

**RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE INTERCONEXIÓN INTERPUESTO POR AIREON CONTRA VODAFONE ONO, S.A.U. EN RELACIÓN CON EL DERECHO A RETENER PAGOS CON ORIGEN EN UN TRÁFICO IRREGULAR CON FINES FRAUDULENTOS Y CON LA BAJA DE LOS SERVICIOS CONTRATADOS**

**CFT/DTSA/058/17/TRÁFICO IRREGULAR AIREON vs. VODAFONE ONO**

**SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA**

**Presidenta**

D<sup>a</sup>. María Fernández Pérez

**Consejeros**

D. Benigno Valdés Díaz

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

**Secretario de la Sala**

D. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 10 de enero de 2019

Vistas las actuaciones practicadas en el expediente con nº CFT/DTSA/058/17, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** adopta resolución basada en los siguientes:

**I ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.- Escrito presentado por AIREON**

Con fecha 26 de diciembre de 2017, tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) escrito del operador Don E.L.L. (en adelante, AIREON<sup>1</sup>), planteando un conflicto de interconexión contra Vodafone ONO, S.A.U. (Vodafone ONO) para que se le reconozca (i) el derecho a retener el pago de una factura por tener su origen en un tráfico irregular con fines fraudulentos producido el 15 de febrero de 2016 y (ii) que las solicitudes de baja de los servicios contratados presentadas los días 30 de enero y 27 de julio de 2017 son conformes a derecho.

---

<sup>1</sup> Marca nacional cuya titularidad corresponde a Don E.L.L.. Anteriormente, este operador actuaba bajo la denominación comercial de RED TITANIA.

De forma adicional a tales peticiones, AIREON manifiesta que ha migrado los servicios que le venía suministrando Vodafone ONO a la red de otro operador, Aire Networks del Mediterráneo, S.L.U. (Aire Networks), a través del procedimiento de cambio de operador y que Vodafone ONO, en su condición de operador donante de red, rechazó las solicitudes de portabilidad masiva de sus clientes finales hacia su nuevo operador de red (host), por falta de validación del operador revendedor y expiración de temporizadores.

### **SEGUNDO.- Notificación del inicio del procedimiento y requerimiento de información a las partes interesadas**

Mediante escritos de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA) de 22 de enero de 2018, se comunicó a los interesados, AIREON y Vodafone ONO, el inicio del procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4, 21.3 y 21.4, párrafo segundo, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

Asimismo, se requirió a las partes interesadas, al amparo de lo dispuesto en el artículo 75.1 de la LPAC, que aportaran determinada información, necesaria para la resolución del procedimiento.

### **TERCERO.- Contestación al requerimiento de información**

Con fechas 31 de enero y 13 de febrero de 2018, AIREON y Vodafone ONO contestaron a sus respectivos requerimientos de información.

Vodafone ONO afirmó, entre otras cuestiones, que la relación jurídica que le vinculaba con AIREON era propia de un contrato minorista de gran cuenta y no de reventa mayorista.

### **CUARTO.- Segundo requerimiento de información a los interesados**

Con fecha 7 de marzo de 2018, se realizó un segundo requerimiento de información a AIREON y Vodafone ONO para aclarar, entre otros aspectos, si la relación jurídica que vinculaba a ambos operadores era de reventa mayorista o de gran cuenta, presentando contestación individual ambos operadores los días 26 y 27 de marzo de 2018.

### **QUINTO.- Escritos adicionales de AIREON**

Con fechas 1 y 3 de mayo de 2018, AIREON presentó sendos escritos adicionales contestando al requerimiento de información.

#### **SEXTO.- Requerimiento de información a Vodafone España, S.A.U.**

Con fecha 10 de mayo de 2018, se requirió a Vodafone España, S.A.U. (Vodafone) información más detallada sobre el encaminamiento del tráfico objeto de conflicto a través de los *carriers* hacia destinos internacionales el día 15 de febrero de 2016 –fecha en la que se habría producido el tráfico irregular-, presentando contestación el día 15 de mayo siguiente.

#### **SÉPTIMO.- Escrito adicional de alegaciones de AIREON**

Con fecha 20 de junio de 2018, AIREON presentó un escrito adicional mediante el que aportó copia de la última factura emitida por Vodafone ONO.

#### **OCTAVO.- Declaración de confidencialidad**

Mediante escrito de la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC de fecha 21 de septiembre de 2018 se acordó declarar el carácter confidencial de determinada información aportada por los interesados, por tratarse de información sensible derivada de la relación contractual entre los interesados.

#### **NOVENO.- Trámite de audiencia**

Mediante escrito de 17 de octubre de 2018, y de conformidad con lo estipulado en el artículo 82 de la LPAC, se notificó a los interesados el informe elaborado por la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, otorgándoles trámite de audiencia por un plazo de diez días, para que efectuaran las alegaciones y aportaran los documentos que estimaran pertinentes.

#### **DÉCIMO.- Solicitud de Vodafone ONO de ampliación de plazo y acceso a la documentación en el expediente**

Con fecha 31 de octubre de 2018, Vodafone ONO solicitó (i) la ampliación en cinco días del plazo inicial concedido para formular alegaciones al trámite de audiencia indicado en el Antecedente anterior y (ii) el acceso a la documentación obrante en el expediente -de forma genérica y sin especificar actos concretos-, conforme a los artículos 13.d) y 53.1.a) del mismo legal.

El día 5 de noviembre de 2018, se concedió a Vodafone ONO una ampliación del plazo inicialmente concedido de tres días hábiles adicionales para presentar las alegaciones y documentos que estimase oportunos al trámite de audiencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 de la LPAC.

Asimismo, el día 6 de noviembre de 2018, dando trámite a su solicitud de acceso al expediente, se remitió a Vodafone ONO copia de la documentación aportada por AIREON, teniendo en cuenta la declaración de confidencialidad realizada

anteriormente (véase Antecedente octavo), y a la que no había tenido acceso durante la instrucción del procedimiento de referencia.

### **UNDÉCIMO.- Alegaciones de las partes interesadas al trámite de audiencia**

Con fecha 13 de noviembre de 2018, Vodafone ONO presentó escrito de alegaciones en el trámite de audiencia, mediante el que solicita (i) la desestimación de la solicitud de AIREON relacionada con la retención de pagos en interconexión, (ii) que se declare concluso el procedimiento y se proceda a su archivo porque no está pendiente de tramitación ninguna de las solicitudes de baja de los servicios contratados por AIREON a Vodafone ONO y (iii) que no se declare la apertura de un procedimiento sancionador contra Vodafone ONO por incumplimiento de las condiciones determinantes del otorgamiento de los derechos de uso de los recursos de numeración.

Por su parte, AIREON no ha presentado alegaciones en el trámite de audiencia.

### **DUODÉCIMO.- Informe de la Sala de Competencia**

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (LCNMC) y del artículo 14.2.i) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, la Sala de Competencia de la CNMC ha emitido informe sin observaciones.

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

## **II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES**

### **PRIMERO.- Objeto del procedimiento**

El presente procedimiento tiene un doble objeto que consiste en analizar: (i) si es adecuado reconocer el derecho a retener el pago por AIREON a Vodafone ONO de una factura generada por los servicios prestados, por tener su origen en un tráfico irregular con fines fraudulentos producido el 15 de febrero de 2016 y, (ii) si las solicitudes de baja de los servicios mayoristas prestados por Vodafone ONO, presentadas por AIREON los días 30 de enero y 27 de julio de 2017, son conformes a derecho.

Además, y aunque no está relacionado con el objeto de las solicitudes concretas formuladas por AIREON a esta Comisión, en base a los hechos declarados, se han analizado las manifestaciones realizadas por AIREON en relación con la conformidad a derecho de los rechazos de las solicitudes de portabilidad presentadas a Vodafone ONO, por si hubiera indicios susceptibles de motivar la apertura de un procedimiento administrativo sancionador.

## **SEGUNDO.- Habilitación competencial de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y ley aplicable**

La CNMC es el organismo competente para supervisar y controlar el correcto funcionamiento, entre otros, de los mercados de comunicaciones electrónicas.

A estos efectos, los artículos 6.4 y 12.1.a) de la LCNMC, y 12.5, 15 y 70.2, letras d) y g) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel) otorgan a la CNMC competencias para intervenir en las relaciones y en los conflictos que surjan entre operadores o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión en los mercados de comunicaciones electrónicas, a petición de cualquiera de las partes implicadas o de oficio cuando esté justificado, para fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 de la mencionada LGTel.

En línea con lo anterior, el artículo 6.4 del Real Decreto 381/2015, de 14 de mayo, por el que se establecen medidas contra el tráfico no permitido y el tráfico irregular con fines fraudulentos en comunicaciones electrónicas (Real Decreto 381/2015) dispone que *“[S]i de la tramitación de los expedientes a los que se refieren los apartados anteriores<sup>2</sup> se desprende que las solicitudes o notificaciones correspondientes tienen su origen en un conflicto entre operadores en materia de acceso o interconexión, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia resolverá sobre los extremos objeto del conflicto, de acuerdo con lo señalado en el artículo 15 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones”*.

Asimismo, la CNMC tiene competencia para conocer y resolver sobre el incumplimiento de la normativa sectorial en materia de numeración, de conformidad con el artículo 84.2 y la disposición transitoria décima de la LGTel. En este sentido, la CNMC es competente para analizar la existencia de indicios de un posible incumplimiento de las condiciones asociadas a la numeración, en la medida en que es una competencia que tenía asignada bajo la anterior Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. La citada Ley tipificaba como infracción muy grave en su artículo 53.w) *“el incumplimiento de las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación de los recursos de numeración incluidos en los planes de numeración debidamente aprobados”*, estando esta conducta tipificada bajo la vigente LGTel como infracción grave en su artículo 77.19.

Por ello, de conformidad con los preceptos citados y en atención a lo previsto en los artículos 20.1, 20.2, 21.2 y 29 de la LCNMC, y de conformidad con el artículo 14.1.b) y 21 del Estatuto Orgánico de la CNMC aprobado por el Real Decreto

---

<sup>2</sup> Refiriéndose a los procedimientos para suspender la interconexión ante un tráfico no permitido que hace un uso indebido de la numeración o un tráfico irregular con fines fraudulentos, contenidos en los apartados primero y segundo del artículo 6 del Real Decreto 381/2015.

657/2013, de 30 de agosto, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC es el órgano competente para analizar los aspectos planteados en el presente conflicto y dictar resolución sobre las solicitudes presentadas por AIREON, así como para decidir sobre la incoación de procedimiento sancionador por el posible incumplimiento de las obligaciones en materia de numeración.

Por otro lado, el presente procedimiento, en lo no previsto por la LCNMC y la LGTel, se rige por lo establecido en la LPAC.

### III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

#### **PRIMERO.- Sobre la relación contractual entre AIREON y Vodafone ONO**

Las dos partes interesadas en el presente expediente han aportado copia del contrato suscrito entre ambos en fecha 13 de mayo de 2013 y el de su renovación anual posterior, el día 27 de agosto de 2014. Ambos contratos se titulan “*contratos de prestación de servicios*” y fueron firmados por AIREON y por el departamento de clientes empresariales de Vodafone ONO.

El objeto de los contratos aportados es idéntico y consiste en proporcionar servicios de (i) *hosting, housing y collocation* de ½ Rack, (ii) Internet garantizado 20 Mbps y Clase C-256, (iii) servicio de voz “*RDSI Primario Ono* y (iv) servicio de voz con el plan “*Tarifas Ono Empresas Plus. [CONFIDENCIAL TERCEROS ...]*, si bien el contrato de 27 de agosto de 2014 fue prorrogado tácitamente por las partes por periodos anuales, a la vista de los correos electrónicos aportados al expediente.

Las condiciones generales que acompañan a estos contratos prohíben expresamente la reventa de los servicios contratados a terceros, como es habitual en los contratos de gran cuenta firmados con clientes empresariales.

Durante la tramitación del expediente, Vodafone ONO ha afirmado que son “*contratos minoristas de empresas del segmento de grandes cuentas que en ningún caso preveían la reventa*” y que por tanto, se trata de una “*relación contractual típica con un cliente de empresa*”, esto es, “*un contrato mercantil y no mayorista*”, frente a lo cual, a su juicio, la CNMC no tiene competencias.

Asimismo, Vodafone ONO ha afirmado, en sus alegaciones al trámite de audiencia, que “*los términos del contrato minorista son claros y ambas partes sabían perfectamente el objeto y finalidad del contrato que estaban suscribiendo, que no permite la reventa. E.L. no solicitó en ningún momento autorización para la reventa de servicios mayoristas*”. Vodafone ONO señala, en dicho escrito, que ha de tenerse cuenta la aplicación de los artículos 1.281 y 1.282 del Código Civil, al igual que hacía el informe sometido al trámite de audiencia, pero para alcanzar una conclusión distinta.

Entre las competencias atribuidas a esta Comisión se encuentra la interpretación de los contratos o acuerdos suscritos por los operadores, tal y como ha señalado expresamente el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 18 de noviembre de 2008 (RC 1633/2006), 8 de julio de 2008 (RC 6957/2005), 1 de octubre de 2008 (RC 408/2006) y 5 de febrero de 2013 (RC 4914/2009). Concretamente, en el Fundamento Sexto de la última Sentencia citada de 5 de febrero de 2013 (RC 4914/2009), el Tribunal Supremo señaló que:

*“...aun cuando las partes disponen de autonomía contractual para fijar sus condiciones, dentro del marco predeterminado, aquellos acuerdos están sujetos al escrutinio del organismo regulador que puede, en caso de conflicto, adoptar las decisiones necesarias sobre la forma y condiciones en que la interconexión debe llevarse a efecto.”*

De acuerdo con las reglas de interpretación de los contratos aplicables a los contratos mercantiles, el artículo 1.281 del Código civil establece que *“si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Por su parte, si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas”*.

Teniendo en cuenta las solicitudes formuladas en el presente conflicto y las alegaciones de Vodafone ONO es necesario analizar si, a pesar de la literalidad del contrato de 13 de mayo de 2013 y el de su renovación anual posterior, el día 27 de agosto de 2014, la voluntad o intención de las partes era prestar y recibir un servicio mayorista, debiendo siempre prevalecer la intención de las partes sobre la literalidad del contrato, de conformidad con el mencionado artículo 1.281 del Código Civil.

Así pues, *“para juzgar la intención de los contratantes”*, tal y como determina el artículo 1.282 del Código Civil, *“deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores del contrato”*. Asimismo, el artículo 1.283 del Código Civil señala que *“cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre que los interesados se propusieron contratar”*.

La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo –por todas, véanse las Sentencias de 30 de septiembre de 1991<sup>3</sup>, 4 de julio de 1998<sup>4</sup> y 18 de diciembre de 2001<sup>5</sup>- ha señalado que *“la naturaleza de un negocio jurídico depende de la intención de los contratantes y de las declaraciones de voluntad que lo integran y no de la denominación que le hayan atribuido las partes, siendo el contenido real del contrato el que determina su calificación”*.

---

<sup>3</sup> Recurso de Casación núm. 661/1991.

<sup>4</sup> Recurso de Casación núm.1157/1994.

<sup>5</sup> Recurso de Casación núm.2490/1996.

Por ello, procede averiguar la verdadera intención y voluntad contractual de AIREON y Vodafone ONO a través de sus actos coetáneos y posteriores al contrato –principalmente, correos electrónicos que son conversaciones escritas mantenidas entre las partes- como signos externos de la voluntad contractual.

La cuestión de fondo que aquí se plantea es la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo en el marco de una relación contractual de reventa. Con carácter general, conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2016<sup>6</sup>, en línea con las anteriores Sentencias del mismo Tribunal 19 de diciembre de 2007<sup>7</sup> y 19 de octubre de 2010<sup>8</sup>, la doctrina del levantamiento del velo *“obtiene su fundamento primario en el plano normativo de la buena fe como expresión o contenido material de su configuración como principio inspirador de nuestro sistema de Derecho patrimonial (artículo 7.1 del Código Civil).(...) En nuestro caso, la defensa del principio de buena fe que debe presidir las relaciones mercantiles en orden a evitar que el abuso de la personalidad jurídica, como instrumento defraudatorio, sirva para burlar los derechos de los demás”*.

Los siguientes aspectos revelan que la relación contractual desarrollada por ambas partes hasta julio de 2017 era de reventa mayorista:

#### **1. AIREON es un operador que se dedica a la reventa de servicios de comunicaciones electrónicas**

AIREON consta inscrito en el Registro de Operadores para la realización de las siguientes actividades de comunicaciones electrónicas en la provincia de Zaragoza:

- Explotación de una red inalámbrica de comunicaciones electrónicas basada en el uso común del espectro radioeléctrico desde el 18 de febrero de 2004 –expte. núm. 2004/267- y de una red fija de fibra óptica desde el 13 de julio de 2011 –expte. núm. 2011/1515-.
- Prestación de los siguientes servicios de comunicaciones electrónicas:
  - o Proveedor de acceso a Internet desde el 18 de febrero de 2004 –expte. núm. 2004/267-.
  - o Reventa del servicio telefónico fijo disponible al público a través de su red de fibra óptica desde el 26 de septiembre de 2011 –expte. núm. 2011/2023- desplegada en los municipios de Villamayor de Gállego y en El Burgo de Ebro (Zaragoza).
  - o Reventa del servicio vocal nómada mediante su red inalámbrica desde el 26 de septiembre de 2011 –expte. núm. 2011/2023-.

---

<sup>6</sup> Recurso núm. 1914/2013.

<sup>7</sup> Recurso de Casación núm.4602/2000.

<sup>8</sup> Recurso de Casación núm.2157/2006.



En los escritos de notificación previa a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) presentados los días 20 de junio y 6 de septiembre de 2011 -que dieron lugar respectivamente a la tramitación de los mencionados expedientes RO 2011/1515 y RO 2011/2023-, AIREON afirmó que había suscrito un acuerdo de interconexión con la antigua Cableuropa, S.A.U.<sup>9</sup> –actualmente, Vodafone ONO- para encaminar las llamadas de sus clientes desde su servidor de VoIP hacia la red telefónica pública y fija nacional y que estaba utilizando la numeración de Vodafone ONO, mientras esperaba recibir autorización de la CMT para la obtención de numeración propia.

AIREON también solicitó, a través del mencionado escrito de 6 de septiembre de 2011, *“la asignación de un bloque de numeración geográfica de 10.000 números para la prestación del servicio telefónico fijo disponible al público, para la provincia de Zaragoza”*<sup>10</sup>. Mediante Resolución del Secretario de la CMT de fecha 5 de octubre del citado año, se denegó a AIREON tal solicitud por no haber realizado la notificación fehaciente de inicio de la actividad inherente a dicha numeración<sup>11</sup>, a la que se refiere el artículo 6.2 de la LGTel.

Asimismo, AIREON afirmó en su escrito de interposición del conflicto que *“es un pequeño proveedor local de telecomunicaciones, miembro de AOTEC, que desde 2007 ha suscrito varios contratos mayoristas/renovaciones con CABLEEUROPA ONO, S.A.U. y Tenaria, S.A. –actualmente VODAFONE ONO- de prestación del servicio de collocation [cubicación] de medio rack (que incluía el suministro eléctrico y consumo, así como el espacio en la torre de comunicaciones), un acceso digital primario de telefonía, caudal garantizado de tránsito a Internet y un rango de direcciones IP”*, necesarios para la prestación del servicio de reventa del servicio de acceso a Internet y del servicio telefónico fijo disponible al público indistintamente sobre tecnología IP a sus usuarios finales.

En línea con lo anterior, se ha comprobado mediante consulta en la página web de la Oficina Española de Patentes y Marcas, <https://www.oepm.es>, que AIREON es una marca nacional de tipo denominativo cuya titularidad corresponde al referido operador desde el 4 de agosto de 2011, para la clase 38 para servicios de telecomunicaciones, que comprende principalmente servicios que permiten la comunicación por medios sensoriales entre dos o más personas, en particular (i) la conversación entre dos personas, (ii) la transmisión de mensajes entre dos personas y (iii) la comunicación oral o visual (radio y televisión)<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> El grupo empresarial Vodafone Holding Europe, S.L.U. –que comprende a la sociedad Vodafone- adquirió el 100% de las acciones del Grupo Corporativo ONO, S.A. (del que formaba parte Cableuropa ONO, S.A.U.), tras la autorización de la operación de concentración en julio de 2014. Con fecha 30 de marzo de 2015, Cableuropa, S.A.U. cambió su denominación social por la de Vodafone ONO –Expte. núm. RO 2015/611-.

<sup>10</sup> Expediente con núm. DT 2011/2095.

<sup>11</sup> La prestación del servicio telefónico fijo disponible al público.

<sup>12</sup> La mención a la clase 38 hace referencia al sistema de clasificación de productos y servicios para el registro de las marcas de fábrica o de comercio y las marcas de servicios establecida en

AIREON publica en su página web, <https://www.aireon.es>, su oferta comercial de servicios de comunicaciones electrónicas, que comprende el servicio de acceso a Internet, servicio telefónico fijo y móvil<sup>13</sup> y televisión en los municipios de Villamayor de Gállego y El Burgo de Ebro (Zaragoza).

A estos efectos, AIREON ha aportado al expediente copia de (i) varios contratos minoristas suscritos con sus clientes minoristas (usuarios finales) en distintas fechas<sup>14</sup>, para la prestación del servicio de acceso a Internet y el servicio telefónico fijo disponible al público (en los que no se menciona a Vodafone ONO) y (ii) varias facturas expedidas a sus usuarios finales que acreditan que AIREON factura directamente a sus clientes finales por los servicios prestados.

En estos contratos, la cláusula primera se refiere al objeto y establece:

**[CONFIDENCIAL TODOS INCLUIDO Vodafone ONO .... ]** (El subrayado es nuestro).

Asimismo, las condiciones generales adjuntas disponen:

**[CONFIDENCIAL TODOS INCLUIDO Vodafone ONO ... ]** (El subrayado es nuestro).

Por tanto, AIREON actúa como un operador minorista de comunicaciones electrónicas en los segmentos minoristas a clientes residenciales, pymes y grandes empresas, ofreciendo sus propias condiciones de prestación técnicas y económicas a sus clientes finales y a los que factura directamente por los servicios prestados.

## **2. Sobre las comunicaciones mantenidas entre AIREON y Vodafone ONO**

Para Vodafone ONO la voluntad contractual de las partes es clara, inequívoca y se corresponde con la literalidad de los contratos firmados en mayo de 2013 y el de su renovación anual posterior en agosto de 2014, por lo que, a su juicio, *“AIREON ha incumplido el contrato minorista pues sabía que la reventa de servicios no está permitida”*. A estos efectos, Vodafone ONO sostiene que tal incumplimiento *“no puede entenderse como una clara intención de suscribir un contrato de reventa mayorista de AIREON. Si Vodafone ONO hubiera querido que AIREON revendiera sus servicios, habría firmado un contrato mayorista*

---

el Arreglo de Niza relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de las Marcas de 1957.

<sup>13</sup> De acuerdo con su página web, el servicio telefónico móvil tiene la misma cobertura que la red de Orange.

<sup>14</sup> Las fechas de los contratos minoristas aportados son (i) 25 de marzo 2013, (ii) 24 de febrero, 3 de marzo y 25 de noviembre de 2014 y (iii) 18 de septiembre de 2015.

*como lo ha hecho con otros operadores. Para Vodafone ONO que AIREON revendiera sus servicios bajo un contrato minorista no tenía ninguna ventaja”.*

AIREON ha aportado -como documentación adjunta a su escrito de 3 de mayo de 2018- copia de varios correos electrónicos intercambiados con Vodafone ONO entre marzo de 2011 y abril de 2016, que acreditan que (i) su relación contractual se remonta, por lo menos, a marzo de 2011 y (ii) que Vodafone ONO conocía en 2012 –esto es, antes de la firma del contrato de fecha 1 de mayo de 2013- que la contratación del servicio primario RDSI, el servicio de *collocation* y el alojamiento ½ Rack contratados, el servicio de Internet garantizado 100 Mbps e IP fijas de clase C y el servicio de voz tenían como finalidad el acceso a la red telefónica nacional e internacional de Vodafone ONO a través de dos accesos digitales primarios conectados al servidor (rack) alquilado, lo que permitiría a AIREON prestar servicios minoristas de VoIP y de acceso a Internet a sus clientes finales.

Así, AIREON remitió un correo electrónico al Asesor ONO Empresas el día 21 de marzo de 2012 relativo a la renovación de su relación contractual, en el que solicita la mejora de las condiciones económicas aplicables y hace referencia a su voluntad de ofrecer sus propios servicios minoristas, en el que señala:

**[CONFIDENCIAL TERCEROS ...]** (El subrayado es nuestro).

El Asesor de Vodafone ONO Empresas contestó a dicho correo electrónico al día siguiente, el 22 de marzo de 2012, remitiéndole una nueva oferta económica caracterizada por grandes volúmenes de descuentos, y diciendo:

**[CONFIDENCIAL TERCEROS ... ]**

Lo anterior muestra cómo la oferta económica presentada por Vodafone ONO para la renovación de la relación contractual en 2012 se basaba en el ofrecimiento de grandes volúmenes de descuentos que permitirían a AIREON tener margen suficiente para poder elaborar su propia oferta pública comercial de servicios a terceros.

Al margen de lo anterior, es especialmente significativo el documento que consta en el expediente con el nombre de autorización de portabilidades firmado por AIREON el 19 de abril de 2012 mediante el que:

**[CONFIDENCIAL TERCEROS ... ]**

Esta forma de tramitar las portabilidades para las líneas o clientes de AIREON se ha mantenido durante toda la vigencia de la relación contractual entre ambos operadores. Así, los correos electrónicos aportados por AIREON de distintas fechas -correspondientes a los meses de agosto y septiembre de 2014, marzo y abril de 2015 y abril de 2016- acreditan cómo dicho operador solicitaba a Vodafone ONO la tramitación de las portabilidades de sus nuevos clientes y

cómo el segundo operador atendía tales peticiones a través de su “*Unidad de Negocios de Empresas*” de la antigua ONO y por el “*Asesor ONO Empresas*”.

Por ejemplo, en el correo electrónico de 24 de agosto de 2015, el nuevo comercial de Vodafone ONO –asignado tras la adquisición de Cableuropa- le dice a AIREON:

**[CONFIDENCIAL TERCEROS ... ]**

También es significativo el correo electrónico que Vodafone ONO envió a AIREON el 26 de agosto de 2015 en el que decía:

**[CONFIDENCIAL TERCEROS ... ]**

Por todo lo expuesto, los correos electrónicos que obran en la documentación del expediente ponen de manifiesto de manera clara e inequívoca que Vodafone ONO conocía y consentía que AIREON se dedicaba a la reventa de los servicios de acceso a Internet y telefonía fija a partir de los servicios contratados con Vodafone ONO, desde 2011 hasta su finalización. En los correos electrónicos se hace referencia a la portabilidad de clientes desde terceros operadores a favor de Vodafone ONO y a la cesión de numeración fija de este último a AIREON para la prestación de los servicios minoristas.

El procedimiento establecido para realizar las portabilidades de los clientes de AIREON evidencia que Vodafone ONO conocía que, con independencia del clausulado del contrato de gran cuenta, la primera empresa revendía sus servicios de comunicaciones electrónicas, por lo que ha de concluirse que la relación contractual entre ambos operadores era de reventa mayorista, en virtud de los artículos 1281 y 1282 del Código Civil.

Se desestiman, por tanto, las alegaciones formuladas por Vodafone ONO, durante el trámite de audiencia, sobre la naturaleza, minorista a su juicio, del contrato suscrito con AIREON, y sobre la consecuente falta de competencia de este organismo.

## **SEGUNDO.- Sobre la retención de pagos en interconexión producida entre las partes**

Como se ha señalado anteriormente, en su escrito de interposición del presente conflicto, AIREON solicitó a esta Comisión que se le reconociera el derecho a retener el pago de una factura por tener su origen en un tráfico irregular con fines fraudulentos.

### **1. Descripción del hecho denunciado**

AIREON afirma que, el día 16 de febrero de 2016, el personal de Vodafone ONO le informó telefónicamente que había detectado un elevado volumen de llamadas

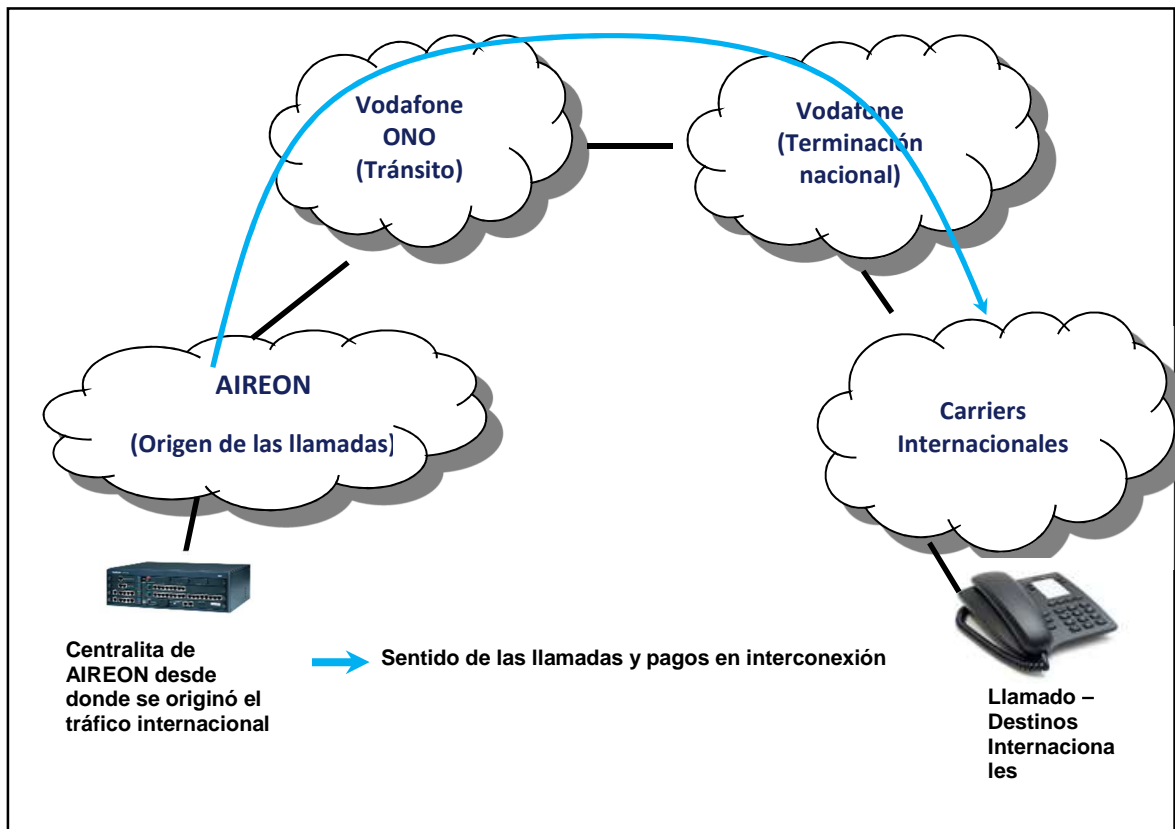
a varios destinos internacionales, principalmente las Islas Maldivas<sup>15</sup>, preguntándole si tenía conocimiento de la realización de tales llamadas, a lo que AIREON contestó que no lo tenía.

Tras esa comunicación, AIREON comprobó que su servidor de VoIP –que operaba como centralita de voz- había sido “*hackeado*” y “*manipulado para la realización masiva de llamadas con destinos internacionales*” porque **[CONFIDENCIAL TERCEROS ... ]**

Este hecho motivó que el día 15 de febrero de 2016 se produjera un gran número de llamadas a varios destinos internacionales desde las 16:56 horas hasta las 20:18 horas. En total se realizaron 501 llamadas con una duración de 72 horas, 157 minutos y 516 segundos. La mayoría de las llamadas se realizaron a las Islas Maldivas -al resto de destinos internacionales se realizaron 29 llamadas-.

El siguiente esquema, elaborado a partir de la información facilitada por Vodafone ONO durante la tramitación del expediente, identifica a los operadores involucrados en la cadena de pagos afectada por las llamadas realizadas:

**Gráfico 1: Cadena de pagos entre los operadores involucrados en el transporte de llamadas**



<sup>15</sup> El resto de destinos internacionales fueron: Argelia, Bolivia, Burundi, Camerún, Cuba, El Salvador, Eritrea, Guinea-Bissau, Honduras, Islas San Martín, Islas Salomón, Liberia, Omán, Polonia y República Centroafricana. La duración de muchas de las llamadas realizadas a estos destinos es muy inferior al minuto.

Como se puede observar en este esquema gráfico, la cadena de interconexiones entre los operadores que cursaron el tráfico objeto de conflicto comienza en el servidor de VoIP que opera como centralita de voz de AIREON, que estaba conectada a la red de Vodafone ONO, a través del cual AIREON prestaba sus servicios de VoIP a sus clientes finales. De esta manera, Vodafone ONO actuaba como un operador de tránsito, entregando este el tráfico a Vodafone.

A continuación, el tráfico fue cursado de Vodafone ONO a Vodafone, actuando este último como operador de terminación nacional que encaminó el tráfico hacia destinos internacionales a través de varios *carriers* internacionales con los que tiene firmados sus correspondientes acuerdos de interconexión. Las llamadas con destino a las Islas Maldivas fueron entregadas a **[CONFIDENCIAL TODOS INCLUIDO AIREON .... ]**, mientras que el resto de las llamadas fueron entregadas a otros *carriers*, según su destino internacional **[CONFIDENCIAL TODOS INCLUIDO AIREON ... ]**.

De acuerdo con la factura **[CONFIDENCIAL TERCEROS ... ]** emitida por Vodafone ONO a AIREON el 1 de marzo de 2016, el importe total de todas estas llamadas telefónicas presuntamente fraudulentas asciende a **[CONFIDENCIAL TERCEROS ...]** euros, cantidad pendiente de pago a fecha de hoy por parte de AIREON.

Esto hecho fue denunciado por AIREON ante la Guardia Civil en Alfajarín (Zaragoza) el día 17 de febrero de 2016. Ese mismo día, AIREON trasladó copia de la denuncia a Vodafone ONO mediante correo electrónico, requiriendo que **[CONFIDENCIAL TERCEROS ...]**.

Posteriormente, AIREON envió un burofax a Vodafone ONO el día 10 de marzo de 2016 solicitando **[CONFIDENCIAL TERCEROS ... ]** ya que, según sus propias averiguaciones, las llamadas no fueron entregadas en destino, sino que fueron desviadas –probablemente a un servidor IP-, por lo que no le correspondía pagarlas.

Vodafone ONO no contestó el burofax y tampoco retuvo los pagos hacia los siguientes operadores en la cadena de pagos en interconexión.

## **2. Régimen jurídico aplicable a la retención de pagos en interconexión**

Como se ha señalado, el tráfico objeto de conflicto se produjo el día 15 de febrero de 2016. En dicha fecha estaba en vigor el Real Decreto 381/2015, que define los tipos de tráfico susceptibles de ser bloqueados en interconexión: (i) tráfico no permitido y (ii) tráfico irregular con fines fraudulentos –véanse los artículos 2 y 3 del Real Decreto-, así como los procedimientos para proceder a su bloqueo y a la retención de pagos en interconexión.

Los artículos 2 y 3 del Real Decreto citado definen los conceptos de tráfico no permitido y de tráfico irregular con fines fraudulentos, respectivamente, pero la

valoración definitiva de las razones por las cuáles el operador califica los tráficos dentro de estas categorías, la hará el órgano administrativo competente, en este momento, la Secretaría de Estado para el Avance Digital<sup>16</sup> (SEAD) –a través de los procedimientos establecidos en los artículos 6.1 y 6.2, que se detallan a continuación-.

El artículo 4 del Real Decreto citado reconoce el derecho de los operadores a implantar procedimientos y sistemas que, basándose en las características del tráfico, permitan identificar los tipos de tráficos mencionados, y actuar sobre ellos, en particular reteniendo los correspondientes pagos de interconexión, acceso o interoperabilidad, o bloqueando la transmisión de determinados tipos de tráfico.

Para poder implantar estos procedimientos y sistemas que permitan automáticamente el bloqueo del tráfico y/o la retención de pagos de manera anticipada –sin esperar a la autorización de la SEAD-, los operadores deben seguir lo contemplado en los apartados 4 y 5 del artículo 4 del Real Decreto citado:

*«4. Los operadores que pretendan implantar tales sistemas o procedimientos lo notificarán a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información detallando los criterios empleados para identificar los diferentes tipos de tráfico, y pondrán a su disposición toda la información sobre sus características y operativa, que deberán estar debidamente documentados y desarrollados para permitir tanto su inspección por los servicios pertinentes de la Administración, como su auditoría por una entidad externa.*

*5. En el plazo máximo de tres meses desde la recepción de la notificación a la que se refiere el apartado anterior, la Secretaria de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información dictará resolución motivada, autorizando o denegando la utilización de los criterios notificados. Dicha autorización constituye requisito previo para la puesta en funcionamiento de los citados procedimientos y sistemas. (...)».*

Con base en la anterior autorización, para llevar a cabo el bloqueo temporal de un determinado tráfico y proceder con la retención de pagos, el artículo 6.2 del Real Decreto establece que:

*«Alternativamente a lo establecido en el apartado anterior, los operadores que identifiquen tráfico no permitido que hace un uso indebido de la numeración o tráfico irregular con fines fraudulentos mediante los procedimientos o sistemas a los que se refiere el artículo 4 podrán, tras una evaluación caso por caso, retener los pagos correspondientes al mismo, aplicando la retención desde el momento de la identificación de dicho tráfico o, en el caso de que el momento de la identificación sea posterior al de la producción, desde el momento en que*

---

<sup>16</sup> De conformidad con el Real Decreto 948/2018, de 24 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 355/2018, de 6 de junio, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales, se crea la Secretaría de Estado para el Avance Digital, a la que se asignan las funciones de la anterior Secretaría de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital (SESIAD).

*acrediten que el tráfico comenzó a producirse, con un plazo de treinta días naturales anteriores a la fecha de identificación, salvo que en sus acuerdos de interconexión, acceso e interoperabilidad acuerden un plazo distinto.*

*Asimismo, dichos operadores, tras una evaluación caso por caso, podrán bloquear temporalmente el tráfico dirigido a numeraciones individuales que correspondan a determinados orígenes, destinos o relaciones contractuales, de conformidad con los criterios autorizados por la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, según lo establecido en el artículo 4».*

Por consiguiente, para llevar a cabo la retención de pagos en interconexión por tráfico no permitido que hace un uso indebido de la numeración o tráfico irregular con fines fraudulentos, cada operador debe disponer de unos criterios aprobados por la SEAD (artículo 6.2 del Real Decreto) o haber regulado esta posibilidad en los contratos de interconexión.

De hecho, asimismo, los operadores disponían de cuatro meses, a contar desde el día de entrada en vigor del Real Decreto, esto es, el 29 de septiembre de 2015, para adecuar sus acuerdos de interconexión a lo previsto en el texto reglamentario, según se establece en su disposición adicional segunda. En concreto, se señala que los acuerdos de interconexión, acceso e interoperabilidad de los operadores deberán «*describir los procedimientos que se aplicarán para el bloqueo del tráfico, la retención de los pagos y las correspondientes notificaciones al resto de operadores o proveedores de servicios*».

Fuera de los anteriores supuestos, los operadores pueden solicitar autorización para suspender la interconexión, en virtud del artículo 6.1 del Real Decreto 381/2015, y la SEAD podrá autorizarla en un plazo de tres meses, pero no se prevé en este supuesto la posibilidad de llevar a cabo la retención de los pagos en interconexión, debiendo estarse en ese caso a los contratos entre las partes y circunstancias particulares del caso.

Finalmente, el Tribunal Supremo ha reconocido expresamente la potestad de esta Comisión para intervenir en conflictos relativos a retención de pagos por uso indebido de numeración o tráfico irregular con fines fraudulentos, como en la Sentencia núm. 1176/2018, de 10 de julio de 2018 (RC 3591/2017)<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> *Ahora bien, la retención de la partida de tarificación adicional en el pago de los servicios de interconexión en un caso de tráfico irregular no es una mera cuestión patrimonial que deba considerarse circunscrita a la esfera de las relaciones mercantiles entre operadores, pues se trata de una medida dirigida a evitar disfunciones en la prestación del servicio y tiene, por tanto, trascendencia pública en tanto que medida tendente a garantizar el acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios que se prestan y a fomentar la competencia efectiva y la defensa de los intereses de los usuarios, por lo que queda comprendida en el ámbito de atribuciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la resolución de conflictos de interconexión en los que se suscite controversia sobre esta cuestión.*



### 3. Análisis de las cuestiones planteadas

Las llamadas telefónicas que originan la solicitud de retención de los pagos en interconexión realizada por AIREON podrían calificarse como “tráfico irregular con fines fraudulentos” al haberse “*generado, inducido o prolongado artificialmente al objeto de obtener lucro, directo o indirecto, de la cadena de facturación de pagos en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público mediante la manipulación o control no consentido de los sistemas o terminales de usuario*” (artículo 3.2 del Real Decreto 381/2015).

Como se ha señalado anteriormente, en total se realizaron 501 llamadas hacia distintas numeraciones internacionales con una duración total de 72 horas, 157 minutos y 516 segundos, siendo el importe total de tales llamadas telefónicas de **[CONFIDENCIAL TERCEROS ... ]** euros, cantidad pendiente de pago a fecha de hoy por parte de AIREON, como se ha indicado.

Vodafone ONO afirma que no comunicó al siguiente operador en la cadena de pagos por interconexión la retención de dicho importe y que efectuó los pagos correspondientes a las llamadas que habían sido cursadas, por los siguientes motivos:

- Los contratos suscritos entre AIREON y Vodafone ONO son de tipo minorista del segmento de grandes cuentas y no recogen cláusulas de retención de importes por tráficos irregulares.
- Aún en el caso de que AIREON hubiese sido operador y hubiese detectado el tráfico, dicho operador no está autorizado por la SEAD para proceder a la retención de pagos en interconexión. Sin resolución administrativa de autorización por la SEAD resulta imposible retener los pagos en interconexión.
- En fecha 15 de febrero de 2016, Vodafone ONO no podía efectuar la retención de pagos pretendida por AIREON ya que la SESIAD<sup>18</sup> no había aprobado, en dicha fecha, los procesos de retención de pagos de conformidad con lo establecido en el Real Decreto 381/2015. En tal situación resultaba imposible retener los pagos a sus proveedores internacionales.

Vodafone ONO solicitó el día 22 de septiembre de 2017 autorización para un procedimiento para bloquear y retener pagos por tráficos irregulares. Dicho procedimiento fue autorizado el 11 de noviembre de 2017, según información aportada por la propia Vodafone ONO.

- Si bien el acuerdo general de interconexión suscrito entre Vodafone ONO y Vodafone sí incluía cláusulas específicas de retención de pagos y los

---

<sup>18</sup> Entonces competente -ver nota al pie anterior-.

procedimientos a seguir en caso de detección de tráficos irregulares, los contratos suscritos entre Vodafone y sus proveedores internacionales no contemplan la posibilidad de retener importes por tráficos irregulares. En la práctica, dado que el tráfico internacional es encaminado a través de los *carriers* internacionales, la operativa se complica ya que intervienen varios operadores radicados en países distintos con distintas regulaciones.

Como se ha señalado en el Fundamento de Derecho Primero, la relación jurídica que vinculaba a AIREON y Vodafone ONO desde 2011 era en su naturaleza una reventa mayorista de servicios de comunicaciones electrónicas, por lo que AIREON actuaba como un auténtico operador de comunicaciones electrónicas. De conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la LGTel, AIREON está obligado a garantizar un adecuado nivel de seguridad e integridad de sus redes de comunicaciones al público para asegurar la continuidad en la prestación de los servicios que utilizan dichas redes. Como reconoce en su escrito de denuncia presentado ante la Guardia Civil, el motivo por el cual se produjo el “*hackeo*” **[INICIO CONFIDENCIAL TERCEROS ... ]**.

La SEAD es el órgano competente para autorizar el bloqueo de la interconexión sobre la base de la justificación de los tráficos que hagan los operadores, como se desarrolla en el apartado anterior.

Sin embargo, AIREON no tenía, con anterioridad al 15 de febrero de 2016 –fecha en la que se produce el tráfico irregular-, la autorización de la SESIAD –predecesora de la SEAD y, en aquel momento, la competente- de los criterios para la detección de tráfico irregular y poder retener los pagos en interconexión, tras la entrada en vigor del Real Decreto 381/2015. Tampoco consta que en aquel momento AIREON solicitase autorización ad hoc a la SESIAD para la declaración de los tráficos analizados como irregulares.

Además, AIREON y Vodafone ONO no adecuaron su contrato al mencionado Real Decreto para incluir cláusulas específicas para reconocer la retención de pagos ante determinados supuestos. En puridad, era un contrato de gran cuenta no adecuado para la relación existente entre las partes. En este sentido, AIREON podía haber solicitado la suscripción de un contrato adecuado para instrumentalizar la relación existente con Vodafone ONO.

Así las cosas, sin una autorización que permitiese la retención de pagos ni la necesaria previsión contractual al respecto entre las partes, no puede imponerse la retención de pagos a Vodafone ONO. Además, es importante destacar que la retención de los pagos de interconexión en este momento generaría un perjuicio a Vodafone ONO ya que dicho operador, de conformidad con los hechos analizados en el presente expediente, efectuó hace ya dos años el pago de las llamadas de tráfico irregular con fines fraudulentos de referencia a los *carriers* internacionales y los contratos suscritos entre estos operadores no prevén la posibilidad de reclamar la devolución de los pagos por interconexión realizados hace ya dos años.

Como ha señalado la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 27 de noviembre de 2017<sup>19</sup>: *“Esta dificultad de reclamación, por parte del tercer operador, establece una clara diferencia con otros supuestos similares, pues en dichos otros supuestos, la cadena de interconexión se cerraba en operadores respecto de los cuales la CNMC podía intervenir como regulador”*.

Por todo ello, no se puede evaluar la retención del pago solicitada por AIREON por no haberse seguido los términos del Real Decreto 381/2015. En línea con lo señalado en el informe de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, frente al que AIREON no ha formulado alegaciones, la Sala de Supervisión Regulatoria debe desestimar la solicitud de esta empresa relativa a que se le reconozca su derecho a retener los pagos de interconexión de la factura de 1 de marzo de 2016.

De forma adicional, se recomienda a AIREON que notifique a la SEAD sus criterios para bloquear tráficos no permitidos que hagan uso indebido de la numeración y tráficos fraudulentos, de forma que se le permita poder también retener los pagos de dichos tráficos. Asimismo, se le recuerda la necesidad de tener su vigente contrato de interconexión con Aire Networks adecuado al Real Decreto 381/2015. Si transcurridos cuatro meses desde la notificación de la presente Resolución, no se hubiese llegado a un acuerdo, podrá interponer conflicto ante esta Comisión en virtud de lo previsto en el apartado segundo de la disposición adicional segunda de dicho Real Decreto.

### **TERCERO.- Sobre la conformidad a derecho de la solicitud de baja de los servicios mayoristas contratados a Vodafone ONO**

La segunda solicitud planteada por AIREON se refiere a la conformidad a derecho de la petición de baja de los cuatro servicios contratados por AIREON a Vodafone ONO: (i) el servicio primario RSDI, (ii) el servicio de *collocation* y alojamiento ½ Rack, (iii) el servicio de Internet garantizado 100 Mbps e IP fijas de clase C y (iv) el servicio de voz.

A estos efectos, AIREON solicita que la CNMC se pronuncie sobre las siguientes cuestiones:

- Si la solicitud de baja del servicio primario RSDI y su posterior facturación es contraria a la legislación actual y si corresponde el inicio de un expediente sancionador.
- Si la obligación impuesta de Vodafone ONO de firmar una plantilla como una forma para poder tramitar la baja, rechazando cualquier otro documento de solicitud de baja, es contrario a la legislación actual y si corresponde el inicio de un procedimiento sancionador.

---

<sup>19</sup> Recurso contencioso-administrativo núm. 254/2015.

- Que la CNMC determine la fecha de baja y el importe que se ha adeudado a Vodafone ONO.

Según consta en la documentación obrante en el expediente, AIREON solicitó a Vodafone ONO la baja de todos los servicios contratados en distintas fechas.

Por un lado, AIREON solicitó, mediante correo electrónico de fecha 30 de enero de 2017, la baja del servicio primario RSDI haciendo uso de la plantilla facilitada por Vodafone ONO para tal finalidad. Sin embargo, la documentación obrante en el expediente constata que Vodafone ONO continuó facturando la prestación de dicho servicio hasta el mes de julio de 2017. Ante tal situación, el día 10 agosto de 2017 Vodafone ONO abonó a AIREON la cantidad de **[CONFIDENCIAL TERCEROS ... ]** euros IVA incluido, correspondientes al importe total de las cuotas cobradas indebidamente del servicio primario RSDI durante los meses de febrero a julio de 2017.

El abono realizado por Vodafone ONO se produjo meses antes de la interposición del presente conflicto por parte de AIREON, circunstancia que pone de manifiesto que ya antes de la interposición del presente conflicto -26 de diciembre de 2017- no existía controversia alguna entre ambos operadores en relación con la baja del servicio primario RSDI.

Por otro lado, AIREON envió a Vodafone ONO, mediante correo electrónico de 25 de julio y burofax de 27 de julio de 2017, un documento firmado mediante el que solicitaba “*la baja total de los servicios contratados*”<sup>20</sup>. El correo electrónico fue contestado el mismo día (25 de julio de 2017) por Vodafone ONO, requiriéndole a AIREON que cumplimentase y firmase “*la nueva plantilla de bajas*” para poder atender tal petición. En los días siguientes, Vodafone ONO informó a AIREON, mediante sendos correos electrónicos de 26 y 27 de julio de 2017, de que la solicitud de baja remitida no era válida, siendo el único documento válido la plantilla remitida que debía ser cumplimentada y firmada para poder cursar tal petición.

Al igual que en el caso anterior, Vodafone ONO continuó girando facturas mensuales a AIREON con posterioridad a la solicitud de baja de los servicios contratados hasta mediados del mes de febrero de 2018, si bien tales facturas nunca fueron abonadas por AIREON ya que fueron devueltas automáticamente.

Durante la tramitación del procedimiento, Vodafone ONO ha reconocido que no tramitó la baja solicitada por AIREON **[CONFIDENCIAL TERCEROS ... ]**.

Como consecuencia de lo anterior, Vodafone ONO dio de baja los servicios contratados por AIREON con fecha 12 de febrero de 2018 y devolvió a AIREON las cantidades facturadas indebidamente desde el 27 de julio de 2017.

---

<sup>20</sup> Los otros servicios contratados por AIREON eran el servicio de Collocation y alojamiento ½ rack, el servicio de internet garantizado 100 Mbits y, las IP Fijas Clase C.

Estos hechos han sido confirmados por AIREON en su escrito de 26 de marzo de 2018, señalando que Vodafone ONO le abonó el día 16 de febrero de 2018 la cantidad de **[CONFIDENCIAL TERCEROS ... ]** euros en concepto de compensación de facturas, a los correspondientes efectos fiscales.

A la vista de los hechos anteriores, se entiende que durante la instrucción del presente procedimiento ha desaparecido el objeto de la segunda solicitud formulada por AIREON, al no existir ya ninguna controversia entre ambos operadores relacionada con la baja de los servicios contratados. A estos efectos, procede destacar que el propio Vodafone ONO ha reconocido la validez de las solicitudes de baja de los servicios enviadas por AIREON mediante correo electrónico de 30 de enero y burofax de 27 de julio de 2017 y ha abonado ya el importe de las cantidades indebidamente cobradas.

El artículo 21.1 de la LPAC dispone que *“[L]a Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación. En los casos de (...) desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y de las normas aplicables. (...)”*.

Asimismo, el artículo 84.2 de la LPAC establece expresamente como causa de terminación del procedimiento, la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas. Por ello, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC procede mediante la presente Resolución al archivo de esta segunda solicitud formulada por AIREON, al haber desaparecido el objeto material de la cuestión planteada. Sobre esta decisión, las partes interesadas no han formulado alegación alguna durante el trámite de audiencia.

#### **CUARTO. - Sobre la migración mediante la utilización del procedimiento de cambio de operador**

De forma adicional a las solicitudes planteadas, AIREON manifiesta que en diciembre de 2016 inició la migración de los servicios que le venía suministrando Vodafone ONO a la red de Aire Networks a través del procedimiento de cambio de operador y que Vodafone ONO, en su condición de operador donante de red, rechazó las solicitudes de portabilidad masiva de sus clientes finales hacia su nuevo operador de red (host), por falta de validación del operador revendedor y expiración de temporizadores.

AIREON como operador que se dedica a la reventa del servicio telefónico fijo disponible al público ha de garantizar la conservación (portabilidad) de la numeración de sus usuarios en los supuestos establecidos en la normativa, de conformidad con los artículos 8.1, 21 y 47 de la LGTel, 19.d) y 20.e) del

Reglamento de Prestación de Servicios de comunicaciones electrónicas<sup>21</sup>. El cambio de operador con conservación de la numeración o portabilidad es un derecho esencial de los abonados al servicio telefónico disponible al público, siendo responsabilidad del operador que presta el servicio la garantía de su ejercicio mediante el sostenimiento de los sistemas que así lo permitan.

La Especificación técnica de portabilidad fija de noviembre de 2015<sup>22</sup> -versión consolidada- describe los procedimientos administrativos cooperativos entre operadores para la conservación de numeración geográfica en caso de cambio de operador sin cambiar ni de servicio ni de ubicación física, y de numeración para los servicios de tarifas especiales y de numeración personal cuando no hay modificación de servicio.

Los operadores implicados en el proceso de cambio de operador se agrupan en dos tipos: operadores de red y operadores revendedores. Desde el punto de vista de la portabilidad, el operador de red encamina las llamadas al nivel técnico de red y es asignatario de la numeración, mientras que, el operador revendedor no puede encargarse de la ejecución técnica de la portabilidad a nivel de encaminamientos, ya que ésta sólo puede ser asegurada por el operador de red con el que haya llegado a un acuerdo (host), pero tiene, en cualquier caso, la responsabilidad de garantizar la portabilidad de los usuarios. Por tanto, sólo los operadores de red se intercambian los ficheros de portabilidad a través de la Entidad de Referencia (ER) –sistema centralizado que actúa de agente intermedio para facilitar la portabilidad y que es gestionado por la Asociación de Operadores para la Portabilidad-.

De acuerdo con el apartado 5.1.1 de la citada Especificación técnica de portabilidad fija, cuando un operador revendedor decida cambiarse de operador de red (host), para acometer la migración los operadores utilizarán el procedimiento de cambio de operador, donde el nombre del operador revendedor donante y receptor será el mismo, salvo acuerdo de los operadores en su realización mediante un proceso específico.

La documentación aportada al expediente por parte de Vodafone ONO consistente en varios pantallazos de su sistema de portabilidad y de un informe de sucesos detallado de la ER que acredita el proceso de migración hacia la red de su nuevo operador *host*, Aire Networks, el cual finalizó el día 12 de enero de 2017, esto es, casi un año antes de la interposición del presente conflicto ante la CNMC. Este hecho ha sido reconocido también por AIREON durante la tramitación del conflicto. En cambio, no se han aportado las solicitudes de portabilidad de los usuarios, por lo que no se ha podido revisar su contenido.

---

<sup>21</sup> Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril.

<sup>22</sup> Véase expediente núm. POR/DTSA/2519/13/CANCELACIÓN.

Por este motivo, se considera que no existía en el momento de la interposición del presente conflicto ni tampoco ha existido durante la tramitación del procedimiento una controversia específica entre AIREON y Vodafone ONO relacionada con la migración a un nuevo operador de red host mediante la utilización del proceso de cambio de operador.

#### **QUINTO.- Sobre el control de la numeración por parte de Vodafone ONO**

Como se señala en el Fundamento jurídico material Primero de la presente Resolución, la relación que vinculó a AIREON y Vodafone ONO ha de calificarse como de reventa mayorista de servicios de comunicaciones electrónicas.

El artículo 19.1 de la LGTel establece que, para los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público se proporcionarán los números, direcciones y nombres que se necesiten para permitir su efectiva prestación, tomándose esta circunstancia en consideración en los planes nacionales correspondientes y en sus disposiciones de desarrollo.

Dicho artículo ha sido desarrollado por el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas<sup>23</sup> y el Plan Nacional de Numeración Telefónica (PNNT), aprobado por el Real Decreto 2296/2004, que establece en su apartado 2.3 que *“los recursos públicos de numeración se utilizarán, por los operadores a los que les sean asignados, para la prestación de los servicios en las condiciones establecidas en este plan o en sus disposiciones de desarrollo, y demás normativa establecida en el real decreto que aprueba este plan”*.

Sin embargo, de conformidad con los artículos 48 y 49 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, AIREON, como operador que se dedica a la reventa del servicio telefónico fijo disponible al público, no tiene derecho a la asignación directa de numeración que le permita la prestación de sus servicios minoristas a sus clientes finales, sino que ha de ser subasignatario de la numeración. La operación de subasignación ha de ser autorizada por la CNMC.

Habida cuenta de la relación de reventa mayorista que vinculó a AIREON y Vodafone ONO desde 2011 hasta julio de 2017, AIREON ha debido operar en el mercado minorista utilizando, *a priori*, numeración asignada a Vodafone ONO, sin haber solicitado a esta Comisión la correspondiente autorización para la subasignación de los recursos públicos de numeración que tiene asignados esta entidad.

A estos efectos, el informe de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual sometido a trámite de audiencia proponía la incoación del correspondiente procedimiento sancionador a Vodafone ONO por el presunto

---

<sup>23</sup> Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado mediante Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre.

incumplimiento de su obligación de obtener la autorización previa a la subasignación de recursos públicos de numeración a otro operador, conducta que podría entrañar un incumplimiento de las condiciones determinantes del otorgamiento de los derechos de uso de los recursos de numeración, de conformidad con el artículo 77.19 de la LGTel, por incumplimiento a su vez del artículo 59.c) del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, que obliga a los titulares a controlar los recursos públicos de numeración que tienen asignados y a obtener autorización para su subasignación.

Durante el trámite de audiencia, Vodafone ONO ha negado de forma tajante el incumplimiento de sus obligaciones en materia de numeración, por lo que *“considera completamente injusta y desproporcionada”* la propuesta de apertura de un procedimiento sancionador con base en los siguientes motivos:

- (i) La CNMC no le hubiera autorizado a *“realizar subsanaciones en base a un contrato minorista y por tanto, se hubiera enfrentado a una imposibilidad administrativa para cursar una potencial solicitud”*.
- (ii) La mayoría de la numeración utilizada por AIREON para la prestación de sus servicios minoristas no fue asignada por la CNMC a Vodafone ONO, sino que dicha numeración pertenecía a bloques de terceros operadores –Telefónica de España, S.A.U., France Telecom España, S.A. y Vodafone. En este sentido, Vodafone ONO ha aportado un listado de la numeración que supuestamente AIREON ha utilizado para la prestación de sus servicios minoristas y aparece únicamente el rango de numeración 976019580 a 976019589 directamente asignado a Vodafone ONO.
- (iii) Asimismo, Vodafone ONO sostiene que el Registro de numeración no permite realizar subsanaciones inferiores a 10 números.

Además de lo anterior, Vodafone ONO ha indicado que también debería investigarse (i) a otros operadores cuya numeración ha sido utilizada por AIREON para la prestación de sus servicios minoristas y, (ii) si dicho operador está al corriente en el pago de la tasa general de operadores.

En atención a estas alegaciones procede formular las siguientes consideraciones:

- a) No procede tener en cuenta el hecho de que, ante la existencia de un contrato minorista, la CNMC nunca habría autorizado una subasignación de numeración, cuando la irregularidad está en la propia firma de un contrato minorista con una empresa que revende servicios de comunicaciones electrónicas como operador. En este sentido, la propia existencia de la relación en torno a un contrato de gran cuenta evidencia que Vodafone ONO nunca tuvo la intención de solicitar autorización administrativa para una subasignación de numeración a dicha empresa.



- b) No afecta a la conducta de Vodafone ONO el comportamiento de otros operadores –no nos encontramos ante una conducta conjunta que requiera una respuesta punitiva única-; y por supuesto en nada afecta a la valoración de la conducta el hecho de que AIREON haya o no pagado la tasa general de operadores a este organismo.
  
- c) Mayor atención ha de prestarse a las alegaciones sobre la numeración empleada. A la vista de la información suministrada por Vodafone ONO sobre la supuesta numeración utilizada por AIREON para la prestación de sus servicios minoristas, y a que AIREON no ha comunicado toda la numeración telefónica asignada a sus usuarios finales para la prestación de los servicios minoristas contratados, se estima conveniente que, con anterioridad a la iniciación de un procedimiento sancionador, se investiguen y conozcan con mayor precisión las circunstancias concretas del caso -esto es, el origen de toda la numeración utilizada por los usuarios finales de AIREON-, de conformidad con el artículo 55 de la LPAC.

En este sentido, los indicios existentes hasta la fecha apuntan a muy pocos números cedidos por Vodafone ONO y una mayoría de portabilidades de números desde terceros operadores (que evidentemente, no requieren autorización administrativa), y ante el escaso número de líneas de las que se tiene información y el desconocimiento sobre las fechas de las posibles cesiones de las líneas, se concluye que no concurren indicios suficientes en este momento para proceder a la apertura de un procedimiento administrativo sancionador frente a Vodafone ONO.

En virtud de lo anterior, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

## **RESUELVE**

**PRIMERO.** - Desestimar la solicitud de AIREON de reconocer el derecho a retener los pagos en interconexión analizados en el presente procedimiento.

**SEGUNDO.** - Declarar concluso el procedimiento de conflicto respecto a la solicitud planteada de reconocimiento de la validez de la baja de los servicios contratados por AIREON a Vodafone ONO, S.A.U., procediéndose al archivo del expediente por haber desaparecido el objeto que justificó tal petición.

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.