



Roj: **SAN 4992/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:4992**

Id Cendoj: **28079230082017100509**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **27/11/2017**

Nº de Recurso: **254/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000254 / 2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03470/2015

Demandante: ZERTIA TELECOMUNICACIONES, S.L.

Procurador: D. ALBERTO HIDALGO MARTÍNEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA Nº:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

Dª. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

Dª. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a veintisiete de noviembre 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 **254/2015** promovido por el Procurador de los Tribunales a **D. Alberto Hidalgo Martínez**, en nombre y representación de **Zertia Telecomunicaciones, S.L.**, contra resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 25 de marzo de 2015, sobre improcedencia de retención de pagos de interconexión.

Ha sido parte recurrida la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Frente a la resolución indicada, se interpuso recurso contencioso administrativo, que fue admitido a trámite. 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 que dicte sentencia por la que se acuerde estimar el recurso declarando correctas las retenciones de pagos efectuadas por Zertia respecto a Jazztel y por ésta a Verizon referente a las facturas de los meses de octubre y noviembre de 2012. Con carácter subsidiario se plantea que lo único que debería satisfacer Zertia son los servicios de interconexión de tránsito con destino a Noruega y Bélgica y subsidiariamente a lo anterior, que se considere negligente a los tres operadores que fueron parte en el expediente, con imposición de costas a la administración.

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 y confirmatoria de la resolución recurrida, con imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO.- No se solicitó la práctica de prueba, las partes presentaron por su orden escrito de conclusiones y las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, la cual se señaló para el día 22 de noviembre de 2017, fecha en la que tuvo lugar.

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 impugnada, entre otros extremos, que el procedimiento se centrará en lo siguiente: "1. Analizar las relaciones de interconexión existentes entre los operadores involucrados en la cadena de pagos afectada por el tráfico irregular; 2. Estudiar el patrón de las llamadas que generaron el tráfico irregular, de conformidad con la información aportada por los operadores, y analizar la diferente numeración 881 y 882 satelital objeto de conflicto; 3. Examinar la conducta seguida por los operadores que han intervenido en la cadena de interconexión, en concreto, la diligencia mostrada en relación con: (i) la detección del tráfico irregular, (ii) la comunicación de la existencia del citado tráfico al resto de operadores de la cadena, y (iii) el cumplimiento de las disposiciones establecidas en sus correspondientes acuerdos de interconexión o de servicios internacionales con respecto al tráfico presuntamente fraudulento y el derecho o no a retener los pagos de los servicios de interconexión mayoristas".

Y continúa resaltando otros extremos que conviene plasmar:

<<Como se puede observar en este esquema gráfico, la cadena de interconexiones entre los operadores que cursaron el tráfico irregular objeto del conflicto, entre el 27 de septiembre y el 1 de octubre de 2012, comienza en una centralita interna de Zertia, que no estaba usando para la prestación de servicios minoristas, conectada a la red de Jazztel a través de una conexión SIP Trunking, solución usada para dar servicio de voz (VoIP), video u otras aplicaciones en streaming (ej. conferencias web) sobre el protocolo de Internet a través de una sola línea.... A continuación, siguiendo con la cadena de interconexiones de red, como se desprende de la figura expuesta anteriormente, el tráfico fue cursado de Jazztel a Verizon, actuando este último operador como operador de terminación nacional que ha encaminado el tráfico hacia el ámbito internacional a través de dos carriers (Telecom y Belgacom), con quien tiene firmados sendos acuerdos, hasta su destino a numeración satelital. En particular, el tráfico se envió hacia los satélites cuyos operadores son asignatarios actuales de los códigos de numeración 881 8 y 9 (Globastar) y 882 13 (EMSAT), 882 33 (Orantion Technologies Network) y 882 98 (Onair GSM Services).

Según consta en el listado Excel aportado por Zertia, también ha podido existir algún tráfico irregular hacia numeración satelital con rango 881 2 y 3. Sin embargo, esta numeración podría no estar actualmente activa ya que, según consta en la página web de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), esta numeración fue reclamada en junio de 2008 al operador satelital (Ellipso) para que fuera devuelta (...).

En consecuencia, todos los datos analizados constituyen indicios que, apreciados en conjunto, permiten concluir que, en el presente caso, las llamadas con origen en la centralita de Zertia y destino a números satelitales asignados por la UIT a los operadores Globastar (881 8 y 9), Ellipso (881 2 y 3), EMSAT - Telespazio- (882 13), Orantion Technologies Network (882 33) y Onair GSM Services (882 98) se realizaron para incrementar artificialmente el tráfico cursado, durante el periodo comprendido entre el 27 de septiembre y el 1 de octubre de 2012; un tipo de comportamiento irregular últimamente frecuente en el sector de las comunicaciones electrónicas.

Este tipo de actuaciones constituye sin duda una perturbación en el normal funcionamiento de las redes, puesto que los datos aportados por los operadores y los indicios detallados anteriormente apuntan a la existencia de tráfico de posible carácter fraudulento generado con el objetivo de obtener de modo artificial un beneficio económico por parte de algún operador interviniente en la cadena de interconexiones, incluidos los operadores destino del tráfico, al tratarse de llamadas con un precio elevado, superior al de una llamada con destino a numeración móvil internacional>>.

Hasta aquí, la CNMC relata las circunstancias de hecho que motivan el conflicto, no generando duda que se trata de tráfico irregular que ha afectado a varios operadores.

La CNMC también examina la actuación de los distintos operadores intervinientes, de forma detallada por cada uno de ellos y concluye señalando:

<<esta Comisión considera que Zertia fue parcialmente diligente. Sin embargo, de conformidad con lo señalado en este apartado, se considera que la diligencia anterior de Zertia no es suficiente. Zertia no ha acreditado de ninguna forma qué medidas de seguridad existían en su centralita en pruebas pre-comerciales para evitar o limitar tales ataques, en virtud de lo establecido en el citado artículo 44.2 de la LGTel (...)

Jazztel es el operador que presta a Zertia una conexión SIP Trunk para que pueda proveer servicios VoIP En aplicación de tales cláusulas contractuales analizadas, se considera que Jazztel actuó siguiéndolas de forma parcial, ya que si bien con anterioridad al vencimiento de la primera factura girada por Verizon, de 2 de octubre de 2012, Jazztel comunicó a dicha operadora la necesidad de dejar pendiente de facturar solo el tráfico dirigido a la numeración con rango 882 13 34, como consecuencia del ataque sufrido por Zertia, Jazztel no pagó a Verizon el resto de los tráficos facturados por ésta (tanto irregulares como otros regulares) ni aportó los CDR's con el tráfico objeto de disputa. Los registros del tráfico objeto de controversia por parte de Jazztel, de conformidad con la información que consta en el expediente, fueron aportados por esta operadora a Verizon varios meses después (12 de julio de 2013). En concreto, una vez que obtuvo de Intermática la información del tráfico recibido por ella en destino y con origen en España, el 21 de marzo de 2013.... Asimismo, se estima que Jazztel debió notificar con mayor prontitud a Verizon los CDR's de los tráficos que consideraba presuntamente fraudulentos generados desde la centralita interna de Zertia, de conformidad con la información (CDR'S) de los tráficos cursados por dicha operadora (...)

En conclusión, de conformidad con lo ya expuesto en el informe de audiencia, esta Sala considera que no es posible colegir de la conducta de Verizon actuación negligente alguna que haya supuesto un incumplimiento o cumplimiento parcial de las obligaciones contractuales que tiene contraídas tanto con Jazztel como con los operadores internacionales, quienes en principio han encaminado las llamadas entregadas por Verizon hasta la numeración satelital.

Tampoco de la documentación obrante en el expediente se ha podido demostrar responsabilidad alguna por parte de Verizon, ni en la generación del tráfico irregular ni en el desvío de las llamadas durante su encaminamiento evitando que llegaran a su destino>>.

SEGUNDO.- Con los datos que hemos reflejado anteriormente, concluye la CNMC sobre la retención de pagos en cascada, de la siguiente forma:

<<Esta Comisión considera que a diferencia de los supuestos analizados en los últimos expedientes tramitados en relación con la retención de pagos en interconexión por tráficos irregulares o presuntamente fraudulentos, donde la totalidad de la cadena de los operadores involucrados en el encaminamiento de este tráfico era conocido por este Organismo, ya el tráfico irregular terminaba en España y, por tanto, la mayoría de los operadores afectados por la retención de pagos prestaban servicios en el ámbito nacional, en el presente expediente no es posible conocer cuántos operadores internacionales han cursado las llamadas, a partir de Belgacom y Telecor, hasta su destino satelital o quién ha podido ser el operador presuntamente involucrado o responsable de la generación del tráfico irregular.

Ante esta situación, la propuesta de retención de los pagos en interconexión en cadena, en caso de determinarse, no estaría dirigida a evitar la retribución de operadores o a los prestadores de servicios de tarificación adicional por los tráficos generados de modo irregular -tal y como se intenta perseguir en los supuestos en los que se ha aprobado retener la componente de tarificación adicional-, con el objeto de garantizar un cierto equilibrio en las contraprestaciones devengadas por los operadores que han cursado el tráfico irregular y han actuado diligentemente.

La autorización de la retención de pagos de interconexión en origen no surtiría efectos sobre el resto de operadores de la cadena siguientes a Verizon, toda vez que, al no estar permitida dicha retención de pagos en los contratos firmados por Verizon con Belgacom y Telecor, para que estos a su vez intentaran repercutirlo al siguiente operador de la cadena y así sucesivamente hasta el operador destino del tráfico irregular, se

valora como una carga excesiva que Verizon tenga que intentar repercutir la retención de pagos a sus carriers internacionales, o asumir la pérdida del importe objeto de retención por parte de Jazztel, puesto que Verizon, en noviembre y diciembre de 2012, ya efectuó la totalidad del pago de los servicios prestados por estos carriers internacionales por los tráficos controvertidos y en el marco de esas relaciones es muy complicado justificar la retención de pagos de interconexión -y más aún, después del pago-.

Dichas consecuencias sobre Verizon no se estiman proporcionadas si tenemos en cuenta además que (i) no se ha podido demostrar que Jazztel o Verizon haya sido responsables de la generación del tráfico irregular, (ii) la retención de los pagos de interconexión no está contemplada en los acuerdos de servicios pactados entre Zertia y Jazztel y éste con Verizon, y que (iii) tal y como se ha expuesto en la presente resolución, tanto Zertia como, principalmente, Jazztel, no han actuado con suficiente diligencia.

En conclusión, en virtud de todo lo expuesto, esta Comisión no ve conforme a Derecho la retención de los pagos originada desde Zertia y repercutida por Jazztel a Verizon, como consecuencia de la generación de los tráficos irregulares, sin perjuicio de las acciones que en vía judicial pueda tomar Zertia en relación con la persecución del tráfico irregular, a los efectos de recuperar el importe generado por el mismo. En caso de que se no se haga efectivo el abono, Jazztel puede dejar de prestar el servicio de interconexión a Zertia>>.

TERCERO. - Los motivos de impugnación se refieren a falta de motivación de la resolución de la CNMC sobre las implicaciones de la existencia de tráfico irregular a números satelitales fuera de servicio; y sobre la valoración de la negligencia de los distintos operadores. Se efectúa una argumentación subsidiaria, en el sentido de que debería limitarse la reclamación al coste de la interconexión y en último extremo realizando un reparto equitativo, por igualitario, del coste soportado.

Con carácter genérico, no podemos apreciar falta de motivación de la resolución impugnada, pues hemos afirmado: <<A este respecto hemos reiterado en múltiples resoluciones que la invocada inmotivación, no puede ser acogida, pues un razonamiento parco o sucinto, en cuanto permita colegir la lógica de la decisión adoptada, como sería el caso, es suficiente a efectos de motivación (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1993 , por todas), y es que, como bien significa la Sentencia del Tribunal Constitucional 301/2000, de 13 de noviembre "el deber de motivación de las resoluciones (...) no autoriza a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones (...) que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles hayan sido los criterios jurídicos fundadores de la decisión, es decir, la "ratio decidendi" que ha determinado aquélla. En fin, la suficiencia de la motivación no puede ser apreciada apriorísticamente con criterios generales, requiriendo por el contrario examinar el caso concreto para comprobar si, a la vista de las circunstancias concurrentes, la resolución judicial impugnada ha cumplido o no este requisito (SSTC 24/1990, de 15 de febrero, F. 4 ; 154/1995, de 24 de octubre, F. 3 ; 66/1996, de 16 de abril, F. 5 ; 115/1996, de 25 de junio, F. 2 ; 116/1998, de 2 de junio, F. 3 ; 165/1999, de 27 de septiembre , F. 3);" añadiendo la STC 187/2000, de 10 de julio , que "no existe, por lo tanto, un derecho fundamental (...) a una determinada extensión de la motivación, puesto que su función se limita a comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye, lógica y jurídicamente, suficiente motivación de la decisión adoptada, cualquiera que sea su brevedad y concisión, incluso en supuestos de motivación por remisión (por todas, SSTC 184/1998, de 28 de septiembre, F. 2 ; 187/1998, de 28 de septiembre, F. 9 ; 215/1998, de 11 de noviembre, F. 3 y 206/1999, de 8 de noviembre , F. 3)">>. Así lo hemos recogido, entre otras, en la sentencia de fecha 31 de enero de 2014, recurso 1174/2011 ; y de fecha 30 de abril de 2014, recurso 144/2012 .

En el supuesto que ahora examinamos la parte ha formulado las alegaciones oportunas a su interés, pudiendo concluir de forma que no genera dudas, que conoce cuáles son los motivos de la decisión administrativa y combate los mismos de forma acabada. Siendo ello así, no podemos apreciar que exista falta de motivación, cuando ésta debe ir encaminada al conocimiento por parte del administrado de las razones que avalan la decisión, razones que, como hemos dicho, la parte conoce y de hecho discute en la presente vía jurisdiccional. Razones que, por otra parte, se deducen sin esfuerzo del examen del expediente administrativo y de la propia resolución recurrida.

Dicho lo anterior, nos parece relevante destacar que la generación del tráfico se produce por cuanto Zertia "sufrió un ataque en su centralita desde una dirección IP extranjera" y ajena a la operadora "originándose llamadas masivas y simultáneas hacia numeración satelital". Concluye la CNMC que "todos los datos analizados constituyen indicios que... permiten concluir quelas llamadas con origen en la centralita de Zertia y destino a números satelitalesse realizaron para incrementar artificialmente el tráfico cursado cursado, durante el periodo comprendido entre el 27 de septiembre y el 1 de octubre de 2012, un tipo de comportamiento irregular últimamente frecuente en el sector de las comunicaciones electrónicas".

Lo cierto es que la CNMC ha efectuado una valoración detallada del comportamiento de los tres operadores y comienza señalando que Zertia y Jazztel carecen de acuerdo sobre el tratamiento y condiciones en caso de tráfico irregular. El tráfico irregular se genera "desde una centralita interna no abierta para prestar servicios", al encontrarse en pruebas pre-comerciales. Pero también se indica -y carecemos de elementos de prueba contrarios a dicha conclusión- que el problema se ha debido "en parte, a la falta de medidas tomadas por Zertia" para regular adecuadamente sus relaciones con otros operadores y además, es el operador "mejor posicionado para detectar y detener, durante los primeros días, los tráficos masivos a numeración 881 y 882 que se comenzaron a cursar desde su centralita".

Además de esta circunstancia, es importante destacar que la CNMC considera que la retención de pagos de interconexión generaría un perjuicio más que hipotético a Verizon. Efectivamente, este último operador ha efectuado el pago al siguiente en la cadena de interconexiones y la CNMC resalta la dificultad por su parte, de reclamar la devolución al siguiente operador. Circunstancia ésta que aparece como razonada y razonable, a la vista de los argumentos de las partes y de la resolución impugnada. La dificultad de reclamación, por parte del tercer operador, establece una clara diferencia con otros supuestos similares, pues en dichos otros supuestos, la cadena de interconexión se cerraba en operadores respecto de los cuales la CNMC podía intervenir como regulador.

Al no proceder la retención, suscribiendo la Sala la tesis que sustenta la resolución recurrida, no cabe apreciar la alegada falta de motivación respecto de números satelitales fuera de servicio, ni plantearse las peticiones subsidiarias que se contienen en la demanda. La responsabilidad de cada operador está definida por la CNMC, en función de lo acreditado en el expediente, lo que constituye un dato también relevante en la adopción de la decisión combatida. No existe, sin duda, falta de motivación respecto del examen de la conducta individual por operador, en los términos ya reflejados parcialmente.

Consecuencia de todo lo expuesto es la desestimación de la demanda, en todos sus extremos. Ya hemos indicado que la falta de motivación que se alega no es tal, ni puede tener el alcance que se pretende. Unido a ello, no procede el cobro sólo del coste de interconexión, pues se genera un perjuicio cierto al operador último de los examinados por la resolución de la CNMC, al haber realizado ya el pago de las llamadas de referencia ni, en cualquier caso, procede que se realice un reparto equitativo del coste soportado. Extremos todos ellos improcedentes, a la vista del examen de las responsabilidades que se efectúa en la resolución administrativa y debemos compartir.

CUARTO.- En virtud de lo dispuesto en el artículo 139.1 LRLCA, procede imponer las costas a la parte recurrente.

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

FALLAMOS

PRIMERO.-Desestimar el recurso contencioso administrativo promovido por el Procurador de los Tribunales a **D. Alberto Hidalgo Martínez**, en nombre y representación de **Zertia Telecomunicaciones, S.L.**, contra resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 25 de marzo de 2015, sobre improcedencia de retención de pagos de interconexión, por ser conforme a derecho.

SEGUNDO.- 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.