



Roj: **SAN 1810/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:1810**

Id Cendoj: **28079230082017100196**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **04/04/2017**

Nº de Recurso: **641/2014**

Nº de Resolución: **203/2017**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1810/2017,**
ATS 12265/2017,
STS 2789/2018

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000641 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 06381/2014

Demandante: OOIGA TELECOMUNICACIONES, S.L.

Procurador: D^a. ROSALÍA ROSIQUE SAMPER

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

SENTENCIA N°:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a cuatro de abril de dos mil diecisiete.

VISTO por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo nº **641/2014** promovido por la Procuradora de los Tribunales D^a. **Rosalía Rosique Samper**, en nombre y representación de **Ooiga Telecomunicaciones, S.L.**, contra resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 16 de octubre de 2014, por la que se resuelve

conflicto de interconexión frente a **Cableuropa, SAU y Telefónica de España, SAU** por suspensión de pagos en interconexión de un tráfico generado en Rumanía con destino numeración de tarificación adicional.

Ha sido parte recurrida la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, representada por el Abogado del Estado. Se han personado como codemandadas **Telefónica de España, SAU**, representada por la Procuradora de los Tribunales **D^a. Ana Llorens Pardo**; y **Digi Spain Telecom, SLU**, representada por el Procurador de los Tribunales **D. Alberto Hidalgo Martínez**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Frente a la resolución indicada, el recurrente interpuso recurso contencioso administrativo y reclamado el expediente a la Administración y siguiendo los trámites legales, se emplazó a la parte recurrente para la formalización de la demanda, lo que verificó mediante escrito que obra en autos. Termina suplicando a la Sala se dicte sentencia declarando la nulidad de la resolución impugnada, así como que determinados operadores tiene la obligación de satisfacer a la actora la totalidad de pagos aún retenidos por los servicios de interconexión recibidos a los que se refiere la resolución recurrida, incluyendo la componente de tarificación adicional, siguiendo el sistema de pagos en cascada sin que el supuesto carácter irregular del tráfico justifique la retención de pagos, en concreto el derecho a recibir lo cobrado por ONO, con imposición de costas.

SEGUNDO.- Emplazado el Abogado del Estado para que contestara a la demanda, así lo hizo en escrito en el que, tras expresar los hechos y fundamentos de derecho que estimó convenientes, terminó solicitando que se dictara una sentencia desestimatoria del recurso.

Igual pretensión desestimatoria han deducido los codemandados, TESAU y Digimóvil, instando la desestimación de las pretensiones deducidas por la parte recurrente.

TERCERO.- Se practicó la prueba solicitada y admitida por la Sala, las partes presentaron escrito de conclusiones por su orden y las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, la cual tuvo lugar el día 22 de marzo de 2017.

CUARTO.- La cuantía de este recurso es indeterminada.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Señala la resolución recurrida, entre otros extremos:

<<La llamada se origina cuando el cliente de la red de Digimobil se encuentra fuera de España y realiza desde Rumanía llamadas en itinerancia a determinados números de tarificación adicional españoles, utilizando para ello tarjetas prepago adquiridas en diversos puntos de distribución en España y Rumanía. Dichas llamadas se originan en la red de Digi Rumanía en dicho país, y se encaminan y entran en España a través de Digimobil. Ambos operadores forman parte del mismo grupo empresarial según manifiesta Digimobil y tienen un acuerdo firmado a estos efectos..... Digimobil entrega la llamada a Jazztel, éste a Telefónica y este último a ONO. Estos tres últimos operadores prestan un servicio de tránsito al anterior operador de la cadena hasta que la llamada finaliza en la red de Ooiga, asignatario de la numeración hacia la que se dirigieron las llamadas presuntamente irregulares. A su vez, Ooiga tendría un acuerdo con el prestador de servicios de tarificación adicional (Zoeval).....

En concreto, el tráfico es masivo y concentrado (tanto en tiempo -poco más de cuatro días- como en el origen geográfico de las llamadas) y también resultan relevantes algunos detalles relativos a las tarjetas SIM y sus recargas o el uso de códigos IMEI falsos desde los que se realizaron las llamadas, tal y como se detalla a continuación....

Las llamadas se realizaron desde un total de 100 tarjetas SIM, 65 de las cuales fueron adquiridas en 9 establecimientos situados en un ámbito geográfico concreto en EspañaEn un plazo de cuatro días se produjeron más de 340.000 llamadas a tres números de los rangos 905 y 807 ...la duración más habitual de las llamadas se concentra en la franja de entre 20 y 30 minutos para los números 807, de manera que su duración se extendió al máximo legal permitido. El dígito de control del código IMEI, que permite identificar a cada terminal específico, es falso en 101 casos de un total de 113 ...los números de la tarjetas SIM llamantes no muestran tráfico con carácter previo o posterior.

(....) También cabe destacar ...la alta cantidad de llamadas por llamante: entre otros muchos, el número de origen 6422300629 realizó (cuatro días) 6.381 llamadas. Lo mismo sucede con el número de origen 6422302233, que realizó en el mismo periodo 5.919 llamadas al mismo número de destino.... La concentración

de destinos llamados por un mismo llamante ...la duración elevada de las llamadas en el caso del número 807... En definitiva, parece acreditado que en el presente caso se ha producido un tráfico irregular y una perturbación en el normal funcionamiento de las redes, puesto que los indicios detallados anteriormente apuntan a que la adquisición de tarjetas y las llamadas no habrían tenido por objeto la efectiva comunicación entre usuarios ni la prestación de un servicio, sino obtener un beneficio económico con la generación de tráfico (en particular, por parte del PSTA, que es quien recibe el componente de tarificación adicional que constituye una parte muy sustancial del coste final de la llamada)>>.

Y señala la resolución:

<<Ooiga es operador de red inteligente en relación con el tráfico origen del presente conflicto, siendo asignatario de los tres números hacia los que se dirigieron la mayoría de las llamadas realizadasrespecto a la relación contractual entre Ooiga y la última entidad de la cadena de pagos, que sería el prestador de servicios de tarificación adicional y tal y como se ha indicado con anterioridad el contrato que aporta Ooiga con dicho operador no está firmado. Además, según el acta notarial de 11 de septiembre de 2012, las locuciones que se escuchan tras las llamadas identifican directamente a Ooiga como PSTA, y no constan pagos entre Ooiga y el PSTACabe por tanto destacar que, tal y como se ha detallado en el presente fundamento de derecho, el tráfico irregular ha quedado suficientemente acreditado y que, tanto desde el punto de vista contractual como a la luz de las circunstancias concurrentes en relación con cada uno de los intervinientes, no resulta justificado reconocer a Ooiga su derecho a la remuneración en los términos planteados en su escrito, por parte de los anteriores operadores en la cadena de pagos, en relación con las llamadas origen del presente conflicto, salvo en lo que se refiere a la prestación de los servicios de interconexión>>.

La parte recurrente no cuestiona la irregularidad del tráfico, pero sí la competencia de la CNMC para que ignore su derecho legal y contractual a recibir los ingresos correspondientes a la prestación de servicios de interconexión efectivamente prestados.

SEGUNDO.- La resolución recurrida resalta que la retención de los pagos por los servicios ha afectado a todos los operadores en la cadena, empezando por Digimobil, trasladando cada operador al siguiente la medida de retención, pero partiendo de la premisa de la existencia de tráfico irregular.

La Sala concluye, sin esfuerzo alguno, que se ha acreditado en el expediente la existencia del tráfico irregular que afirma la CNMC. Ninguna repercusión aprecia la Sala, como afirma la CNMC respecto del hecho de que el tráfico se haya generado desde fuera de España, pues lo cierto es que la irregularidad se materializa al transitar las llamadas por redes españolas. La conclusión que obtiene la resolución objeto de recurso, y esta Sala considera claramente acertada, es que las llamadas con origen en Rumanía y destino a números de tarificación adicional se realizaron para incrementar de forma artificial el tráfico "y no realmente para utilizar los servicios a los que se dirigían las llamadas, un tipo de comportamiento irregular recurrente en el sector de las comunicaciones electrónicas".

Por otra parte resaltamos que la CMNC por resolución de 5 de septiembre de 2013 aprobó el procedimiento común para la suspensión de la interconexión de numeraciones por tráfico irregular.

Tal y como señala la Abogacía del Estado, en nuestras sentencias de fecha 31 de enero y 14 de febrero de 2014, afirmábamos:

<<Distinta es la cuestión que se nos plantea, ajena a unas penalizaciones contractuales, en cuanto se trata de velar por las mejores condiciones de prestación y remuneración de los servicios e interconexión con arreglo al marco normativo a que se hizo mérito. Significa textualmente la CMT, en el último párrafo del Fundamento de Derecho Primero de la resolución:

"Por todo ello, se considera que es competencia de esta Comisión valorar la incidencia que el supuesto tráfico fraudulento ha podido tener sobre la prestación y abono de los servicios y, en consecuencia revisar las retenciones de pagos de interconexión efectuadas entre los operadores parte del presente conflicto..."

Esto es, ha de enfatizarse que la potestad del regulador se extiende a la salvaguarda de las adecuadas relaciones entre operadores, a fin de garantizar el acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios que se prestan, para así fomentar la competencia efectiva, la defensa de los intereses de los usuarios y la inversión eficiente en las 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>>.

Nos permitimos resaltar lo que señala la codemandada en su escrito de contestación, referido a similar recurso (263/14) interpuesto por Seboim, S.L. sobre cancelación de número corto, y resuelto por sentencia de esta Sala y Sección de 4 de diciembre de 2015, en que se aprecia similar tráfico irregular de llamadas y se trata del mismo administrador único que Ooiga Telecomunicaciones, S.L.

TERCERO. - 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.

En todo caso, la conducta de la recurrente es contraria con su propia postura sostenida en vía administrativa, pues considera competente a la CNMC sólo para acordar conforme ella interesa, pero no en sentido distinto.

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.

Como hemos señalado con anterioridad no puede dejar de resaltarse que Ooiga ha sido objeto de varias decisiones de la CNMC por más casos de tráfico irregular, pudiendo resaltar las resoluciones de 11 de diciembre de 2014 y dos resoluciones de 9 de julio de 2015, referidas a Ooiga o a Seboim, conforme se refleja en la contestación a la demanda de Digi Spain Telecom. No se ha acreditado, de forma cumplida, la relación entre Ooiga y Zoeval y se deduce de lo actuado que el PSTA ha sido en realidad la propia Ooiga.

CUARTO. - En virtud de lo dispuesto en el artículo 139 LRLCA, procede imponer las costas a la parte recurrente.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimar el recurso contencioso administrativo promovido por la Procuradora de los Tribunales **D^a. Rosalía Rosique Samper**, en nombre y representación de **Ooiga Telecomunicaciones, S.L.**, contra resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 16 de octubre de 2014, por la que se resuelve conflicto de interconexión, por su disconformidad a derecho. Imponer las costas a la parte recurrente.

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

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 del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción, justificando el interés casacional objetivo que presenta.