

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE PONE FIN AL CONFLICTO DE INTERCONEXIÓN PLANTEADO POR SEBOIM, S.L. CONTRA CABLEUROPA, S.A.U., TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. Y TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A. POR LA RETENCIÓN DE PAGOS PRACTICADA DEBIDO A PRESUNTOS TRÁFICOS IRREGULARES CON DESTINO AL NÚMERO 11837.

CFT/D TSA/955/14/SEBOIM-ONO-TESAU-TME RETENCIÓN PAGOS 11837

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

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. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 9 de julio de 2015

Visto el expediente relativo al conflicto de interconexión interpuesto por Seboim, S.L. contra Cableuropa S.A.U. U., Telefónica de España, S.A.U. y Telefónica Móviles España, S.A. por la retención de pagos correspondientes a los tráficos cursados hacia el número 11837, la SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA acuerda lo siguiente:

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Conflicto presentado por la entidad Seboim, S.L.

Con fecha 4 de abril de 2014, tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) un escrito de la entidad Seboim, S.L. (en adelante, Seboim) en el que interponía un conflicto contra Cableuropa, S.A.U. (en lo sucesivo, ONO), Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) y Telefónica Móviles España, S.A.U. (en adelante, TME) por no haber recibido los pagos correspondientes al tráfico telefónico originado en roaming y cursado desde la red de TME, que transitó por la red de Telefónica y posteriormente por la red de ONO con destino al

número corto 11837 asignado en aquel momento a Seboim¹, y correspondiente al período de junio y julio de 2012.

En virtud de lo anterior, Seboim solicita que se declare su derecho “a recibir los pagos por los servicios de terminación objeto del conflicto, imponiendo la obligación de TME de traspasar a TESAU el importe de las cantidades pendientes de pago. Posteriormente, TESAU entregará a ONO el importe de las retenciones pendientes y finalmente ONO entregará a SEBOIM el importe de las cantidades pendientes de pago **[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS, TME Y TELEFÓNICA² FIN CONFIDENCIAL]**”.

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

Con fecha 28 de mayo de 2014, tuvieron salida del registro de la CNMC escritos por los que se notifica a Seboim, TME, Telefónica y ONO el inicio del presente procedimiento y en los que se les requería determinada información.

TERCERO.- Contestación de TME y Telefónica a los requerimientos de información

Con fecha 10 de junio de 2014, tuvieron entrada en el registro de la CNMC dos escritos presentados por TME y Telefónica dando contestación a los requerimientos de información formulados por la CNMC el 28 de mayo de 2014.

CUARTO.- Escrito de ONO solicitando ampliación del plazo para contestar

Con fecha 16 de junio de 2014, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de ONO solicitando una ampliación de plazo para recabar la información solicitada por la Comisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

QUINTO.- Contestación de Seboim al requerimiento de información y modificación de sus pretensiones

Con fecha 18 de junio de 2014, se recibió en el registro de la CNMC escrito presentado por Seboim dando contestación al requerimiento de información

¹ Resolución de 21 de febrero de 2011, por la que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) resolvió asignar a Seboim el número corto 11837 para la prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado (DT 2099/1745).

² El citado importe fue modificado por Seboim a través de su escrito de 18 de junio de 2014 y confirmado por ONO a través de su escrito de 23 de febrero de 2014. Por lo que la reclamación asciende a **[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS, TME Y TELEFÓNICA FIN CONFIDENCIAL]**.

formulado por esta Comisión y modificando el objeto del conflicto en lo relativo al importe de la cantidad reclamada en su denuncia de 4 de abril de 2014.

SEXTO.- Contestación de ONO al requerimiento de información

Con fecha 20 de junio de 2014, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de ONO dando contestación al requerimiento de información.

SÉPTIMO.- Nuevo requerimiento efectuado a TME y ONO

Con fecha 5 de febrero de 2015, tuvieron salida del registro de la Comisión nuevos escritos de requerimientos a TME y ONO con el objeto de completar la información de que se disponía.

OCTAVO.- Contestación de TME al segundo requerimiento

Con fecha 20 de febrero de 2015, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de TME contestando al nuevo requerimiento formulado por la Comisión.

NOVENO.- Contestación de ONO al segundo requerimiento

Con fechas 23, 24 y 26 de febrero de 2015, tuvieron entrada en el registro de la CNMC escritos de ONO contestando al nuevo requerimiento formulado por la Comisión.

DÉCIMO.- Escrito de TME ampliando la información de 20 de febrero de 2015

Con fecha 27 de febrero de 2015, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de TME ampliando la información facilitada el día 20 de febrero de 2015.

UNDÉCIMO.- Escrito de Seboim de 26 de marzo de 2015 desistiendo del conflicto

Con fecha 26 de marzo de 2015, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de un nuevo representante legal en nombre de Seboim, en el que comunica que se le tenga por desistido del presente procedimiento.

Tras consultar los datos obrantes en el Registro de Operadores se constató que figuraba inscrito como representante legal y responsable a efectos de notificaciones otra persona física.

Por ello, con fecha 10 de abril de 2015, tuvo salida del registro de la CNMC escrito en el que se le requiere a Seboim que aporte acreditación fehaciente del poder de representación legal del nuevo titular notificado.

Con fecha 6 de mayo de 2015, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de Seboim aportando la citada documentación acreditativa del citado extremo.

DUODÉCIMO.- Trámite de audiencia

Con fecha 27 de marzo de 2015, tuvo salida del registro de la CNMC a los interesados el informe de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (en adelante, DTSA), emitido en el trámite de audiencia.

El citado informe fue notificado a Telefónica y TME el 30 de marzo de 2015, a Ono el 4 de abril de 2015 y a Seboim el 10 de abril de 2015.

DÉCIMOTERCERO.- Alegaciones de los operadores

Mediante sendos escritos de 13 de abril de 2015, tuvieron entrada en el registro de la CNMC las alegaciones de Telefónica y de TME al informe de audiencia elaborado por la DTSA. Ambos operadores, en líneas generales, manifiestan su acuerdo con las consideraciones recogidas en el informe de la DTSA, salvo con el apartado tercero del resuelve del informe de audiencia que establece:

“TERCERO.- Telefónica de España, S.A.U. y Cableuropa S.A.U., tienen derecho a reclamar a Telefónica Móviles, S.A. la parte proporcional de los servicios de interconexión prestados en relación con el tráfico irregular pagado por importe de [INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS FIN CONFIDENCIAL].

Señala TME que considera necesario que en el caso de que Telefónica y Ono decidan reclamarle la parte proporcional del importe recibido por Telenor, debería ser necesaria su justificación mediante aportación contractual correspondiente.

Asimismo, Seboim presentó alegaciones el día 30 de abril de 2015. En el mismo muestra su disconformidad con el informe de la DTSA, si bien manifiesta que *“entendemos que lo que propone esa Comisión es que cada entidad involucrada limite los pagos al porcentaje efectivamente cobrado aguas arriba. Así, TME pagaría a TESAU el mismo porcentaje de su crédito con TESAU que lo que TME cobró de Telenor, y de la misma forma TESAU a ONO y ONO a SEBOIM. Entendemos que así debe ser aclarado en la Resolución final si esa Comisión decide mantener la propuesta de Resolución (...)”*.

ONO no ha presentado alegaciones en el trámite de audiencia hasta la fecha.

DÉCIMOCUARTO.- Acceso al expediente por parte de Telefónica

Con fecha 20 de abril de 2015, Telefónica solicitó acceso a la documentación obrante en el presente expediente.

Con fecha 21 de abril de 2015, tuvo salida del registro de la CNMC copia de la documentación solicitada por la citada entidad.

DÉCIMOQUINTO.- Acceso al expediente por parte de Seboim

Con fecha 30 de abril de 2015, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de Seboim en el que solicita acceso al expediente.

DÉCIMOSEXTO.- Escrito requiriendo a Seboim sobre su solicitud de desistimiento

Con fecha 13 de mayo de 2015, tuvo salida del registro de la CNMC escrito por el que se le requería que procediese a aclarar su voluntad de continuar o desistir del procedimiento, a la vista de que el operador había realizado actos que venían a desvirtuar su intención de desistir, como la presentación de alegaciones al informe de audiencia de la DTSA y la presentación de una solicitud para el acceso al expediente.

DÉCIMOQUINTO.- Escrito de Seboim aclarando su solicitud de desistimiento

Con fecha 29 de mayo de 2015, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de Seboim en el que manifiesta su interés en continuar con el presente procedimiento.

DÉCIMOSEXTO.- Declaraciones de confidencialidad de los escritos de Orange, TME, Vodafone y ONO

Con fecha 28 de mayo de 2014, se procedió a declarar confidenciales ciertos datos obrantes en el escrito de Seboim de 4 de abril de 2014. Asimismo, con fecha 27 de marzo de 2015 también se declaró la confidencialidad de ciertos datos obrantes en los escritos de Telefónica y TME de 10 de junio de 2014 y de 20 de febrero de 2015 y de 27 de febrero de 2015.

Con fecha 27 de marzo de 2015, se procedió a declarar confidenciales ciertos datos obrantes en los escritos de Ono de 23 y 27 de febrero de 2015.

Con fecha 27 de marzo de 2015, se procedió a declarar confidenciales los datos obrantes en el escrito de Seboim de 18 de junio de 2015.

Finalmente, con fecha 13 de mayo de 2015, se procedió a declarar la confidencialidad de ciertos datos obrantes en el escrito de Ono de 24 de febrero de 2015, y de los escritos de alegaciones formulados por Telefónica el día 13 de abril de 2015 y de TME de 27 de marzo de 2015.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Objeto del procedimiento

El objeto del presente procedimiento es la resolución del conflicto de interconexión iniciado a solicitud de Seboim (asignatario del número 11837) contra ONO, Telefónica y TME, debido a la retención de los pagos de interconexión por el tráfico generado durante los meses de junio y julio de 2012, efectuada por TME como consecuencia de haberse producido un tráfico irregular desde llamadas realizadas en roaming con destino al número 11837.

En concreto, en el marco del presente procedimiento se analizarán los siguientes aspectos:

- (i) Las relaciones de interconexión existentes entre los operadores involucrados en la cadena de pagos afectada por el tráfico irregular.
- (ii) El patrón de las llamadas que generaron el tráfico irregular.
- (iii) Si la conducta seguida por los operadores intervinientes en la cadena de interconexión es ajustada a derecho. Para ello, se analizarán (1) las comunicaciones cruzadas entre los operadores interconectados de la cadena de la detección del tráfico irregular y (2) el cumplimiento de las disposiciones establecidas en sus correspondientes acuerdos de interconexión o de servicios internacionales y el derecho o no a retener los pagos de los servicios de interconexión mayoristas.

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

Seboim interpuso un conflicto de interconexión al amparo de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel de 2003), cuyo artículo 11.4 establecía la competencia de este organismo para intervenir en las relaciones entre operadores para garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3. De forma adicional, los artículos 14 y 48.4.d) de la LGTel de 2003 atribuían a este organismo la función de resolver los conflictos en materia de interconexión y acceso derivados de la LGTel y su normativa de desarrollo.

La LGTel de 2003 fue derogada por la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en lo sucesivo, LGTel de 2014). Esta Ley otorga a la CNMC las mismas competencias para intervenir en las relaciones entre operadores y en los conflictos que surjan en los mercados de comunicaciones electrónicas, tal como se prevé en sus artículos 12.5, 15 y 70.2, letras d) y g), por lo que el cambio normativo no tiene incidencia alguna en la resolución de la presente controversia.

Asimismo, de conformidad con los artículos 6.4 y 12.1.a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, LCNMC), esta Comisión es competente para conocer de los conflictos que se planteen entre los operadores en materia de obligaciones de interconexión y acceso.

En este sentido, el recientemente aprobado Real Decreto 381/2015, de 14 de mayo³, por el que se establecen medidas contra el tráfico no permitido y el tráfico irregular con fines fraudulentos en comunicaciones electrónicas (en adelante, Real Decreto 381/2015), señala en su artículo 6 que será la CNMC la que resolverá sobre los conflictos en estas materias, de acuerdo con lo señalado en el artículo 15 de la LGTel.

Por ello, en aplicación de los preceptos citados, y de conformidad también con lo dispuesto en los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC y el artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC es el órgano competente para conocer y resolver el presente conflicto de interconexión.

En el ejercicio de la citada competencia, tanto la extinta CMT como esta Comisión han venido examinando para cada caso particular las causas que justifican limitar la aplicación del principio de interoperabilidad, al objeto de hacer frente a determinados tipos de prácticas que generan perjuicios técnicos y de índole económica a los operadores de comunicaciones electrónicas⁴.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre las relaciones de interconexión entre los operadores intervinientes en el curso de las llamadas objeto del conflicto y el régimen jurídico de aplicación a la prestación de los servicios

Es de interés estudiar los servicios y las relaciones contractuales existentes entre las diferentes partes del conflicto y la regulación aplicable.

Gráficamente, entre las partes del conflicto se produce la siguiente **cadena de interconexiones y servicios**:

³ Publicado en el Boletín oficial del Estado el 28 de mayo de 2015 (núm. 127).

⁴ Ver, entre otros, los expedientes relativos a procedimientos de autorización de suspensión de la interconexión 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.

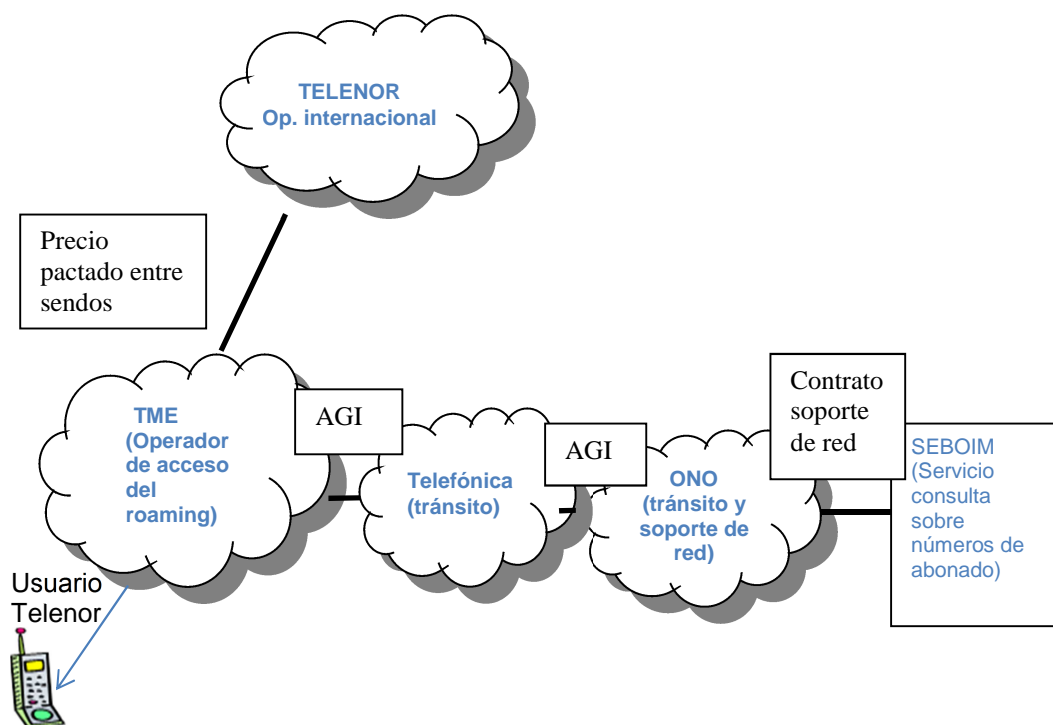


Figura 1: esquema gráfico de las llamadas objeto de disputa y detalle de prestación de servicios por cada operador así como los flujos económicos para el abono de cada servicio para cada operador (elaboración propia).

En líneas generales, la operativa consiste en la realización de multitud de llamadas en roaming o itinerancia, es decir desde terminales GSM móviles de otro país –en el presente supuesto, Noruega- y que cursan tráfico en la red de TME hacia el número 11837.

Es decir, la llamada se origina cuando el cliente del operador internacional – Telenor Noruega (en adelante, TELENOR)- se encuentra en España y realiza llamadas en itinerancia al número 11837 asignado a Seboim. Dichas llamadas se encaminan a través de la red TME, que tiene la condición de operador de acceso en territorio español.

A continuación, TME (operador de acceso) entrega la llamada a Telefónica (operador en tránsito), ésta a ONO (operador que actúa asimismo en tránsito y presta el servicio soporte de red para la prestación del servicio de consulta o información telefónica sobre números de abonados) y este último la entrega a Seboim, titular del número 11837.

Por otro lado, en relación a los pagos que correspondería recibir y remitir a cada operador de la cadena, TME recibe el precio pactado con el operador internacional (TELENOR) por el tráfico recibido y gestionado. Su cuantía será, en principio, suficiente para remunerar la parte correspondiente del servicio prestado por TME, el servicio de tránsito que le presta Telefónica, el servicio

soporte del servicio de información ofrecido por ONO y la retribución a Seboim por el tráfico entrante.

TERCERO.- El carácter irregular de las llamadas y la retención de pagos como consecuencia de éstas

El presente conflicto se origina como consecuencia de las retenciones en cascada correspondientes a la remuneración de los servicios de interconexión, motivadas por el supuesto tráfico irregular originado desde la red de TME, según la figura 1 del esquema descrito hacia la numeración asignada a Seboim -11837-.

Los diversos operadores que han intervenido en el encaminamiento del tráfico, reconocen que los patrones de las llamadas que han originado la retención de los pagos de interconexión tienen un carácter irregular y así lo han reflejado tanto en las actas de consolidación (TME/Telefónica y Telefónica/ONO) y de las comunicaciones cruzadas y enviadas entre ellos (TME/TELENOR, TME/Telefónica, Telefónica/ONO, ONO/Seboim) y que han aportado en el presente expediente. El único que se muestra en desacuerdo con dicha calificación es Seboim, como se indicará más adelante.

TME, como operador de acceso en territorio español, comunicó la existencia de tráfico irregular con fecha 3 de agosto de 2012 mediante un correo electrónico informando de dicha situación al operador de origen de las llamadas, TELENOR, a través de una de las empresas del grupo, Telefónica Global Roaming, que es la interlocutora con los operadores internacionales, tal y como manifiesta TME. Del citado e-mail se deduce que, previamente, TME advirtió a Telefónica Global Roaming⁵.

Con fecha 6 de agosto de 2012, Telefónica Global Roaming informó a TELENOR de la existencia del tráfico irregular, tal como se desprende de los correos electrónicos facilitados en los escritos de TME y Telefónica de 10 de junio de 2014. Por consiguiente, existió una comunicación directa entre sendos operadores.

Asimismo, TME aporta al presente expediente los correos electrónicos remitidos a Telefónica (operador interconectado hacia el cual se reencaminan las llamadas al número 11837) con fechas 18 de julio de 2012 y 2 de agosto, informando del tráfico irregular generado desde “*roamers noruegos*”.

Por otro lado, con fecha 10 de agosto de 2012, ONO recibió un burofax de Telefónica en el cual se le ponía de manifiesto la existencia de un alto volumen de tráfico irregular hacia el número 11837.

⁵ “*Tal y como te prometí te envió la información definitiva del asunto (...)*”

Finalmente, del escrito de interposición de conflicto de Seboim se deduce que conocía la existencia del tráfico irregular detectado por TME, pues ONO así se lo hizo saber a través de la factura remitida por el mismo el 12 de septiembre de 2012 - LINEM0600013650007- y del burofax que le remitió el 5 de octubre del mismo año.

Además de las comunicaciones cruzadas entre los operadores, los mismos dejaron constancia de la existencia del tráfico irregular a través de las distintas actas de consolidación que se realizan con cada uno de los operadores. Concretamente, en el acta de consolidación aportada por TME y Telefónica de fecha 17 de agosto de 2012 y la aportada por Telefónica y ONO de fecha 11 de septiembre de 2012.

Por consiguiente, todos los operadores de la cadena conocían la existencia de un tráfico irregular y la consiguiente retención de pagos.

A continuación, se procede a analizar si el tráfico generado tiene carácter irregular. Aunque en aquellas fechas no era de aplicación el procedimiento común aprobado por la CMT con fecha 5 de septiembre de 2013 (procedimiento RO 2013/290), de la información facilitada por TME en los escritos de contestación a los requerimientos formulados por la CNMC y de los informes internos elaborados por el mismo operador, se deduce lo siguiente:

[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS Y ONO]

[FIN CONFIDENCIAL PARA TERCEROS Y ONO]

Por último, TME elaboró un informe en el que realiza una comparativa del comportamiento del tráfico que se genera hacia otros 118AB, concretamente hacia los números 11811, 11822 y 11888. TME señala que el periodo óptimo de prestación del servicio de información telefónica sobre números de abonados fluctúa sobre el periodo de 150 segundos. El horario en el que suelen realizarse este tipo de llamadas coincide con un horario comercial habitual, de forma que siguen el patrón de un horario comercial semanal, reduciéndose en alguna medida los sábados y domingos. En las llamadas al número 11837 se observa, como ya se ha indicado, que las llamadas se realizan masivamente en días concretos y en horas muy tardías, por tanto no estamos ante el tráfico estándar que tiende a ser regular en periodos prolongados de tiempo.

Siguiendo con el análisis del patrón de las llamadas generadas desde la red de TME al 11837 resulta llamativo el decrecimiento de las mismas en los meses previos de marzo, abril y mayo del 2012; en todos esos meses, TME señala que se realizaron 23 llamadas. Dicha información, aunque ha de ponerse en relación con lo señalado por ONO en su escrito de 20 de junio de 2014, que señala que en dicho periodo se cursaron 104 llamadas, confirma las pocas

llamadas cursadas hacia el número 11837 los meses de marzo, abril y mayo de 2012.

A modo de conclusión, aunque el procedimiento común aprobado en fecha 5 de septiembre de 2013 no es de aplicación al presente caso, conforme a los parámetros con arreglo a los cuales esta Comisión identifica el tráfico irregular en acceso en España, en el presente caso se confirmaría dicha naturaleza por cuanto el tráfico no sigue el patrón lógico y habitual de las llamadas a números de consulta telefónica de números de abonados, tal y como se ha señalado en párrafos anteriores. Aunque no es de aplicación en el presente procedimiento, esta descripción vendría confirmada por el artículo 3 del Real Decreto 381/2015.

Este tipo de actuaciones constituye sin duda una perturbación en el normal funcionamiento de las redes, puesto que los indicios detallados anteriormente apuntan a la obtención de un beneficio económico a través de la generación del tráfico denunciado.

Por último, existen otros hechos que, si bien no delimitan el carácter irregular del tráfico del operador titular del 11837 analizado en el presente procedimiento, son representativos de una conducta atípica de un operador:

1.- Con fecha 31 de octubre de 2013, Vodafone presentó un escrito ante la CNMC a través del cual ponía en conocimiento de este organismo la suspensión en interconexión del número 11837 por la realización de tráfico irregular durante el mes de octubre de 2013 hacia el número citado con origen en sus clientes postpago, de conformidad con el procedimiento común antes referido..

2.- Con fecha 18 de marzo de 2014, la CNMC acordó la cancelación del número 11837. Tal como se fundamentó en la resolución:

“Los hechos puestos de manifiesto por la información aportada por Vodafone revelan que se estaban llevando a cabo prácticas de tráfico irregular que afectaban de manera directa a la integridad y al uso de las redes de telecomunicaciones cuya titularidad corresponde a Vodafone, lo que debe interpretarse como un uso inadecuado de la numeración por parte del operador asignatario del número. Asimismo, el mencionado uso irregular también tenía efectos de cara a la competencia en el mercado pues se privaba a otros operadores de la prestación de estos servicios de una manera eficiente, dada la escasez de la numeración 118AB asignable a operadores, y más en la época en la que tuvieron lugar los hechos” (expediente DT 2013/2329).

TERCERO.- La actuación de los diferentes operadores en la cadena de interconexión

Con carácter preliminar, debe señalarse que, en el presente caso, el contenido de los diversos contratos entre los operadores involucrados (TME/Telefónica, Telefónica/ONO y ONO/Seboim 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.

Por ello, esta Comisión valora el comportamiento de cada uno de los operadores intervinientes en la cadena con arreglo a sus obligaciones contractuales, así como a los principios generales del Derecho de obligaciones y contratos (entre los cuales se encuentran la buena fe contractual y la diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones), sin perder de vista la perspectiva de la relevancia que tiene en el ámbito jurídico-público la acreditada existencia de tráfico irregular en el presente caso, para velar por el equilibrio en las prestaciones entre las partes, así como para evitar los efectos que resultan de comunicaciones que se apartan del fin propio de la prestación de un servicio de comunicación, como se ha indicado sucede en el caso analizado en el presente conflicto.

Tal y como se detalla a continuación de manera individualizada, la retención de los pagos por los servicios de interconexión prestados en España ha afectado a todos los operadores en la cadena, es decir, ninguno ha percibido cuantía alguna en remuneración de los servicios de interconexión que ha prestado, salvo TME, a cuyo favor consta un ingreso realizado por TELENOR por **[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS FIN CONFIDENCIAL]**, por los tráficos anteriormente analizados.

Actuación de TME

TME es el operador en España hacia el que se enrutaron las llamadas originadas en España por los usuarios del operador TELENOR.

De conformidad con la documentación aportada por TME a través de sendos escritos de 10 de junio de 2014 y de 20 y 27 de febrero de 2015, TELENOR no pagó la mayor parte de los importes debidos en relación con este tráfico, exceptuando la cantidad anteriormente citada de **[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS FIN CONFIDENCIAL]**, que supone un 0,1% de la totalidad del montante retenido por TME.

TME señala al respecto que tiene *“abierta una reclamación con TELENOR NORUEGA, para la obtención del coste de interconexión del tráfico irregular generado”*. Asimismo, señala a través de su escrito de 20 de febrero de 2014 que *“desde esa fecha [refiriéndose al año 2012] le ha venido reclamando cada año sin haber recibido respuesta alguna por su parte, por un importe de **[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS Y SEBOIM - FIN CONFIDENCIAL]**”*⁶. Dicho importe coincide con lo señalado por los operadores,

⁶ TME aporta e-mails intercambiados entre Telefónica Global Roaming y Telenor de fecha 6 de agosto de 2012.

Telefónica y ONO a través de sus escritos y de las actas de consolidación citadas anteriormente.

TME señala que su perjuicio económico por los gastos de interconexión incurridos –coste del servicio de acceso y de facturación y gestión de cobro– asciende a **[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS, ONO, Y SEBOIM FIN CONFIDENCIAL]**⁷, por lo que con el importe pagado por TELENOR no cubre ni un 10% de tales gastos de interconexión. Dicha información consta en el anexo 2 del escrito de 10 de junio de 2012 aportado por TME, pese haber sido solicitada dicha información a través del requerimiento formulado por esta Comisión el 6 de febrero de 2015.

Asimismo, TME reconoce a través de su escrito de 27 de febrero de 2015 que en la actualidad, la citada cantidad se encuentra retenida temporalmente hasta su regularización final. Tal y como indica *“la reclamación se mantiene abierta entre las partes, sin que hasta el momento haya sido posible llegar a un acuerdo final”*.

Se estima la procedencia de la retención de pagos practicada por TME en España, como medida excepcional, y, en consecuencia, al resto de operadores de la cadena que llevaron a cabo la misma práctica aguas abajo, puesto que el fundamento de la retención de los pagos llevada a cabo en España por todos los operadores intervinientes se encuentra en el carácter irregular del tráfico que, como se ha indicado en el Fundamento de Derecho anterior, ha quedado debidamente acreditado.

Sin embargo, TME cobró **[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS FIN CONFIDENCIAL]** de Telenor. No ha quedado totalmente acreditado en la instrucción del procedimiento qué costes de interconexión ha asumido TME por los tráficos analizados. Por tanto, se estima que TME deberá pagar la parte proporcional por los servicios de interconexión a Telefónica para que lo traslade a ONO, puesto que ONO ha prestado servicios de tránsito y como intermediario no ha de sufrir perjuicios económicos derivados de un tráfico irregular generado en una red tercera. En cuanto al pago a Telefónica, en la medida en que existe una cláusula de retención de pagos que permite a TME retener en supuesto de tráficos irregulares, esta Sala no se pronuncia.

Ello se establece salvo si TME consigue acreditar fehacientemente a los siguientes operadores de la cadena que ha sufrido unos costes de interconexión superiores a **[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS FIN CONFIDENCIAL]** por el impago de Telenor, en cuyo caso no parece proporcionado que esté obligada a sufragar los costes de interconexión y terminación en el número 118AB a los operadores mencionados.

⁷ Se desconoce si el perjuicio señalado por TME en el anexo 2 del escrito de 10 de junio de 2012 se refiere únicamente al tráfico que se originó de forma masiva el día 2 de junio de 2012.

En conclusión, ha quedado probado que las redes han sido objeto de un tráfico irregular. TME ha acreditado que no ha cobrado cantidad alguna del operador internacional, exceptuando el importe citado. Por ello, y en base a la aplicación de la cláusula de retención de pagos del contrato con Telefónica –que se verá a continuación- y a las propias alegaciones de Telefónica, se considera razonable la retención de pagos.

Actuación de Telefónica

Por lo que se refiere a la relación entre TME y Telefónica y de conformidad con los adenda aportados por TME y Telefónica suscritos por ambos con fecha 4 de mayo de 2012, que modifican los Acuerdos Generales de Interconexión de 25 de noviembre de 1996, las partes acordaron que **[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS, ONO Y SEBOIM] “FIN CONFIDENCIAL]**.

Concretamente, se prevé la debida comunicación de dicha circunstancia, en el plazo de un mes desde la generación del tráfico, del operador de acceso al operador de terminación o tránsito, siendo este último el servicio que prestó Telefónica a TME en el presente caso. Asimismo, el operador de acceso deberá notificar “*con la mayor inmediatez posible*” la generación de tráfico irregular y ejercitar las acciones que en Derecho procedan contra las actuaciones que generan tráfico irregular.

Según consta en las comunicaciones remitidas por correo electrónico por parte de TME, este operador actuó conforme a sus obligaciones contractuales y remitió con fechas 18 de julio y 2 de agosto de 2012 los detalles del tráfico en cuestión a Telefónica (es decir, dentro del plazo del mes acordado).

En consonancia con lo anterior, TME procedió a retener los pagos en la consolidación con Telefónica del mes de agosto de 2012 –llevada a cabo el 17 de agosto-, tal y como resulta del acta aportada. Tal como señala TME, la cantidad que procede a retener a Telefónica asciende a **[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS y SEBOIM - FIN CONFIDENCIAL]**.

Por otra parte, la misma cláusula contractual continúa señalando que:

[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS, ONO y SEBOIM

FIN CONFIDENCIAL]

En virtud de la anterior cláusula contractual, TME, con fecha 29 de agosto de 2012, puso en conocimiento de la Brigada de Investigación Tecnológica (Grupo de fraudes a las Telecomunicaciones) la existencia de indicios de determinados hechos concretos en relación con el tráfico hacia determinadas numeraciones 118AB (entre las que se encontraba el número 11837), tal y como señala TME en su escrito de 10 de junio de 2014 y Seboim en su escrito de interposición de denuncia de 4 de abril de 2014.

Por ello, de conformidad con las obligaciones contractuales aplicables a TME frente a Telefónica, el primero actuó con diligencia al informar al operador de tránsito de la existencia de un tráfico irregular y de sus detalles, y denunciar los hechos ante las Autoridades judiciales. En consecuencia, conforme al acuerdo firmado entre TME y Telefónica, la retención de los pagos relativos a dicho tráfico irregular tiene amparo contractual.

Por otro lado, a pesar de que TME tenía el contrato de interconexión con Telefónica, éste último comunicó a ONO primero a través de dos correos electrónicos de 19 de julio y 31 de julio de 2012, y, posteriormente, a través de un burofax de 10 de agosto de 2012, la existencia de tráfico irregular y adjuntando para ello, tal como señala *“un informe con el patrón de comportamiento de los tráficos de referencia”*, e indicándole a continuación *“la retención de los importes correspondientes a los tráficos afectados en la próxima consolidación”*.

Actuación de ONO

En el presente caso, ONO actuó como operador de tránsito/prestador del servicio soporte de red para la prestación del servicio de información telefónica para terminar la llamada en el número 11837.

En lo que respecta a su relación contractual con Telefónica, y tal y como consta en el acta de consolidación con ONO el 11 de septiembre de 2012 y de las alegaciones vertidas por ONO, éste manifestó su oposición a la retención de pagos, al no estar regulada la repercusión de impagos causados por tráfico “anormal” o “fraudulento” ni existir en ese momento resolución judicial o administrativa al respecto, concluyendo, por tanto, que no existían razones jurídicas, regulatorias o contractuales que amparasen el impago de los importes pendientes.

Según informa Telefónica en su escrito de 10 de junio de 2014, algunos operadores de comunicaciones electrónicas consideraron necesaria una modificación de sus acuerdos, en el año 2012, para regular las situaciones de tráfico irregular de manera uniforme a todos los niveles de la cadena. Este hecho ha podido ser comprobado con la aportación de la modificación del contrato entre TME y Telefónica por parte de sendos operadores así como por el burofax remitido con fecha 26 de noviembre de 2013 por Telefónica a ONO.

Sin perjuicio de la intervención regulatoria en supuestos, como éste, en el que los operadores plantean un conflicto, una previsión contractual homogénea a lo largo de la cadena de pagos de interconexión contribuye a limitar el impacto técnico y económico de los tráficos irregulares, en particular si establecen, como lo hacen los adenda aportados por TME y Telefónica, un sistema de excepciones a la consolidación de tráficos de interconexión en supuestos de tráfico irregular o anómalo.

La oposición de ONO a la retención de pagos practicada aguas arriba, en caso de tráfico irregular, resulta poco justificada, en particular, porque, por su parte, sí ha establecido en su contrato con el operador titular del 11837, Seboim, la retención de pagos, por lo que no ha de sufrir perjuicios económicos por la retención practicada por Telefónica.

Por tanto, en consonancia con los principios de buena fe y equilibrio negocial que deben regir las relaciones de interconexión entre los operadores y la necesidad de abordar los tráficos irregulares uniformemente en la cadena de pagos, la posición que, en general, ha mantenido ONO frente a Telefónica, al negarse a suscribir el acuerdo de modificación del AGI resulta poco conciliable con la efectiva prevención y minimización de los efectos de los tráficos irregulares.

Como se ha mencionado, según consta en el acta de consolidación entre Telefónica y ONO, correspondiente al mes de septiembre de 2012 (concretamente, en el apartado 18 de la misma), esta última se opone a la repercusión del impago. Sin embargo, esto contrasta con el comportamiento de ONO frente a su SEBOIM, a quien sí le aplicó la retención desde el primer momento.

Concretamente, la cláusula 4 del contrato suscrito entre ONO y SEBOIM, aportado al presente expediente, dispone con carácter general, que **[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS, TME Y TELEFONICA]. [FIN CONFIDENCIAL]**

Por consiguiente, ONO estaría facultada para retener los pagos ante la situación descrita en el apartado anterior en virtud del contrato suscrito con Seboim.

En el presente supuesto, Telenor no ha pagado la totalidad del importe que asciende a **[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS, SEBOIM y ONO - FIN CONFIDENCIAL]** correspondiente a los servicios de interconexión por el tráfico generado hacia el número 11837, salvo la cantidad de **[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS FIN CONFIDENCIAL]**. Ante esta situación TME procedió a retener el pago por el citado importe, al igual que el resto de los operadores de la cadena, tal como se indica a través de los escritos presentados por los mismos a lo largo del presente procedimiento.

A modo de conclusión, ha quedado suficientemente acreditado que TME, Telefónica y ONO han actuado con diligencia, teniendo en cuenta las previsiones aplicables en sus respectivos acuerdos de interconexión, que les habilitan expresamente a retener los pagos en supuestos de tráfico irregular. Aunque esta previsión no está incluida en el acuerdo de interconexión suscrito entre Telefónica y ONO, a juicio de esta Comisión, no está justificado exigir dicho pago cuando el tráfico irregular no es responsabilidad del operador de

acceso, éste no ha recibido ninguna contraprestación, y los operadores han solicitado a ONO en repetidas ocasiones modificar su contrato ante la existencia de estas situaciones, habiéndose negado esta última como se ha indicado ut supra, y, finalmente, cuando la propia ONO sí está habilitada para suspender los pagos a Seboim, en caso de tráfico irregular.

De forma adicional, es relevante considerar que en este caso los tráficos se producen en España y se terminan en un número español –un 118ab-, que tiene una retribución superior a otros. No parece razonable estimar la solicitud de Seboim cuando se ha cursado un tráfico de dichas características a su número 118 y no ha sido pagado en acceso. En definitiva, es razonable y equitativo que los perjuicios económicos causados por dichos tráficos sean como mínimo compartidos entre todos los operadores de la cadena de interconexión y no únicamente por el operador de acceso o de tránsito, siempre que la actuación del operador responsable del servicio de facturación y gestión de cobro sea diligente y conforme a dicha responsabilidad.

Por ello, en el supuesto de que la reclamación frente a TELENOR prospere, y TME perciba el importe retenido de **[CONFIDENCIAL PARA TERCEROS, ONO Y SEBOIM FIN CONFIDENCIAL]**, TME deberá pagar al siguiente de la cadena (Telefónica) por el mismo y repercutir el citado importe en el resto de los operadores que conforman la cadena de pago, esto es ONO y Seboim.

Asimismo, en el supuesto de que ONO perciba finalmente su parte de ingresos por los servicios de interconexión prestados y por el servicio final prestado, deberá trasladar la parte correspondiente a Seboim. No puede precisarse en mayor medida en el ámbito de este procedimiento, pues no han quedado acreditados los pagos debidos a los siguientes operadores en la cadena ni los costes totales que tendría que asumir Telefónica en relación con el tráfico cursado.

De forma adicional, se indica que, aunque en la instrucción del procedimiento no ha sido acreditado por Seboim, en el caso de que el citado importe integre cantidades que no correspondan con tráfico irregular, TME y los siguientes en la cadena deberían satisfacer los importes correspondientes a los servicios de interconexión prestados.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en uso de las competencias que tiene atribuidas,

RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar la petición de Seboim, S.L. relativa al reconocimiento del derecho de dicha entidad a recibir en su totalidad los importes retenidos por Telefónica Móviles España, S.A.U. y los siguientes en la cadena de pagos por

el tráfico irregular originado durante el periodo comprendido entre el mes de junio y julio de 2012.

SEGUNDO.- Declarar ajustada a derecho la retención llevada a cabo por Telefónica Móviles España, S.A.U., Telefónica de España, S.A.U. y Cableuropa, S.A.U.

TERCERO.- Telefónica de España, S.A.U., Cableuropa, S.A.U. y Seboim, S.L. tienen derecho a percibir la parte proporcional del importe retenido por Telefónica Móviles España, S.A.U. y pagado por Telenor Noruega y que asciende a **[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS FIN CONFIDENCIAL]** por los servicios de interconexión y el servicio final prestados en relación con el tráfico irregular objeto del presente conflicto, salvo si Telefónica Móviles España, S.A. acredita fehacientemente que ha sufrido unos costes de interconexión superiores a **[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS FIN CONFIDENCIAL]** por el impago de Telenor Noruega.

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.