *"La ejecución de una concentración sujeta a control de acuerdo con lo previsto en esta Ley antes de haber sido notificada a la Comisión Nacional de la Competencia o antes de que haya recaído y sea ejecutiva resolución expresa o tácita autorizando la misma sin que se haya acordado el levantamiento de la suspensión"*.

La recurrente no niega que hubiera procedido a ejecutar la operación de concentración antes de su notificación. Apoya su defensa refiriendo que dicha operación no superaba los umbrales de notificación recogidos en el artículo 8 de la LDC donde se regula el procedimiento de control de las concentraciones económicas. Dicho precepto en su párrafo primero dispone que se aplicara a *"las concentraciones económicas cuando concurra, al menos, una de las dos circunstancias siguientes:*

a) Que como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.

b) El volumen de negocios global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros".

Y es el artículo 9.1 de la Ley 15/2007 donde se establece que las concentraciones económicas que entren en el ámbito de aplicación del artículo 8, al superar los umbrales previstos en dicho precepto, deberán notificarse a la CNC con carácter previo a su ejecución. Y el incumplimiento de esta obligación de notificación previa a la ejecución de la operación supone la comisión de la infracción tipificada como grave en el artículo 62.3.d) de la Ley 15/2007.

Iniciamos el análisis por la concurrencia o no del primer supuesto previsto en el artículo 8.1.a) de la Ley 15/2007, ya que si llegamos a la conclusión de que concurre no sería necesario analizar la concurrencia del siguiente supuesto -art.8.1.b)- puesto que basta con que concurra una de esas situaciones para que sea exigible la notificación previa a la ejecución de la operación de concentración.

La discrepancia entre las partes afecta al cómputo y al porcentaje de cuota de mercado relevante del servicio que ostenta SIMYO. La recurrente, ORANGE, entiende que SIMYO tiene una presencia reducida en el ámbito minorista al ser un operador pequeño que no dispone de poder de mercado. Y ORANGE niega que a SIMYO se le pueda asignar una cuota de mercado del 100% en el mercado mayoristas de terminación de llamadas y de mensajes cortos en la red de dicho operador. Frente a ello la CNC sostiene que en la concentración ORANGE/SIMYO se produjo una adquisición de cuota igual al 100% del mercado mayorista de terminación de llamadas y mensajes cortos en la red de SIMYO como operador móvil virtual completo.

En este caso la recurrente apoya su defensa afirmando especialmente que tenía dudas razonables en la interpretación del concepto "mercado relevante" en el que pudiera incluirse el mercado de terminación de llamadas y de mensajes cortos en la red de SIMYO y que, además, ello supusiera el 100% de la cuota de mercado relevante del servicio al calificarse como mercado mayorista relevante.

La recurrente justifica su afirmación apoyándose en precedentes administrativos que entiende que deben llevar a concluir que la conducta de la recurrente no podía calificarse como de culpable puesto que no se le puede exigir una conducta y una interpretación distinta de la ya fijada en los precedentes administrativos. Dudas razonables porque la recurrente sostiene que, antes de la operación de concentración ORANGE/SIMYO, existían acuerdos dictados por la autoridad de la competencia española que le permitían considerar que no era obligatoria la previa notificación a la CNC de la operación de concentración analizada - ORANGE/SIMYO- porque no se superaba el porcentaje del 30% en el mercado relevante al no tener esa consideración el mercado de terminación de llamadas y de mensajes cortos en la red del operador SIMYO. Decisiones de la autoridad de la competencia española dictadas en otros procedimientos de concentración similares al suyo en los que no se consideró mercado relevante el que ahora se imputa a SIMYO. Y apoya la recurrente su defensa afirmando



que fueron precisamente esas resoluciones previas las que le permitieron suponer que, en su caso, no era obligatoria la notificación previa de la operación de concentración llevada a cabo. Y concluye que la ausencia de culpabilidad en la conducta de ORANGE debe suponer la nulidad de la sanción impuesta por la comisión de una conducta infractora en la que no había culpabilidad.

La recurrente apoya su alegación de falta de culpabilidad en la existencia de tres precedentes concretos de la autoridad de la competencia española dictados en expedientes de autorización de operaciones de concentración económicas y que son: expediente N-05079 Ono/AUNA; expediente C/0114/08 CAIXANOVA/ R CABLE y expediente C/0404/11 CARLYLE/ TELECABLE.

La CNC en la resolución sancionadora considera que la operación si cumplía este umbral de notificación obligatoria debido a que a resultas de la misma Orange adquiriría las cuotas de mercado de SIMYO en el denominado mercado mayorista de terminación de llamadas y mensajes cortos en su red. Y que la cuota así adquirida es en todo caso del 100% pues el mercado se define como las llamadas o mensajes que terminan en la red de cada operador.

Esta Sala no acepta que los expedientes C/0114/08 CAIXANOVA/ R CABLE y C/0404/11 CARLYLE/ TELECABLE referidos por la recurrente hayan podido crear en él la convicción de que no era mercado relevante, a los efectos analizados, el mercado mayorista de terminación de llamadas y de mensajes cortos en la red del operador. Y ello porque en ninguno de dichos expedientes se analiza la operación de concentración desde la concurrencia del requisito del artículo 8.1.a) de la Ley 15/2007 que se refiere a la cuota de mercado relevante sino que exclusivamente se analizan las operaciones de concentración desde el punto de vista de la concurrencia del requisito del artículo 8.1.b) relativo al volumen de ventas en el mercado. Ningún pronunciamiento se recoge en dichos expedientes en el sentido aludido por la recurrente de que no se consideraba mercado relevante el mercado mayorista de terminación de llamadas y de mensajes cortos en la red del operador. Incluso así se declara en la resolución dictada en fecha 26 de noviembre de 2008 en el expediente C/0114/08 CAIXANOVA/ R CABLE en la que se afirma: *"...teniendo en cuenta las características de la operación se deja abierta la definición exacta de los mercados de productos relevantes, en la medida en que no afecta a las conclusiones del análisis"*.

Esta Sección también rechaza la alegación de la recurrente de falta de culpabilidad en el incumplimiento de la obligación de notificación previa de la operación de concentración ORANGE/SIMYO cuando se apoya en la interpretación que la autoridad de competencia española había mantenido en el expediente de concentración ONO/AUNA N-05079 respecto de la consideración de mercado relevante tantas veces ya mencionado. En este sentido esta Sección llama la atención sobre el dato que omite el recurrente respecto de esa operación de concentración. En el proceso de segregación y venta del Grupo AUNA se produjo una doble venta: el negocio de telecomunicaciones móviles del Grupo AUNA se vendió a ORANGE/FRANCE TELECOM y el negocio de telecomunicaciones sobre redes fijas se vendió a ONO. Proceso que dio lugar a dos expedientes de autorización de la operación, uno ante las autoridades españolas que se tramitó con el número N-05079 Ono/AUNA y otro ante las autoridades comunitarias que se tramitó con el expediente M.3920 FRANCE TELECOM/AMENA en el que fue parte ORANGE y que terminó por Decisión de la Comisión Europea de 24 de octubre de 2005 en la que en su párrafo 10 se indicó el carácter de mercado relevante del mercado mayorista de terminación de llamadas y de mensajes cortos en la red del operador. Criterio que se ha mantenido en resoluciones comunitarias posteriores dictadas en procesos en los que ORANGE también había sido parte, como son las Decisiones de la Comisión Europea de 1 de marzo de 2010, Expte. M.5650 T- MOBILE /ORANGE (párrafo 37) y de 12 de diciembre de 2012 Expte. M-6497 HUTCHISON 3G AUSTRIA/ORANGE AUSTRIA (párrafo 69) que mantienen la definición de mercados diferenciados de terminación de llamadas vocales y mensajes cortos en las redes móviles de cada operador.

Por todo ello concluimos que la recurrente no puede invocar la existencia de dudas razonables en la interpretación del concepto del mercado relevante en los mercados mayoristas de terminación de llamadas y de mensajes cortos para justificar la ausencia de culpabilidad en su conducta sancionada. Al contrario, existían acuerdos de la autoridad comunitaria en materia de competencia que, desde al menos el año 2005, reflejaba la conclusión de mercados diferenciados de terminación de llamadas vocales y mensajes cortos en las redes móviles de cada operador. Y los precedentes comunitarios anteriormente mencionados son unánimes a la hora de delimitar mercados diferenciados de servicios mayoristas de terminación de llamadas vocales en las redes de cada operador, incluidos los OMV completos, que prestan estos servicios de terminación a terceros. La misma diferenciación se ha hecho para los servicios mayoristas de terminación de mensajes cortos. Y esta diferenciación se ha justificado sobre la base de que desde el punto de vista de sustituibilidad por el lado de la demanda, cuando un cliente de un operador de servicios de comunicaciones electrónicas cursa una llamada o un mensaje corto a un cliente de una red de telefonía móvil de un operador de red o un OMV completo, el primer operador se ve obligado a contratar los servicios mayoristas de terminación de llamadas o mensajes cortos del operador de la red móvil de destino, no existiendo otras alternativas que permitan encaminar la llamada



o el mensaje corto al cliente de destino sin contratar estos servicios mayoristas de terminación. Asimismo, tampoco existen alternativas desde un punto de vista de sustituibilidad de la oferta para que un tercer operador distinto del operador de la red de telefonía móvil destino de la llamada o el mensaje corto pueda comenzar a prestar estos servicios mayoristas de terminación.

Y terminamos aludiendo al Expediente S/0248/10 Mensajes Cortos, resuelto por el Consejo de la CNC mediante resolución de 19 de diciembre de 2012 en el que, aunque se dicta cinco días después de la operación de concentración analizada, no obstante, ORANGE que era parte interesada en dicho procedimiento ya conocía durante su tramitación cual era la visión de la Administración puesto que ya la DI considero que los mercados mayoristas de terminación podían ser considerados de forma diferente para cada red. Resolución del Consejo de la CNC que se ha confirmado por el Tribunal Supremo en sentencia dictada en fecha 22 de mayo de 2015 .

Finalmente, de forma subsidiaria, la recurrente refiere que la cuantía de la multa impuesta es desproporcionada. No se acepta tampoco esta pretensión. El artículo 63.1.b) de la Ley 15/2007 refiere que la sanción puede alcanzar el 5% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa. Y en este caso se ha impuesto la multa en el mínimo posible por cuanto se ha impuesto en el porcentaje del 0,1% del volumen de negocios en el mercado relevante de la empresa adquirida.

QUINTO.- Y, en consecuencia, habiéndose desestimado el presente recurso contencioso administrativo, ello supone que las costas procesales causadas en esta instancia deban ser satisfechas por la mercantil recurrente en aplicación de lo prevenido en el artículo 139.1 de la Ley jurisdiccional .

FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo nº **397/2013**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Roberto Alonso Verdú, en nombre y en representación de la mercantil "**FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U. (ORANGE)**" , contra la Resolución dictada en fecha 23 de julio de 2013 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente sancionador nº SNC/0028/13, ORANGE, resolución que agota la vía administrativa y, en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución por ser ajustada al ordenamiento jurídico.

Se imponen a la mercantil recurrente las costas procesales causadas en esta instancia.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , y contra la que cabe recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su **no** tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 08/05/2017 doy fe.