

Resolución por la que se resuelve el conflicto de interconexión presentado por Ooiga Telecomunicaciones, S.L. frente a Cableuropa, S.A.U. y Telefónica de España, S.A.U. por la suspensión de pagos en interconexión de un tráfico generado en Rumanía con destino numeración de tarificación adicional.

(CNF/DTSA/1071/13/RETENCIÓN PAGOS RUMANÍA)

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LA CNMC

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

Secretario de la Sala

D. Joaquim Hortalà i Vallvé, p.s. Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 16 de octubre de 2014

Visto el expediente relativo al conflicto de interconexión presentado por Ooiga Telecomunicaciones, S.L. frente a Cableuropa, S.A.U. y Telefónica de España, S.A.U. por la suspensión de pagos en interconexión de un tráfico generado en Rumanía con destino numeración de tarificación adicional, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Escrito presentado por Ooiga Telecomunicaciones, S.L.

Con fecha 4 de junio de 2013, se recibió en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT)¹ escrito de la entidad Ooiga Telecomunicaciones, S.L. (en adelante, Ooiga) mediante el cual interponía conflicto de interconexión frente a Cableuropa, S.A.U. (en adelante, ONO) y Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) causado por la suspensión de los pagos en interconexión de tráfico generado los días 6 a 10 de septiembre de 2012, desde la red móvil del operador rumano RCS & RDS, S.A. en Rumanía (en adelante, Digi Rumanía) por parte de clientes

¹ Organismo regulador sectorial integrado en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional segunda de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

de Digi Spain Telecom, S.L.U. (en adelante, Digimobil) y destino numeración de tarificación adicional asignada a Ooiga (905 y 807 -concretamente hacia los números **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**). (Documento nº 1)

Dicho tráfico habría sido entregado en España por el operador Digimobil a Jazztel Telecom, S.A.U. (en adelante, Jazztel), éste a Telefónica en tránsito, quien lo entregó a su vez a ONO para ser terminado por Ooiga y se habría dirigido al prestador de servicios de tarificación adicional (en adelante, PSTA) **[CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA OOIGA FIN CONFIDENCIAL]**.

Según manifiesta Ooiga, Digimobil habría suspendido los pagos al siguiente operador de la cadena (Jazztel) al percatarse de no haber previsto un precio para este servicio (esto es, para las llamadas con destino a numeración española de tarificación adicional), a pesar de que Digimobil habría cobrado de sus clientes por la prestación del servicio.

Por todo ello, solicitaba que esta Comisión declarara el derecho de Ooiga a recibir los pagos suspendidos por los servicios de terminación objeto de conflicto, determinando que la retribución de pagos se articulara siguiendo el sistema de pagos en cascada, debiendo Digimobil traspasar a Jazztel el importe de las cantidades pendientes de pago, éste a su vez a Telefónica, quien debe pagar a ONO y éste a Ooiga. La cantidad pendiente de pago ascendería según la entidad denunciante a **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**.

SEGUNDO.- Notificación a las partes del inicio del procedimiento y requerimientos de información

Por medio de escrito del Secretario de la CMT se comunicó a Telefónica y a ONO el inicio del procedimiento con fecha 17 de junio de 2013 y a Ooiga con fecha 27 de junio de 2013. Con fecha 12 de julio se notificaron el inicio y los requerimientos a Jazztel y Digimobil (Documentos nº 2, 6 y 7).

TERCERO.- Escrito de Telefónica

Con fecha 1 de julio de 2013 Telefónica presentó escrito de alegaciones (Documento nº 3).

CUARTO.- Escrito de ONO

Con fecha 3 de julio de 2013 ONO presentó escrito de alegaciones (Documento nº 4).

QUINTO.- Escrito de Jazztel

Con fecha 29 de julio de 2013 tuvo entrada en la CMT escrito de Jazztel dando respuesta al requerimiento de información realizado, completado por un escrito posterior de 19 de septiembre de 2013 (Documentos nº 13 y 20).

SEXTO.- Escrito de Digimobil

Con fecha 30 de julio de 2013 tuvo entrada en el registro de la CMT escrito de Digimobil dando respuesta al requerimiento de información realizado (Documento nº 14).

SÉPTIMO.- Realización de inspección

Con fecha 30 de agosto de 2013 y tras la firma de la orden de inspección por parte del Secretario de la CMT, se realizó una inspección para comprobar los servicios que se prestaban en los números destino hacia los que se dirigió el tráfico objeto del conflicto (Documentos nº 16 y 17).

OCTAVO.- Requerimientos de información a Digimobil

Con fechas 12 de septiembre y 3 de octubre de 2013 se realizaron sendos requerimientos de información a Digimobil a los que dicha entidad dio respuesta mediante escritos presentados ante esta Comisión con fechas 25 de septiembre y 25 de octubre de 2013 respectivamente (Documentos nº 18, 24, 25 y 26).

NOVENO.- Escrito de alegaciones de Ooiga

Con fecha 8 de noviembre de 2013, se recibió en la CNMC escrito de alegaciones de Ooiga (Documento nº 27).

DÉCIMO.- Requerimiento de información a Digimobil

Con fecha 30 de junio de 2014, la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC notificó un requerimiento de información a Digimobil, al que dio respuesta dicho operador con fecha 18 de julio de 2014 (Documentos nº 30 y 31).

UNDÉCIMO.- Informe de audiencia y escritos de alegaciones de los interesados

Con fecha 24 de julio de 2014, la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC emitió informe de audiencia, que fue notificado a los diferentes interesados. Al mismo remitieron alegaciones los siguientes operadores y fechas: Jazztel el día 5 de agosto, ONO el 6 de agosto, Digimobil con fecha 11 de agosto, Telefónica con fecha 18 de agosto y Ooiga con fecha 26 de agosto de 2014 (Documentos nº 34, 35, 36, 37, 38, 39, 41, 42 y 43).

A los anteriores Antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

ÚNICO.- Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

El presente procedimiento fue iniciado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Atendiendo a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), el órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

Junto con el objeto general de la CNMC, establecido en la Ley 3/2013, de 4 de junio, y consistente en promover y garantizar el funcionamiento y la competencia efectiva en los mercados, el artículo 6.4 de dicho texto legal y los artículos 15 y 70.2.d) de la Ley

9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel)² y el artículo 12 de la Ley 3/2013 atribuyen a la Comisión la función de resolver de forma vinculante los conflictos que se susciten entre operadores en materia de acceso e interconexión de redes.

Asimismo, el artículo 12.5 de la LGTel establece que esta Comisión podrá intervenir en las relaciones entre operadores (o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión), a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, 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 señalados en el artículo 3 del mismo texto legal.

En ejercicio de sus funciones en el ámbito de la interconexión y el acceso, esta Comisión está plenamente habilitada para supervisar la actuación de los operadores, entre otras cuestiones, para garantizar el equilibrio contractual entre las partes y salvaguardar un interés general como es el del acceso y la interconexión de las redes en condiciones no discriminatorias, transparentes, proporcionadas y basadas en criterios objetivos en interés de todos los usuarios, los cuales son intereses generales dignos de protección que justifican la actuación de esta Comisión.

Esta Comisión ha actuado desde el año 2000 para examinar las excepciones justificadas en casos puntuales al principio de interoperabilidad, con el objeto de hacer frente a determinados tipos de prácticas que generan perjuicios técnicos y de índole económica a los operadores de comunicaciones electrónicas mediante la generación de tráfico irregular desde sus redes hacia una determinada numeración³.

En este sentido se orientan, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2008, sobre el recurso interpuesto contra la Resolución de la CMT de 12 de diciembre de 2002⁴, que especifica que en la resolución de conflictos *“el órgano regulador se atiene a lograr el equilibrio justo entre los intereses de las partes, con el objeto de garantizar los intereses públicos vinculados a la salvaguarda de la libre competencia entre empresas y el interés de los usuarios”* (FJ 7).

² Conforme a la disposición derogatoria única, a partir de su entrada en vigor (que se produce a partir del día siguiente de su publicación en el BOE conforme a la Disposición Adicional undécima, es decir, a partir del día 11 de mayo de 2014) queda derogada la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

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. En el ámbito de la protección de consumidores y usuarios, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo dispone, de conformidad con lo previsto en el artículo 38.11 de la LGTel introducido por el Real Decreto 13/2012 de 30 de marzo de la posibilidad de intervenir en determinados supuestos de fraude o uso indebido. El bloqueo está previsto únicamente en los supuestos de reclamaciones de dichos consumidores ante operadores por el incumplimiento de los Códigos de Conducta relativos a los servicios de tarificación adicional o SMS/ MMS Premium (por ejemplo en materia de contenidos y publicidad de los servicios de tarificación adicional).

⁴ Recurso de casación núm. 408/2006, interpuesto contra la sentencia de 18 de noviembre de 2005 dictada por la Sección 8ª de la Sala Contencioso-Administrativa de la Audiencia Nacional.

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 noviembre de 2009⁵ confirma la actuación de esta Comisión en supuestos de desconexión de redes cuando se adquieren tarjetas prepago precisamente para descargar el crédito mediante llamadas a números que prestan servicios meramente ficticios o aparentes. Y ello porque, tal y como se indica en la sentencia, las conductas que se realizan para prestar servicios *“meramente ficticios o aparentes, sin contenido alguno, constituyen una perturbación en el funcionamiento normal de las redes públicas de telecomunicaciones, cuya función primordial es prestar servicios de comunicación entre terminales, pero no servir de instrumento de descarga ilegal de tarjetas prepago”*.

La jurisprudencia ha confirmado la necesidad de evitar estas situaciones, como han venido haciendo la CMT y esta Comisión hasta la fecha. Entre otras, puede citarse la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2007⁶ que confirmó que *“la utilización de los “pack de Movistar Activa” disociados como medio para descargar o blanquear el crédito de las tarjetas mediante llamadas a números que prestan servicios meramente ficticios o aparentes, sin contenido alguno, constituye una perturbación en el funcionamiento normal de las redes públicas de telecomunicaciones, cuya función primordial es prestar servicios de comunicación entre terminales, pero no servir de instrumento de descarga ilegal de tarjetas prepago”*.

En su escrito de 1 de julio de 2013, Telefónica alega que la pretensión de Ooiga constituye un asunto privado entre particulares que debe resolverse en el ámbito de la jurisdicción civil, instancia que considera competente para resolver este tipo de controversias. A estos efectos, adjunta una serie de sentencias de diversos tribunales, concluyendo que el presente caso no constituye un verdadero conflicto de interconexión.

En relación con esta cuestión, cabe tener en cuenta que existen dos recientes sentencias de la Audiencia Nacional de fechas 31 de enero y 14 de febrero de 2014⁷, que desestiman los recursos contra dos resoluciones de la CMT, siendo precisamente el único fundamento de nulidad el de la falta de competencia del regulador en supuestos que presentan muchas similitudes con el presente, dado que en ambas resoluciones se determinaba la incidencia que un supuesto de tráfico fraudulento pudo tener sobre la prestación y abono de los servicios entre operadores.

En esencia, ambos pronunciamientos confirman la plena competencia del regulador para revisar la procedencia de las retenciones de pagos por servicios de interconexión efectuadas por los operadores en un supuesto de tráfico irregular. El FD cuarto de la mencionada sentencia de 14 de febrero del presente año, que se transcribe a continuación, niega el alegado carácter privado sostenido por los recurrentes: *“(…) 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*

⁵ Recurso contencioso-administrativo núm. 704/2006, interpuesto contra la Resolución de la CMT de 6 de julio de 2006.

⁶ Recurso de casación núm. 8213/2004, interpuesto contra la SAN de 11 de mayo de 2004.

⁷ Sentencias recaídas en los recursos contencioso-administrativos números 1147/2011 y 1104/2011, interpuestos contra dos resoluciones de la CMT de 15 de septiembre y de 28 de julio de 2011, respectivamente.

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”.

En su escrito de alegaciones al informe de audiencia, Ooiga considera que esta Comisión no se encuentra legalmente habilitada para “*convalidar un impago de los servicios de interconexión por el carácter irregular del tráfico*”. Según argumenta Ooiga y de conformidad con el artículo 51 de la LGTel, se exige un desarrollo reglamentario que establezca los casos en que los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas puedan retener los ingresos por la prestación de sus servicios, sin que dicha norma haya sido aprobada hasta la fecha. Los argumentos de Ooiga deben desestimarse puesto que, tal y como se ha indicado con anterioridad, el fundamento de la intervención por parte de esta Comisión no se encuentra en el artículo 51 de la LGTel, inserto en el capítulo V relativo a usuarios finales dentro del título III, sino en su potestad de intervención en materia de acceso e interconexión y en la resolución de conflictos, previendo el propio artículo 51 esta salvedad. En cualquier caso, sorprende que Ooiga sí considere competente a esta Comisión para reconocerle el derecho al pago que solicitó en su escrito inicial, pero no en el supuesto contrario.

A modo de conclusión, tanto de las previsiones normativas a que se ha hecho referencia en los anteriores párrafos como de su interpretación jurisprudencial, resulta claro que esta Comisión está habilitada para intervenir en las relaciones de acceso e interconexión entre los operadores, como sucede en el presente caso, en el que existe un tráfico que se ha calificado y tratado como irregular y cuyos efectos conectan con intereses jurídico-públicos que debe proteger esta Comisión: (i) por una parte, por las repercusiones para los operadores que intervienen en las relaciones de interconexión a lo largo de la cadena, siendo necesario velar por el equilibrio contractual entre los operadores presentes en el mercado; (ii) por otro lado, los tráficos irregulares que se generan tienen, por lo general, fines diversos a la realización de comunicaciones entre terminales y afectan a las redes por las que discurren (por motivos de saturación, degradación o posible afectación a su integridad).

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Objeto del presente procedimiento

El objeto del presente procedimiento es la resolución del conflicto de interconexión planteado por Ooiga como resultado de la repercusión en cascada de la retención de pagos efectuada por los operadores involucrados en la interconexión de un tráfico irregular, en el presente caso, originado por llamadas con origen en Rumanía y destino hacia numeración de tarificación adicional de Ooiga; llamadas que han discurrido en España por las redes de Digimobil, Jazztel, Telefónica, ONO y Ooiga.

En este sentido, se analizarán los siguientes aspectos: (i) las relaciones de interconexión entre los diferentes operadores intervinientes en la cadena, teniendo en cuenta el detalle de los servicios prestados y de los pagos correspondientes a tales servicios, (ii) si el comportamiento de los operadores, en relación con la retención de cantidades relativas a dichos tráficos, es o no ajustado a Derecho, a juicio de esta Comisión, en el caso de que exista tráfico irregular, (iii) la adecuación o no de las retenciones de pago en cascada.

Asimismo, teniendo en cuenta las alegaciones de Digimobil sobre la similitud del comportamiento analizado en el presente expediente y el tratado en el procedimiento sancionador incoado por esta Comisión contra Ooiga con fecha de 18 de abril de 2013, respecto a la posible existencia de infracciones administrativas cometidas por parte de Ooiga, también se examinará la solicitud de Digimobil de que las actuaciones del presente expediente se incorporasen a dicho expediente sancionador.

SEGUNDO.- Sobre las relaciones de interconexión entre los operadores intervinientes en el curso de las llamadas objeto de conflicto

Con carácter previo, es de interés estudiar los servicios y las relaciones contractuales existentes entre las diferentes partes del conflicto y la regulación aplicable.

Gráficamente correspondería al siguiente **esquema de operadores y servicios**:

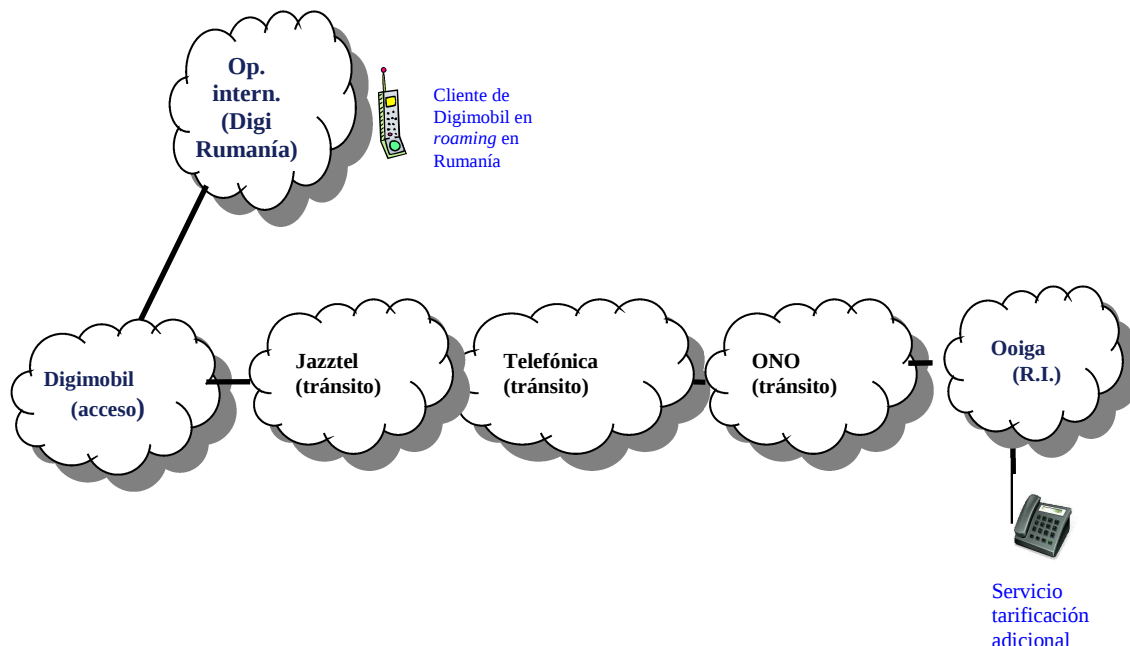


Figura 1: esquema gráfico de las llamadas objeto de disputa y detalle de prestación de servicios por cada operador (elaboración propia)

La llamada se origina cuando el cliente de la red de Digimobil se encuentra fuera de España y realiza desde Rumanía llamadas en itinerancia a determinados números de tarificación adicional españoles, utilizando para ello tarjetas prepago adquiridas en

diversos puntos de distribución en España y en Rumanía. Dichas llamadas se originan en la red de Digi Rumanía en dicho país, y se encaminan y entran en España a través de Digimobil. Ambos operadores forman parte del mismo grupo empresarial según manifiesta Digimobil y tienen un acuerdo firmado a estos efectos. En estas circunstancias, Digimobil es el operador que cursa la llamada en nuestro país y le correspondería la condición de operador de acceso en territorio español.

Digimobil entrega la llamada a Jazztel, éste a Telefónica y este último a ONO. Estos tres últimos operadores prestan un servicio de tránsito al anterior operador de la cadena hasta que la llamada finaliza en la red de Ooiga, asignatario de la numeración hacia la que se dirigieron las llamadas presuntamente irregulares. A su vez, Ooiga tendría un acuerdo con el prestador de servicios de tarificación adicional (en adelante, el PSTA) que recibe el tráfico y es remunerado por ello⁸.

Respecto al marco regulatorio *ex ante* aplicable en el ámbito de los servicios descritos y teniendo en cuenta los operadores afectados, debe tenerse en cuenta que:

- (i) El servicio de acceso desde una ubicación fija se encuentra sujeto a regulación *ex ante* cuando el operador que presta el servicio de acceso es Telefónica.

El mercado mayorista de acceso móvil definido y regulado por esta Comisión mediante resolución de 2 de febrero de 2006 no incluye el mercado de itinerancia internacional en redes públicas de telefonía móvil ni las llamadas a numeración de tarifas especiales. La relación contractual entre Digimobil y Digi Rumanía es comercial, en principio con los límites del Reglamento CE 717/2007 de itinerancia (precios mayoristas y minoristas).

- (i) El servicio de tránsito prestado en el presente caso por tres operadores diferentes (Telefónica, Jazztel y ONO) se encuentra a día de hoy liberalizado, ya que en la última revisión de mercados se consideró que el mercado en cuestión no constituía un mercado en el que se justificara la aplicación de medidas regulatorias *ex ante*^[1].

El levantamiento de las obligaciones incluidas en las Resoluciones de definición y análisis de mercados sujetos a regulación *ex ante* se entiende sin perjuicio de la obligación general de los operadores de garantizar la adecuación de la interconexión, la interoperabilidad de los servicios y la consecución de los objetivos del artículo 3 de la LGTel.

En definitiva, los servicios involucrados en el tráfico que ha originado el presente conflicto no están sujetos a regulación *ex ante*. Sin perjuicio de lo anterior, se deben tener en consideración los objetivos del artículo 3 y los principios generales de adecuación de la interconexión y del acceso, y de la interoperabilidad de servicios contenidos en la LGTel, por los que ha de velar esta Comisión y a los que se ha hecho detallada referencia en el Fundamento Jurídico procedimental *supra*.

TERCERO.- El carácter irregular de las llamadas

⁸ En su escrito inicial, Ooiga aportó un documento, sin firmar, relativo al acuerdo con el prestador de servicios [CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA OOIGA FIN CONFIDENCIAL].

^[1] Ver Resolución de esta Comisión de fecha 1 de octubre de 2009 (MTZ 2009/184).

El presente conflicto se origina como consecuencia de las retenciones en cascada correspondientes a la remuneración de los servicios de interconexión y a la componente de tarificación adicional motivada por el tráfico irregular originado en Rumanía según el esquema descrito. Los diversos operadores intervinientes en el encaminamiento del tráfico, salvo Ooiga, parten de la premisa de que los patrones de las llamadas que han originado la retención de pagos de la que trae causa el presente conflicto confirman el carácter irregular del tráfico y así lo han reflejado en las actas de consolidación (Digimobil/Jazztel, Jazztel/Telefónica, Telefónica/ONO) y en las diversas comunicaciones cruzadas entre ellos y aportadas al presente expediente. El único que se muestra en desacuerdo con dicha calificación del tráfico es Ooiga, como se indicará más adelante.

Con carácter previo al análisis de los detalles de dicho tráfico, conviene detenerse en el servicio ofrecido por Digimobil a sus clientes denominado “doble número móvil”. Este servicio, orientado a la comunidad rumana residente en España, facilita que, una única tarjeta SIM incluya dos IMSI⁹, uno español y uno rumano. Cuando el cliente se encuentra en España, Digimobil ofrece el servicio correspondiente, y cuando se encuentra en Rumanía utiliza la red de Digi Rumanía (ambos operadores tienen un acuerdo conforme al cual Digi Rumanía presta a Digimobil el servicio de acceso en dicho país), manteniendo el cliente su relación contractual con Digimobil en España. Este servicio supone una ventaja para el cliente en términos tarifarios (Digimobil apunta también a una mejora en términos de calidad), dado que evita los precios de roaming aplicables en la UE cuando el cliente se encuentra en Rumanía (si bien, utilizando esta tarjeta SIM, el roaming sí aplicaría en cualquier otro Estado de la UE).

Digimobil indica que, como regla general, sus abonados no pueden realizar llamadas a números de tarificación adicional dado que el acceso a estos servicios se encuentra bloqueado por defecto y sólo se activa a solicitud del abonado. Sin embargo, en el presente caso se dio curso a estas llamadas como consecuencia de lo que Digimobil califica como un “error técnico” **[CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA DIGIMOBIL FIN CONFIDENCIAL]**.

Respecto al carácter irregular del tráfico, existe abundante información en el expediente, que incluye el detalle de los tráficos, así como un informe interno de carácter confidencial realizado por Digimobil y en el que se incluyen y analizan las pruebas que lo confirman. Digimobil ha interpuesto, además, varias denuncias ante la policía que, con posterioridad, han sido remitidas a la jurisdicción penal, sin que con la documentación obrante en el expediente quepa concluir que dichas actuaciones judiciales se encuentran a día de hoy archivadas; contrariamente a lo alegado por Ooiga, **[CONFIDENCIAL PARA TERCEROS FIN CONFIDENCIAL]**. **[CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA DIGIMOBIL FIN CONFIDENCIAL]**.

En consideración a las alegaciones formuladas por Ooiga al informe de audiencia, debe aclararse, sin embargo, que el carácter irregular del tráfico no presupone en modo alguno su carácter fraudulento desde una perspectiva penal o civil, dado que esta cuestión no es objeto de determinación por parte de esta Comisión –a la que no le corresponde esta función-. Por otro lado, el análisis de la irregularidad de los tráficos

⁹ International Mobile Subscriber Identity que identifica al usuario de una red móvil a través de un código de 15 dígitos.

resulta plenamente conforme con la práctica seguida hasta la fecha, como resulta, entre otras, de la Resolución de 5 de septiembre de 2013 por la que se aprueba un procedimiento común para la suspensión de la interconexión de numeraciones por tráfico irregular (RO 2013/290).

En concreto, el tráfico es masivo y concentrado (tanto en el tiempo- poco más de cuatro días- como en el origen geográfico de las llamadas)¹⁰, y también resultan relevantes algunos detalles relativos a las **[CONFIDENCIAL PARA TERCEROS FIN CONFIDENCIAL]**, tal y como se detalla a continuación:

- **[CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA OOIGA Y DIGIMOBIL FIN CONFIDENCIAL]**
- En un plazo de cuatro días, entre los días 6 y 10 de septiembre de 2012, se produjeron más de **[CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA OOIGA Y DIGIMOBIL FIN CONFIDENCIAL]** llamadas a tres números de los rangos 905 (atribuido para la prestación del servicio de llamadas masivas según el plan nacional de numeración) y 807 (atribuido para la prestación de servicios profesionales)¹¹. Concretamente, se trató de los números **[CONFIDENCIAL PARA TERCEROS FIN CONFIDENCIAL]**
- A lo anterior se suman otras circunstancias que no se refieren *stricto sensu* al tráfico, pero que también confirman la irregularidad del mismo.
 - o Se trata, por una parte, de las recargas de las tarjetas. Digimobil indica que se recargaron progresivamente con diversos importes; cada tarjeta SIM se recargó una media de **[CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA DIGIMOBIL Y OOIGA FIN CONFIDENCIAL]** veces. Además, todas las recargas se hicieron a través de un único punto de venta final situado en España.
 - o Adicionalmente, **[CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA OOIGA Y DIGIMOBIL FIN CONFIDENCIAL]**. En relación con esta cuestión, debe tenerse en cuenta que Ooiga es asignatario de la numeración a la que se dirigió el tráfico y, por ende, le corresponde supervisar el correcto cumplimiento de las previsiones en esta materia.

También cabe destacar que, aplicando los parámetros (de carácter confidencial) con arreglo a los cuales esta Comisión identifica el tráfico anómalo para determinados operadores de acceso –entre los cuales no está Digimobil-, en el presente caso se confirmaría su naturaleza irregular¹². En conclusión, se puede constatar el patrón

¹⁰ Contrariamente a lo que argumenta Ooiga, el tráfico no se limita a llamadas realizadas a números 905 que según el PNN corresponden a llamadas masivas, puesto que parte del tráfico se dirigió hacia números 807. Adicionalmente, la enumeración de los diferentes motivos por los que se concluye que el tráfico presenta patrones de irregularidad son lo suficientemente detallados y han resultado acreditados, sin que Ooiga los haya desacreditado con la aportación de elementos probatorios adicionales que desvirtúen sus conclusiones, contrariamente a las afirmaciones que realiza en su escrito de alegaciones al informe de audiencia.

¹¹ Aprobado por Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre. Adicionalmente, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo cuenta con una guía explicativa al efecto disponible en la siguiente dirección: http://www.minetur.gob.es/telecomunicaciones/es-ES/Servicios/Numeracion/Documents/Descripcion_plan_20101216.pdf.

¹² Con carácter general, la CMT aprobó en su resolución de 5 de septiembre de 2013 un procedimiento unitario para los operadores móviles de red Orange, Vodafone y TME que unifica las diversas resoluciones individuales

irregular del tráfico tanto sobre la base del informe interno aportado por Digimobil como del análisis de los tráficos llevado a cabo por esta Comisión, tal y como se detalla a continuación: **[CONFIDENCIAL PARA TERCEROS FIN CONFIDENCIAL]**

Sentado lo anterior, según resulta del examen de los datos obrantes en el expediente, concurren en el presente caso circunstancias específicas respecto al tráfico concernido que deben tenerse en cuenta para examinar la solicitud de Ooiga.

[CONFIDENCIAL PARA TERCEROS FIN CONFIDENCIAL].

En definitiva, parece acreditado que en el presente caso se ha producido un tráfico irregular y una perturbación en el normal funcionamiento de las redes, puesto que los indicios detallados anteriormente apuntan a que la adquisición de tarjetas y las llamadas no habrían tenido por objeto la efectiva comunicación entre usuarios ni la prestación de un servicio, sino obtener un beneficio económico con la generación de tráfico (en particular, por parte del PSTA, que es quien recibe la componente de tarificación adicional que constituye una parte muy sustancial del coste final de la llamada).

Respecto al perfil irregular del tráfico, Ooiga afirma que las llamadas hacia números de tarificación adicional (que denomina masivas en su escrito) tienen un perfil divergente con el tráfico telefónico ordinario y que resulta habitual la concentración de grandes volúmenes de tráfico en breves lapsos de tiempo, además de la circunstancia de existir una comunidad de residentes en España de origen rumano que podría justificar la existencia del tráfico con origen internacional. Asimismo, para Ooiga la concentración del tráfico en un mismo origen (Rumanía) carece de relevancia para el operador que termina el tráfico en España porque es una circunstancia ajena a su control y su conocimiento. Esencialmente, Ooiga atribuye el origen del conflicto a una incorrecta fijación de precios, por falta de diligencia, de Digimobil con respecto al siguiente operador en la cadena (Jazztel), además de no haberse constatado que exista una declaración judicial que confirme la existencia de un fraude que, en este caso, se ha limitado a una denuncia policial que, según Ooiga, no ha dado lugar a ulteriores actuaciones. Asimismo, Ooiga parte de la premisa de considerar que, en el presente caso, no se ha producido una situación de impago por parte del usuario final.

En respuesta a los argumentos de Ooiga debe destacarse, en primer lugar, que la existencia de tráfico irregular no depende de que medie una declaración judicial al efecto. En este sentido, esta Comisión viene actuando desde el año 2000 en tales supuestos, y son numerosos los casos de suspensión de la interconexión o de los pagos de interconexión en los que este organismo ha intervenido¹³, sin perjuicio de las posibles responsabilidades penales que pudieran derivarse.

En segundo lugar, la irregularidad de los patrones de tráfico resulta sobradamente acreditada por las circunstancias ya expuestas, con independencia de que en el

anteriormente aplicables para cada operador. Antes de dicha Resolución, esta Comisión había autorizado la de suspensión de la interconexión para tráficos con origen extranjero hacia números de tarificación adicional de un operador móvil (Orange)-los demás no lo habían solicitado expresamente, según resulta de la Resolución de la CMT de 10 de noviembre de 2011.

¹³ Por todas, ver la resolución de 5 de septiembre de 2013 (RO 2013/290) por la que se aprueba un procedimiento común para la suspensión de la interconexión de numeraciones por tráfico irregular.

presente caso las llamadas se originaran fuera de nuestro país, ya que la irregularidad se mantiene al transitar las llamadas por redes españolas. De hecho, se constata que el volumen de tráficos irregulares de carácter transfronterizo, tanto en redes fijas como móviles, se ha incrementado por las dificultades adicionales para su detección y control¹⁴. Sin embargo, esta circunstancia en nada exime a esta Comisión de velar por evitar o limitar el impacto que tales tráficos puedan generar sobre las redes en territorio español.

En tercer lugar, Ooiga no ha aportado evidencia alguna respecto a la desestimación de las actuaciones policiales o judiciales, además de que habría que analizar qué incidencia pudieran tener dichas diligencias en el presente procedimiento de conflicto entre los operadores.

Por último, los argumentos de Ooiga respecto al origen real de posibles diferencias de precios o a que se ha abonado todo o parte de los servicios en nada modifican la evidencia de la naturaleza claramente irregular del tráfico origen del presente conflicto¹⁵, cuyos efectos corresponde a esta Comisión minimizar en la medida de lo posible.

En definitiva, todos los anteriores elementos constituyen indicios que, apreciados en conjunto, llevan a concluir que, en el presente caso, las llamadas con origen en Rumanía y destino a números de tarificación adicional asignados a Ooiga objeto del conflicto se realizaron para incrementar artificialmente el tráfico y no realmente para utilizar los servicios a los que se dirigían las llamadas, un tipo de comportamiento irregular recurrente en el sector de las comunicaciones electrónicas¹⁶.

CUARTO.- La actuación de los diferentes operadores en la cadena

Con carácter preliminar, debe señalarse que, en el presente caso, el contenido de los diversos contratos entre los diferentes operadores involucrados (Digi Rumanía/Digimobil, Digimobil/Jazztel, Jazztel/Telefónica, Telefónica/ONO y ONO/ Ooiga) no prefigura claramente, en todos los supuestos, cómo deben actuar los operadores ante situaciones de tráfico irregular como la que ha dado origen al presente conflicto.

Esta Comisión valora el comportamiento de cada uno de los operadores intervinientes en la cadena con arreglo a los principios generales de Derecho de obligaciones y contratos (entre los cuales se encuentran la buena fe contractual y la diligencia en el cumplimiento de los mismos), sin perder de vista la perspectiva de la relevancia que tiene en el ámbito jurídico-público la acreditada existencia de tráfico irregular en el

¹⁴ Adicionalmente, el grupo de reguladores de comunicaciones electrónicas que agrupa a las Autoridades Nacionales de Regulación de la UE constituyó un grupo de trabajo en 2012 para examinar las situaciones de tráficos irregulares de carácter transfronterizo, habiéndose elaborado el documento http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/regulatory_best_practices/guidelines/1226-article-282-universal-service-directive-a-harmonised-berec-cooperation-process-berec-guidance-paper.

¹⁵ [CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA DIGIMOBIL FIN CONFIDENCIAL].

¹⁶ Denominado en inglés Artificial Inflation of Traffic (AIT), en el que se utilizan medios para automatizar las llamadas y multiplicar el tráfico. En este ámbito, ver el apartado 54 del informe elaborado por el BEREC en el que se describe la tipología de fraudes más habituales.

(http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/regulatory_best_practices/guidelines/1226-article-282-universal-service-directive-a-harmonised-berec-cooperation-process-berec-guidance-paper).

presente caso, para velar por el equilibrio en las prestaciones entre las partes, así como, evitar los efectos que resultan de comunicaciones que se apartan del fin de la prestación de un servicio de comunicación electrónica, como se ha indicado sucede en el presente caso.

Tal y como se detalla a continuación de manera individualizada, la retención de los pagos por los servicios ha afectado a todos los operadores en la cadena. El primero que procedió a adoptarla fue el operador de acceso, Digimobil, y el resto de operadores han trasladado esta medida al siguiente, partiendo de la premisa de la existencia de tráfico irregular y a la espera de que se aclarase la situación al respecto.

Digimobil

Digimobil es el operador de acceso del tráfico irregular en España y mantiene una relación con Digi Rumanía para encaminar las llamadas que se originan desde dicho país hacia España por un lado, y también tiene firmado un acuerdo de tránsito con Jazztel, siguiente operador en la cadena de tráfico, a los efectos del presente caso.

En cuanto a la relación entre Digimobil y Digi Rumanía, ambos operadores acordaron regirse por **[CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA DIGIMOBIL FIN CONFIDENCIAL]** en materia de fraudes e intercambiar información de conformidad con la cláusula 7.1 de su acuerdo. Como indica Digimobil en su escrito de 25 de septiembre de 2013, **[CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA DIGIMOBIL FIN CONFIDENCIAL]**.

Por otro lado, aunque tampoco existen previsiones contractuales específicas sobre la retención de las cantidades correspondientes a tráfico irregular con respecto a Digi Rumanía, Digimobil afirma que, en el presente caso, las cantidades que se facturaron en su momento se encuentran retenidas a la espera de aclaración. Digimobil **([CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA DIGIMOBIL FIN CONFIDENCIAL])**, cuando en realidad se trataba de llamadas a números de tarificación adicional españoles, cuyo precio es bastante superior a las llamadas a un número geográfico. En consecuencia, debido a la irregularidad del tráfico, Digimobil cobró por estas llamadas una cantidad bastante inferior a la que debería abonar por tratarse de tráfico con destino a números de tarificación adicional.

En lo que se refiere a la relación con el siguiente operador en la cadena, en este caso Jazztel, no existe en el acuerdo con Digimobil una previsión expresa sobre cómo se debe tratar el tráfico irregular. Sin perjuicio de ello, Digimobil puso en conocimiento de Jazztel las incidencias con carácter inmediato, una vez que examinó el tráfico y constató los patrones de irregularidad (en este sentido constan la comunicación de 10 de septiembre de Digimobil, es decir, el mismo día que este operador detectó la irregularidad del tráfico, y la respuesta de Jazztel de 18 de septiembre). Además, tal y como refleja el acta de consolidación de septiembre de 2012 de ambos operadores, se ponía de manifiesto que Digimobil había interpuesto denuncia policial en relación con el tráfico presuntamente fraudulento e impagado y que Jazztel tampoco había abonado cantidad alguna al siguiente operador en la cadena. Tal y como se explicará en el siguiente apartado, Jazztel se mostró de acuerdo con la posición de Digimobil respecto al tráfico irregular.

En cuanto a los usuarios adquirentes de las tarjetas, Digimobil afirma que se ha producido una vulneración de las obligaciones contractuales de la operadora, dado que ha habido un uso no autorizado de las tarjetas, estando dicho operador facultado, en tales casos, a desactivar, provisional o definitivamente, el servicio a los clientes y a denunciar los hechos ante las autoridades. Tal y como resulta de la información aportada en el expediente, conocidas las incidencias (que se iniciaron el día 6 de septiembre–jueves - hasta el día 10 del mismo mes–lunes-, por lo que buena parte de ellas tuvieron lugar en fin de semana¹⁷) el día 10 de septiembre, Digimobil interpuso una denuncia policial en relación con los hechos, con carácter prácticamente inmediato, el 13 de septiembre, para su posible consideración en el marco penal, y bloqueó el acceso de los usuarios de las tarjetas prepago desde Rumanía a números de tarificación adicional. Estas previsiones son conformes con las cláusulas 3.2 y 9 de las condiciones generales de la prestación de los servicios de comunicaciones móviles de Digimobil¹⁸ a las que están sometidos los usuarios adquirentes de las tarjetas.

Como conclusión de todo lo anterior, la actuación de Digimobil, tanto con carácter general como teniendo en cuenta las previsiones contractuales aplicables en su relación con Digi Rumanía por un lado, y con Jazztel por el otro, confirma su voluntad de aclarar las circunstancias del tráfico irregular y evitar lo antes posible y con carácter preventivo la obtención de un beneficio económico de tales comunicaciones. En tales circunstancias, la CNMC considera que la actuación de Digimobil en el marco de sus relaciones contractuales con los demás operadores y los usuarios llamantes ha sido diligente.

Sin embargo, es necesario tener en cuenta que Digimobil sí ha cobrado parte del precio de las llamadas, como confirma dicho operador y se ha indicado *ut supra*¹⁹. En consecuencia, procede que Digimobil pague al siguiente de la cadena (Jazztel), y éste a los sucesivos, los diversos servicios de interconexión correspondientes a cada uno de ellos, excluyendo, expresamente, la componente de tarificación adicional que correspondería percibir al prestador de estos servicios, al no haberla cobrado Digimobil de los usuarios llamantes.

Jazztel

¹⁷ Una circunstancia que es habitual en los tráficos irregulares, dado que con ello se retrasa la detección del tráfico.

¹⁸ Conforme a la cláusula 3.2, “en caso de detectarse un uso excesivo o no razonable del Servicio, o un uso que pueda considerarse Fraude, Digi mobil podrá desactivar provisional o definitivamente el Servicio, de acuerdo con estas Condiciones”. En cuanto a los supuestos de fraude, la cláusula 9 indica que “se considera un incumplimiento grave del Contrato cualquier intento de fraude definido como cualquier tipo de comunicación realizada mediante la utilización de los Servicios con el propósito de obtener ilegalmente una ventaja material, o causar, directa o indirectamente, daños a Digi mobil, a terceros, a terceros operadores o a las redes por ellos operadas. (...)”. Las consecuencias jurídicas de la detección de un fraude las prevé la cláusula 9.2 al indicar que “en caso de que Digi mobil identifique la existencia de un Fraude o reciba una denuncia de Fraude de alguno de los operadores con los que Digi mobil esté interconectado, Digi mobil podrá (i) rechazar cualquier comunicación realizada por el Cliente que sea considerada fraudulenta; y/o (ii) desactivar provisional o definitivamente los Servicios para dicho cliente o Clientes, sin perjuicio del derecho reservado a favor de Digi mobil de ejercitar las acciones y exigir las compensaciones que legalmente le correspondan ; y/o (iii) denunciar los hechos fraudulentos ante las autoridades; y/o (iv) adoptar las medidas legales que estén a su alcance para impedir o poner fin al Fraude”.

¹⁹ Concretamente, Digimobil manifiesta que con las tarjetas adquiridas que se utilizaron en relación con el tráfico irregular dilucidado en el presente conflicto los saldos de todas las tarjetas SIM teniendo en cuenta las sucesivas recargas asciende a **[CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA DIGIMOBIL FIN CONFIDENCIAL]**

Este operador prestó servicios de tránsito en relación con los números hacia los que se dirigieron las llamadas y se encuentra interconectado a los efectos del presente conflicto con Digimobil por un lado y con Telefónica por otro.

Tal y como ha venido determinando esta Comisión o la CMT en numerosos precedentes²⁰, quien presta servicios de tránsito a números de Red Inteligente es un mero intermediario, y en tal condición (i) debe transmitir la información del operador de acceso al de red inteligente; (ii) le corresponde traspasar los pagos e impagos, respondiendo, frente a los operadores de red inteligente o de acceso, cuando no actúe con la diligencia debida. Por tanto, en el presente caso procede examinar en qué medida Jazztel ha cumplido con la obligación de transmitir la información relativa al tráfico irregular y con el traslado de los pagos e impagos.

En cuanto al cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas con Digimobil, Jazztel señala en el escrito de 29 de julio de 2013 que no existe regulación expresa en su acuerdo de interconexión, y en estos casos de supuesto tráfico irregular, la forma habitual de proceder es verificar la existencia de una denuncia ante las autoridades, correspondiendo a los operadores que están en los extremos de la cadena defender sus intereses para demostrar la licitud del tráfico. Si bien Jazztel considera adecuadas igualmente las vías que denomina *“de arreglo concertado que en cada caso promuevan los operadores directamente involucrados en la originación o recepción de estos tráficos”*.

En relación con la retención de los pagos del tráfico de las llamadas en cuestión, tal y como parece resultar del anterior argumento sobre el “arreglo concertado” con Digimobil, Jazztel no se opuso a la solución aplicada por Digimobil y, en su escrito de alegaciones, asimila la irregularidad de los tráficos a una ilicitud de la causa o del objeto del contrato en los términos del Código civil. Por ello, concluye que corresponde a los operadores que están en los extremos de la cadena la defensa de sus intereses, estando Jazztel en el presente caso vinculado a la calificación que realicen las autoridades administrativas y judiciales, antes de proceder a su consolidación. Con carácter general, procede observar que la conducta de Jazztel como operador de tránsito, de cara a Digimobil, parece diligente y que la repercusión de la retención a la que procedió Jazztel con el siguiente operador en la cadena, en relación con el tráfico irregular, no merece reproche.

En cuanto al acuerdo de interconexión con Telefónica, que en el presente conflicto también intervino como operador de tránsito, y de acuerdo con el contrato-tipo de la OIR²¹, su artículo 8.5 prevé que, en supuestos de fraude y morosidad, ambas partes cooperarán para *“comprobarlo, controlarlo y resolverlo en el plazo más breve posible”*; de este modo, cuatro días después de haber recibido la información proporcionada por Digimobil (el 10 de septiembre de 2012), Jazztel transmitió la información a Telefónica.

En definitiva, en las circunstancias expuestas, la actuación de Jazztel, que fue informado de la suspensión de los pagos del tráfico irregular por Digimobil y a su vez dio oportuno

²⁰ Ver, entre otras, Resolución de 8 de julio de 2004 (RO 2004/242) por la que se resuelve conflicto de interconexión entre Tesau y Euskaltel relativo a las relaciones económicas derivadas de la prestación de servicios de tránsito con destino a numeración de red inteligente. Más recientemente, Resolución de 15 de septiembre de 2011 (RO 2010/2408) por la que se resuelve el conflicto entre LCR y Orange/Telefónica.

²¹ [CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]

conocimiento a Telefónica como siguiente operador en la cadena, traspasando, la retención de los pagos correspondientes.

Telefónica

Al igual que Jazztel, Telefónica también prestó servicios de tránsito, en este caso, a ONO, por lo que, las mismas consideraciones realizadas en el apartado anterior respecto a Jazztel en su condición de operador de tránsito a números de Red Inteligente (es decir, la obligación de transmitir la información que reciba y traspasar los pagos e impagos) aplican a Telefónica. Se examina en qué medida Telefónica ha cumplido con las obligaciones de transmisión de información relativa al tráfico irregular y a las consecuencias del mismo, que son la repercusión de la retención del pago.

Según indican el acta de consolidación de septiembre de 2012 entre Telefónica y Jazztel y los correos electrónicos remitidos por Telefónica a ONO y aportados al presente procedimiento, Telefónica cumplió con la obligación de remitir al siguiente operador de la cadena (ONO) la información que había, a su vez, recibido de Jazztel; todo ello el mismo día en que la recibió (el 14 de septiembre de 2012). Por otro lado, Telefónica confirma que no ha percibido cantidad alguna en relación con los tráficos que han dado lugar al presente conflicto.

También consta que Telefónica informó a Jazztel sobre la oposición de ONO a que se retuvieran las cantidades relativas al tráfico irregular, y ello, tanto en el momento inicial en que se detectó el tráfico irregular (extremo acreditado en el acta de consolidación de septiembre de 2012 entre Jazztel y Telefónica), como a través de posteriores comunicaciones en las que ponía en conocimiento de Jazztel la solicitud de ONO (recibida a su vez de Ooiga) que pedía el desbloqueo de los pagos una vez que- según Ooiga- se había desestimado en sede judicial la denuncia presentada por Digimobil (concretamente, se hace referencia al fax de 6 de mayo de 2013 de Ooiga a ONO).

En la relación entre Telefónica y ONO, según manifiesta este último, aplica el contrato tipo de la OIR, de manera que la misma obligación de comprobación y resolución de supuestos de fraudes o impagos que se ha comentado respecto a Jazztel en su relación con Telefónica aplicaría entre esta operadora y ONO. En el presente caso, tal y como se ha indicado, Telefónica remitió puntualmente la información a ONO el mismo día que la recibió y traspasó el impago recibido de Jazztel.

En definitiva, parece que, conforme a la naturaleza del servicio prestado y en su condición de intermediario, Telefónica cumplió con diligencia con sus obligaciones, por lo que nada cabe objetar respecto a su actuación frente al operador anterior (Jazztel) y posterior de la cadena (ONO), lo que incluye la retención de los pagos que a su vez Telefónica había recibido de Jazztel.

ONO

ONO, como se ha indicado, recibió el tráfico de Telefónica y a su vez lo entregó a Ooiga - ONO tiene suscrito un acuerdo con Ooiga desde 2010-. Al igual que en el caso de Telefónica y Jazztel, se examina en qué medida ONO ha cumplido con sus obligaciones contractuales.

La relación contractual entre ONO y Telefónica para los servicios de tránsito está referenciada a lo establecido en la OIR 2005, según se ha explicado en el apartado anterior, incumbiéndole la diligencia en la remisión de información al siguiente operador en la cadena (Ooiga, asignatario de la numeración), así como el traspaso de pagos e impagos.

En el presente caso, consta que ONO fue informado de los tráficos irregulares analizados a algunos números titularidad de Ooiga el 14 de septiembre de 2012, así como, unos días más tarde (con fecha 18 -19 de septiembre según consta en el acta de consolidación del mismo mes firmada con Telefónica), de los detalles de la denuncia y el acta notarial (ambas a instancia de Digimobil). Tal y como se ha indicado, Telefónica actuó correctamente y nada puede objetarse a la retención del pago que, recibida de Jazztel, fue aplicada al siguiente operador, ONO.

ONO, según consta en las actas de consolidación aportadas al procedimiento, se opuso a la repercusión de la retención que le fue practicada por Telefónica en ausencia de una resolución administrativa o judicial. Su razonamiento, según resulta del acta de consolidación, es la consideración de que *“no está regulada la repercusión de impagos por tráficos considerados “anormales” o fraudulentos” a la otra parte, ni recogido en ningún acuerdo entre Cableuropa y Telefónica y que, hasta la fecha, no existe resolución judicial que acredite la existencia del mismo y que, por tanto, justificase en su caso un posible impago, y que tampoco existe resolución administrativa de la CMT que se pronuncie sobre el traslado de fraudes ante este tipo de situaciones más allá de lo establecido en el contrato tipo de la OIR.”* Concretamente, ONO requería, en dicha acta, confirmación de que el traslado del impago corresponde a un impago al operador de acceso del tráfico asociado, es decir, que se le confirmase que ni Digimobil ni Jazztel ni Telefónica hubiesen recibido cantidad alguna por esas llamadas.

Siendo cierto que las previsiones contractuales sobre las obligaciones de las partes en supuestos de tráfico irregular son genéricas, el artículo 11.8 del contrato tipo de la OIR (aplicable entre ONO y Telefónica) parte de la premisa de la colaboración entre las partes y de la adopción de medidas de comprobación, control y resolución a la mayor brevedad posible. Esta previsión no casa bien con el razonamiento de ONO, que supedita la suspensión de los pagos a un previo pronunciamiento judicial o administrativo que ni está previsto expresamente en el contrato ni, por otro lado, parece adecuado con la obligación de colaboración contractualmente asumida con Telefónica.

En cuanto a la relación contractual entre ONO y Ooiga, según las cláusulas 8 y 9 del acuerdo suscrito entre las partes, **[CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA OOIGA Y ONO**

FIN CONFIDENCIAL].

En definitiva, ONO se opuso a la retención de pagos frente a Telefónica (sin perjuicio de que la aplicó frente a Ooiga) al amparo de una exigencia: el pronunciamiento judicial o administrativo, que no estaba prevista expresamente en el contrato entre ambos operadores, y a pesar de ser conocedora desde el inicio del carácter irregular del tráfico y de la investigación policial iniciada. Por otro lado, se considera que ONO no cumplió con premura su obligación contractual de trasladar a Ooiga la información sobre el tráfico irregular, a pesar de que en el contrato entre ambas operadoras no se establezca un plazo para cumplir dicha obligación, ya que más de seis meses se considera un plazo

demasiado amplio teniendo en cuenta los periodos de facturación del tráfico (mensual) . Esta circunstancia, sin embargo, no parece haber afectado a la cadena de pagos si se tiene en cuenta que ya se había interrumpido en el operador inicial, Digimobil.

En todo caso, como antes se ha señalado, en la medida en que Digimobil ha cobrado de los usuarios finales el importe de las tarjetas prepago, parece lógico que los operadores interconectados perciban el importe de los servicios de interconexión prestados por cada uno de ellos, excluyendo la componente de tarificación adicional.

Ooiga

Ooiga es operador de red inteligente en relación con el tráfico origen del presente conflicto, siendo asignatario de los tres números hacia los que se dirigieron la mayoría de las llamadas realizadas con tarjetas prepago de Digimobil, objeto del presente conflicto.

En el contexto de su relación con ONO existen, tal y como se ha transcrito conforme al contrato en el apartado anterior, algunos supuestos, como el de tráfico irregular, que permiten a ONO retener las cantidades que le correspondería abonar a Ooiga, como ha sucedido en el presente caso. En estas circunstancias, la oposición de Ooiga a la retención practicada por ONO carecería de amparo contractual.

Respecto a la relación contractual entre Ooiga y la última entidad de la cadena de pagos, que sería el prestador de servicios de tarificación adicional y tal y como se ha indicado con anterioridad, **[CONFIDENCIAL PARA TERCEROS FIN CONFIDENCIAL]**.

A modo de conclusión, cabe por tanto destacar que, tal y como se ha detallado en el presente Fundamento de Derecho, el tráfico irregular ha quedado suficientemente acreditado y que, tanto desde el punto de vista contractual como a la luz de las circunstancias concurrentes en relación con cada uno de los intervinientes, no resulta justificado reconocer a Ooiga su derecho a la remuneración en los términos planteados en su escrito, por parte de los anteriores operadores en la cadena de pagos, en relación con las llamadas origen del presente conflicto, salvo en lo que se refiere a la prestación de los servicios de interconexión.

QUINTO.- Solicitud de Digimobil de inicio de un procedimiento sancionador

Digimobil considera que, en el presente caso, Ooiga habría incurrido en una actuación susceptible de constituir una infracción de la LGTel. Concretamente, en la respuesta al primer requerimiento de información realizado por esta Comisión, Digimobil solicita la incorporación de las actuaciones dilucidadas en el presente procedimiento al expediente sancionador abierto contra Ooiga por la Resolución de esta Comisión de 18 de abril de 2013.

Dicha alegación constituye una denuncia contra Ooiga, en el sentido del artículo 11.1.d) del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante, Reglamento del procedimiento sancionador).

En cuanto a la apreciación de los indicios de una posible infracción de la LGTel en la que podría haber incurrido Ooiga²², la Resolución de 18 de abril de 2013 dio lugar al inicio de un procedimiento sancionador contra Ooiga, por una posible infracción del artículo 53.w) de la LGTel de 2003²³. Dicho procedimiento sancionador finalizó mediante Resolución del Consejo de esta Comisión de 29 de abril de 2014, por la que se declaró a Ooiga responsable directa de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.w) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación de los recursos de numeración de tarificación adicional incluidos en el Plan Nacional de Numeración Telefónica, al hacer un uso indebido de la numeración de tarificación adicional asignada, y se le impuso una sanción económica por importe de 800.000 euros.

En ese procedimiento se analizaron tráficos irregulares coincidentes en el tiempo a los conocidos en el presente procedimiento, y se sancionó a la compañía por el mal uso de toda la numeración de tarificación adicional asignada a Ooiga durante un periodo de tiempo coincidente con los hechos conocidos en el presente conflicto²⁴, por lo que no procede incoar un nuevo procedimiento sancionador contra Ooiga, de lo que se informa a Digimobil en virtud del artículo 11.2 *in fine* del Reglamento del procedimiento sancionador.

Por otra parte, respecto de las consecuencias penales que pudiera conllevar el comportamiento analizado en el presente expediente, se dará traslado de las presentes actuaciones al Ministerio Fiscal a los efectos legales oportunos [**CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA DIGIMOBIL Y OOIGA FIN CONFIDENCIAL**].

En similar sentido, se dará traslado a la Comisión de Supervisión de Servicios de Tarificación Adicional (CSSTA) de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información para que se dilucide, en su caso, el incumplimiento del Código de Conducta por parte de Ooiga, que exige a los prestadores de servicio la obligación de “*prestar efectivamente el servicio inmediatamente después de practicarse el descolgado de la llamada, en los servicios de voz*” (apartados 2.2.3 y 2.2.4) y prohíbe contener, entre otras, “*información falsa o caduca*” (apartado 5.1.1.7).

SEXTO.- Respuesta a las alegaciones recibidas al informe de audiencia

Jazztel, Telefónica y Digimobil han mostrado su acuerdo con el contenido del informe de audiencia.

ONO realiza algunas precisiones sobre la diligencia de su actuación de cara a Ooiga al indicar que se produjeron “comunicaciones informales” previas al burofax de 26 de marzo de 2013 remitido por ONO a Ooiga. Sin embargo, no aporta acreditación documental alguna que desvirtúe la conclusión del informe de audiencia de que se

²² Que se referiría a la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, por tratarse de la norma aplicable en el momento en el que se constataron los hechos, sin perjuicio de tener en cuenta que a partir del 10 de mayo de 2014 ha entrado en vigor la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

²³ RO 2012/1673 y RO 2013/781.

²⁴ En la actualidad, la asignación de toda la numeración de Ooiga se encuentra cancelada por Resolución del Secretario del Consejo de la CNMC de 26 de febrero de 2014 (NUM/DTSA/272/14/OOIGA CANCEL).

demoró varios meses en comunicar a Ooiga las características irregulares del tráfico. En cualquier caso, tal y como se indicó en el informe de audiencia, incluso en el supuesto de que ONO hubiera cumplido y procedido a comunicar a Ooiga las circunstancias del tráfico irregular con carácter inmediato, la cadena de pagos ya se había interrumpido. En definitiva, el argumento de ONO no resulta acreditado pero, incluso aunque así fuera, no afectaría a las conclusiones alcanzadas.

Asimismo, Digimobil solicita que el informe se complete en varios sentidos: (i) que esta Comisión reconozca la procedencia de las retenciones de pagos efectuadas por los operadores, más allá de la desestimación de la solicitud inicial de Ooiga; (ii) que se proceda a la declaración del carácter fraudulento y no meramente irregular del tráfico objeto del expediente; (iii) se incoe un procedimiento sancionador a Ooiga. Los argumentos de Digimobil deben desestimarse, como se indica a continuación.

En cuanto al reconocimiento expreso de la procedencia de las retenciones de pagos llevadas a cabo por los diferentes operadores en la controversia conocida en el presente procedimiento, esta Comisión ya se ha pronunciado *ut supra* sobre la procedencia de la retención de pagos relativa a determinados conceptos practicada por Digimobil y, en cascada, por cada uno de los operadores intervinientes.

En cuanto al carácter fraudulento del tráfico, no le corresponde declararlo a esta Comisión sino, en su caso, a la jurisdicción civil o penal competente.

Por cuanto se refiere al inicio de un procedimiento sancionador contra Ooiga, tal y como ya se manifestó en el informe de audiencia y se ha indicado *ut supra* en esta Resolución, los hechos susceptibles de calificarse como infracción serían los mismos, sin perjuicio de que los números hacia los que se dirigió el tráfico irregular no coincidan con los examinados en el expediente sancionador, por lo que no procede la incoación de un nuevo procedimiento de este tipo contra Ooiga. En cuanto a la valoración de los indicios, según Digimobil, el acta notarial acredita de manera suficiente la existencia de tráfico irregular y la comisión de los hechos tipificados como infracción: a este respecto debe tenerse en cuenta que esta Comisión realiza una valoración de las pruebas obrantes en el expediente con carácter conjunto, sin que en el presente caso se pueda alcanzar la conclusión indubitada que pretende Digimobil. Por último, la incorporación del acta de inspección de 10 de octubre de 2012 tampoco permitiría llegar a un resultado diferente, puesto que los números a los que se cursaron las llamadas en aquel supuesto y en el presente caso no coinciden.

Por su parte, Ooiga se opone a las valoraciones realizadas en el informe de audiencia con los argumentos que se exponen a continuación, sin perjuicio de que la respuesta al resto de sus demás alegaciones se realiza en otros apartados de la presente Resolución:

- En primer lugar, considera que esta Comisión se ha apartado de manera inmotivada del criterio seguido en ocasiones anteriores, en las que se constató el carácter fraudulento o no del tráfico, citando concretamente la Resolución de 15 de septiembre de 2011.

Por un lado, a diferencia de lo que expone Ooiga, en la Resolución que cita, esta Comisión no determinó el carácter fraudulento del tráfico analizado. En

consecuencia, se reitera que no procede un pronunciamiento sobre el carácter fraudulento del tráfico por parte de esta Comisión por tratarse de una cuestión que concierne a la jurisdicción penal. Tanto en la presente Resolución como en la citada por Ooiga la base competencial es la misma (acceso e interconexión y conflictos entre operadores), examinándose tanto en uno como en otro caso las obligaciones aplicables a los operadores desde el punto de vista contractual y las circunstancias concurrentes de cada caso.

- En segundo lugar, Ooiga indica que, incluso aceptando el carácter irregular del tráfico, no resulta de ello su responsabilidad por el mismo, amparándose en que la OIR no permite repercutir el impago generado por su usuario como consecuencia del fraude, salvo que concorra responsabilidad en su comisión. Según Ooiga esta previsión debe aplicarse tanto al tráfico fraudulento como al tráfico irregular y puesto que dicho operador no ha sido declarado responsable de la originación del tráfico irregular no le corresponde asumir las consecuencias del impago del mismo.

Ooiga aporta como prueba del pago a la entidad prestadora del servicio, copia de una transferencia emitida a nombre de **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]** con fecha 25 de septiembre de 2012 por un valor de 55.000 euros.

Ooiga parece, sin embargo, olvidar que, con independencia de cualquier otra consideración, en el contrato que ha suscrito con ONO se prevé la posibilidad de que esta última aplique la suspensión en la cadena de pagos, en situaciones como la examinada en el presente caso.

Por otra parte, la copia de la transferencia, que data de 25 de septiembre de 2012, es decir, dos semanas después de que finalizase el tráfico en cuestión, no acredita en modo alguno que el pago corresponda al tráfico objeto de análisis, entre otros motivos porque no aporta la factura que justifique que el pago corresponde a los servicios de septiembre de 2012²⁵, lo que, por otro lado, tampoco corresponde con las previsiones del contrato aportado entre Ooiga y su PSTA (que, como se indicó en el informe de audiencia, no está firmado ni contiene tarifas), dado que su anexo II indica que la facturación de los servicios será mensual (lo que implica que la facturación del mes de septiembre debería haberse realizado con posterioridad) e, igualmente, que el operador de red inteligente podrá ajustar los importes abonados al prestador de servicios o no abonarlos, en función de las cantidades percibidas por el operador de red (cláusula 4.6).

- En tercer lugar, Ooiga concluye que se le responsabiliza injustificadamente por el tráfico irregular, y que la suspensión del pago por los servicios cuenta con menores garantías si se compara con la apreciación de la existencia de un fraude. Asimismo, Ooiga duda del derecho del operador de acceso a suspender los pagos y considera que la interpretación del papel correspondiente a los operadores de tránsito por parte de esta Comisión resulta errónea.

²⁵ Contrariamente a lo alegado al informe de audiencia, Ooiga no ha aportado factura del prestador del servicio de tarificación adicional.

En cuanto a la alegada responsabilidad de Ooiga, en el presente caso únicamente ha resultado acreditada la existencia de tráfico irregular, de conformidad con lo que extensamente se ha desarrollado en el Fundamento de Derecho tercero supra, y en el marco de la intervención de esta Comisión en materia de acceso e interconexión, procede garantizar el equilibrio contractual entre los operadores intervinientes en la cadena de pagos.

Por cuanto se refiere al operador de acceso, su actuación en el presente caso se encuentra motivada en la existencia del tráfico irregular y en los perjuicios económicos que dicho tráfico le ha causado, y el análisis de dicho comportamiento resulta, como primer operador de la cadena en España, plenamente relevante para determinar el fundamento de la solicitud de Ooiga, contrariamente a lo que dicho operador alega. Las mismas consideraciones aplican a los argumentos de Ooiga respecto a los operadores de tránsito, por lo que deben desestimarse.

- Por último, Ooiga hace una serie de alegaciones sobre el contrato entre dicho operador y ONO. A pesar de la falta de claridad en los argumentos que expone, lo cierto es que un análisis del tenor literal del contrato entre ambos confirma claramente la posibilidad de la suspensión de los pagos entre ambos en supuestos de tráfico irregular, por lo que Ooiga tampoco podría fundamentar su derecho en dicho contrato.

Por todo lo anterior, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar la petición de Ooiga relativa al reconocimiento del derecho de dicha entidad a recibir los pagos por la totalidad de la retribución correspondiente a [CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL].

SEGUNDO.- Declarar procedente el pago de los servicios de interconexión prestados para el encaminamiento del tráfico objeto del presente conflicto, excluida la componente de tarificación adicional.

TERCERO.- Desestimar la petición de Digimobil respecto a la apertura de un procedimiento sancionador contra Ooiga por no existir suficientes elementos de prueba que acrediten una posible infracción de dicho operador de las previsiones normativas en materia de asignación de la numeración, conforme a la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

CUARTO.- Dar traslado de esta resolución y de los antecedentes recabados en el presente expediente, tanto a la Comisión de Supervisión de Servicios de Tarificación

Adicional como al Ministerio Fiscal, a los efectos oportunos en virtud de sus respectivas competencias.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.