



Roj: **SAN 5217/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:5217**

Id Cendoj: **28079230082019100737**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **23/12/2019**

Nº de Recurso: **712/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **ERNESTO MANGAS GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN OCTAVA**

**Núm. de Recurso:** 0000712 /2017

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 03870/2017

**Demandante:** «MEDIAPUBLILINE, S. L. U.»

**Procurador:** D. JORGE PÉREZ VIVAS

**Demandado:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

**Codemandado:** «VODAFONE ESPAÑA SAU» Y «VODAFONE ONO SAU»

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.:** D. ERNESTO MANGAS GONZÁLEZ

### **SENTENCIA N.º:**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. ERNESTO MANGAS GONZÁLEZ

D.ª. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D.ª. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a veintitres de diciembre de dos mil diecinueve.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional [Sección Octava] ha pronunciado la siguiente Sentencia en el **recurso contencioso-administrativo núm. 712/2017**, interpuesto por «**MEDIAPUBLILINE, S. L. U.**», representada por el Procurador de los Tribunales **D. Jorge Pérez Vivas** y defendida por el Letrado D. Francisco Javier Guillén Martínez, frente a Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 23 de febrero de 2017 [CFT/DTSA/002/16/ MEDIAPUBLILINE vs VODAFONE 11857], sobre **conflicto de interconexión**. Habiendo intervenido, como parte demandada, la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y asistida por la Abogacía del Estado y, como parte codemandada, las entidades mercantiles «**VODAFONE ESPAÑA SAU**» y «**VODAFONE ONO SAU**»,



representadas por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. **Gracia López Orcera** y defendidas por la Letrada D<sup>a</sup>. **Raquel Gómez Blanco**. Cuantía: indeterminada.

## AN TECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** In terposición y admisión a trámite del recurso contencioso-administrativo.

Mediante escrito de 12 de mayo de 2017, el Procurador de los Tribunales D. Jorge Pérez Vivas, actuando en nombre y representación de «MEDIAPUBLILINE, S. L. U. », procedió a la interposición de **recurso contencioso-administrativo** frente a la Resolución adoptada por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en la sesión celebrada el 23 de febrero de 2017 [Expediente: CFT/DTSA/002/16/MEDIAPUBLILINE vs VODAFONE 11857], por la que se resuelve el **conflicto de interconexión** interpuesto por la recurrente contra Vodafone España SA Unipersonal, por la **suspensión en interconexión del número corto 11857 por tráfico irregular y la retención de los correspondientes pagos**.

**SEGUNDO:** Tr amitación del recurso contencioso-administrativo.

Una vez subsanado el defecto de que adolecía su interposición, el recurso jurisdiccional fue admitido a trámite mediante providencia de 20 de julio de 2017. Recibido el expediente administrativo completo, comprobados y completados los emplazamientos, y no concurriendo ninguno de los supuestos del art. 51 de la LJCA, se dio traslado a la parte actora para que formalizara la **demanda**, lo que efectuó mediante escrito de 09 de febrero de 2018, en el que tras la exposición de los hechos y de los correspondientes fundamentos de derecho, vino a solicitar que se dicte Sentencia por la que se estime íntegramente la demanda y conforme a los motivos expuestos en la misma se declare:

«A) Que procede la **nulidad del ordinal tercero** del resuelve de la resolución recurrida que desestimo la solicitud de mi mandante para que se restableciera la interconexión, declarándose que la **suspensión de la interconexión** que llevo a cabo Vodafone España, S.A. Unipersonal no fue ajustada a derecho y que procede el **restablecimiento** inmediato de la misma».

«B) Que procede la **nulidad de ordinal segundo** del resuelve de la resolución recurrida y declarar que Vodafone España, S.A. Unipersonal y de Vodafone ONO, S.A. Unipersonal **no tenían derecho a retener los pagos correspondientes al tráfico del período comprendido entre el 1 y el 12 de noviembre de 2015** (por no contemplarlo el contrato suscrito entre Vodafone ONO y Mediapubliline), y correlativamente, se reconozca el derecho de Mediapubliline a recibir la **remuneración del servicio de consulta** sobre números de abonado prestado a través de dicho número 11857 por el importe correspondiente al tráfico de dicho periodo que fue retenido por Vodafone ONO, S.A. Unipersonal».

«C) **Subsidiariamente** a lo solicitado en el apartado B) anterior, que procede la **nulidad de ordinal segundo** del resuelve de la resolución recurrida y declarar que Vodafone España, S.A. Unipersonal y de Vodafone ONO, S.A. Unipersonal no tenían derecho a retener los pagos correspondientes al tráfico del período comprendido entre el 1 y el 12 de noviembre de 2015, (por no haber devuelto Vodafone el importe cobrado a los abonados en dicho periodo) y, correlativamente, se reconozca el derecho de Mediapubliline a recibir la remuneración del servicio de consulta sobre números de abonado prestado a través de dicho número 11857 por el importe correspondiente al tráfico de dicho periodo que fue retenido por Vodafone ONO, S.A. Unipersonal».

«D) Que procede la **nulidad de la parte final del ordinal primero** del resuelve de la resolución recurrida concretamente cuando en él se acuerda "desestimar su pretensión con respecto al tráfico del periodo del 1 al 12 de noviembre de 2015" ».

«E) **Subsidiariamente** a lo solicitado en los apartados anteriores, que procede la **nulidad** de la resolución recurrida en cuanto a los **ordinales tercero, segundo y parcialmente el primero**, éste último solo en cuanto a "desestimar su pretensión con respecto al tráfico del periodo del 1 al 12 de noviembre de 2015.", debiendo declararse el **derecho de Mediapubliline a que se tramite el expediente administrativo conociendo desde su inicio los 5 parámetros identificativos del supuesto tráfico irregular** alegados por Vodafone España, S.A. Unipersonal, y que el objeto del expediente se limite al periodo del 1 al 12 de noviembre. Y todo ello con expresa imposición de costas».

A continuación, se dio traslado a la **Abogacía del Estado** para la **contestación a la demanda**, lo que realizó mediante escrito de 26 de marzo de 2018, suplicando que se dicte sentencia desestimatoria de todas las pretensiones de la parte actora, con imposición de las costas a dicha parte.

Y la representación procesal de « **VODAFONE ESPAÑA SAU** » y « **VODAFONE ONO SAU** » procedió a la **contestación a la demanda** mediante escrito de 08 de mayo de 2018, en el que después de exponer los hechos



y sus correspondientes fundamentos de derecho, terminó solicitando que se dicte sentencia desestimatoria de las pretensiones de la parte actora y confirmando la resolución administrativa impugnada.

**TERCERO:** Recibimiento del recurso jurisdiccional a prueba. Conclusiones. Terminación del proceso.

Mediante auto de 18 de julio de 2018 se recibió el proceso a prueba, admitiendo los medios de prueba propuestos tanto por la parte actora como por la codemandada, excepto la documental propuesta en el ordinal 2º del Tercer Otrosí Digo de la demanda; resolución contra la que la parte actora interpuso recurso de reposición, siendo desestimado mediante auto de 09 de julio de 2018. Y una vez formalizado por las partes el trámite de conclusiones, quedaron concluidas las actuaciones procesales. Por lo que mediante providencia de 23 de septiembre de 2019 se señaló para votación y fallo el día 09 de octubre siguiente, fecha en la tuvo lugar, quedando el recurso contencioso-administrativo visto para sentencia. Habiendo sido Ponente el Magistrado D. Ernesto Mangas González, quien expresa el parecer de la Sala. En la tramitación del recurso jurisdiccional se han observado todas las prescripciones legales, excepto la del plazo para dictar sentencia, dada la índole del objeto del proceso y el cúmulo de asuntos a despachar durante dicho plazo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO: Objeto del recurso contencioso-administrativo.**

1.- Es **objeto de impugnación** [ art. 25, Ley 29/1998, de 13 de julio] la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 23 de febrero de 2017 [Expediente **CFT/D TSA/002/16/MEDIAPUBLINE vs VODAFONE 11857**], por la que se resuelve el **conflicto de interconexión** interpuesto por MEDIAPUBLINE, S. L., contra VODAFONE ESPAÑA, S. A. UNIPERSONAL, **por la suspensión en interconexión del número corto 11857 por tráfico irregular y la retención de los correspondientes pagos.**

2.- En los **antecedentes de hecho** de cuya resolución, se expone sustancialmente:

-Que con fecha **17 de noviembre de 2015**, y de conformidad con el procedimiento aprobado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) para la suspensión de la interconexión de numeraciones por tráfico irregular (en adelante, procedimiento común), el operador Vodafone España, S.A. Unipersonal (en adelante, Vodafone) notificó la **suspensión de la interconexión del tráfico de clientes originado en su red móvil hacia la numeración 11857**, de la que era asignataria Mediapublline, S.L. (en adelante, Mediapublline), adjuntando el correspondiente informe con los detalles del tráfico supuestamente irregular que motivaba la suspensión.

-Que con fecha **2 de febrero de 2016** tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) un escrito de Mediapublline mediante el que **interponía conflicto de interconexión** contra Vodafone y Vodafone ONO, S.A. Unipersonal (en adelante, Vodafone ONO), **por haber suspendido el primero desde su red la interconexión al número corto 11857**, como se señalaba en el Antecedente Primero, **y haber procedido a la retención de los pagos correspondientes al tráfico registrado hacia esa numeración durante el período comprendido entre el 16 de octubre y el 16 de noviembre de 2015**. Según indicaba Mediapublline, Vodafone ONO es el **operador que le presta el servicio de soporte de red** para la prestación del servicio de consulta sobre números de abonado.

-Que con fecha 26 de febrero la Dirección de los Servicios de Telecomunicaciones y Audiovisuales (en adelante, DTSA) comunicó a los operadores Vodafone, Vodafone ONO y Mediapublline el **inicio del procedimiento** correspondiente al conflicto interpuesto, así como sendos requerimientos de información a cumplimentar, por ser ésta necesaria para la determinación de los hechos puestos de manifiesto por la denunciante.

-Que con fecha 22 de diciembre de 2017, se remitió a los interesados el **informe** de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, emitido en el **trámite de audiencia**, dándoles un plazo de 15 días hábiles desde la notificación, para que efectuaran las **alegaciones** y aportaran los documentos que estimaran pertinentes.

3.- Y de los **fundamentos jurídicos materiales** de la resolución administrativa impugnada, cabe destacar los siguientes aspectos:

-Con **carácter preliminar**, la Sala de Supervisión Regulatoria comienza explicando que a la **suspensión de interconexión** llevada a cabo por VODAFONE el 16 de noviembre de 2015, respecto de los tráficos de octubre y noviembre del mismo año, le es de aplicación el **procedimiento** que estaba en vigor con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto 381/2015, esto es, el procedimiento común aprobado por la CMT mediante Resolución de 5 de septiembre de 2013, en función de lo establecido en la disposición transitoria segunda del citado Real Decreto. En base a lo anterior, la Sala de Supervisión Regulatoria consideró que, "... **a los efectos de la suspensión del tráfico hacia el número 11857**, en el presente caso se estará a lo regulado por el procedimiento común aprobado por la CMT". Y añadió que: "Por lo que se refiere a la **retención de los**



**pagos** practicada por Vodafone y Vodafone ONO, a falta de previsión específica en el procedimiento común de las actuaciones de retención de pagos que tienen lugar como consecuencia de los tráficos irregulares, esta Comisión entiende que habrá que estar a lo pactado en el marco de las relaciones privadas entre los operadores, es decir, a lo establecido al respecto en sus contratos, y a lo dispuesto en la presente Resolución".

-Hecha esa consideración preliminar, la resolución expone la **regulación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado**, prestado a través del número 118AB, en régimen de libre competencia [art. 25.1 c) de la Ley General de Telecomunicaciones], estando atribuido en el Plan Nacional de Numeración Telefónica el rango 118AB de "números cortos", para la prestación de servicios de consulta o información telefónica sobre números de abonados.

-Con ello, la resolución entra a examinar las **relaciones de interconexión entre los operadores intervinientes en el curso de las llamadas objeto de conflicto**, describiendo la cadena de servicios mayoristas intervinientes en la prestación del tráfico en conflicto, y describiendo asimismo el contenido de las **dos relaciones contractuales implicadas**: por un lado, la establecida entre VODAFONE y VODAFONE ONO y, por otro, la entablada entre VODAFONE ONO y MEDIAPUBLILINE.

-Tras de lo cual, pasa la resolución al **análisis del carácter irregular de las llamadas y del cumplimiento del procedimiento para la suspensión del tráfico**, en función del informe de conexión aportado por Vodafone en el marco del procedimiento común RO 3013/290, así como de los escritos posteriormente presentados al respecto por la operadora, llegando a la conclusión de que solo en el segundo de los períodos analizados [Del 1 al 12 de noviembre de 2015] podía advertirse la concurrencia de forma acumulada de cinco de los parámetros definidos como propios del tráfico irregular en el procedimiento común, mientras que de los datos aportados por el operador respecto del primer [Del 16 al 31 de octubre de 2015] y tercer período [Del 13 al 16 de noviembre de 2015], solo se observaban evidencias claras de la concurrencia de un total de cuatro parámetros. Por lo que tras la comprobación y análisis de los datos aportados por Vodafone, "...se puede concluir que en virtud del procedimiento común, aprobado por la Resolución de 5 de septiembre de 2013, Vodafone estaba habilitado para suspender ese número desde su red para que no fuese accesible por sus abonados".

-Sobre la **retención de pagos** efectuada por Vodafone como consecuencia del tráfico irregular, se explica en la resolución impugnada: 1º) Que dicho operador, sobre la base de la habilitación que le confiere su contrato con Vodafone ONO, procedió a notificar a éste, como operador interconectado y siguiente en la cadena, su intención de retener pagos mediante un correo electrónico enviado el día 17 de noviembre de 2015, al día siguiente de la suspensión. 2º) Que la retención total practicada a Vodafone ONO se refleja en acta de consolidación firmada por ambas partes el 10 de diciembre de 2015. 3º) Que Vodafone había señalado que no había recibido importe minorista alguno relacionado con este tráfico, en una gran parte de los casos porque se devolvió el importe al abonado tras su facturación, y en otros casos porque no llegó a facturarse el tráfico al abonado. 4º) Que Vodafone ONO comunicó, a su vez, a Mediapubliline la retención efectuada mediante el envío de un correo electrónico en fecha 27 de noviembre de 2015, y retuvo a este operador la cantidad correspondiente. 5ª) Que consta en el expediente justificación suficiente relativa a los importes alegados por Vodafone y Vodafone ONO, pero no consta acreditación para el importe reclamado por Mediapubliline, más allá de lo declarado en sus escritos, por lo que procede dar por válido como importe retenido a éste último el aportado por Vodafone ONO.

-Por último, se refiere la resolución impugnada a la **actuación seguida por los diferentes operadores** en relación con la suspensión de la interconexión y la retención de los pagos, como consecuencia de la existencia de tráficos irregulares, estableciendo las conclusiones correspondientes, valorando la solicitud formulada por la promotora del procedimiento.

4.- Y a la vista de los antecedentes y de los fundamentos jurídicos que, en extracto, acaban de reseñarse, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, **RESUELVE**:

«PRIMERO.- **Estimarla solicitud de Mediapubliline, S.L. relativa al reconocimiento del derecho de dicha entidad a recibir el pago de la remuneración por el servicio de consulta sobre números de abonado prestado a través del número 11857** retenida por Vodafone ONO, S.A. Unipersonal, por el importe **correspondiente al tráfico registrado en los períodos comprendidos del 16 al 31 de octubre y del 13 al 16 de noviembre de 2015, y desestimar su pretensión con respecto al tráfico del período del 1 al 12 de noviembre de 2015**».

«SEGUNDO.- **Reconocer el derecho** de Vodafone España, S.A. Unipersonal y de Vodafone ONO, S.A. Unipersonal **a retener los pagos** correspondientes al tráfico del período comprendido entre el 1 y el 12 de noviembre de 2015, con origen en la red móvil del primero y destino en el servicio de consulta sobre números de abonado prestado a través del número 11857, **en tanto en cuanto estos operadores no cobren a su vez la parte que les corresponde por sus servicios**».



«TERCERO.- **Desestimar** la solicitud de Mediapubliline, S.L. relativa al **restablecimiento** por parte de Vodafone España, S.A. Unipersonal de la **interconexión al número 11857**, quien podrá **mantener el bloqueo** hasta que se produzca un cambio en el asignatario del número o se llegue [a] un acuerdo sobre la apertura del número».

#### **SEGUNDO: Planteamiento del recurso contencioso-administrativo.**

1.- Las **pretensiones** deducidas en la **demanda** rectora del recurso jurisdiccional.

1.1.- Atendiendo a la súplica de la demanda , **principalmente** , se pretende:

-La **declaración de nulidad del ordinal tercero** , de la parte dispositiva de la resolución impugnada y, en consecuencia o correlativamente, el **restablecimiento** inmediato de la interconexión suspendida por VODAFONE España SAU.

-La **declaración de nulidad del ordinal segundo** , de la parte dispositiva de la resolución impugnada, por considerar que ni VODAFONE España SAU, ni VODAFONE ONO SAU, tenían derecho a **retener los pagos** correspondientes al tráfico del período comprendido entre el **01 y el 12 de noviembre de 2015**, "por no contemplarlo el contrato suscrito entre VODAFONE ONO y Mediapubliline" o , subsidiariamente, "por no haber devuelto VODAFONE el importe cobrado a los abonados en dicho período", y, correlativamente, el **reconocimiento del derecho de la última a percibir la remuneración del servicio** de consulta sobre números de abonado prestado a través del nº 11857, **correspondiente al tráfico de dicho período** que fuera retenido por VODAFONE ONO SAU.

-La **declaración de nulidad de la parte final del ordinal primero** , de la parte dispositiva de la resolución impugnada, por desestimar la pretensión de la demanda respecto al tráfico del período del 01 al 12 de noviembre de 2015.

**1.2.- Subsidiariamente a todo lo anteriormente solicitado, se pretende la declaración de nulidad de los ordinales tercero, segundo y parcialmente -en cuanto a su inciso final- el primero** , de la parte dispositiva de la resolución impugnada, y el reconocimiento del derecho de la demandante a que se tramite el **expediente administrativo** conociendo desde su inicio los **5 parámetros identificativos del supuesto tráfico irregular** alegados por VODAFONE España SAU, y que el objeto del expediente se limite al **período** del 01 al 12 de noviembre.

2.- Los **motivos de impugnación** de la resolución administrativa frente a la que se interpuso el recurso jurisdiccional, son los siguientes:

«Nulidad de la resolución recurrida por **vulneración del derecho de defensa, y del principio de contradicción y de igualdad** que preside cualquier procedimiento administrativo. Mediapubliline desconoce los criterios o **parámetros identificativos del tráfico irregular** que, según la Resolución CMT de 05/09/2013, fueron aplicados por la CNMC para resolver el conflicto y para calificar parte del tráfico como irregular».

El planteamiento que de este motivo de impugnación se hace en la demanda puede sintetizarse como sigue:

«...centrándonos ya en el concreto caso que nos ocupa, partimos de que la propia CNMC, en la resolución aquí impugnada, reconoce que, para resolver las cuestiones planteadas, resulta aplicable la Resolución CMT de 05/09/2013 , y en dicha dicha Resolución se autoriza a "*Permitir a Telefónica Móviles España, S.A.U., Vodafone España, S.A.U. France Telecom España, S.A. y Telefónica de España, S.A.U. que suspenda temporalmente cuando hayan comprobado que concurren al menos cinco de los parámetros enunciados en el apartado III.3.2.*" Por tanto, vemos como en dicha Resolución CMT 05/09/2013 se definieron los criterios para calificar un tráfico como irregular, y es un hecho **que tales criterios, patrones o parámetros fueron calificados por la CMT como confidenciales** y que, por tanto, en el caso que nos ocupa, son conocidos única y exclusivamente por el operador de acceso Vodafone, pero desde luego que dichos criterios no son conocidos por mi mandante. Más concretamente, en el caso que nos ocupa, Vodafone llevó a cabo la suspensión del tráfico correspondiente al periodo 16 de octubre de 2015 a 16 de noviembre de 2015, detectando, según ella, 5 parámetros de entre los que la Resolución CMT de 05/09/2013 recoge como identificadores de un tráfico irregular. Y no solo eso, retuvo los pagos correspondientes a dicho periodo y tráfico».

«(...) Por tanto, resulta claro que la decisión de la CNMC en la resolución aquí impugnada, en cuanto a confirmar la adecuación a derecho de la suspensión del tráfico y la retención de pagos (ésta retención únicamente en cuanto al periodo de tiempo del 1 a 12 de noviembre de 2015) se fundó en la existencia de un denominado "tráfico irregular", y para llegar la conclusión de la existencia del mismo aplicó la Resolución CMT de 05/09/2013 y, partiendo de los datos aportados por la propia Vodafone, entendió que concurrían 5 de los parámetros identificativos de tráfico irregular señalados en dicha Resolución CMT, parámetros que, insistimos, aún a día de hoy desconoce mi mandante cuales son, al ser confidenciales, con lo que **todo el procedimiento ante la CNMC y su posterior resolución, se ha tramitado y decidido sin que Mediapubliline**



**conozca los tan citados 5 parámetros identificativos de tráfico irregular que han sido aplicados, parámetros que han sido determinantes de la decisión de la CNMC aquí impugnada.** Con los debidos respetos, esta parte considera que la tramitación de todo el procedimiento administrativo ante la CNMC sin dar a conocer a Mediapublicline cuáles fueron esos 5 parámetros aplicados y que determinaron la calificación del tráfico como irregular, generó indefensión a la misma y vulneró su derecho constitucional de defensa, de hacer alegaciones, así como los principios de contradicción y de igualdad que presiden la tramitación de cualquier procedimiento administrativo, no solo los procedimientos sancionadores».

«(...) Si precisamente los parámetros y datos que se ocultaron bajo el velo de la confidencialidad, no eran accesorios, sino que fueron los decisivos que la Administración finalmente utiliza para resolver el presente conflicto, tal confidencialidad no puede sostenerse y debe decaer frente al derecho de defensa de la parte frente a la que se aplican, pues de otro modo no hay forma de defenderse en igualdad de armas, no hay forma de someter a contradicción las pruebas que se dicen poseer y que son sobre las que se sustenta la decisión final, por lo que consideramos que el presente motivo ha de ser estimado, y declarar nula de pleno derecho la resolución recurrida en cuanto a los ordinales tercero, segundo y parcialmente el primero (éste último solo en cuanto a " *desestimar su pretensión con respecto al tráfico del periodo del 1 al 12 de noviembre de 2015.*" ) por vulneración del art. 24.2 CE, arts. 35 e), 79.1, 84 y 85.3 todos ellos de la Ley 30/1992, art. 84 Ley 30/1992, y art. 85.3 Ley 30/1992, o subsidiariamente anulable, al amparo de lo establecido en los arts. 62.1 a) y e) y 63.1 ambos de la Ley 30/1992, respectivamente, debiendo declararse el derecho de Mediapublicline a que se tramite el expediente administrativo conociendo desde su inicio los 5 parámetros identificativos del supuesto tráfico irregular alegados por Vodafone España, S.A. Unipersonal, y que el objeto del expediente se limite al periodo del 1 al 12 de noviembre».

«Nulidad del **Ordinal segundo** del resuelve de la resolución recurrida y de la **parte desestimatoria del ordinal primero**. Reconocimiento del derecho de Mediapublicline a recibir el **pago retenido** por Vodafone correspondiente al tráfico registrado en el periodo comprendido del **1 al 12 de noviembre de 2015**».

Se dice en la demanda que, si la propia CNMC entiende que para resolver la cuestión sobre la procedencia de la retención o no de los pagos, se ha de estar al contenido de los contratos suscritos entre las partes, y el contrato suscrito entre Vodafone-ONO y Mediapublicline tan solo contempla un supuesto de tráfico irregular específico y definido en el contrato (tráfico que en un corto periodo de tiempo exceda de la media del tráfico en los dos últimos meses y presente consumos inusuales y/o solape llamadas en origen) que no ha sido el analizado en el procedimiento administrativo de conflicto (pues en el mismo se aplicó el procedimiento y criterios de la Resolución CMT de 05/09/2013), " **considera esta parte que el contrato no servía para sustentar la retención de pagos que fue acordada por al CNMC para el periodo de 1 al 12 de noviembre de 2015**, por lo que procedería la estimación del presente motivo, solicitando que en sentencia se anule parcialmente el ordinal segundo del resuelve, y se declare que Vodafone España, S.A. Unipersonal y de Vodafone ONO, S.A. Unipersonal no tenían derecho a retener los pagos correspondientes al tráfico del período comprendido entre el 1 y el 12 de noviembre de 2015, con origen en la red móvil del primero y destino en el servicio de consulta sobre números de abonado prestado a través del número 11857 por mi mandante y, correlativamente, se reconozca el derecho de Mediapublicline a recibir la remuneración del servicio de consulta sobre números de abonado prestado a través de dicho número 11857 por el importe correspondiente al tráfico de dicho periodo que fue retenido por Vodafone ONO, S.A. Unipersonal, lo que implica anular también la parte final del ordinal primero del resuelve de la resolución recurrida concretamente cuando en él se acuerda " **desestimar su pretensión con respecto al tráfico del periodo del 1 al 12 de noviembre de 2015.**" , todo ello al amparo de lo dispuesto en el art. 63.1 Ley 30/1992 por vulneración de los preceptos legales de la Ley 9/2014 y Código Civil citados en el párrafo anterior".

«Nulidad del **Ordinal segundo** del resuelve de la resolución recurrida y de la **parte desestimatoria del ordinal primero**. Reconocimiento del derecho de Mediapublicline a recibir el **pago retenido** por Vodafone correspondiente al tráfico registrado en el periodo comprendido del **1 al 12 de noviembre de 2015**».

Subsidiariamente a lo expuesto en el motivo anterior, se plantea en la demanda que, aun en el caso en que por la Sala se interpretase que el contrato suscrito entre la demandante y Vodafone ONO sí contemplaba cláusulas de retención de pagos aplicables al supuesto que nos ocupa, la resolución de la CNMC aquí recurrida es nula al desestimar la pretensión de la demandante en el conflicto y no reconocer el derecho de la misma a recibir el pago correspondiente al tráfico del periodo comprendido del 1 al 12 de noviembre de 2015, ya que **Vodafone aún no se ha dignado a pagar a la demandante el importe de la remuneración correspondiente a los dos periodos de tráfico respecto de los cuales la resolución impugnada sí reconoce el derecho de aquella a recibir el pago correspondiente al tráfico generado en tales periodos**, "...con lo que la renuncia al pago por parte de Vodafone es manifiesta, y no solo se limita al periodo del 1 al 12 de noviembre de 2015..."



Al respecto, después de hacer las alegaciones que consideró pertinentes sobre el inciso final del apartado segundo, de la parte dispositiva de la resolución impugnada, la parte actora concluye:

«En conclusión, es a Vodafone a quien correspondía acreditar cumplidamente tales hechos y no estando acreditado en el expediente administrativo la devolución de los importes cobrados por Vodafone, conforme a la propia fundamentación jurídica de la resolución recurrida, procede anular parcialmente la misma en lo que respecta al ordinal segundo del resuelve y, dado que Vodafone reconoce el cobro de las facturas, pero no acredita la devolución de su importe, se ha de anular dicho ordinal segundo, y en Sentencia declarar que Vodafone España, S.A. Unipersonal y de Vodafone ONO, S.A. Unipersonal no tenían derecho a retener los pagos correspondientes al tráfico del período comprendido entre el 1 y el 12 de noviembre de 2015, con origen en la red móvil del primero y destino en el servicio de consulta sobre números de abonado prestado a través del número 11857 por mi mandante y, correlativamente, reconocer el derecho de Mediapublicline a recibir la remuneración del servicio de consulta sobre números de abonado prestado a través de dicho número 11857 por el importe correspondiente al tráfico de dicho periodo que fue retenido por Vodafone ONO, S.A. Unipersonal, lo que implica anular la parte final del ordinal primero del resuelve de la resolución recurrida concretamente cuando en él se acuerda **"desestimar su pretensión con respecto al tráfico del periodo del 1 al 12 de noviembre de 2015."**., todo ello al amparo de lo dispuesto en el art. 63.1 Ley 30/1992 por vulneración de los preceptos legales de la Ley 9/2014 y Código Civil citados en el párrafo anterior»..

«Nulidad del **ordinal tercero** del resuelve de la resolución recurrida. La **suspensión de la interconexión** realizada por VODAFONE no tuvo lugar conforme al **procedimiento** establecido en la **Resolución CMT de 5/9/2013**, por lo que debió acordarse el **restablecimiento** de la interconexión al número 11857».

Para la parte demandante, aun sin poder combatir la valoración de la CNMC sobre el tráfico irregular, por desconocer los parámetros confidenciales establecidos en la Resolución de la CMT de 05/09/2013, VODAFONE habría incumplido el **procedimiento** establecido en la misma, **al no haber comunicado la suspensión** al asignatario de la numeración suspendida en el plazo de 24 horas desde que tuviera lugar la misma, conforme a lo preceptuado en aquella resolución.

Al respecto, se dice en la demanda que, al contrario de lo que afirma la CNMC en la resolución recurrida, VODAFONE no mandó un burofax de comunicación al domicilio social de Mediapublicline, puesto que el mismo se encuentra en Madrid, C/Alberto Aguilera nº 7, y así consta en el Registro Mercantil. También se dice que, en la consulta al Registro de Operadores de la CNMC, también podía haber comprobado dicho domicilio social, que asimismo figura en el contrato entre Mediapublicline y Cableuropaa SAU [Actualmente, VODAFONE ONO SAU], del que trae origen el conflicto prevenido. Y, para terminar, añade la demandante que:

«La resolución aquí recurrida, que permite la suspensión del tráfico de forma improcedente, **además de vulnerar la propia Resolución CMT de 05/09/13, vulnera el art. 3 a) y c), art. 12.2 y el art. 70.2 g) pues en ellos se habla de fomentar la competencia y garantizar la interconexión e interoperabilidad de los servicios**, lo que desde luego ni se fomenta ni se garantiza en la resolución recurrida, por lo que es generador de la nulidad, o subsidiariamente anulabilidad de la resolución recurrida al amparo de lo establecido en el art. 62.1 y 63.2 ambos de la Ley 30/1992 respectivamente».

«En conclusión y al contrario de lo que afirma la CNMC en la resolución recurrida, **Vodafone no siguió el procedimiento establecido en la Resolución CMT de 5/9/2013**, incumpliendo también la misma, al no notificar a Mediapublicline, S.L. el bloqueo del tráfico en el plazo de 24 horas tras haber llevado a cabo el mismo, y ante el incumplimiento de tal Resolución, debe ser anulado el ordinal tercero del resuelve de la resolución recurrida que desestimo la solicitud de mi mandante para que se restableciera la interconexión, declarándose en Sentencia que la suspensión de la interconexión no fue ajustada a derecho y que procede el restablecimiento inmediato de la misma».

Y en el trámite de **conclusiones**, la parte actora insistió en las planteamientos de la demanda frente a lo alegado por las codemandadas en sus escritos de debate, solicitando la estimación del recurso jurisdiccional, en los términos solicitados en la súplica de la demanda.

### **TERCERO: Oposición al recurso contencioso-administrativo.**

1.- La Administración **demandada** se opone al recurso contencioso-administrativo.

Después de dar por reproducidos los **hechos** consignados en la resolución recurrida, negando los de la demanda en tanto no resulten debidamente acreditados, sean perjudiciales o se contradigan con los consignados en el expediente administrativo, la Abogacía del Estado hace referencia al **objeto** del recurso jurisdiccional y a las **pretensiones** deducidas por la recurrente, para luego oponerse a los motivos de impugnación en que se sustenta la demanda, por las siguientes razones:

« **Acerca de la confidencialidad de los parámetros para calificar los tráficos como irregulares**».

Partiendo del **concepto de tráfico irregular** en función de la normativa de aplicación [ art. 51.2 de la Ley 9/2014; arts. 3 y 6.2, y disposición transitoria segunda del Real Decreto 381/2015], la parte demandada se centra en el **período del 01 al 12 de noviembre de 2015**, reproduciendo las consideraciones hechas en las páginas 20 y siguientes de la resolución impugnada, para dar por justificada la concurrencia cumulativa de cinco de los parámetros definidos en el procedimiento común como identificativos de **tráfico irregular**, y **descartando la indefensión alegada** en la demanda por desconocimiento de los parámetros utilizados, en función del criterio establecido por la CNMC y refrendada por los Tribunales sobre el tratamiento **confidencial** de los datos relativos al análisis de tráficos irregulares, **al haber tenido acceso la demandante al informe de suspensión de Vodafone de 17 de noviembre de 2015**, dado que si "...por un lado, se otorga el carácter confidencial a la descripción de los parámetros y criterios para detectar supuestas llamadas fraudulentas empleados por Vodafone, y, por otro lado, no se otorga tal carácter a los datos absolutos, numéricos y descriptivos, del tráfico en conflicto, de forma que Mediapubliline puede conocer en todo momento cuales son las llamadas objeto de análisis para, si a su derecho interesa, poder rebatir por .qué, a su juicio, esas llamadas no presentan caracteres de irregularidad".

« **Acerca de la facultad para retener los pagos**».

Expone la parte demandada que el operador prestador del servicio de soporte de red, VODAFONE ONO, y el operador asignatario del número afectado y destinatario del tráfico irregular, MEDIAPUBLILINE, tienen suscrito un "Contrato de soporte de red para operador de Servicios de Guías de Abonados (118ab)", de fecha 23 de mayo de 2012, que obra en el expediente administrativo. Y que en dicho contrato existe una cláusula [Cláusula 4, letra B, "Impagos"] que, a juicio de dicha parte, permite la retención tanto si media procedimiento administrativo relativo a posibles impagos o la existencia de fraude, como sin mediar procedimiento alguno cuando se detecte tráfico irregular.

« **Sobre el cobro de los importes por los operadores**».

La Abogacía del Estado se atiene en este punto a lo reseñado en **la pág. 32 de la resolución impugnada**, poniendo de manifiesto la incoherencia de la postura mantenida por la demandante respecto del cobro de las facturas y la devolución de su importe a los afectados, y reproduciendo lo afirmado en la resolución impugnada tras analizar la documentación del expediente ["consta en el expediente justificación relativa a los importes alegados por VODAFONE y VODAFONE ONO, pero no consta acreditación para el importe reclamado por MEDIAPUBLILINE más allá de lo declarado en sus escritos, por lo que procede dar por válido como importe retenido a éste último el aportado por VODAFONE ONO"], afirmación con la que guarda coherencia la parte dispositiva de la resolución impugnada, al reconocer el derecho a retener los pagos "en tanto en cuanto estos operadores no cobren a su vez la parte que les corresponde por sus servicios".

« **Sobre las notificaciones practicadas y la supuesta vulneración del procedimiento**».

También en este punto se remite la parte demandada a la resolución impugnada, que parcialmente reproduce, puntualizando que la notificación cuestionada en la demanda tenía una finalidad puramente informativa y que "...lo que realmente importa, en el procedimiento común regulado en la Resolución de 5 de septiembre de 2015 es que en el plazo no superior a 24 horas los operadores en cuestión envíen a la CNMC un informe específico relativo a todas aquellas suspensiones de números en interconexión producidas". Y a juicio de dicha parte, "...más allá de las irregularidades que pudo haber en la comunicación a la recurrente, la misma no ha justificado que ello le haya causado la más mínima indefensión en el procedimiento, razón por la cual no puede acogerse su pretensión de nulidad".

Y en el trámite de **conclusiones**, la parte demandada se ratificó en los hechos considerados en la resolución impugnada, así como en los fundamentos jurídicos de la contestación a la demanda, agregando:

- Que respecto de la confidencialidad de los parámetros para calificar los tráficos como irregulares, la demandante tuvo acceso al informe de suspensión de Vodafone de 17 de noviembre de 2015, cuestión no contestada en su demanda, y que en definitiva accedió a documentación suficiente para defender sus intereses. Cita al respecto la sentencia de esta Sala y Sección de 28 de septiembre de 2016 [Rec. 326/2016].
- Que la determinación de lo que sea tráfico irregular es competencia de la CNMC.
- Que la cuestión relativa a la devolución del importe de lo cobrado por Vodafone a los abonados afectados no es objeto del presente procedimiento.
- Que los defectos en las notificaciones/comunicaciones practicadas no serían motivo de nulidad de pleno Derecho, sino que, en todo caso, estaríamos ante meras irregularidades no invalidantes, habiendo quedado



aclarada esta cuestión en la resolución recurrida. Cita al respecto la sentencia de esta Sala y Sección de 12 de junio de 2017 [Rec. 499/2015].

2.- La representación procesal de « **VODAFONE ESPAÑA SAU** » y « **VODAFONE ONO SAU** », parte codemandada, también se opone al recurso jurisdiccional planteado.

Después de hacer referencia, con carácter previo, al planteamiento general del pleito, con especial atención a la resolución administrativa impugnada, a los mecanismos legales y contractuales para luchar contra el tráfico irregular, y a los principales argumentos de la demandante, la parte codemandada, viene a hacer las siguientes alegaciones:

« **Sobre la calificación como confidencial de los parámetros que acreditan que el tráfico es irregular** ».

Tras señalar que la demandante ya ha sido sancionada por la utilización fraudulenta del número 11857, alega la codemandada que está perfectamente justificado que operadores que prestan este tipo de servicios sin atenerse a la legalidad vigente, no tengan acceso a los parámetros y variables que se toman en consideración para la detección del tráfico irregular; y que, en cualquier caso, la cuestión ya ha sido ampliamente contestada por la CNMC y por la parte demandada.

« Sobre la cláusula de retención de pagos incluida en el contrato suscrito entre Vodafone Ono y Mediapubliline ».

Opone la codemandada, al respecto, que el " *Contrato de soporte de red para operador de Servicio de Guías de Abonados (118ab)*", de 23 de mayo de 2012, suscrito entre Vodafone Ono y Mediapubliline, sí prevé la posibilidad de retener pagos en el caso de que un operador de acceso (Vodafone España en el presente caso) detecte la existencia de tráfico irregular, y no cabe ninguna interpretación distinta, pues el literal de la cláusula lo dice expresamente. Y que, en cualquier caso, esta cláusula es lo suficientemente amplia como para que Vodafone Ono pueda retener pagos si el operador de acceso detecta la existencia de tráfico irregular y así lo acredita ante el organismo competente (en este caso, la CNMC).

« **Sobre procedencia de la retención de pagos correspondiente al periodo comprendido entre el 1 y el 12 de noviembre de 2015: devolución de las cantidades cobradas a sus clientes por Vodafone España** ».

La codemandada opone que Vodafone España aportó a la CNMC toda la documentación e información que le ha sido requerida en el marco del expediente administrativo, la cual ha sido suficiente para considerar acreditada la devolución de las cantidades cobradas a sus clientes por este tráfico irregular. Y añade que Vodafone lo único que ha hecho ha sido actuar de forma diligente en el marco de estricto cumplimiento de los mecanismos legales y contractuales existentes contra un tráfico irregular que se hizo sobre su red, con el fin de que dicho tráfico no le generara un perjuicio económico y sin obtener ningún lucro por ello.

« **Sobre la suspensión de la interconexión del número 11857 y su adecuación a lo dispuesto en el Procedimiento Único** »

La codemandada opone al respecto que:

« Vodafone España, tal y como acreditó ante la CNMC, envió un burofax Mediapubliline el 17 de noviembre de 2015 en el que le comunicaba la suspensión de la interconexión al número 11857 y aportó el justificante del envío a la dirección que Mediapubliline incluía como domicilio social y domicilio a afecto de notificaciones en el Registro de Operadores de la CNMC, esto es, a la Calle Tarragona 18, Local 28045 Madrid, que si bien no pudo ser entregado por motivo "ausente". Asimismo, Vodafone España comunicó la retención de pagos a Vodafone Ono mediante correo electrónico de 23 de noviembre de 2015, información que a su vez fue trasladada a Mediapubliline (...) Si a algún operador se le debe imputar falta de diligencia a la hora de actuar respecto a los datos que figuran en el Registro de Operadores, es a Mediapubliline. En concreto, y según el artículo 12.2 del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril (...) es el operador el responsable de actualizar los datos que se incluyen en el Registro de operadores en el plazo máximo de un mes desde que se produce la modificación (...) Con todo lo anterior, lo que queda acreditado es que Mediapubliline no actuó con la diligencia debida para garantizar que el resto de operadores podían realizar notificaciones a la dirección correcta, ya que lo habitual es que éstos extraigan esta información del Registro de Operadores a través de la web de la CNMC ».

En el trámite de **conclusiones**, la parte codemandada se mantuvo en las alegaciones de su contestación a la demanda, solicitando la desestimación del recurso jurisdiccional y la confirmación de la resolución impugnada.

**CUARTO: Sobre el motivo de la demanda basado en el desconocimiento de los criterios o parámetros identificativos del tráfico irregular aplicados por la CNMC para resolver el conflicto.**

1.- Como queda dicho, a través de la **resolución administrativa impugnada** en el presente recurso jurisdiccional, se resuelve el **conflicto de interconexión** ex art. 15 de la Ley 9/2014, promovido el 28 de enero de 2016 por la entidad « MEDIAPUBLILINE, S. L. U. », como consecuencia de la **suspensión de la interconexión y la retención**



**de los pagos** de los servicios de interconexión y del servicio 118AB, correspondientes al supuesto tráfico irregular originado desde líneas móviles de abonados de Vodafone con destino a la numeración 11857 de Mediapublline.

En el **escrito de interposición del conflicto**, Mediapublline venía a solicitar a la CNMC que ordenase el inmediato alzamiento del bloqueo del tráfico con destino al número 11857 así como el de la suspensión de pagos relativa al mismo, y que se declarase el derecho de MEDIAPUBLILINE, S.A.U., a recibir de forma inmediata los pagos retenidos por parte de VODAFONE. Solicitud a la que la CNMC [Sala de Supervisión Regulatoria] accedió, en parte, en los términos reseñados en el apartado 4 del precedente fundamento jurídico primero.

2.- La **primera cuestión planteada en la demanda** rectora del recurso jurisdiccional interpuesto frente la resolución del conflicto de interconexión, se refiere al **procedimiento** instruido para la resolución del conflicto, por **conculcación de los principios de contradicción e igualdad**, que la parte demandante considera determinante de la nulidad de la resolución dictada en aquel, al desconocer los **parámetros del tráfico irregular** que diera lugar a la suspensión de la interconexión.

2.1.- Se trata de una **alegación ya formulada en vía administrativa**, así en su escrito de alegaciones de 27 de enero de 2017. Alegación rechazada en la resolución impugnada en esta instancia, en función del procedimiento aplicable a la sustanciación del conflicto planteado, del criterio ya establecido por la CNMC al respecto del tratamiento confidencial de los datos relativos al análisis de tráficos irregulares, y de la aplicación de dicho criterio al supuesto planteado.

Pues, por un lado, el **procedimiento aplicable** era el procedimiento común establecido por la CMT mediante Resolución de 05 de septiembre de 2013, y no el introducido por el Real Decreto 381/2015 del que parte la entidad ahora demandante, dado lo prevenido por el mismo en su disposición transitoria segunda. Y el procedimiento común aplicable al caso, establecía los requisitos que permitían a los operadores bloquear el tráfico desde sus abonados a una determinada numeración, exigiendo la acreditación de la concurrencia, de forma acumulada de, al menos, cinco caracteres o patrones definidos como identificativos de tráfico irregular.

Y, por otro lado, el **criterio establecido** al tiempo de suscitarse el conflicto de que se trata, consistía en establecer el "...debido equilibrio de los intereses a valorar: por un lado, los del operador que interrumpe la interconexión, en la medida en que los **parámetros** constituyen un **secreto comercial o industrial** y, por otro lado, los del prestador del servicio de tarificación adicional o de directorio vocal, en este caso, que tiene derecho a poder rebatir los hechos contenido en el informe de fraude". Y **dicho criterio se trasladó al informe de audiencia** comunicado a Mediapublline, "...en el que, por un lado, se otorga el carácter confidencial a la descripción de los parámetros y criterios para detectar supuestas llamadas fraudulentas empleados por Vodafone, y, por otro lado, no se otorga tal carácter a los datos absolutos, numéricos y descriptivos, del tráfico en conflicto, de forma que Mediapublline puede conocer en todo momento cuales son las llamadas objeto de análisis para, si a su derecho interesa, poder rebatir por qué, a su juicio, esas llamadas no presentan caracteres de irregularidad".

2.2.- Frente a las razones expuestas en la resolución impugnada, la **parte actora** considera que el traslado, hecho a la misma en el curso del procedimiento administrativo, del **informe de suspensión** de Vodafone de 17 de noviembre de 2015 y, por ende, de los datos en él reseñados, viniera a restablecer el **equilibrio entre los intereses en presencia**, en la medida que ya conocía tales datos, y que "...lo decisivo para el administrado es conocer qué concretos parámetros considera la CNMC para calificar el tráfico como irregular, y solo una vez conocidos estos es como puede defenderse de los mismos". A lo que agrega que tampoco es dable calificar los parámetros en cuestión como **secreto comercial o industrial**, pues "...de dicha Resolución CMT se deduce que los criterios, patrones, o parámetros que se determinan en el apartado III.3.2 de la misma son iguales para todos ellos, y sin son parámetros o criterios comunes para todos, el hecho de ser comunes descarta que podamos estar ante secretos comerciales o industriales de un determinado operador".

3.- Sin embargo, la confidencialidad de los parámetros tomados en consideración para establecer la concurrencia de tráfico irregular venía establecida en el mencionado apartado III.3.2 ["Unificación y actualización de parámetros para identificar tráficos irregulares"], de la "Resolución por la que se aprueba un procedimiento común para la suspensión de la interconexión de numeraciones por tráfico irregular", aprobada por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones con fecha de 05 de septiembre [RO 2013/290], copia de la cual se adjunta con la demanda.

Además, es de reseñar, a los mismos efectos, el acervo normativo sobre la materia, mencionado en la propia declaración de confidencialidad del escrito de interposición de conflicto, obrante en el expediente. Así, el art. 28.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, limita la puesta a disposición de terceros, por parte de aquella, de la información obtenida en el desempeño de sus funciones que tenga carácter confidencial por tratarse de materias protegidas por el secreto comercial e industrial. Precepto que hay que poner en relación



con el art.10.1 y la disposición adicional cuarta de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, con el art. 5 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, y con el art. 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, aplicable al caso. Normativa, la reseñada, recogida en la Directrices sobre el tratamiento de la información de naturaleza confidencial aprobadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, mediante Resolución de fecha 26 de junio de 2013 [BOE núm.162 del día 8 de julio de 2013, Expte: AJ 2013/6]. Y, en particular, sobre el llamado secreto comercial o industrial -que la Ley 1/2019, de 20 de febrero ha venido a englobar dentro del secreto empresarial-, cabe hacer referencia a la Comunicación de la Comisión Europea de 22 de Diciembre de 2005, relativa a las normas de procedimiento interno para el tratamiento de las solicitudes de acceso al expediente en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, de los artículos 53, 54 y 57 del acuerdo EEE, y del Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, que desarrolla la práctica de la Comisión sobre la información confidencial.

Ello así, como se pone de manifiesto en la resolución objeto del recurso, la demandante ha tenido acceso al informe de suspensión de Vodafone, de 17 de noviembre de 2015, en el curso del procedimiento de resolución del conflicto. Y, como recalca la Abogacía del Estado al respecto: "...tal información es suficiente para que la recurrente pueda defender sus intereses, y concretamente, para que pueda defender la regularidad del tráfico, pues conoce cuáles son las llamadas concretas que se han considerado irregulares. Los parámetros utilizados, contrariamente a lo que sostiene la recurrente, sí se consideran un secreto industrial. Piénsese que de conocerlos, la propia recurrente así como los demás operadores, podrían adecuar su actuación a dichos parámetros, con el objeto de no ser inspeccionados". De manera que, a través de la información dispensada a través del mentado informe de 17 de noviembre de 2015, ha de considerarse preservado el equilibrio de los intereses concurrentes, lo que conduce a rechazar el motivo de impugnación examinado.

**QUINTO: Sobre el motivo de impugnación planteado en la demanda para el reconocimiento del derecho de Mediapubline a percibir el pago retenido por Vodafone, correspondiente al tráfico registrado en el periodo comprendido entre el 01 y el 15 de noviembre de 2015.**

1.- Partiendo de que el **contrato de soporte de red** para operador de servicios de Guías de Abonados, suscrito entre Mediapubline y Vodafone ONO [entonces, Cableuropa SAU], concretamente en la cláusula 4 B), "Impagos", **no contempla la posibilidad de retención de pagos**, sino "un supuesto de tráfico irregular específico (...) que no ha sido el analizado en el procedimiento administrativo de conflicto", y que "contempla una posible retención de pagos en determinados supuestos (...) pero ninguno de esos casos tuvo lugar en los hechos objeto de conflicto...", ya que a su juicio la mencionada cláusula se refiere al "tráfico que en un corto período de tiempo exceda de la media del tráfico en los dos últimos meses y presente consumos inusuales y/o solape llamadas en origen", la parte demandante propugna la nulidad del ordinal segundo de la parte dispositiva de la resolución impugnada y de la parte desestimatoria del ordinal primero.

2.- **Alternativamente**, de interpretarse que el contrato sí contemplaba el supuesto de la retención de pagos practicada, la parte actora considera que dicha **retención de pagos es igualmente improcedente**, al no haber percibido ningún ingreso relativo al tráfico irregular en cuestión, porque todo lo que cobró lo abonó a los clientes afectados, siendo así que el órgano regulador supedita el reconocimiento del derecho a retener el pago correspondiente al tráfico del período de que se trata, a que "...estos operadores no cobren a su vez la parte que les corresponde por sus servicios".

3.- Siguiendo el parecer expresado en las precedentes sentencias que cita, esta Sala y Sección tiene dicho en **sentencia de 04 de abril de 2017** [PO 641/2014]:

«...que la potestad del regulador se extiende a la salvaguarda de las adecuadas relaciones entre operadores, a fin de garantizar el acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios que se prestan, para así fomentar la competencia efectiva, la defensa de los intereses de los usuarios y la inversión eficiente en las infraestructuras correspondientes. Llano es que tal intervención es sustancialmente diferente a la exigencia de abono de penalizaciones a que se contraen las Sentencias del Tribunal Supremo citadas, pues de lo que aquí se trata, insistimos, es de exigir el mejor cumplimiento de las condiciones de prestación y remuneración de los servicios de interconexión, con la finalidad de velar por el equilibrio contractual entre las partes, la libre competencia y el respeto al régimen regulatorio en la materia. A mayor abundamiento, la repetida Sentencia de la Sala Tercera de 28 de junio de 2011, al margen de su ilustrativa exposición de la zona de penumbra por la que se desliza su argumentación, llega a indicar que la carencia competencial de la CMT se ciñe a las "consecuencias meramente patrimoniales" de los incumplimientos. Y si el Alto Tribunal utiliza el adverbio de modo "meramente", que, según la Real Academia de la Lengua, es sinónimo de "solamente", de "simplemente" o de "sin mezcla de otra cosa", la recta inteligencia de la frase "meramente patrimoniales" nos traslada a un contexto que resultaría ajeno a cuanto ahora ponderamos, en el que el desbloqueo de unos pagos retenidos excede de una medida exclusivamente económica o patrimonial, incidiendo palmariamente en la



evitación de distorsiones en la competencia en el ámbito de la interconexión entre operadores, con cobertura, en fin, en los preceptos consignados en ordinal precedente».

«Lo cierto es que el artículo 51 LGTel otorga competencia a la CNMC para intervenir en los conflictos generados por tráfico irregular. La previsión legal se desarrolla en el Real Decreto 381/2015, de 14 de mayo -posterior a la intervención objeto de examen- pero la competencia para intervenir deriva directamente del referido precepto legal, tal y como ya hemos resaltado en anteriores resoluciones ya citadas. La competencia del regulador, para intervenir en caso de conflicto de interconexión está fuera de duda, conforme deriva de los artículos 6.4, 12, 15 y 70 LGTel (anterior artículo 11 de la LGTel de 2003), dejando a salvo las relaciones entre operadoras que ahora se regulan en el referido Real Decreto. De dicha regulación se deduce sin esfuerzo la competencia de la CNMC para intervenir en las relaciones entre operadores y, de modo singular, en los conflictos que se generen por retención de pagos de interconexión y tráfico irregular. Se trata, además, de una cuestión de relevancia pública».

« (...) Por lo demás la CNMC realiza un análisis detallado, pormenorizado y sobradamente razonado sobre la conducta de cada interviniente en la cadena de conexiones, desde el prisma de sus obligaciones contractuales, dentro del ámbito de resolución del conflicto planteado. En todo caso, la resolución impugnada no se limita a identificar un tráfico irregular de llamadas, sino que dicho tráfico se vincula a la perturbación en el funcionamiento normal de las redes públicas de telecomunicaciones, perturbación que en el caso que nos ocupa, está fuera de duda razonable. Se trata de un supuesto en que se identifica un tráfico irregular, se constata el uso inadecuado de las redes públicas y se mantiene igual criterio al que se ha sostenido en casos anteriores que han sido confirmados por esta Sala».

La sentencia anotada ha venido a ser confirmada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo mediante **sentencia de 10 de julio de 2018 [Recurso de casación núm. 3591/2017 ]**, estableciendo que:

«Las atribuciones que los artículos 12.5, 15 y 70.2.d/ y g/ de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, confieren a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en orden a la resolución de los conflictos de interconexión que se susciten no alcanzan a aquellos aspectos o consecuencias patrimoniales que pertenecen al ámbito de las relaciones mercantiles. Ahora bien, la retención de la partida correspondiente a 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 empresas operadoras, 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 del órgano regulador la resolución de conflictos de interconexión en los que se suscite controversia sobre esta cuestión».

4.- En el caso enjuiciado, el contrato de soporte de red suscrito entre la demandante y la demandada Vodafone ONO, en la cláusula reseñada, entre otros aspectos, establecía que:

« (...) Con la finalidad de evitar posibles situaciones de fraude en la prestación del servicio, y en caso de que ONO detecte la existencia de tráfico anómalo o irregular, entendido este como aquel que en un corto periodo de tiempo exceda de la media de tráfico generado en los dos últimos meses y presente consumos inusuales y/o solape de llamadas en origen, ya sea detectada esta circunstancia por ONO o comunicada por un Operador de acceso distinto de ONO, y siempre que no exista procedimiento administrativo o judicial abierto relativo a dicho tráfico. ONO podrá retener las cantidades correspondientes al mismo, previa comunicación al OPERADOR DE SERVICIOS, hasta tanto compruebe la inexistencia de dicho fraude o, en caso de que no sea ONO el operador de acceso, hasta que reciba de éste la conformidad con dicho pago (...)».

Por tanto, como se pone de manifiesto en la resolución objeto del recurso, el contrato anotado contemplaba la posibilidad de retención de pagos con la finalidad de evitar posibles situaciones de fraude en la prestación del servicio, tanto, cuando se detectase tráfico irregular, tanto por Vodafone ONO como por parte de un operador de acceso distinto, como es el caso.

Por otra parte, como asimismo se establece en la resolución impugnada, "...consta en el expediente justificación relativa a los importes alegados por Vodafone y por Vodafone ONO, pero no consta acreditación para el importe reclamado por Mediapublicline, más allá de lo declarado en sus escritos, por lo que procede dar por válido el importe retenido a este último el aportado por Vodafone ONO". Y, como acertadamente apunta la Abogacía del Estado, la resolución impugnada es plenamente respetuosa con ello, al reconocer el derecho a retener los pagos en tanto en cuanto estos operadores no cobren, a su vez, la parte que les corresponde por sus servicios. Por lo que carece de fundamento propugnar el derecho a percibir el pago retenido por Vodafone



correspondiente al tráfico del período comprendido entre 01 y 12 de noviembre de 2015, por cualquiera de los dos motivos que alternativamente se esgrimen en el escrito de demanda.

**SEXTO: Sobre el motivo de impugnación relativo a la suspensión de la interconexión por inobservancia del procedimiento establecido.**

Se refiere la demanda al procedimiento común aprobado por Resolución del órgano regulador de 05 de septiembre de 2013 [RO 2013/290], en cuanto que exige la comunicación de la suspensión del tráfico al asignatario de la numeración suspendida en el plazo de 24 horas desde que en fecha 16 de noviembre 2015 se produjo el bloqueo. Pues, según la demanda, en lugar de dirigirse dicha comunicación al domicilio social de la compañía, que constaba en la correspondiente inscripción del Registro Mercantil, en el Registro de Operadores y en el contrato de soporte de red ya mencionado, se dirigió con fecha de 17 de noviembre de 2015, mediante burofax, a una dirección distinta, resultando infructuosa, circunstancia que para la demandante habría determinado la nulidad de la suspensión de la interconexión y de la retención de pagos correspondiente.

Al respecto, la resolución impugnada pone de manifiesto lo siguiente:

«Vodafone además, en cumplimiento de las obligaciones que establecía el procedimiento común, comunicó la suspensión tanto al asignatario de la numeración afectada, Mediapubliline, como a la CNMC, el día 17 de noviembre de 2015, dentro del plazo de 24 horas desde el bloqueo indicado en el procedimiento, y remitió a este organismo el informe técnico justificativo del tráfico irregular detectado. Si bien es cierto que Mediapubliline señala en los dos escritos aportados al procedimiento que no recibió comunicación alguna, ha podido acreditarse documentalmente que esa comunicación sí tuvo salida, aunque, según figura en el certificado de notificación, no pudo entregarse por "destinatario desconocido"».

«La dirección utilizada por Vodafone coincide con la dirección comunicada por Mediapubliline a la CNMC como domicilio social, pero esta entidad utiliza desde el año 2012 una dirección distinta a efectos de notificaciones y así lo notificó a este organismo para la modificación de sus datos registrales en el Registro de Operadores, aunque ello ha de entenderse *stricto sensu* para las actuaciones frente a este organismo. Sin embargo, y aunque este cambio de dirección a efectos de notificaciones quedara en el ámbito interno de las relaciones con esta Administración, tal y como señala Mediapubliline en sus alegaciones al informe de audiencia, con anterioridad al envío del burofax por parte de Vodafone, esta entidad había ya modificado también en el Registro Mercantil su domicilio social (trasladándolo a la misma dirección de notificaciones), lo que se publicó en el Boletín Oficial del Registro Mercantil de fecha 15 de enero de 2015».

«Asimismo, el contrato suscrito entre Vodafone ONO (empresa del mismo grupo empresarial que Vodafone) y Mediapubliline el día 23 de mayo de 2012 refleja también esta nueva dirección, por lo que Vodafone tenía herramientas suficientes para haber realizado un segundo intento de notificación a la dirección correcta. En definitiva, aunque la falta de entrega del burofax no pueda calificarse en este caso como un incumplimiento de la Resolución de 5 de septiembre de 2013, sí debe exigirse al operador de acceso un mayor grado de diligencia y empeño en la correcta realización de la comunicación de la suspensión al asignatario de la numeración».

«A modo de conclusión, consta acreditado que Vodafone intentó la comunicación en plazo aunque ésta resultara infructuosa, y consta además acreditación suficiente de las comunicaciones enviadas vía correo electrónico por Vodafone a Vodafone ONO y por Vodafone ONO a Mediapubliline, con el fin de poner en su conocimiento la retención de pagos que se analizará a continuación, por lo que se da por cumplido por parte de Vodafone el trámite de comunicación al asignatario del número, requiriéndole un mayor grado de diligencia en la comprobación de los datos relevantes en sus contratos de interconexión. Por lo tanto, tras la comprobación y análisis de los datos aportados por Vodafone, se puede concluir que, en virtud del procedimiento común, aprobado por la Resolución de 5 de septiembre de 2013, Vodafone estaba habilitado para suspender ese número desde su red para que no fuese accesible por sus abonados».

La representación procesal de Vodafone ha alegado también al respecto que:

«Vodafone España, tal y como acreditó ante la CNMC, envió un burofax Mediapubliline el 17 de noviembre de 2015 en el que le comunicaba la suspensión de la interconexión al número 11857 y aportó el justificante del **envío a la dirección que Mediapubliline incluía como domicilio social y domicilio a afecto de notificaciones en el Registro de Operadores de la CNMC**, esto es, a la Calle Tarragona 18, Local 28045 Madrid, que si bien no pudo ser entregado por motivo "ausente". Asimismo, Vodafone España comunicó la retención de pagos a Vodafone Ono mediante correo electrónico de 23 de noviembre de 2015, información que a su vez fue trasladada a Mediapubliline».

« (...) Según Mediapubliline, el 15 de marzo de 2012 comunicó a la entonces Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la nueva dirección a efecto de notificaciones para ese organismo, **que sin embargo no fue actualizado en su página web**. Asimismo, Mediapubliline sostiene que había modificado su domicilio social



(que era el mismo ue este último domicilio a efecto de notificacionbes) también en el Registro Mercantil, y que se publicó en el Boletín Oficial del Registro Mercantil de fecha 15 de enero de 2015. Cabe preguntarse por qué Mediapubline en ningún momento desde el 15 de marzo de 2012 hasta el 17 de noviembre de 2015 (en más de tres años y medio) consultó el Registro de Operadores para ver si los datos que aparecían en el mismo eran correctos y en caso contrario, instar a la CNMC a su corrección (...)».

En consecuencia, tras el examen del expediente administrativo, ha de concluirse que Vodafone remitió la comunicación de la suspensión de la interconexión a la entidad demandante dentro del plazo establecido en el procedimiento común. Y aunque en la dirección a la que se dirigiera la comunicación la destinataria resultaba desconocida y, por las consideraciones expuestas en la resolución impugnada, le era exigible un mayor grado de diligencia en la comprobación de los datos relevantes en sus contratos de interconexión, dicha circunstancia no determina la invalidez de la expresada resolución administrativa, al no desprenderse dicho efecto invalidante del procedimiento común aplicado para la resolución del conflicto.

#### **SÉPTIMO:Resolución del recurso jurisdiccional. Costas procesales e indicación de recursos frente a la sentencia.**

1.- Lo expuesto conduce a la des **estimación del recurso jurisdiccional** y a la confirmación de la resolución administrativa impugnada, por encontrarse ajustada a Derecho.

2.- Con imposición, a la parte demandante, de las **costas procesales** causadas en esta instancia [ art. 139, apartado 1, de la Ley Jurisdiccional].

3.- La presente sentencia es susceptible de **recurso de casación**, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación. En el escrito de preparación deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 89.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, justificando el interés casacional objetivo que presenta [ art. 86.1, en relación con el art. 88, de la Ley Jurisdiccional, modificados por la disposición final 3.1 de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, en vigor desde el 22 de julio de 2016].

Vistos los preceptos legales citados y demás normas de general y pertinente aplicación.

#### **FALLAMOS**

**PRIMERO.- Desestimamos el recurso contencioso-administrativo** interpuesto por la representación procesal de «**MEDIAPUBLILINE, S. L. U.**» frente a Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 23 de febrero de 2017 [CFT/DTSA/002/16], ya mencionada. Y, en consecuencia, confirmamos dicha resolución administrativa, por encontrarse ajustada a Derecho.

**SEGUNDO.-** Con imposición, a la parte demandante, de las **costas procesales** causadas en esta instancia.

**TERCERO.-** No tífquese esta Sentencia a las partes personadas, haciéndoles la indicación de que contra la misma puede prepararse **recurso de casación** ante esta Sección, mediante escrito en el que habrá de acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 89.2 de la Ley Jurisdiccional [redacción ex Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio], justificando el **interés casacional objetivo** que el recurso preparado presenta. Habiendo de realizarse la presentación de dicho escrito en el **plazo de 30 días**, a contar desde el siguiente al de su **no** tificación, y para ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.