



Roj: **SAN 3325/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:3325**

Id Cendoj: **28079230082018100416**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **09/07/2018**

Nº de Recurso: **8/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **ANA ISABEL GOMEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN OCTAVA**

**Núm. de Recurso:** 0000008 / 2015

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 00085/2015

**Demandante:** D<sup>a</sup>. ROSALÍA ROSIQUE SAMPER, EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE "OOIGA TELECOMUNICACIONES, S.L, SOCIEDAD UNIPERSONAL"

**Procurador:** D<sup>a</sup>. ROSALÍA ROSIQUE SAMPER

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

**Codemandado:** TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU, ORANGE ESPAGNE, SAU

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.:** D<sup>a</sup>. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

### **SENTENCIA N<sup>o</sup>:**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. ERNESTO MANGAS GONZÁLEZ

D<sup>a</sup>. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D<sup>a</sup>. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a nueve de julio de dos mil dieciocho.

**Visto** el presente recurso contencioso administrativo n<sup>o</sup> **8/15**, interpuesto ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional por la Procuradora D<sup>a</sup>. **Rosalía Rosique Samper**, en nombre y representación de "**OOIGA TELECOMUNICACIONES, S.L, Sociedad Unipersonal**", contra la Resolución adoptada por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 11 de diciembre de 2014, sobre conflicto de interconexión, en el que la Administración demandada ha estado dirigida y representada por el Abogado del Estado.



Se han personado como codemandadas las entidades **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU**, representada por la Procuradora **D<sup>a</sup>. Ana Llorens Pardo**, y **ORANGE ESPAGNE, SAU**, representada por el Procurador **D. Roberto Alonso Verdú**.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. **D<sup>a</sup>. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA**, Magistrada de la Sección.

## AN TECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** El presente recurso contencioso-administrativo se interpone por la representación procesal de OOIGA TELECOMUNICACIONES, S.L., contra la Resolución adoptada por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 11 de diciembre de 2014, por la que se pone fin al conflicto de interconexión presentado por ORANGE ESPAGNE, frente a, CABLEEUROPA, S.A.U, y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., por la suspensión de pagos en interconexión de determinado tráfico irregular.

La cuantía del recurso se ha fijado en indeterminada.

**SEGUNDO:** Presentado el recurso, se reclamó el expediente administrativo y se dio traslado de todo ello al actor para que formalizara la demanda, el cual expuso los hechos, invocó los fundamentos de derecho y terminó por suplicar que, previos los tramites legales pertinentes, se dicte sentencia en la que, estimando íntegramente la demanda:

a) se declare la nulidad de la resolución recurrida por incurrir en vicios de anulabilidad definidos en el artículo 63.1 de la Ley 30/1992, en concreto resultar contraria al artículo 57.3 de la misma Ley 30/192 y al artículo 51.2 de la Ley 9/2014, y

b) se declare que los operadores inscritos en el Registro de Operadores de la CNMC (ORANGE, TESAU y ONO) tienen la obligación de satisfacer, de forma inmediata, la totalidad de los 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 los pagos, y

c) se declare el derecho de OOIGA a recibir de ONO, en cuanto ONO haya cobrado, la totalidad de los pagos aún retenidos por ONO,

d) y todo ello con expresa imposición de costas.

**TERCERO:** Formalizada la demanda se dio traslado al Abogado del Estado para que la contestara, el cual expuso los hechos y fundamentos de Derecho y suplicó se dictara sentencia desestimatoria de todas las pretensiones de la parte actora.

**CUARTO:** La codemandada TELEFÓNICA contestó a la demanda, oponiéndose al recurso y solicitando su desestimación, con expresa imposición de costas a la recurrente.

**QUINTO:** La entidad codemandada ORANGE contestó a la demanda, oponiéndose al recurso y solicitando su desestimación y, por tanto, la confirmación de la Resolución de la CNMC de 11 de diciembre de 2014, con expresa imposición de costas, a la parte actora.

**SEXTO:** Habiendo sido solicitado el recibimiento a prueba del procedimiento, se practicó la que de la propuesta fue declarada pertinente, con el resultado que obra en la causa, y, evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos, señalándose para votación y fallo el día 4 de julio del año en curso en que, efectivamente, se votó y falló.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** Se dirige el presente recurso contra la precitada resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, fecha 11 de diciembre de 2014, por la que se pone fin al conflicto de interconexión presentado por Orange Espagne, S.A.U. frente a Cableuropa, S.A.U. y Telefónica de España, S.A.U. por la suspensión de pagos en interconexión de determinado tráfico irregular.

Dicha resolución contiene el siguiente Resuelve:

*«PRIMERO.- Concurren circunstancias que confirman que el tráfico analizado en el expediente con origen en las numeraciones detalladas en el Fundamento de Derecho Tercero y destino hacia los números 905400895, 905400896, 905400897, 905400898, 905400899 y 905400902 con origen desde la República Checa y entrada en España a través de la red de Orange Espagne, S.A.U. constituye tráfico irregular.*



*SEGUNDO.- La retención de los pagos practicada por Orange Espagne, S.A.U. en el presente caso, y trasladada a lo largo de la cadena de pagos, resulta ajustada a Derecho a la luz de los contratos aplicables y de las circunstancias concurrentes.*

*TERCERO.- Dar traslado de la resolución que se dicte y de los antecedentes recabados en el presente expediente a la Comisión de Supervisión de Servicios de Tarificación Adicional y al Ministerio Fiscal, a los efectos oportunos en virtud de sus respectivas competencias.»*

Son antecedentes a tener en cuenta para la resolución del pleito los siguientes:

1.- Con fecha 6 de noviembre de 2013, la entidad Orange Espagne, S.A.U., presentó ante la Comisión escrito en el que ponía en conocimiento la existencia de determinados tráficos irregulares.

Dicho tráfico se habría originado entre el 12 y el 17 de octubre de 2013 desde usuarios de tarjetas prepago del operador polaco Polkomtel en roaming en la República Checa, que llamaban utilizando la red móvil del operador checo T-Mobile (T-Systems). El tráfico habría entrado en España a través de la red de Orange, quien tiene suscritos diversos acuerdos de carrier internacional para aquellos tráficos con destino a redes españolas, tanto fijas como móviles. En España, según indica Orange, el tráfico habría transitado por las redes de los operadores Telefónica y Cableuropa, S.A.U. (ONO), siendo este último el operador asignatario de la numeración hacia la que se dirigió el tráfico irregular. Finalmente, el prestador de servicios de tarificación adicional (PSTA) es la entidad Ooiga Telecomunicaciones, S.L.

Orange solicitaba que la Comisión declarase que el tráfico denunciado es irregular, de conformidad con el procedimiento aprobado por Resolución de la CMT el 5 de septiembre de 2013 y determinase la improcedencia del pago en interconexión de las cantidades asociadas al tráfico irregular dirigido a las numeraciones de tarificación adicional concernidas. Solicitaba asimismo la adopción de una medida cautelar consistente en la declaración de la improcedencia de los pagos de la componente de tarificación adicional de los tráficos referidos.

2.- Por medio de escrito de la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC, de 29 de noviembre de 2013, se comunicó a Telefónica, ONO y Orange, el inicio del procedimiento y se dirigieron requerimientos de información a estas compañías.

3.- Presentados escritos de alegaciones y respuesta al requerimiento, con fecha de 25 de julio de 2014, la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC formuló nuevo requerimiento de información a Orange acerca de los tráficos concernidos. Orange dio respuesta mediante escrito presentado ante la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de 7 de agosto de 2014.

4.- Con fecha 8 de octubre de 2014, la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC emitió informe de audiencia, que fue notificado a los diferentes operadores intervinientes en los tráficos, además de a la entidad Ooiga (quien en el presente conflicto no actúa como operador sino como prestador de servicios de tarificación adicional).

Al informe de audiencia presentaron alegaciones los operadores Orange y Telefónica. También presentó alegaciones Ooiga.

**SEGUNDO:** Se razona en la resolución impugnada, en síntesis, que es objeto del procedimiento la resolución del conflicto de interconexión planteado por Orange, en relación con la repercusión en cascada de la retención de pagos efectuada por los operadores involucrados en un tráfico que tiene carácter irregular y fue originado por llamadas realizadas desde la República Checa. Estas llamadas fueron realizadas por parte de usuarios en roaming del operador polaco Polkomtel e iban dirigidas a diversos números de tarificación adicional asignados a ONO en España.

El tráfico en cuestión, una vez que tuvo entrada en las redes españolas, ha discurrido por las redes de los operadores Orange, Telefónica y ONO, terminando las llamadas este último en el prestador de servicios de tarificación adicional Ooiga.

Se analizan los servicios y las relaciones contractuales existentes entre las diferentes partes del conflicto y la regulación aplicable. Resultando que el tráfico se originó por algunos clientes usuarios de tarjetas prepago del operador polaco Polkomtel, en itinerancia en la República Checa, accediendo a través de la red del operador T-Mobile. Estos usuarios realizaban llamadas a números de tarificación adicional españoles.

Orange, que tiene suscritos diversos acuerdos con carriers internacionales, encaminó las llamadas, una vez que le fueron entregadas en España, hacia Telefónica, operador de tránsito, quien las entregó a ONO, asignatario de la numeración en cuestión. ONO, a su vez, entregó las llamadas al PSTA, que es el usuario de



los números concernidos. Según indica Orange, las llamadas de origen internacional hacia numeraciones de tarificación adicional españolas se encuentran bloqueadas por defecto con el operador T-Systems.

Se expone que, en relación con los flujos económicos que se derivan de las relaciones entre los operadores, los servicios involucrados en el presente conflicto no están sujetos a regulación ex ante, pero se debe tener en consideración la obligación general de los operadores de garantizar los principios generales de adecuación de la interconexión y del acceso y el principio de la interoperabilidad de servicios, contenidos en la LGTel (artículo 12.5), y la necesaria consecución de los objetivos del artículo 3. En cuanto a los pagos, la cuantía será, en principio, suficiente para remunerar la parte correspondiente del servicio de tránsito a Telefónica, la terminación en red inteligente de ONO y la componente de tarificación adicional que finalmente se paga al prestador del servicio de tarificación adicional. El prestador del servicio de tarificación adicional al que remunera el prestador del servicio de red inteligente en el que terminan las llamadas, percibe una parte sustancial del total de las remuneraciones generadas por el tráfico, aunque depende del acuerdo comercial entre ambos.

El presente conflicto se ha originado como consecuencia de las retenciones en cascada correspondientes a la remuneración de los servicios de interconexión y de la componente de tarificación adicional, motivadas por el supuesto tráfico irregular originado en la República Checa. Los diversos operadores intervinientes en el encaminamiento del tráfico en España confirman que los patrones de las llamadas que han originado la retención de pagos de la que trae causa el presente conflicto son irregulares, y así se ha reflejado en las actas de consolidación entre Orange/Telefónica, por un lado, y Telefónica/ONO, por otro. Orange considera que no le corresponde abonar el pago en interconexión ni la componente de tarificación adicional y confirma, como lo han hecho los demás operadores intervinientes en la cadena en España, que no ha percibido cantidad alguna por dicho tráfico, ya que las retenciones las realizó con carácter previo T-System.

Se considera acreditado el carácter irregular del tráfico, con la abundante información existente en el expediente.

Indicando Orange que las numeraciones de tarificación adicional hacia las que se dirigía el tráfico, simulaban prestar un servicio de votaciones para el concurso "Balón de oro", que ofrecía un premio de 10.000 euros, 2 premios de 5.000 euros, 10 premios de 1.000 euros y 50 premios de 100 euros, con resultados disponibles a través de la página web (...). Sin embargo, lo que resultó de la instrucción es que dicho servicio de votaciones era, en realidad, ficticio puesto que, según la documentación adjunta a la denuncia policial presentada por Orange y aportada al presente procedimiento, el dominio wygranietych.com fue registrado desde la página web de Arsys el 19 de octubre de 2013, es decir, dos días más tarde de que finalizase el tráfico irregular (que tuvo lugar entre el 12 y el 17 de octubre del mismo año).

En un plazo de cinco días, entre los días 12 y 17 de octubre de 2013, se produjeron más de [CONFIDENCIAL] llamadas a varios números de los rangos 905 (atribuido por el PNNT a la prestación del servicio de llamadas masivas, permitiendo prestar servicios de voz y televoto), concretamente, a los siguientes números: 905400895, 905400896, 905400897, 905400898, 905400899 y 905400902. Se ha constatado la irregularidad del tráfico sobre la base de la información aportada por Orange resultando que todas las llamadas se realizaron mediante tarjetas prepago, con una alta concentración en origen y en destino, con duración y relación IMSI/IMEI anómala, así como con simultaneidad de las llamadas.

Se razona que este tipo de actuaciones puede favorecer especialmente al PSTA, que es quien recibe la componente de tarificación adicional que constituye la parte más sustancial del precio de la llamada. Y, en respuesta a las alegaciones de Ooiga, se expone que se ha confirmado sobradamente la naturaleza irregular del tráfico analizado, con independencia de que las llamadas se originaran fuera de nuestro país, ya que la irregularidad se mantiene al transitar las llamadas por redes españolas. Que el tráfico es único, no se modifica ni cambian sus parámetros a lo largo de la cadena. Orange, como operador de tránsito o de acceso en España tiene suficiente información para comprobar la irregularidad del tráfico, y así lo ha analizado ante la Comisión. Que la Comisión tiene competencia para definir parámetros de tráfico irregular en la medida en que es la competente para intervenir en las relaciones entre operadores a nivel mayorista -en virtud del artículo 12.5 de la LGTel-, y así lo reguló mediante la Resolución de 5 de septiembre de 2013, la cual sigue siendo de aplicación para la suspensión de la interconexión en casos de tráfico irregular. Que los parámetros del procedimiento de suspensión de la interconexión son conocidos por los operadores a los que se ha habilitado para llevar a cabo la suspensión, ya que por motivos de confidencialidad y del tipo de prácticas que se pretenden evitar, la transparencia sobre tales criterios ha de ser limitada. No obstante, en la relación de interconexión conocida en este conflicto no se ha aplicado el procedimiento de suspensión de la interconexión.

Se dice que la Comisión valora el comportamiento de cada uno de los operadores intervinientes en la cadena con arreglo a sus obligaciones contractuales, así como a los principios generales del Derecho de obligaciones



y contratos, sin perder de vista la perspectiva de la relevancia que tiene en el ámbito jurídico-público la acreditada existencia de tráfico irregular en el presente caso, para velar por el equilibrio en las prestaciones entre las partes, así como para evitar los efectos que resultan de comunicaciones que se apartan del fin propio de la prestación de un servicio de comunicación. La retención de los pagos por los servicios de interconexión prestados en España ha afectado a todos los operadores en la cadena, es decir, ninguno ha percibido cuantía alguna en remuneración de los servicios de interconexión que ha prestado. T-Systems, como carrier internacional, no pagó a Orange la factura relativa a estos tráficos, por lo que el operador que recibió el tráfico en España, Orange, trasladó la retención al siguiente de la cadena, Telefónica, y éste a Ono, quien la practicó por último al PSTA.

Se concluye que el tráfico irregular ha quedado suficientemente acreditado y Orange y Telefónica han actuado con diligencia, teniendo en cuenta las previsiones aplicables en sus respectivos acuerdos de interconexión, que les habilitan expresamente a retener los pagos en supuestos de tráfico irregular. Y que, aunque esta previsión no está incluida en el acuerdo entre Telefónica y ONO, no está justificado exigir dicho pago cuando el tráfico irregular no es responsabilidad del operador de acceso, éste no ha recibido ninguna contraprestación, y los operadores han solicitado a ONO en repetidas ocasiones modificar su contrato ante la existencia de estas situaciones, habiéndose negado esta última y, finalmente, cuando la propia ONO sí está habilitada para suspender los pagos al PSTA, en caso de tráfico irregular.

**TERCERO:** En el escrito de demanda fundamenta la actora su pretensión anulatoria de la resolución recurrida en los siguientes motivos:

#### 1.- Competencia de la CNMC

Admite la actora que la Comisión es competente para la resolución de conflictos de interconexión, afirmando que lo que cuestiona es la potestad de la CNMC para resolver el conflicto de interconexión al margen de lo dispuesto en la Ley y en los contratos entre las partes, optando por una supuesta solución en equidad, para garantizar el equilibrio contractual entre las partes, quod non, y que además diverge de los precedentes de resolución de similares conflictos por la CMT.

#### 2.- Retención contraria a contrato

La Resolución objeto de recurso confirma que el contrato de interconexión entre TESAU y ONO no contempla la retención de los ingresos de interconexión. Por el contrario, los contratos recogen la obligación de pago como contraprestación por la prestación del servicio de interconexión.

La CNMC resuelve en favor de la retención de los ingresos por interconexión a pesar de que el contrato TESAU/ONO no contempla esta excepción y por tanto resulta de aplicación la esencial cláusula de pago como contraprestación por la prestación del servicio prestado. La Comisión podría plantear una modificación de los contratos de interconexión a fin de introducir cláusulas específicas relativas a la gestión del tráfico irregular, las cuales no tendrían efecto retroactivo, sino a futuro, pero no cabe modificar las condiciones contractuales acordadas por las partes mediante la Resolución de un concreto conflicto de interconexión, y aplicar retroactivamente la nueva regla creada por la CNMC en relación con la retención del ingreso de interconexión.

Por ello, considera la recurrente que la Resolución recurrida resulta contraria al artículo 57.3 de la Ley 30/1992 .

#### 3.- Retención de ingresos contraria a Ley

No existe una previsión legal que habilite a operadores a retener los pagos de interconexión, como ha reconocido la CNMC en su resolución de 25/03/2015.

El art. 51.2 Ley 9/2014 , que recoge el concepto de tráfico irregular, no habilita a la CNMC a ordenar la retención de los pagos de interconexión en caso de tráfico irregular, se limita a delegar en el Gobierno la regulación por Real Decreto del régimen jurídico sobre la retención de pagos. La resolución recurrida, por tanto, ignora el contenido del art. 51.2 de la Ley 9/2014 , en cuanto se adelanta al desarrollo reglamentario de la Ley por el Gobierno. Por tanto, incurriría en vicio de anulabilidad según lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 30/1992 e incluso de nulidad del pleno derecho según lo dispuesto en el art. 62 1 b) de dicho cuerpo legal .

#### 4.- Resolución contraria a los precedentes

Históricamente, el regulador siempre exigió el paso de los servicios de interconexión, independientemente del carácter irregular del tráfico objeto de los servicios de interconexión.

El artículo 54.1.c) de la Ley 30/1992 exige que sean motivados los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes. No obstante, la Resolución recurrida ni admite separarse del criterio seguido en



actuaciones precedentes, ni motiva dicha separación, lo que constituye un vicio de anulabilidad de la misma en virtud de lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 30/1992 .

#### 5.- Equilibrio contractual

El análisis en equidad de la CNMC está viciado y la Resolución no genera equilibrio alguno sino, por el contrario, un evidente desequilibrio en perjuicio de la recurrente.

La Resolución reconoce que el origen del conflicto es una mala gestión del servicio por parte de ORANGE; reconociendo este operador que las llamadas están bloqueadas en su red; el motivo del impago por parte de T-Systems a ORANGE se debe exclusivamente al hecho de que el servicio no debió nunca prestarse por no estar así contemplado en el contrato entre ambas partes. Por ello, debe ser ORANGE quien asuma la responsabilidad de dicho error y los daños derivados del mismo.

La Resolución de la CNMC exime a ORANGE de todo daño por su negligencia y traslada dichos daños a la recurrente, que deja de cobrar la retribución contractualmente fijada, y en base a unos vagos principios, ajenos a la Ley, los contratos y los precedentes.

#### 6.- Tráfico irregular

El concepto de tráfico irregular es legalmente reconocido por vez primera en el artículo 51.2 de la Ley 9/2014 , que permite a la CNMC " ordenar el bloqueo de acceso a números o servicios por motivos de tráfico irregular con fines fraudulentos [...] ". "

La actora ni confirma ni niega el carácter irregular del tráfico objeto del presente recurso, pues desconoce los parámetros que califican un tráfico como irregular, al ser confidenciales. Pero rechaza que, en base a la declaración de irregularidad del tráfico por la CNMC, la Resolución objeto de Recurso ignore su derecho legal y contractual a recibir los ingresos por los servicios efectivamente prestados.

Por otra parte, la Resolución de 5 de diciembre de 2013 no es aplicable en el caso que nos ocupa porque el tráfico no se origina en España. Ni siquiera corresponde a tráfico de usuarios abonados a un operador español, aunque sea en itinerancia en otros países.

#### 7.- Principios de derecho de las obligaciones y contratos

El operador que termina el tráfico no tiene por qué asumir los daños del impago de un tráfico irregular a no ser que se demuestra su responsabilidad en la generación del mismo.

La Resolución en ningún momento declara la existencia de responsabilidad de Ooiga en el origen del tráfico irregular ni de ningún otro modo la hace responsable de dicho tráfico.

**CUARTO:** El Abogado del Estado se opone al recurso, comenzando por alegar que la resolución dictada por la CNMC se inserta dentro del ámbito de su potestad de resolución de conflictos entre operadores, contemplada genéricamente en el artículo 15 de la LGTel. Lo cual ha sido respaldado por esta Sala en las sentencias de fechas 31 de enero y 14 de febrero de 2014 ( rec. 1147/2011 y 1104/2011 ), en asuntos idénticos al actual.

Además, el propio artículo 51.2 de la LGTel deja a salvo la competencia de la CNMC para intervenir en las relaciones entre operadores, sin precisar dicha intervención de desarrollo reglamentario alguno. El propio precepto citado exige desarrollo reglamentario ulterior, mediante Real Decreto, para establecer las medidas a tomar por los operadores para bloquear el acceso a números o servicios, así como los casos en que los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas podrán retener los correspondientes pagos, pero deja a salvo tal precepto expresamente la potestad del regulador de intervenir en materia de acceso e interconexión y en la resolución de conflictos.

Tal previsión legal ha sido recientemente desarrollada por el Real Decreto 381/2015, de 14 de mayo, que entró en vigor el 29 de mayo de 2015. La norma reglamentaria dictada en desarrollo del artículo 51.2 de la LGTel deja a salvo la competencia del regulador, al amparo del art. 15 LGTel, para resolver los conflictos entre operadores en materia de acceso e interconexión, dejando claro a todas luces que la potestad de intervención de la CNMC en este tipo de conflictos, que puede implicar consecuencias en la cascada de pagos en interconexión de tráfico de abonados a servicios móviles extranjeros en roaming en España -como sucede en el presente supuesto-, no tiene su encaje legal en el señalado artículo 51.2 LGTel, que se refiere a los casos en que los prestadores de los servicios de comunicaciones electrónicas pueden proceder a retener los ingresos por la prestación de sus servicios. Posibilidad ésta precisada de desarrollo reglamentario, y que ha venido a llenar el Real Decreto 381/2015 .

Por ello, no pueden ser acogidos los argumentos empleados en la demanda para combatir la resolución recurrida, aduciendo la falta de soporte legal para su adopción, así como la ausencia de previsión contractual

en los acuerdos suscritos entre operadores para proceder a la retención en los pagos por los servicios de interconexión. La actuación administrativa objeto de recurso ha sido adoptada por el regulador en el ámbito de su potestad de resolución de conflictos entre operadores que encuentra su refrendo y fundamento legal en el artículo 15 LGTel, y más genéricamente, en el artículo 12.5 de la misma norma .

**QUINTO:** La entidad codemandada Telefónica se opone a la demanda, razonando, en síntesis, que si bien OOIGA obvia de forma interesada el análisis que realiza la CNMC sobre la irregularidad del tráfico, lo cierto es que es este análisis lo que hace que la CNMC, dentro de su ámbito competencia, resuelva un conflicto de interconexión entre operadores valorando toda la prueba obrante en el procedimiento, para llegar a la conclusión de que la suspensión de pagos realizada en cadena hasta llegar a Ooiga está justificada.

Añade que Ooiga fue sancionada por la extinta CMT, en resolución de fecha 29 de abril de 2014, como responsable directa de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53 w) de la Ley 32/2003 , por haber incumplido las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación de los recursos de numeración de tarificación adicional incluidos en el Plan Nacional de Numeración Telefónica, al hacer un uso indebido de la numeración de tarificación adicional asignada. Lo que confirma que el tráfico irregular con destino a numeración de OOIGA no es un hecho puntual sino una práctica reincidente.

Se razona que el tráfico irregular provoca efectos negativos en la red y de índole económica a los operadores de comunicaciones electrónicas que actúan en la cadena de interconexión de la llamada y afectan a la imagen de la marca de España, situando a la nación en el punto de mira del tráfico irregular internacional.

Rechaza la manifestación de la actora sobre el hecho de que la Comisión haya resuelto de forma diferente a este caso otros precedentes de impago por tráfico irregular, citando una serie de procedimientos.

En igual sentido contesta a la demanda la representación de Orange, razonando sobre la conformidad a derecho de la Resolución de la CNMC de 11 de diciembre de 2014, en la medida en que la posibilidad de retener el pago en caso de tráficos irregulares se encontraba regulada en los acuerdos de interconexión de los operadores que participaron en la cadena, en una interpretación conjunta y sistemática de los acuerdos de interconexión suscritos entre los distintos operadores. Que es competente la CNMC para resolver los conflictos de interconexión, incluyéndose entre tales conflictos, los relativos a la retención de pagos, lo cual ha sido confirmado por esta Sala en anteriores sentencias; las resoluciones citadas por la actora para acreditar un supuesto cambio de criterio por parte de la CNMC no analizan supuestos idénticos al que nos ocupa.

**SEXTO:** La cuestión litigiosa ha sido, efectivamente, examinada en anteriores ocasiones por esta Sala, y concretamente en el recurso 641/2014, citado por el Abogado del Estado, interpuesto por la misma entidad recurrente, en el que recayó sentencia desestimatoria de fecha 04/04/2017 . En el supuesto allí analizado el tráfico de llamadas también se había generado desde fuera de España, entendiéndose el tribunal que la irregularidad se materializa al transitar las llamadas por redes españolas. La Sala avaló el criterio de la Comisión al entender 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"*.

Se hace clara distinción entre la cuestión controvertida y la analizada en otros procedimientos en relación con penalizaciones contractuales. Y decíamos:

*"(...) 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."

Las cuestiones planteadas han sido también analizadas, entre otras, en sentencia de 12/06/2017 (rec. 499/15) interpuesto por Seboim.

Decíamos en ese caso, en relación con la retención de pagos por parte de Vodafone, como consecuencia de la constatación de tráfico irregular, que era es ajeno a aquel pronunciamiento y a la retención de pagos llevada a cabo por el mencionado operador, la relación contractual entre TESAU y ONO, que solo despliega efectos jurídicos entre las partes contratantes.

A la vista de lo actuado y partiendo del criterio del tribunal, sentado en anteriores recursos sobre el mismo objeto litigioso, hemos de concluir que el procedimiento seguido para la suspensión del tráfico es adecuado a derecho, pues la premisa fáctica que da lugar a todo ello -existencia de tráfico irregular de llamadas- está plenamente acreditada.

Como hemos dicho en anteriores sentencias, 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.

En la resolución impugnada se explica con detalle el sistema de llamadas y los distintos servicios que presta cada uno de los operadores que intervienen en la gestión del tráfico, así como el sistema de pagos en cascada; se analiza el resultado de las actuaciones de comprobación realizadas, ampliamente documentadas en el expediente y se analiza y se valora la actuación de cada uno de los operadores implicados, con referencia a su posición en el sistema de gestión del tráfico de llamadas. Precizando que ninguno de ellos ha percibido cantidad alguna. De manera que no cabe admitir el denunciado desequilibrio contractual.

Procede, en consecuencia con lo expuesto, la íntegra desestimación del presente recurso y la confirmación de la resolución impugnada.

**SÉPTIMO:** A tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 LJCA , procede la condena en costas de la parte actora.

**Vistos** los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Que **desestimamos** el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup>. **Rosalía Rosique Samper** , en nombre y representación de "**OOIGA TELECOMUNICACIONES, S.L, Sociedad Unipersonal**" , contra la Resolución adoptada por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 11 de diciembre de 2014, a la que la demanda se contrae, la cual confirmamos por su adecuación a Derecho.

Con condena en costas a la parte recurrente.

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.