

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LA CNMC

INFORME AL PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL QUE SE ADOPTAN MEDIDAS CONTRA EL TRÁFICO NO PERMITIDO Y EL TRAFICO IRREGULAR CON FINES FRAUDULENTOS EN REDES Y SERVICIOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS (EXPEDIENTE RO 2013/2219)

En Madrid, a 10 de diciembre de 2013

Visto el expediente relativo al proyecto de Real Decreto por el que se adoptan medidas contra el tráfico no permitido y el tráfico irregular con fines fraudulentos en redes y servicios de comunicaciones electrónicas, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA**, en su sesión núm. 10 acuerda lo siguiente:

I OBJETO Y HABILITACIÓN COMPETENCIAL

Primero.- Con fecha 11 de octubre de 2013, tuvo entrada en el Registro General de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) oficio de la Dirección General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (en adelante, SETSI), en el que da traslado del proyecto de Real Decreto por el que se adoptan medidas contra el tráfico no permitido y el tráfico irregular con fines fraudulentos en redes y servicios de comunicaciones electrónicas (en lo sucesivo, proyecto de Real Decreto).

Segundo.- El artículo 5.2.a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, Ley CNMC) establece que la CNMC participará, mediante informe, en el proceso de elaboración de normas que afecten a su ámbito de competencias en los sectores sometidos a su supervisión.

Asimismo, el artículo 6 de la Ley CNMC dispone que la CNMC “*supervisará y controlará el correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas. En particular, ejercerá las siguientes funciones:*”

5. Realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de las Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo”

En virtud de lo anterior, el artículo 48.4.h) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en lo sucesivo, LGTel), faculta a la CNMC para asesorar al Gobierno y al Ministerio de Industria, Energía y Turismo (en adelante,

MINETUR), a solicitud de éstos o por propia iniciativa, en los asuntos concernientes al mercado y a la regulación de las comunicaciones, particularmente en aquellas materias que puedan afectar al desarrollo libre y competitivo del mercado.

Tercero.- La disposición adicional segunda de la Ley CNMC establece que la constitución de la CNMC implicará la extinción de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) y que las referencias que la normativa vigente contiene a la CMT se entenderán realizadas a la CNMC.

Sobre la base de la anterior habilitación y conforme a los antecedentes expuestos, esta Comisión evacua el presente informe.

II ANTECEDENTES

Los principios de interconexión de redes e interoperabilidad de los servicios son elementos clave para impulsar los beneficios de las comunicaciones electrónicas y para facilitar la competencia. Tanto la normativa comunitaria como las distintas leyes de telecomunicaciones que se han sucedido han reforzado la exigencia de que, dentro de sus posibilidades técnicas, los operadores y prestadores de servicios telefónicos disponibles al público cursen las llamadas dirigidas a todos los rangos de numeración, tanto nacional como internacional y al espacio europeo de numeración telefónica, de acuerdo con lo establecido en los planes nacionales de numeración y en sus disposiciones de desarrollo.

No obstante, existen determinados agentes que, a través de un uso oportunista de estos principios, llevan a cabo comportamientos que difieren del de un abonado convencional y que persiguen obtener beneficios económicos aprovechando la cadena de pagos que se genera para la prestación de distintos servicios o contenidos, soportada por las redes de telecomunicaciones en interconexión. Esto en la práctica implica que los operadores de acceso asumen la prestación de un servicio de interconexión y adelantan los pagos de los servicios sucesivos en la cadena de pagos por interconexión, sin que en muchas ocasiones estos operadores recuperen ese dinero a través del usuario final que tendría que pagarle posteriormente. Esto supone un claro perjuicio para los operadores de acceso y es conocido por esta Comisión como una práctica de tráficos irregulares en interconexión.

Esta Comisión, en el marco de sus competencias, ha venido adoptando una serie de medidas tendentes a prevenir y evitar este tipo de comportamientos. Así, desde el año 2000 viene aprobando distintos procedimientos internos propuestos por los operadores de red y dirigidos a detectar los tráficos irregulares sufridos en las distintas redes y con destino a una numeración determinada. En ellos, se detallan la operativa de los distintos departamentos intervinientes para su identificación y una serie de parámetros que fundamentan la existencia de un tráfico irregular y que

justifican que el operador pueda proceder a la suspensión de la interconexión del número destino analizado.

En el marco del escenario descrito, el Gobierno propone el proyecto de Real Decreto analizado, por el que se adoptan medidas contra el tráfico no permitido y el tráfico irregular con fines fraudulentos en redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

III CONTENIDO

El proyecto de Real Decreto consta de una exposición de motivos, siete artículos, una disposición adicional, una disposición transitoria y cinco disposiciones finales.

Con el objetivo de regular estos escenarios, el proyecto de Real Decreto, en su **artículo 1**, señala el objeto y el ámbito de aplicación.

Los **artículos 2 a 6** definen los distintos tipos de tráfico que puede haber en las redes de comunicaciones electrónicas, estableciendo las medidas y los procedimientos que deberán adoptar los operadores para combatir dicha situación, tratándose de los siguientes:

- a) El **tráfico no permitido no regulado (art. 2.1)** es aquel que tiene su origen o destino en los recursos públicos de numeración que no hayan sido atribuidos, habilitados o asignados en el Plan Nacional de Numeración Telefónica (en adelante, PNNT), en las instrucciones sobre la utilización de recursos públicos de numeración para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia establecidas en la
- b) Orden ITC/308/2008, de 31 de enero (en adelante, Orden SMS) y en el Plan Internacional de Numeración.
- b) El **tráfico no permitido regulado (art. 2.2)** es aquel que tiene su origen o destino en recursos públicos de numeración identificados en el PNNT o en la Orden SMS y asignados correctamente, pero que haga un uso contrario a las condiciones de uso establecidas o en las correspondientes disposiciones de atribución o habilitación.
- c) El **tráfico irregular (art. 3.1)** es aquel que se caracteriza por diferir significativamente del tráfico cursado bajo un funcionamiento ordinario de la red o de los servicios.
- d) El **tráfico con fines fraudulentos (art. 3.2)** es aquel tráfico generado, inducido o prolongado artificialmente al objeto de obtener un lucro directo o indirecto de la cadena de facturación de pagos.

El **artículo 4** (Sistemas de detección de tráfico no permitido y tráfico irregular) establece la posibilidad de que los operadores puedan implantar sistemas que permitan identificar los tipos de tráfico definidos en el proyecto de Real Decreto y que los operadores puedan retener los correspondientes pagos de interconexión. La adopción de los citados sistemas por parte de los operadores deberá ser puesta en conocimiento tanto de la SETSI como de la CNMC, y requerirá un control por parte de la Administración competente –se supone, respecto de cada tipo de tráfico- así como por una entidad auditora externa, que comprobará su correcto funcionamiento.

A continuación, en los **artículos 5 y 6** del proyecto de Real Decreto se establecen los **procedimientos** que deberán seguir los operadores para proceder al bloqueo de la numeración correspondiente según los tipos de tráficos descritos. En concreto:

- a) Para el tráfico no permitido no regulado de numeraciones de ámbito nacional, los operadores notificarán a la CNMC que han procedido al bloqueo de la numeración destino del citado tráfico. En este supuesto, no se prevé una intervención previa de la CNMC.
- b) Para el tráfico no permitido no regulado de numeraciones de los Planes de numeración internacional, los operadores notificarán a la SETSI que han procedido al bloqueo de la numeración destino del citado tráfico. En este supuesto, no se prevé una intervención previa de la SETSI.
- c) Para el tráfico no permitido regulado, los operadores solicitarán autorización a la CNMC para bloquear la numeración afectada. Dicha solicitud se realizará en un plazo máximo de 2 días hábiles y la CNMC resolverá las solicitudes en un plazo de 3 meses en lo relativo al bloqueo y, en su caso, confirmará o denegará la retención de pagos que haya podido llevar a cabo el operador.
- d) Para el tráfico irregular con fines fraudulentos, los operadores solicitarán autorización a la SETSI para bloquear la numeración afectada. Dicha solicitud se realizará en un plazo máximo de 2 días hábiles y la SETSI resolverá las solicitudes en un plazo de 3 meses en lo relativo al bloqueo y, en su caso, confirmará o denegará la retención de pagos que haya podido llevar a cabo el operador.

En el artículo 7 sobre “Medidas y procedimientos de actuación por requerimiento de la Administración”, se listan las **competencias de la SETSI y de la CNMC** para poder requerir el bloqueo de la transmisión o de la retención de pagos en relación con el tráfico no permitido o tráfico irregular.

En la Disposición adicional única, se señala que los acuerdos entre operadores tendrán que incorporar las previsiones necesarias para dar cumplimiento efectivo a lo establecido en el proyecto de Real Decreto y a las disposiciones que dicten la

SETSI y la CNMC, debiendo recogerse en particular los procedimientos que se aplicarán para el bloqueo del tráfico, la retención de pagos y las correspondientes notificaciones entre operadores y proveedores de servicios.

En virtud de la Disposición transitoria única, los operadores tendrán un plazo de 3 meses, para llevar a cabo la modificación de los acuerdos de interconexión o acceso suscritos entre ellos.

Por último, a través de las Disposiciones finales primera y segunda, se modifica el Reglamento aprobado por el Real Decreto 863/2008, de 23 de mayo, relativo al uso del dominio público radioeléctrico, y el Real Decreto 964/2006, de 1 de septiembre, por el que se aprueba el plan técnico nacional de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia.

IV VALORACIÓN

El análisis realizado por esta Comisión sobre el proyecto de Real Decreto se centra en dos aspectos principales:

- IV.1 Observaciones sobre la función de la CNMC en materia de suspensión de la numeración en interconexión.
- IV.2 Análisis particular del articulado del proyecto de Real Decreto.

IV.1 OBSERVACIONES SOBRE LA FUNCIÓN DE LA CNMC EN MATERIA DE SUSPENSIÓN DE LA NUMERACIÓN EN INTERCONEXIÓN

Esta Comisión observa de forma favorable la iniciativa del MINETUR de regular este aspecto y ofrecer un marco general de actuación a los operadores de comunicaciones electrónicas. Sin embargo, este organismo entiende que la ejecución de dicho marco ha de producirse desde la ANR con competencias en la materia.

Así, se procede a distinguir las intervenciones que pueden ser necesarias en el supuesto de existir tráficos irregulares o usos indebidos de los servicios de comunicaciones electrónicas, pues aparecen dos facetas sobre una misma realidad: (i) por un lado, la intervención en la relación de acceso e interconexión entre los operadores de red y los asignatarios de la numeración y/o beneficiarios del acceso *para proteger a aquellas entidades que sufran perjuicios tanto económicos como de imagen frente a sus abonados* y; (ii) por otro lado, la protección a los consumidores y usuarios afectados por estos comportamientos.

En primer lugar, la CNMC ejerce toda una serie de funciones encaminadas a la supervisión de las relaciones mayoristas entre operadores de comunicaciones

electrónicas, interviniendo en caso necesario en tales relaciones para garantizar el cumplimiento de las obligaciones impuestas, garantizar el justo equilibrio contractual entre las partes y salvaguardar la interconexión de las redes en condiciones no discriminatorias, transparentes y proporcionales en beneficio de todos los usuarios, de conformidad con el artículo 5 de la Ley CNMC, que atribuye a este organismo la labor de “*supervisión y control*” de los mercados de comunicaciones electrónicas, entre otros.

En particular, de conformidad con el artículo 6 de la Ley CNMC, este organismo resolverá los conflictos en los mercados de comunicaciones electrónicas a los que se refiere el artículo 12.1a) de la Ley CNMC, entre los que se encuentran los conflictos en materia de acceso e interconexión derivados de las obligaciones impuestas por la CNMC o de otras condiciones establecidas en la normativa sectorial de telecomunicaciones¹.

La CNMC, en virtud del artículo 11.4 de la LGTel, podrá intervenir en las relaciones entre operadores o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión, para garantizar la interconexión entre redes, la interoperabilidad de servicios y los objetivos del artículo 3 de la LGTel. Así, tal y como prevé el art. 12.2 de la LGTel, la CNMC puede imponer obligaciones para garantizar la conexión de extremo a extremo y la interconexión de redes².

En aplicación de estas previsiones, esta Comisión actúa habitualmente para intervenir en los supuestos de tráficos irregulares en las redes de comunicaciones electrónicas. Así, desde el año 2000 la CNMC –anteriormente, la CMT- ha adoptado diversas resoluciones³, que aprueban procedimientos internos propuestos por cada operador y dirigidos a detectar el tráfico irregular sufrido en sus redes y que justifican que el operador pueda proceder a la suspensión⁴ de la numeración en interconexión, que en cualquier caso es de carácter individual para cada número de destino⁵. Dicha

¹ La función de resolución de conflictos viene señalada asimismo en el artículo 14 de la LGTel y su desarrollo reglamentario.

² Todas estas funciones de intervención en conflictos entre operadores y de imposición de obligaciones mayoristas proceden de la regulación contenida en los artículos 20 y 21 de la Directiva Marco, en consonancia con el artículo 5 de la Directiva Acceso.

³ Ver, entre otros, los siguientes expedientes relativos a procedimientos de autorización de suspensión de la interconexión tramitados por esta Comisión: RO 2001/5736; RO 2002/6646; RO 2002/7453; RO 2003/1827; RO 2008/407; RO 2009/1588; RO 2010/1094; RO 2011/785; RO 2011/1981. Hay que tener en cuenta que junto con los procedimientos que se detallan, esta Comisión ha tramitado muchos otros relacionados con estos temas tales como consultas, conflictos, informaciones previas, etc.

⁴ Esta Comisión ha venido refiriéndose a la suspensión de la numeración, si bien el proyecto utiliza el término “bloqueo”. A lo largo del presente informe se utilizarán sendos términos de forma indistinta.

⁵ La última medida aprobada por esta Comisión fue la del pasado 5 de septiembre de 2013 (expediente RO 2013/290), que establece un procedimiento común que unifica, simplifica y actualiza los parámetros –indicadores que permiten comprobar que un tráfico es irregular- contenidos en los

suspensión se autoriza como excepción al artículo 11 de la LGTel, que establece una obligación general y un derecho a negociar la interconexión para los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas, aunque requiriéndose determinadas garantías a los operadores.

Los tráficos irregulares se originan porque ciertos agentes llevan a cabo actividades consistentes en obtener beneficios económicos indebidos aprovechando la cadena de pagos en los servicios o contenidos soportada por las redes de telecomunicaciones⁶.

Estas prácticas tratan de aprovecharse de la componente de valor añadido de los servicios de tarificación “elevada”, si bien dichas prácticas se han extendido a otros servicios. Estas actividades consisten principalmente en generar llamadas de manera artificial y masiva que no se corresponden con la necesidad de comunicación de un abonado de forma que causan un perjuicio económico a los operadores, generan problemas en el funcionamiento y en la calidad de los servicios e, incluso, pueden poner en riesgo la seguridad y la integridad de las redes.

Asimismo, con el objetivo de obtener un beneficio económico, en otros supuestos los agentes llegan a acuerdos con los operadores asignatarios de las numeraciones para repartirse los precios de terminación fija y/o móvil según corresponda (en numeraciones geográficas y móviles).

La tipología de comportamientos irregulares resulta ser muy variada y ha evolucionado en el tiempo, si bien podría sistematizarse en las siguientes categorías principales:

- La realización de llamadas masivas hacia numeración de tarificación adicional desde tarjetas prepago (con saldo promocional en algunas ocasiones) o desde líneas postpago.
- La realización de llamadas masivas hacia numeración móvil y fija desde líneas que tienen contratadas alguna de las modalidades de tarifas planas que comercializan los operadores.

distintos procedimientos internos autorizados para cada operador individualmente, dotándoles de mayor flexibilidad ante nuevos comportamientos irregulares, así como estableciendo una simplificación de los datos requeridos para la preparación de los informes y comunicaciones que deben remitir a la CNMC cuando suspenden la numeración en interconexión en supuestos de tráficos irregulares, y que la CNMC comprueba que se han respetado.

⁶ En la exposición de motivos del proyecto de Real Decreto se define el tráfico irregular, tal y como lo ha venido describiendo esta CNMC.

- La realización de llamadas masivas hacia numeraciones de tarificación adicional desde clientes postpago o desde tarjetas prepago de abonados en itinerancia (*roaming* internacional).
- La realización de llamadas masivas hacia numeración del servicio de consulta telefónica sobre números de abonados (118AB) desde tarjetas prepago, a pesar de que no siempre se presta un servicio de información telefónica.

Por otro lado, en el marco de sus competencias en numeración, ante el incumplimiento de las condiciones generales o particulares de uso de la numeración que se produce en estos supuestos en muchas ocasiones, esta Comisión inicia un procedimiento sancionador y puede iniciar un procedimiento de cancelación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 62.1 del Reglamento de Mercados⁷⁸.

En definitiva, el esquema de actuación seguido por la CNMC hasta la fecha en materia de tráficos irregulares se circunscribe a las relaciones mayoristas entre operadores en el ámbito de la interconexión:

- autorizando y supervisando la suspensión de la numeración en interconexión a posteriori (en un plazo de 24 horas o de 72 horas)⁹ en determinados supuestos, como una excepción al principio general de interconexión de redes e interoperabilidad de los servicios; y,
- en caso necesario, cancelando la numeración que no cumple con las condiciones normativamente aplicables –incoando en su caso procedimiento sancionador-.

La Jurisprudencia ha confirmado la adecuación de la actuación de esta Comisión tanto en lo que se refiere a su fundamento competencial¹⁰ como al *modus operandi*

⁷ Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre.

⁸ A título de ejemplo, en la actualidad se encuentran en tramitación ocho expedientes de cancelación de recursos públicos de numeración 118AB previamente suspendidos en interconexión por cursarse tráfico irregular hacia ellos.

⁹ El procedimiento de suspensión establece los parámetros de detección del tráfico irregular. Los operadores cuando detectan la existencia del tráfico irregular suspenden la numeración de conformidad con el citado procedimiento y comunican a esta Comisión la suspensión del número correspondiente en un plazo de 24 horas si la suspensión se efectúa de lunes a jueves o de 72 horas si la suspensión se realiza a partir del viernes.

¹⁰ La Sentencia del Tribunal supremo de 20 de junio de 2006 es ilustrativa en este sentido al indicar que «Es claro, por tanto, que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, vistas las actividades denunciadas por Vodafone España-realización de llamadas de numeración de rango 905 realizadas desde tarjetas prepago disociadas de su terminal, mantenidas y establecidas en paralelo desde primera hora de la mañana ocupando todos los canales disponibles de las celdas, de forma que todo el saldo se descarga en el citado número de tarificación adicional (disociación del pack de

del control a posteriori de la CNMC a través de los informes que remiten los operadores una vez suspendida la numeración en interconexión¹¹.

En segundo lugar, de conformidad con el artículo 38 de la LGTel, corresponde al MINETUR la resolución de controversias entre operadores de comunicaciones electrónicas y usuarios finales. Por ello, el artículo 38.11 de la LGTel contempla ciertos supuestos en los que el MINETUR podrá exigir a los operadores que bloqueen la numeración por motivos de fraude o uso indebido¹².

En este sentido, los únicos supuestos en los que esta CNMC tiene conocimiento de que la SETSI acuerda medidas de bloqueo es por el incumplimiento:

- del Código de Conducta para la prestación de Servicios de Tarificación Adicional mediante voz aprobado a través de la Resolución de 15 de septiembre de 2004.
- del Código de Conducta aprobado por la Resolución de 8 de julio de 2009 para la prestación de los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes cortos de texto y multimedia SMS/MMS Premium¹³.

A la vista de lo expuesto, la intervención de la SETSI se ha desarrollado en el ámbito de la protección de consumidores y usuarios, previéndose únicamente el bloqueo en los supuestos de reclamaciones de dichos consumidores ante operadores por el

prepago) y envío masivo de mensajes cortos no solicitados y recibidos por los clientes de Vodafone incitando a llamar a un número de tarificación adicional 905 que no da servicio alguno- está plenamente facultada para “adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio y el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores y la interconexión en las redes”- artículo 48.4 e) LGTel». En similar sentido, ver las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2007 [RJ 2007,5919] y de 5 de noviembre de 2009.

¹¹ Así, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de diciembre de 2008 reconoce que *“esta obligación de comunicación del corte a la CMT debe contener determinados datos. Esto supone una garantía para la empresa recurrente y para el operador que facilita la interconexión, permitiendo una comprobación a posteriori”.*

¹² Este artículo transpone el artículo 28.2 de la Directiva de Servicio Universal, relativo a la libertad de acceso a números y servicios que ha de garantizarse a los usuarios finales, que dispone: *“Los Estados miembros garantizarán que las autoridades pertinentes puedan exigir a las empresas proveedoras de redes públicas de comunicación o de servicios de comunicación electrónica disponibles al público que bloqueen, previo examen específico de cada caso, el acceso a números o servicios cuando ello se justifique por motivos de fraude o uso indebido, y que en tales casos los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas retengan los correspondientes ingresos por interconexión u otros servicios.”*

¹³ Los Códigos de Conducta citados recogen, entre otras cuestiones, normas relativas a la información y publicidad de los servicios, contenido y formato de los servicios. A modo de ejemplo, regulando que *“el material promocional relacionado con los servicios deberá cumplir con las obligaciones recogidas en el citado Código, o los servicios deberán ser prestados en los términos indicados en la publicidad y recogidos en el citado Código de Conducta”.*

incumplimiento de los Códigos de Conducta (por ejemplo en materia de contenidos y publicidad de los servicios de tarificación adicional).

En definitiva, el proyecto de Real Decreto pretende regular tráficos mayoristas entre operadores de comunicaciones electrónicas, ámbito en el que la CNMC está mejor posicionada para actuar en el marco de sus competencias. La esfera de actuación propia del MINETUR son las reclamaciones de usuarios finales frente a sus operadores. Las dos esferas son distinguibles, como ha sostenido recientemente el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas:

*“BEREC reconoce que no todos los casos de fraudes o de mala utilización de redes involucran a usuarios finales y, por tanto, no puede excluirse que la ANR independiente pueda adoptar medidas para solucionar estos casos en el contexto de otras previsiones del marco regulador comunitario [de conformidad con los artículos 20 y 21 de la Directiva Marco, en el contexto del artículo 5 de la Directiva Acceso]. El artículo 28.2 de la Directiva de Servicio Universal puede también ser utilizado para proteger a los operadores afectados por casos de fraudes o mala utilización de redes que indirectamente afectarán a los usuarios finales”.*¹⁴

IV. 2 Análisis particular del proyecto de Real Decreto

Procede formular las siguientes observaciones sobre el proyecto:

- Exposición de motivos

En la exposición de motivos se recoge la habilitación competencial del MINETUR para adoptar el proyecto de Real Decreto. Concretamente, se citan los artículos 11.3, 36.4 bis y 38.11 de la LGTel. Esta Comisión entiende que las medidas propuestas no están suficientemente amparadas por dichos artículos.

En primer lugar, el **artículo 11.3** de la LGTel señala que el MINETUR podrá imponer, en casos justificados y en la medida en que sea necesario, obligaciones a

¹⁴ BEREC Guidance paper on Article 28(2) USD Universal Service Directive: A harmonised BEREC cooperation process (BoR (13) 37, 7 de marzo de 2013): “BEREC acknowledges that not all fraud or misuse cases involve end-users and therefore it cannot be excluded that independent NRAs can adopt measures to tackle fraud and misuses in the context of other provisions of the EU Framework¹³. Article 28(2) USD may also be used to protect operators affected by fraud or misuse cases which will indirectly benefit end-users.”

[¹³ E.g. Pursuant to articles 20 and 21 of the Framework Directive in the context of article 5 of the Framework Directive.]

las empresas que controlen el acceso a los usuarios para que sus servicios sean interoperables.

En opinión de esta CNMC, la intervención en la materia regulada por el Real Decreto debería justificarse en el artículo 11.4 y 12.2 de la LGTel, mencionados en el apartado IV.1 anterior, al tratarse de una intervención en relaciones mayoristas entre operadores para garantizar el acceso y la interconexión entre redes de comunicaciones electrónicas.

En segundo lugar, el **artículo 36 bis.4** se encuentra recogido dentro del capítulo de “Secreto de las comunicaciones y protección de los datos personales y derechos y obligaciones de carácter público vinculado con las redes y servicios de comunicaciones electrónicas”. Este precepto hace referencia a la integridad y seguridad de las redes y de los servicios de comunicaciones electrónicas, y señala que los operadores gestionarán adecuadamente los riesgos de seguridad que puedan afectar a las redes y servicios y notificarán, entre otros, al MINETUR las violaciones de la seguridad o pérdidas de la integridad que hayan tenido impacto significativo.

Por último, tal y como se ha señalado en el apartado IV.1, el **artículo 38.11** de la LGTel habilita al MINETUR a intervenir en supuestos de fraudes o usos indebidos denunciados por los usuarios finales.

- **Artículo 1**

El artículo 1.3 establece que *“las disposiciones del presente Real Decreto prevalecerán sobre las obligaciones de garantizar la conectividad extremo a extremo y de interoperabilidad que en cada momento establezca la normativa para determinadas redes o servicios”*. De esta forma, se señala que el Real Decreto “prevalece” sobre los principios generales de conectividad de extremo a extremo y de interoperabilidad recogidos en la LGTel y en las Directivas comunitarias, autorizando el Real Decreto en realidad excepciones que deben ser analizadas caso por caso por la CNMC, al tratarse de la intervención en relaciones mayoristas entre operadores.

Es decir, las disposiciones en sí no prevalecen sobre los principios citados. Por este motivo, se propone eliminar el apartado tercero del artículo 1 o modificarlo en el sentido anterior.

- **Artículos 2-3 y 5- 6: Clasificación de tráficos y procedimientos**

La clasificación de tráficos realizada en el **artículo 3**, en relación con el **artículo 6**, debería ser revisada. A este respecto, el artículo 3 diferencia entre tráfico irregular y tráfico con fines fraudulentos –definiendo ambos en dos apartados independientes–,

y el **artículo 6** se refiere al tráfico irregular con fines fraudulentos, sin diferenciar ambos comportamientos en los procedimientos a aplicar.

Asimismo, la clasificación de tráficos que se lleva a cabo en el proyecto de Real Decreto puede no ser sencilla de aplicar en todos los casos pues un mismo tráfico puede ser irregular y comportar un uso indebido de la numeración asignada (tráfico no permitido regulado)¹⁵, lo que supondría que tanto la CNMC como la SETSI fuesen competentes, y en ocasiones con dos procedimientos distintos.

Este hecho puede implicar una gran inseguridad para el operador denunciante al no tener toda la información desde el principio, y no poder deslindar un tipo de tráfico de otro.

Por tanto el operador desconocería:

- la autoridad competente ante la que debe poner en conocimiento el tráfico correspondiente, o si debe poner en conocimiento los hechos ante las dos ANR competentes en virtud del proyecto de Real Decreto.
- el procedimiento que debe seguirse para la adopción de la medida de bloqueo solicitada.

Este aspecto podría complicar la capacidad de las ANR para ofrecer una respuesta ágil y útil al operador y podría tener el efecto de facilitar prácticas de elección de foro regulatorio (*forum shopping*) por parte de los operadores, en una materia en la que una pronta intervención por parte de la Administración resulta fundamental a efectos de evitar que quienes promueven tráficos irregulares puedan beneficiarse de tales actuaciones.

Por otra parte, tal como se ha señalado, los **artículos 5.2 y 6.1** establecen que tanto el tráfico no permitido regulado como el tráfico irregular requieren de una autorización previa de suspensión de la numeración por parte de la CNMC y de la SETSI, número a número, para que dichos organismos resuelvan en un plazo de tres meses sobre la solicitud de suspensión (**artículos 5.4 y 6.3** del Proyecto).

En la actualidad, los operadores autorizados pueden suspender la numeración – también número a número- y comunicarlo en un plazo de 24 o 72 horas, de conformidad con el procedimiento común aprobado el pasado 5 de septiembre de 2013, siempre que se cumplan una serie de parámetros. Este procedimiento resulta más ágil y ventajoso para el operador que sufre los perjuicios, pues no requiere de

¹⁵ A título de ejemplo, esta Comisión ha recibido denuncias por tráfico irregular hacia numeración 118AB que implicaban también un tráfico no permitido pues la numeración no se utilizaba de conformidad con las condiciones de uso recogidas en la normativa sectorial.

una tramitación de un expediente por cada número que solicite suspender y evita que continúen los citados comportamientos.

Actualmente, si tuviera que emitirse una autorización previa para la suspensión de la interconexión, la CNMC habría tramitado, sólo en el mes de octubre más de 100 procedimientos¹⁶ de suspensión de numeración por tráfico irregular. Por el contrario, con el procedimiento actualmente aprobado, esta CNMC lleva un control ex post sobre cada uno de los números bloqueados.

Por otra parte, el procedimiento descrito en la citada Resolución de la CNMC contiene las garantías necesarias que debe reunir una medida de suspensión de la interconexión hacia determinada numeración, pues supone una excepción “supervisada” a los principios de acceso, interconexión e interoperabilidad de los servicios. Así, esta Comisión regula las comunicaciones que deberá remitir el operador que bloquea el número, la fecha desde la que se hace efectiva la medida de bloqueo y la duración de dicho bloqueo. El proyecto de Real Decreto omite las citadas garantías.

El cambio regulatorio introducido en el proyecto de Real Decreto debe contemplar las competencias de intervención de la CNMC en las relaciones entre operadores, respetando los procedimientos aprobados y la comprobación ex post de las suspensiones llevadas a cabo.

- **Artículo 6: Conflictos entre operadores**

El **artículo 6.3** del proyecto propone que *“si de la tramitación del procedimiento se desprende que la solicitud del operador tiene su origen en un conflicto entre operadores en materia de acceso e interconexión la SETSI trasladará el expediente a la CNMC para que resuelva en virtud de sus competencias en la materia”*.

Ha de señalarse que los procedimientos de suspensión de la interconexión por motivos de tráfico irregular son disputas entre operadores en el ámbito de sus relaciones mayoristas, es decir, conflictos entre operadores para cuya resolución la CNMC ostenta una competencia exclusiva, sin perjuicio de que estos procedimientos no siempre han sido tramitados como conflictos de interconexión, debido a que se han autorizado procedimientos internos de los operadores para actuar con carácter de urgencia –actuaciones revisadas por la CNMC-.

De conformidad con lo indicado anteriormente, todas las denuncias entre operadores abren procedimientos de conflictos o de intervención de relaciones entre los mismos, por lo que se antoja bastante complicado distinguir ambos supuestos y distinguir por

¹⁶ Documentación que obra en el expediente RO 2013/290, cuya Resolución se aprobó por la CMT el pasado 5 de septiembre de 2013, mediante el cual se procedió a la suspensión de unas 100 numeraciones durante el mes de octubre.

tanto en qué casos procederá trasladar el expediente a la CNMC, además de los posibles retrasos que se pueden generar en la adopción de las medidas oportunas.

En definitiva, esta Comisión:

- considera que la distribución competencial ha de deslindar claramente entre el ámbito de intervención del MINETUR (protección de consumidores y usuarios) y el de la CNMC, que es la autoridad que regula las relaciones mayoristas entre operadores y ostenta competencia en materia de interconexión, de lo que tiene más sentido que siga conociendo la CNMC.
- ve complicada la aplicación del artículo 6.3, que establece la remisión de los expedientes a la CNMC en el supuesto de tratarse de un conflicto entre operadores.
- considera que se puede retrasar el tratamiento de estos supuestos, obligando en el caso del tráfico no permitido regulado y tráfico irregular a tramitar un procedimiento que tiene un plazo máximo de 3 meses frente al actual de 24 o 72 horas.

- **Artículo 4**

El **artículo 4** recoge la obligación de que los operadores deben ser capaces de detectar tanto el tráfico no permitido (regulado y no regulado) como el tráfico irregular.

En primer lugar y a priori, no se describe qué tipo de sistema está señalando el artículo 4 que tendrá que desarrollarse por los operadores. Éstos siguen un procedimiento interno para la detección de este tipo de prácticas, que no se basa en un sistema software/hardware único, sino en el que se tienen en cuenta muchos elementos.

Por ello, esta Comisión propone que el término “sistema” se sustituya por el de “procedimiento”. Es decir, el procedimiento interno del operador para proceder a la suspensión de la numeración en interconexión se comunica a la CNMC para su aprobación. Recientemente, el 5 de septiembre de 2013 se aprobó un procedimiento común mencionado anteriormente, el cual reúne características y parámetros concretos para que los operadores de acceso puedan suspender la numeración en interconexión y tiene en cuenta los procedimientos internos de los operadores.

En segundo lugar, esta Comisión advierte de que en la práctica pueden existir determinados operadores a los que les resulte complejo detectar el tráfico irregular con sus propios medios y tengan que requerir la colaboración de los operadores de red. Un ejemplo podrían ser determinados operadores móviles virtuales que podrían

requerir de la colaboración de sus operadores anfitriones para identificar el tráfico irregular con mayor agilidad¹⁷.

Asimismo, la implantación de los sistemas que identifican el tráfico y su sometimiento a una auditoría anual supone un coste añadido para el operador. Dicha carga económica podría resultar excesiva para determinados operadores, en particular para los que tienen un volumen reducido de negocio.

Por último, en cuanto a los requisitos o características que deberá reunir el sistema de detección de tráfico no permitido e irregular, el artículo 4 no señala nada al respecto, remitiendo su concreción a una Orden Ministerial. Esta Comisión entiende que se tendrían que tener en cuenta las propuestas del propio operador, dejando libertad a cada uno pues conocen de los medios que emplearán para detectar e identificar los tráficos en cuestión, los recursos técnicos y organizativos de que dispone y las garantías regulatorias necesarias.

- **Artículo 7**

El citado artículo lista las competencias en base a las cuales cada una de las ANR podrá requerir que se bloqueen los tráficos y retengan los pagos en interconexión.

Tal y como se ha indicado, la distribución competencial de la CNMC y del MINETUR en sus respectivos ámbitos (es decir, mayorista y protección de consumidores respectivamente) debe reflejarse, por lo que procede añadir la potestad de intervención bajo el artículo 12.2 de la LGTel al apartado 3 del artículo 7.

- **Disposición Adicional única y Disposición transitoria única**

Estas disposiciones obligan a los operadores a que modifiquen los acuerdos de acceso y/o interconexión que tienen suscritos para que incluyan los procedimientos que aplicarán para el bloqueo del tráfico y la retención de pagos y las correspondientes notificaciones al resto de operadores o proveedores de servicios. Y se añade que tendrán un periodo de tres meses para llevar a cabo la citada modificación de conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto.

Asimismo, se señala que esta CNMC entenderá de los conflictos entre operadores suscitados de conformidad con lo establecido en el artículo 22.3.b) del Reglamento de Mercados. Al respecto, la habilitación competencial debería referirse al artículo 23.3.b) del citado Reglamento y por consiguiente debe modificarse en este sentido.

Esta Comisión considera que trasladar los términos señalados en el proyecto de Real Decreto por parte de los operadores a sus acuerdos de acceso o interconexión,

¹⁷ En la actualidad, esta Comisión está tramitando un expediente en el que se está analizando si los operadores móviles virtuales deben tener sus propios procedimientos de suspensión de la interconexión, o bien pueden acordarlo con sus operadores anfitriones que ya tengan un procedimiento aprobado.

resulta una tarea muy ardua teniendo en cuenta que se prevén 3 o 4 tipos distintos de tráficos (en función del artículo se define una u otra calificación), con procedimientos distintos, con la posibilidad de que se pueda retener ex-ante o no en función de si el operador tiene implantado o no el sistema de detección de tráficos.

Además, debería tenerse en cuenta que para que la revisión de los contratos sea efectiva será necesario el concurso de las voluntades de las partes del acuerdo, y no únicamente la solicitud de modificación del acuerdo de una de las partes. En caso contrario, en virtud de las competencias de la CNMC en materia de conflictos, se podrá presentar la correspondiente solicitud de intervención ante esta Comisión.

Por ello, se considera que el plazo de tres meses para que la revisión de los contratos se lleve a término puede ser insuficiente.

De forma adicional el citado plazo no coincide con el contenido en el **artículo 22.2 del Reglamento de Mercados**, que permite a los operadores, con carácter general, que puedan formalizar los acuerdos de interconexión en el plazo de cuatro meses, contados desde la fecha de iniciación de la negociación. Por consiguiente, los operadores deberían poder adecuar los citados acuerdos en dicho plazo general.

- **Disposición final segunda.**

Mediante dicha disposición se modifica el artículo 3 del Real Decreto 964/2006. Dicho artículo regula el otorgamiento de concesiones de dominio público radioeléctrico relativas a licencias de prestación de servicios de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia. La CNMC considera necesario que se establezca un plazo máximo para la autorización de la puesta en funcionamiento de la emisora, ya que el proyecto de Real Decreto no fija el plazo en el que SETSI deberá proceder a la inspección de las instalaciones, tras recibir la solicitud del operador de la instalación, y autorizar su entrada en servicio, lo que puede generar incertidumbre para los operadores económicos que es deseable evitar.

V CONCLUSIONES

Esta Comisión observa de forma favorable la propuesta del MINETUR de ofrecer un marco general de actuación a los operadores de comunicaciones electrónicas. Sin embargo, este organismo entiende que la ejecución de dicho marco ha de tener en cuenta y reflejar que esta CNMC tiene competencias atribuidas en las relaciones mayoristas entre operadores y para resolver los conflictos en caso de denuncias por tráficos irregulares.

El proyecto de Real Decreto introduce cuestiones y procedimientos novedosos que resultan complejos de implementar y que presentan las dudas e inconvenientes que

se han puesto anteriormente de manifiesto. El proyecto duplica ANR actuantes y procedimientos, que pueden diferir, y ello puede implicar una gran complejidad de actuación y elevado grado de inseguridad jurídica para los operadores y las propias ANR.

Además, podría retrocederse en agilidad si se extiende a 3 meses el plazo de autorización de la suspensión en interconexión frente al plazo actual de 24/72 horas. Esta Comisión considera que tendría mayor sentido que el proyecto de Real Decreto se limitara a ordenar los tipos de tráfico –con las clarificaciones que procedan- y a establecer los principios generales de actuación en estos supuestos, remitiendo en caso necesario a Circular o resolución de la CNMC el desarrollo de los procedimientos para intervenir en estos supuestos y para revisar los casos de retención de tráficos y resolver los conflictos que surjan en caso necesario. La CNMC ha de conocer de todas las denuncias presentadas a nivel mayorista.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese al interesado.