



Roj: **SAN 2725/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:2725**

Id Cendoj: **28079230082017100267**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **12/06/2017**

Nº de Recurso: **499/2015**

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: 0000499 / 2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 06285/2015

Demandante: D^a. Francisca , EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE SEBOIM, S.L.

Procurador: D^a. Francisca

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

SENTENCIA N^o:

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 doce de junio de dos mil diecisiete.

Visto el presente recurso contencioso administrativo nº **499/15**, interpuesto ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional por la Procuradora D^a. Francisca , en nombre y representación de **SEBOIM, S.L.**, contra la Resolución adoptada por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 9 de julio de 2015, 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 la entidades **TELFÓNICA DE ESPAÑA, SAU**, representada por la Procuradora D^a. **Carmen Ortiz Cornago**, **VODAFONE ESPAÑA, SAU**, y **VODAFONE ONO, SAU** (antes CABLEEUROPA SAU), representadas por la Procuradora D^a. **Ascensión de Gracia López-Orcera**.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a. 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 SEBOIM, S.L., contra la Resolución adoptada por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 9 de julio de 2015, por la que se pone fin al conflicto de interconexión interpuesto por dicha Operadora de Telecomunicaciones contra VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. Y CABLEUROPA, S.A.U., por la retención de pagos practicada debido a presuntos tráficó irregulares con destino al número 1183 (expediente NUM002).

La cuantía del recurso se ha fijado en 104.407,34 €.

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 el recurso, se anule la resolución recurrida, realizando los pronunciamientos siguientes:

PRIMERO.- Declare contrario a Derecho y por tanto nulos los siguientes pronunciamientos:

- En el punto SEGUNDO, en el que la CNMC, tras señalar correctamente que "si bien la retención de pagos se aplicó por Vodafone al tráfico de ambos meses, solo se hizo referencia y se acreditó la irregularidad del tráfico del mes de octubre en la notificación a la CNMC, requisito necesario para que la suspensión de la interconexión se entienda justificada según el procedimiento común aprobado" de manera arbitraria añade:

"Procede realizar entonces a posteriori, a partir de la información aportada por Vodafone al presente procedimiento, el análisis de la posible irregularidad del tráfico cursado en el período del 1 al 30 de septiembre de 2013 mediante la aplicación de los parámetros definidos como identificadores por defecto de tráfico irregular en la Resolución del procedimiento RO 2013/290".

- En el punto TERCERO, por el que la CNMC, tras señalar correctamente que "pese a la acreditación de la existencia de tráfico irregular, Vodafone no se ajustó completamente en el curso de la suspensión de la interconexión a las condiciones impuestas en el procedimiento común RO 2013/290, ya que, por un lado, no comunicó directamente la suspensión al operador asignatario de la numeración afectada (aunque sí, de conformidad con su obligación contractual, a Telefónica para ésta trasladara la comunicación a los siguientes operadores de la cadena, habiéndose acreditado que SEBOIM fue efectivamente informado a finales del mes de noviembre 15), y por otro lado, retuvo los pagos correspondientes al tráfico de septiembre y octubre cuando solo había notificado a esta Comisión la irregularidad del mes de octubre. Por otro lado, Vodafone ha indicado que no ha reclamado las facturas impagadas judicialmente."; de manera arbitraria añade:

"Ponderando todos los elementos en juego, no obstante, no puede concluirse que Vodafone haya actuado de forma negligente con los operadores, sino en línea con las obligaciones contractuales contraídas con Telefónica y de conformidad con su posición de primero en la cadena, según se deduce de las distintas comunicaciones aportadas entre las partes tras producirse la retención de pagos".

- En el punto TERCERO: "En este caso, a la vista del análisis realizado en el marco del presente procedimiento, así como del realizado tras la notificación de la suspensión por parte de Vodafone con fecha 30 de octubre de 2013, ha de concluirse que la suspensión llevada a cabo por este operador es conforme a Derecho pues se ajustó al procedimiento establecido, y los tráficó objeto del presente conflicto pueden calificarse de irregulares pues responden a los criterios definidos para tal calificación. Este tráfico irregular altera el uso adecuado de los recursos de numeración y perjudica económicamente a operadores que han prestado sus servicios sin recibir su remuneración."

- En el punto TERCERO: "A juicio de esta Sala resulta razonable, en primer lugar, que Vodafone retenga la parte referente a los impagos que ha sufrido ([INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]) de sus usuarios finales. En aplicación del contrato entre Vodafone y Telefónica -y como recoge el apartado 6.3.1 de la OIR, aplicable a Telefónica-, estos impagos, debidamente acreditados, no han de ser sufridos por el operador de acceso, en la medida en que el importe impagado corresponde en su mayoría al servicio de consulta telefónica sobre números de abonado prestado por SEBOIM (Vodafone tampoco ha cobrado su servicio de interconexión prestado), y SEBOIM puede en todo caso perseguir el cobro de estos importes de los usuarios finales".

SEGUNDO.- Estime la petición de SEBOIM relativa al reconocimiento del derecho de dicha mercantil a recibir en su totalidad el pago de la remuneración por el servicio de consulta sobre números de abonado prestado a través del 11837, retenida aguas arriba por VODAFONE y que asciende al importe de 296.684,34 €.

TERCERO .- Declare el derecho de Telefónica de España S.A.U, Cableuropa S.A.U, y SEBOIM, S.L. a que les sea abonado, en relación con el tráfico gestionado durante el período del 1 de Septiembre al 31 de Octubre de 2013, tanto los servicios de interconexión o de consulta prestados respectivamente, como el conjunto de



pagos procedente de dicho tráfico. Y particularmente, en el caso de SEBOIM se declare su Derecho de cobro a la cuantía principal total, en relación a la prestación de los servicios efectivamente desarrollados en relación el tráfico en controversia relativo a la numeración 11837 (generado entre el 1 de Septiembre y el 31 de Octubre de 2013), que asciende a 296.684,34 €:

a. Respecto al mes de Septiembre de 2013 (Por el período del 1 al 30 de Septiembre de 2013), y en relación al importe a facturar a ONO (130.634,986), basado en los CDR's, y conforme a la factura NUM000 , se solicita se reconozca el derecho a la devolución (por parte de Vodafone y el resto de operadores de la cadena) de la cuantía íntegra retenida por ONO (retenida en origen por el operador de acceso Vodafone), en dicho mes, que asciende a 128.231,85 €.

b. Respecto al mes de Octubre de 2013 (por los períodos del 1 al 14 de Octubre y del 15 al 31 de Octubre), y en relación al importe a facturar a ONO (172.228,72 €), basado en los CDR's y conforme a las facturas n° NUM000 Y NUM001 , se solicita se reconozca el derecho a la devolución (por parte de Vodafone y el resto de operadores de la cadena) de la cuantía íntegra retenida por ONO (retenida en origen por el operador de acceso Vodafone), en dicho mes, que asciende a 168.452,49€.

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 s entidades codemandadas VODAFONE ONO, S.A.U., y VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. contestaron a la demanda, oponiéndose al recurso y solicitando su desestimación.

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

SEXTO: Ha biendo 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 7 de junio 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 9 de julio de 2015, por la que se pone fin al conflicto de interconexión interpuesto por dicha operadora de Telecomunicaciones contra VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. Y CABLEEUROPA, S.A.U., por la retención de pagos practicada debido a presuntos tráficos irregulares con destino al número 11837 (expediente NUM002).

Dicha resolución contiene el siguiente Resuelve:

«PRIMERO.- Desestimar la petición de Seboim, S.L. relativa al reconocimiento del derecho de dicha entidad a recibir en su totalidad el pago de la remuneración por el servicio de consulta sobre números de abonado prestado a través del número 11837 retenidos por Vodafone España, S.A.U., por importe de [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] euros, en concepto de tráfico irregular.

SEGUNDO.- Declarar el derecho de Telefónica de España, S.A.U., Cableuropa, S.A.U. y Seboim, S.L. a que les sean abonados, en relación con el tráfico gestionado en el período comprendido entre el 1 de septiembre y el 31 de octubre de 2013, los servicios de interconexión o de consulta prestados, de conformidad con lo indicado en el Fundamento de Derecho Tercero.

El abono de estos servicios se articulará siguiendo el sistema de pagos en cascada. De esta forma, Telefónica de España, S.A.U., Cableuropa, S.A.U. y Seboim, S.L. tendrán derecho a percibir los servicios de interconexión relativos al tráfico cursado a través de las llamadas específicas pagadas por los usuarios y del modelo de precios establecido en los contratos, una vez Vodafone España, S.A. detraiga el importe relativo a sus servicios de interconexión por el tráfico cursado y cobrado de sus usuarios.

Por ello, Vodafone deberá repercutir al siguiente operador interviniente en la cadena (Telefónica de España, S.A.U.) la cantidad resultante de restar al importe efectivamente ingresado por Vodafone ([INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] euros) la remuneración de ésta última por sus servicios de interconexión, y, a su vez, Cableuropa, S.A.U. y Seboim, S.L. tendrán derecho a percibir de los operadores inmediatamente anteriores en la cadena la parte que corresponda por los servicios de interconexión o consulta prestados y pagados.



TERCERO.- Los importes reconocidos mediante la presente Resolución se harán efectivos en la siguiente consolidación de tráficos cuya acta se firme tras la notificación de la presente Resolución.»

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

1.- Con fecha 30 de octubre de 2013, y de conformidad con el procedimiento aprobado por la CMT para la suspensión de la interconexión por tráfico irregular, Vodafone España, S.A.U. notificó la suspensión de la interconexión de tráfico de clientes postpago originado en su red hacia la numeración 11837, adjuntando el correspondiente "Informe de suspensión" con los detalles del tráfico supuestamente irregular que motivaba la suspensión.

2.- Con fecha 18 de marzo de 2014, la Comisión resolvió cancelar la asignación del número corto 11837 a la entidad Seboim, S.L.

3.- Con fecha 4 de abril de 2014 se recibió en la Comisión un escrito de Seboim mediante el que interponía un conflicto de interconexión contra Vodafone, Telefónica de España, S.A.U. y Cableuropa, S.A.U. (en adelante, ONO), por la retención de pagos en cascada llevada a cabo inicialmente por Vodafone en su condición de operador de acceso, y trasladada después por el resto de operadores de la cadena hasta llegar a Seboim, con motivo de los tráficos irregulares cursados desde numeraciones móviles postpago de Vodafone hacia el número 11837. La retención de pagos efectuada objeto de conflicto afectaba a todo el tráfico cursado hacia el citado número en el período comprendido entre el 1 de septiembre y el 31 de octubre de 2013.

Seboim manifestaba que, a raíz de la suspensión de la interconexión instada por Vodafone y la retención de pagos en cascada que tuvo lugar posteriormente, no había percibido importe alguno por el tráfico cursado a su numeración 11837 en el período de referencia, por lo que, en su escrito de interposición del conflicto, solicitaba que se declare su derecho "a recibir los pagos por los servicios de terminación objeto de conflicto", y, correlativamente, se imponga a Vodafone, Telefónica y ONO la obligación de pagar al siguiente operador en la cadena, en cada caso, las cantidades que se adeudan entre sí, ascendiendo la cantidad reclamada por Seboim a ONO a [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] euros.

4.- Con fecha 28 de mayo de 2014, la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA) de la CNMC comunicó a Seboim, Vodafone, Telefónica y ONO el inicio del procedimiento y trasladó a cada uno de ellos un requerimiento de información para recabar más datos sobre los hechos objeto de conflicto.

Con fechas 10, 16, 18 y 20 de junio de 2014, los operadores parte del conflicto presentaron sus respectivos escritos de contestación a los requerimientos de información formulados por esta Comisión.

5.- Con fecha 10 de febrero de 2015, se notificó a los operadores ONO y Vodafone un nuevo requerimiento de información para que aportaran datos adicionales necesarios para el conocimiento exacto de los hechos puestos de manifiesto por estos operadores en su contestación al primer requerimiento realizado por la Comisión.

Con fechas 25 y 28 de febrero de 2015, tuvieron entrada los escritos de contestación de ONO y Vodafone a los citados requerimientos de información.

6.- La DTSA emitió informe en el trámite de audiencia, que fue notificado a los interesados con fechas 30 de marzo de 2015 (Vodafone) y 4 de abril (ONO), 6 de abril (Telefónica) y 10 de abril de 2015 (Seboim).

7.- Telefónica se muestra conforme con la propuesta de resolución elaborada por la DTSA, mientras que Vodafone y Seboim manifiestan su desacuerdo con la misma.

Vodafone se muestra contrario a que se reconozca a Seboim el derecho a percibir una parte de los importes debidos por los tráficos en conflicto, mientras que Seboim, por su parte, muestra su desacuerdo con que no se le reconozca su derecho a percibir la totalidad del importe que reclama, si bien también manifiesta que *"Entendemos que lo que propone esa Comisión es que cada entidad involucrada limite los pagos al porcentaje efectivamente cobrado aguas arriba. Así, VODAFONE pagaría a TESAU íntegramente los [CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] efectivamente cobrados de sus usuarios, que suponen un porcentaje del total facturado por los servicios. El mismo porcentaje debería aplicar TESAU a ONO y ONO a SEBOIM en relación con el crédito pendiente de pago. Entendemos que así debe ser aclarado en la Resolución final si esa Comisión decide mantener la propuesta de Resolución (...)"*.

Así, en el caso de no atender su petición de modificar el sentido de la propuesta, Seboim solicita que la Comisión aclare los términos en que se deberá llevar a efecto el pago en cascada del importe de los servicios de interconexión prestados.

ONO no presentó alegaciones en el trámite de audiencia.



SEGUNDO: Se razona en la resolución impugnada, en síntesis, que es objeto del procedimiento la resolución del conflicto de interconexión planteado por Seboim (prestador del servicio de información sobre números de abonado) contra Vodafone, Telefónica y ONO (operadores de acceso y tránsito, respectivamente) sobre la retención de los pagos de interconexión correspondientes al período comprendido entre el 1 de septiembre y el 31 de octubre de 2013, efectuada por Vodafone como consecuencia de haber detectado la existencia de tráfico irregular en llamadas móviles de clientes postpago con destino al número 11837.

Se analizan los servicios y las relaciones contractuales existentes entre las diferentes partes del conflicto y la regulación aplicable. Resultando que la cadena de interconexión entre los operadores que cursaron el tráfico irregular objeto del conflicto, comienza con la realización de llamadas móviles por parte de abonados de Vodafone en régimen de postpago, en cuya red se originan las llamadas dirigidas al número 11837, asignado a Seboim para la prestación de servicios de consulta o información sobre números de abonado, interviniendo Telefónica y ONO como operadores de tránsito que intermedian entre Telefónica y Seboim, a quien entregan las llamadas en el número de destino.

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, por lo que los importes que deben remunerarse las partes serán los libremente pactados por ellas.

Añadiendo que la regulación de los servicios prestados a través de la numeración 118AB, conforme a la Orden CTE/711/2002, de 26 de marzo, por la que se establecen las condiciones de prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado, atribuye la numeración 118AB a la prestación de estos servicios y establece, en su apartado noveno, el régimen de precios, facturación y cobro por el que se regirán las llamadas dirigidas a esta numeración, señalando un régimen de fijación de precios basado en la negociación comercial y libre entre los operadores. De forma adicional, se prevé cómo los operadores del servicio telefónico deberán ofrecer a los segundos un servicio de facturación y gestión de cobro de los tráficos cursados, según los precios que éstos hayan establecido para sus usuarios, que dará derecho a una contraprestación económica razonable y proporcionada a los costes de su prestación. Dejando la citada Orden plena libertad a los prestadores de servicios de directorio para el establecimiento de los precios minoristas por el servicio de valor añadido que prestan y que facturan a través del operador de acceso. Y no se recoge una obligación de desglose en la factura del precio correspondiente al servicio de valor añadido que se presta a través de estas numeraciones. Ha de concluirse, por lo tanto, que en el presente caso no es posible desglosar, del importe facturado por Vodafone y después retenido, la parte correspondiente a la componente del servicio telefónico y la correspondiente al servicio de valor añadido, si bien Vodafone sí puede establecer dicha cantidad sobre la base de sus precios en el contrato y el tráfico cursado.

El presente conflicto se ha originado como consecuencia de la retención de pagos realizada en cascada originada por Vodafone, y de un operador a otro, a lo largo de toda la cadena de interconexión, correspondientes a la remuneración de los servicios de interconexión y del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado prestado por Seboim mediante la numeración 11837. Dicha retención viene originada por el tráfico irregular detectado desde la red móvil de Vodafone hacia la numeración 11837, que tiene lugar en el período comprendido entre el 1 de septiembre y el 31 de octubre de 2013. Al estar previamente suspendida la interconexión a este número de clientes prepago, este tráfico corresponde a clientes postpago.

Tras detectar la irregularidad del tráfico, Vodafone suspendió la interconexión de conformidad con el procedimiento común aprobado por la CMT con fecha 5 de septiembre de 2013 (procedimiento RO 2013/290), es decir, mediando notificación y la remisión del informe específico en el que se justifica la existencia de tráfico irregular sobre la base de la concurrencia de, al menos, cinco de los parámetros definidos como identificativos de tráfico irregular; ambos documentos están fechados a día de 30 de octubre de 2013. Como se ha indicado previamente, esta suspensión dio lugar a la retención de pagos de Vodafone a Telefónica, y sucesivamente al resto de operadores en la cadena.

A la vista de las informaciones facilitadas por las partes en los distintos escritos aportados, puede extraerse la conclusión de que, por un lado, Vodafone no abonó a Telefónica la cantidad que correspondía por el tráfico generado al número 11837 en el período comprendido entre el 1 de septiembre y el 31 de octubre de 2013, que asciende a un importe de [CONFIDENCIAL] euros. Este importe representa la cantidad que correspondía a Vodafone repercutir al siguiente operador en la cadena, Telefónica, excluida la remuneración del primero por sus servicios de acceso. Tanto Vodafone como Telefónica y ONO coinciden en esta cifra. Así se desprende tanto de lo manifestado por éstas en sus escritos, como de las copias de las comunicaciones vía e-mail entre las partes, el acta de consolidación y la tabla Excel con el detalle de las llamadas objeto del conflicto enviada por Vodafone en alguna de estas comunicaciones, aportadas al expediente.



Por otro lado, una vez informados de la retención efectuada por Vodafone, tampoco Telefónica repercutió a ONO la parte correspondiente, ni ONO trasladó a Seboim los pagos que se derivan del tráfico cursado en septiembre y octubre al número 11837.

La cantidad impagada que es reclamada por Seboim asciende a un total de [CONFIDENCIAL] euros. Esta cantidad ha quedado acreditada documentalmente mediante la aportación de facturas de ajuste (en negativo) por el concepto "*Regul presunto fraude 118ab origen*" emitidas por ONO a Seboim correspondientes a las llamadas cursadas al número 11837 en el período del 1 de septiembre al 31 de octubre de 2013.

Seboim alega que "Vodafone habría cobrado a los usuarios llamantes por la prestación del servicio pero se negaría a retribuir a los proveedores de los servicios de interconexión", no existiendo norma que habilite al operador de acceso para retener el pago de los servicios de interconexión ya prestados sobre la base de un supuesto tráfico irregular o fraudulento, rigiendo el principio general en interconexión de que no se trasladen las consecuencias económicas del fraude al prestador del servicio de interconexión (punto 11.8.3 de la OIR).

Con respecto a lo efectivamente cobrado por Vodafone del tráfico de septiembre y octubre de 2013 objeto de conflicto, según la información aportada por este operador, Vodafone facturó un total de [CONFIDENCIAL] euros, pero a esa cantidad habría que detraerle los descuentos aplicables (porcentajes de descuento aplicados sobre las cantidades de "facturación teórica", que ascendieron a [CONFIDENCIAL] y las deudas o impagos que se produjeron con respecto a estas facturas ([CONFIDENCIAL] euros), resultando un ingreso real de [CONFIDENCIAL] euros.

Con respecto a las características del tráfico del periodo del mes de octubre, su irregularidad quedó ya acreditada mediante el Informe remitido a los efectos de la suspensión de la interconexión, en el que se da cuenta de la concurrencia de hasta seis de los parámetros definidos como indiciarios del carácter irregular de las llamadas.

Si bien la retención de pagos se aplicó por Vodafone al tráfico de ambos meses, solo se hizo referencia y se acreditó la irregularidad del tráfico del mes de octubre en la notificación a la CNMC, requisito necesario para que la suspensión de la interconexión se entienda justificada según el procedimiento común aprobado. Procede realizar entonces a posteriori, a partir de la información aportada por Vodafone al presente procedimiento, el análisis de la posible irregularidad del tráfico cursado en el período del 1 al 30 de septiembre de 2013 mediante la aplicación de los parámetros definidos como identificadores por defecto de tráfico irregular en la Resolución del procedimiento RO 2013/290. (...)

Se concluye que queda confirmada la naturaleza irregular del tráfico analizado, cursado en septiembre de 2013 desde usuarios de Vodafone hacia el número 11837.

Se analiza la actuación seguida por los diferentes operadores de la cadena de interconexión y su derecho a exigir pagos por los servicios de interconexión y/o consulta telefónica prestados, con arreglo a (i) las condiciones contractuales que rigen las relaciones entre las diferentes partes en conflicto y (ii) los principios generales del derecho en materia de obligaciones y contratos, sin perder de vista la relevancia que tiene en el ámbito jurídico-público la acreditada existencia de tráfico irregular en el presente caso. Exponiendo que la retención de los pagos por los servicios de interconexión prestados en España ha afectado a todos los operadores de la cadena, ninguno ha percibido cuantía alguna en remuneración por los servicios prestados, con la salvedad de Vodafone, que, tal y como ella misma declara, sí cobró, como operador de acceso que factura a los abonados llamantes, parte del tráfico cursado.

Sobre la actuación de Vodafone, se afirma que este operador, en su calidad de operador de acceso, advirtió de la existencia de tráfico irregular localizado en el período comprendido entre el 1 de septiembre y el 31 de octubre de 2013 y comunicó a Telefónica que iba a proceder a la retención de los pagos relacionados con esas llamadas, en cumplimiento de lo estipulado en la cláusula relativa a "Retención de pagos en caso de tráficos irregulares" del contrato suscrito entre las partes. Ha quedado acreditado que Vodafone facilitó asimismo los detalles del tráfico irregular, en particular una tabla Excel con el detalle de las llamadas de septiembre y octubre afectadas indicando número de origen y destino, fecha, hora y duración de las llamadas e importe), y que esta información se trasladó por cada uno de los intervinientes en la cadena hasta llegar a Seboim. Sin embargo, pese a la acreditación de la existencia de tráfico irregular, Vodafone no se ajustó completamente en el curso de la suspensión de la interconexión a las condiciones impuestas en el procedimiento común RO 2013/290, ya que, por un lado, no comunicó directamente la suspensión al operador asignatario de la numeración afectada (aunque sí, de conformidad con su obligación contractual, a Telefónica para que ésta trasladara la comunicación a los siguientes operadores de la cadena, habiéndose acreditado que Seboim fue efectivamente informado a finales del mes de noviembre), y por otro lado, retuvo los pagos correspondientes al tráfico de septiembre y octubre cuando solo había notificado a esta Comisión la irregularidad del mes de octubre.



No obstante, considera la Comisión que, ponderando todos los elementos en juego, no puede concluirse que Vodafone haya actuado de forma negligente con los operadores, sino en línea con las obligaciones contractuales contraídas con Telefónica y de conformidad con su posición de primero en la cadena, según se deduce de las distintas comunicaciones aportadas entre las partes tras producirse la retención de pagos.

Y, en cuanto a la cantidad retenida, se expone que, de la documentación obrante en el expediente -aportada por Vodafone- resulta que el importe retenido correspondiente al tráfico del período de referencia asciende a [CONFIDENCIAL] euros, cuando Vodafone cobró de los abonados por ese mismo tráfico un importe de [CONFIDENCIAL] euros. La cifra de importe retenido coincide con lo indicado por Telefónica y ONO.

En cuanto a la actuación de Telefónica, se razona que esta entidad, en su calidad de intermediario tanto en la obligación de comunicación como en el traslado de los pagos, notificó la retención de pagos a ONO y tampoco abonó a éste el importe de pagos en cascada que correspondería por el tráfico cursado. Que, a diferencia del resto de operadores, Telefónica no dispone de una cobertura legal o contractual expresa para proceder a la retención de pagos de servicios ya prestados, puesto que, tal y como han manifestado ambas partes, Telefónica y ONO no mantienen ningún acuerdo específico que prevea cómo deben actuar en caso de tráficos irregulares. No siendo de aplicación a esta relación contractual la Oferta de Interconexión de Referencia por no estar sometido a regulación ex ante el mercado de los servicios de tránsito por redes de comunicaciones electrónicas fijas.

Telefónica reconoce en su escrito de contestación al requerimiento que no ha recibido importe alguno de Vodafone por el tráfico supuestamente irregular de los meses de septiembre y octubre de 2013 y que este importe asciende a [CONFIDENCIAL] euros.

Sobre la actuación de ONO, se afirma que este operador comunicó a Seboim la información relativa a la retención de pagos, y tampoco trasladó a este operador importe alguno relativo al tráfico en conflicto cursado.

Se insiste en que entre Telefónica y ONO no existe ningún acuerdo relativo a la posibilidad de retención de pagos ante tráficos irregulares. Sin embargo, la relación entre ONO y Seboim sí está sujeta a un contrato en el que se incluye una cláusula específica sobre retención de pagos. Según lo pactado, en el caso de que ONO detecte "la existencia de tráfico anómalo o irregular, entendido éste como aquel que en un corto período de tiempo exceda de la media de tráfico generado en los dos últimos meses y presente consumos inusuales y/o solape 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".

En el presente caso, por un lado, no consta que existiera ningún procedimiento judicial o administrativo abierto en el momento de producirse la retención, por lo que no puede concluirse que ONO haya actuado de forma improcedente o no diligente. Por otro lado, el tráfico irregular fue comunicado por el operador de acceso, Vodafone, a Telefónica, y éste lo comunicó a ONO, que fue quien informó a su vez a Seboim, tal y como éste último reconoce. En tercer lugar, el tráfico cuyos pagos se retienen presenta varios de los caracteres enumerados en el contrato, así como otros patrones definidos por esta Comisión como identificativos de tráfico irregular.

Por último, en cuanto a la actuación de Seboim, se expone que Seboim, como prestador del servicio de información telefónica sobre números de abonados y asignatario de la numeración 118AB destino del tráfico irregular, es responsable del uso efectivo y eficiente de la numeración, que ha de estar destinada a la prestación del servicio establecido en el Plan Nacional de Numeración, tal y como dispone el artículo 38 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración.

De todo ello, se concluye:

- Que los diversos operadores que han intervenido en el encaminamiento del tráfico, tuvieron conocimiento en tiempo y forma razonables de la existencia de un tráfico irregular y de que se iba a proceder a la retención de pagos. Así ha quedado reflejado, tanto mediante las actas de consolidación (Vodafone/Telefónica y ONO/Seboim) como de las diversas comunicaciones cruzadas entre ellos y sus propias declaraciones en los escritos aportados al expediente.
- Que de los hechos analizados no se desprenden indicios de una conducta negligente por parte de Vodafone de acuerdo con la posición que ocupa en la cadena de interconexión, o de un incumplimiento de las obligaciones contractuales que mantiene con Telefónica.
- Que las características del tráfico objeto del presente conflicto describen un comportamiento que se aleja del consumo de un usuario convencional, en virtud del procedimiento común aprobado por la CMT para la



suspensión de interconexión con motivo de tráficos irregulares (RO 2013/290) e incluso en el sentido señalado en el artículo 3 del Real Decreto 381/2015 -si bien este Real Decreto ha entrado en vigor con posterioridad-. En este caso, a la vista del análisis realizado en el marco del presente procedimiento, así como del realizado tras la notificación de la suspensión por parte de Vodafone con fecha 30 de octubre de 2013, ha de concluirse que la suspensión llevada a cabo por este operador es conforme a Derecho pues se ajustó al procedimiento establecido, y los tráficos objeto del presente conflicto pueden calificarse de irregulares pues responden a los criterios definidos para tal calificación. Este tráfico irregular altera el uso adecuado de los recursos de numeración y perjudica económicamente a operadores que han prestado sus servicios sin recibir su remuneración.

- Que Vodafone ha cobrado una cantidad elevada por el tráfico irregular cursado (CONFIDENCIAL) y que la cláusula aplicable de su contrato que posibilita la retención se fundamenta en la existencia de tráficos irregulares que causen perjuicios técnicos y/o económicos al operador de acceso. Por ello, la Comisión entiende que no es razonable que retenga íntegramente la cantidad cobrada por suponer un enriquecimiento injusto derivado de estas prácticas.

- Que ha de tenerse presente tanto el principio general de la interconexión de que las consecuencias económicas de un posible fraude de los usuarios de la red de una parte no se trasladen a la otra parte, como los diversos antecedentes de procedimientos ya resueltos por la Comisión, en los que se ha declarado conforme a Derecho la retención de pagos por los operadores intervinientes en la cadena cuando se producen impagos en origen, pero la repercusión de los importes correspondientes cuando el operador de acceso cobra por las llamadas realizadas.

Por todo ello, la Sala de Supervisión Regulatoria estimó ajustado a Derecho reconocer el derecho de todos los operadores intervinientes en la cadena a cobrar los servicios prestados, de interconexión o de consulta sobre números de abonado según el operador de que se trate, pero solo por la parte proporcional que corresponda a cada uno tomando como referencia el importe que el operador de acceso (Vodafone) realmente ha cobrado de los abonados. Que resulta razonable, en primer lugar, que Vodafone retenga la parte referente a los impagos que ha sufrido [CONFIDENCIAL] de sus usuarios finales. En segundo lugar, derivado de lo anterior, y teniendo en cuenta que Vodafone sólo ha cobrado un [CONFIDENCIAL] de la facturación real, se considera razonable que este operador repercuta al resto de operadores de la cadena de interconexión solo la cantidad efectivamente cobrada. De esta forma, Vodafone deberá pagar al siguiente operador en la cadena (Telefónica) la cantidad cobrada de los abonados (esto es, [CONFIDENCIAL]), una vez deducidos sus costes de interconexión, en función del tráfico cursado a través de las llamadas específicas pagadas por los usuarios y del modelo de precios establecido en los contratos. Telefónica deberá repercutir después al siguiente interviniente en la cadena (ONO) la cantidad que corresponda en función de la retribución por servicios de interconexión que deba percibir, y éste a su vez repercutirá el importe que resulte a Seboim. El detalle de las llamadas a pagar deberá calcularse y facilitarse en origen por Vodafone, que dispone de los datos de tráficos cursados y su correspondencia con las llamadas efectivamente pagadas.

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

1.- Nulidad y anulabilidad de la Resolución:

A) Vulneración del art. 51.2 Ley 9/2014 .

Alega que la legislación vigente recoge el concepto de tráfico irregular, pero no lo define. El artículo 51.2 de la Ley 9/2014 General de Telecomunicaciones se limita a delegar en el Gobierno el desarrollo reglamentario en la materia. 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, desarrollo reglamentario no vigente en el momento de comisión de los hechos.

B) Contrato TESAU-ONO.

Afirma que la propia resolución confirma que el contrato entre TESAU y ONO no contempla la retención de pagos por tráfico irregular y que ONO discutió esta medida unilateral de TESAU. La ausencia de esta previsión o cláusula contractual que estipulase la retención de pagos en caso de tráfico irregular, no puede ser suplida por una interpretación del contrato fijada por la CNMC, sino que debe atenderse al principio de libertad contractual entre las partes. Dado que la cláusula contractual propugnada por la CNMC no fue introducida en el contrato entre TESAU y ONO, no cabe ex post modificar el contenido del contrato acordado entre las partes.

C) Desviación de poder.



Considera la actora que la resolución denota una evidente intención de proteger un gran operador, como es VODAFONE, en contra de los pequeños operadores. Pues se funda en el perjuicio económico que causaría a VODAFONE retribuir por los servicios de interconexión recibidos, cuando la retribución obtenida de sus clientes no permite cubrir dicha cifra debido a los descuentos ofertados por el propio operador a sus clientes finales.

Ni VODAFONE, ni la CNMC, acredita, cuantifica o determina dicho perjuicio, quedando por otra parte acreditado que VODAFONE ha cobrado de sus clientes, como cantidad mínima, la cifra de 192.277,1€ por el tráfico supuestamente irregular, sin especificar qué cantidad supuestamente ha dejado de cobrar; y reconociendo VODAFONE en sus escritos a la CNMC que no ha perseguido o reclamado ningún pago de los denominados pagos pendientes de sus clientes, a pesar de que conoce perfectamente su identidad, en virtud del contrato suscrito, así como sus cuentas bancarias, al ser clientes post-pago. Por todo lo cual en ningún momento resulta acreditado en el expediente la existencia de dichos impagos o la cuantificación de los mismos.

VODAFONE incurrió en una grave negligencia al permitir que miles de llamadas se originasen en su red a precios promocionados, que no garantizaban la recuperación de los costes de interconexión. La negligencia fue particularmente grave en cuanto se extendió durante dos meses. VODAFONE debió haber identificado este tráfico en cuestión de días, incluso horas, pero nunca dos meses después de que se iniciase. Por ello la CNMC no debe eximir a VODAFONE de asumir los daños de su evidente negligencia y mucho menos trasladar dichos daños aguas abajo a los operadores que le prestaron efectivamente los servicios de interconexión, y que no tenían acuerdos de descuento bonificaciones de ningún tipo con los clientes finales de VODAFONE.

La "retorcida manipulación que la CNMC hace de la ley" en su Fundamentación Jurídica, para dar legalidad a unos hechos probados que determinarían la desestimación de las pretensiones de VODAFONE, merecen la calificación de abuso o desviación de poder y en consecuencia su nulidad.

D) Falta de proporcionalidad de la medida o sanción.

Considera la recurrente que es desproporcionado introducir tan relevante excepción al principio de equilibrio en las prestaciones entre las partes, al equilibrio entre los servicios efectivamente prestados y la retribución que contractualmente les corresponde, sólo para garantizar que los grandes operadores, ellos sí, recuperen sus costes, incluso en supuestos de patente negligencia en la gestión de sus operaciones como en es el caso que nos ocupa.

La CNMC, no acredita la proporcionalidad de una medida tan lesiva como es la ablación del derecho de crédito. Así como tampoco justifica que se haya adoptado la medida menos restrictiva, ni motiva cómo se protege el interés público, ni justifica la adecuación de la medida para lograr los fines que se persiguen.

E) Retroactividad.

La medida propuesta por la CNMC, además, supone una modificación retroactiva del contrato entre TESAU y ONO, retroactividad contraria al artículo 57.3 de la Ley 30/1992 .

No cabe que la CNMC adopte un acto administrativo como el que propone, que supone una modificación retroactiva de un contrato, en cuanto la modificación retroactiva lesiona derechos o intereses legítimos de parte de los interesados en este expediente, y particularmente de la recurrente en lo que a su derecho interesa.

2.- Incumplimiento del Procedimiento Común para la suspensión del tráfico (RO2013/290) por parte de Vodafone, ilegítima e ilegalmente avalados por la Resolución recurrida. Nulidad (Art. 62.2 LRJPAC) y subsidiaria anulabilidad (Art. 63 LRJPAC) de la Resolución de CNMC recurrida que da por buenos y conforme a Derecho los graves incumplimientos en los que incurrió VODAFONE en la tramitación de procedimiento de suspensión de la interconexión y correspondiente retención de pagos.

Tras negar la existencia de tráfico irregular, conforme al Informe Pericial aportado, señala la actora que el operador Vodafone procedió a suspender la interconexión de la numeración afectada obviando requisitos esenciales establecidos por Ley para llevar a cabo esta suspensión. Incumplimientos son así declarados como hechos probados en la propia Resolución de la CNMC recurrida, que sin embargo acaba avalando estas infracciones, tanto en su fundamentación como en sus conclusiones y fallo.

La suspensión del tráfico y correlativa retención de las cuantías realizadas, tal y como acredita la propia Resolución, suponen el incumplimiento del Procedimiento Común al que se refiere la Resolución de 5 de Septiembre de 2013 (RO2013/290), incurriendo por tanto en una clara infracción del ordenamiento jurídico que implica la nulidad de la Resolución objeto de recurso.

Los incumplimientos, de carácter esencial, no pueden considerarse subsanables por un acto o resolución de la administración o en este caso de la CNMC, por lo que la Resolución debe anularse en los pronunciamientos dictados en tal sentido, al existir causa de nulidad de pleno derecho, prevista en el artículo 62.2 de la Ley 30/92 .



3.- No respeto por parte de la CNMV al Derecho de obligaciones y contratos que rige entre las partes sección quinta-libro cuarto del Código Civil, en relación con el ya mencionado Art. 62.2 LRJPAC como causa de nulidad y subsidiaria anulabilidad (Art. 63 LRJPAC). Cláusula Contractual que habilita a la retención en caso de supuesto tráfico irregular, que no debió ser de aplicación ante la ausencia de acreditación de dicho tráfico.

Los intolerables e inadmisibles incumplimientos procedimentales, en base a los cuales se han realizado la suspensión y correlativa retención sobre las que versa la Resolución recurrida, implican necesariamente el incumplimiento de la Cláusula contractual inserta en el Contrato entre ONO y SEBOIM, y en base a la cual la retención específica de pagos podría realizarse, una vez detectada la existencia de tráfico anómalo o irregular, "previa comunicación del operador de Servicios". Por ende, cabe apreciarse el claro incumplimiento contractual relativo a la citada cláusula, una vez que la propia Resolución, tal y como se viene describiendo en los puntos anteriores de este fundamento, ha reconocido los incumplimientos que determinan la no existencia de tráfico irregular.

De un modo consciente y voluntario, se quebrantó el seguimiento del Procedimiento Común (Resolución de 5 de Septiembre de 2013, RO2013/290) establecido para la suspensión de la interconexión de numeraciones por tráfico irregular respecto al tráfico, sobre el que versan los hechos, y relativo al mes de Septiembre de 2013 por la acreditada ausencia de comunicación en plazo a la Comisión y ausencia o muy tardía notificación de la misma comunicación al operador de servicios conforme a dicho procedimiento respecto al mes de octubre de 2013; de forma que no se cumplen los requisitos pertinentes para la procedencia de tal suspensión, lo que a su vez implica el incumplimiento de la cláusula contractual específica de retención de pagos (entre ONO y SEBOIM) que exige como hemos dicho la "previa comunicación al operador de servicios" respecto a la posibilidad de retener cuantías por tráfico anómalo o irregular.

4.- Sobre la incongruencia de la conclusión resolutoria respecto a la observancia del incumplimiento del Procedimiento Común (Resolución 5 de Septiembre de 2013). Falta de motivación y congruencia de la Resolución (Artículo 54,87, 89 de la LRJPAC en relación con el Artículo 62.2 del mismo cuerpo legal como causa de nulidad y subsidiaria anulabilidad (Artículo 63 de la misma ley)).

Insiste la parte en afirmar que las conclusiones de la Resolución de la CNMC resultan incoherentes, discordantes y contradictorias con sus propios hechos declarados probados y la fundamentación jurídica que las sostiene; los cuales incluyen el reconocimiento directo, específico y acreditado del incumplimiento del Procedimiento Común establecido para la suspensión del tráfico. Se advierte aquí una nítida y clara falta de motivación, proporcionalidad y justificación acerca de la necesaria relación entre dicho incumplimiento y las conclusiones de la CNMC respecto a la procedencia de la suspensión de dicho tráfico y la retención.

5.- Falta de existencia y acreditación de tráfico irregular por parte de VODAFONE. Uso de parámetros técnicos, frente a los que cabe prueba en contrario. Presunción "Iuris Tantum" frente a los actos administrativos, (artículo 57 de la LRJPAC en relación con el 62.2 como causa de nulidad y subsidiaria anulabilidad del Artículo 63 de la LRJPAC).

Sostiene la actora, en base al informe pericial aportado, así como a la posibilidad que impregna todo el Derecho Administrativo de probar y combatir la presunción "iuris tantum", en relación a la veracidad que la CNMC ha otorgado a los parámetros periciales de los operadores, que el tráfico en controversia no atiende a la calificación de irregular conforme a la disposición III.3.1. "Tráfico Irregular" del Procedimiento Común de Resolución de 5 de Septiembre de 2013, ni tampoco respecto a la descripción del actual Real Decreto 381/2015 que reglamenta dichos aspectos.

6.- Sobre la cuantía de la reclamación y la procedencia de la devolución íntegra de las cantidades correspondientes al tráfico en controversia relativo al mes de Septiembre de 2013 y Octubre de 2013, en relación con la falta de congruencia e invalidez de la correlativa motivación. Artículos 54, 87 y 89 de la LRJPAC en relación con los artículos 62.2 y 63 de mismo cuerpo legal como causa de nulidad y subsidiaria anulabilidad, que implica necesariamente, la infracción de la exigencia administrativa de motivación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley 30/1992 en relación a la manifestación del principio de tipicidad administrativo sancionador, y planteamiento de subsidiaria forma de pago de la cantidad fijada en la Resolución como cantidad a devolver a los intervinientes en la cadena de pagos.

7.- Sobre la procedencia de la devolución íntegra de las cuantías correspondientes al tráfico en controversia relativo al mes de Septiembre de 2013 y Octubre de 2013, en relación con los incumplimientos procedimentales en los incurrió VODAFONE. Incumplimiento del RO2013/290 en los preceptos señalados en el Fundamento de Derecho Segundo como causa de nulidad (Artículo 62.2 de la LRJPAC) y subsidiaria anulabilidad (Artículo 63 de la LRJPAC).



Reclama que las cuantías a percibir por el tráfico en controversia relativo al mes de Septiembre de 2013 han de ser las cuantías íntegras correspondientes a la retribución de dicho tráfico y no únicamente las cuantías supuestamente cobradas por el operador de acceso. Partiendo del hecho de que jamás se notificó convenientemente la existencia de supuesto tráfico irregular en este mes, el tráfico de este mes nunca debió formar parte de este expediente, y por lo tanto la Resolución dictada nunca debió pronunciarse ni sobre su carácter irregular, ni mucho menos dar por buena, la suspensión del tráfico y la retención del total del pagos de este período, sin que quepa retención de pagos contractual alguna en ausencia de tráfico irregular.

Asimismo, respecto al mes de Octubre de 2013, alega que procede el efectivo cobro del importe total del conjunto de los servicios prestados correspondientes a la retribución de dicho tráfico y no únicamente las cuantías que la resolución, erróneamente, reconoce como efectivamente cobradas por el operador de acceso. Y ello por ausencia total de notificación en plazo al operador de servicios, y en ningún caso notificación directa por parte de VODAFONE a SEBOIM a pesar de ser este el titular del número 11837. Cuantías que, en contra de la versión esgrimida por VODAFONE y acogida por la resolución recurrida, han sido íntegra y efectivamente percibidas por el operador (tal y como se demuestra en los pasos 5 a 10 del Informe Pericial).

8.- Sobre la procedencia del abono de la remuneración por la prestación de los servicios de interconexión, y la contradicción de la Resolución recurrida respecto al propio criterio regulatorio de la Comisión.

9.- Falta de tipicidad en relación a la imposibilidad de conocimiento previo de los parámetros confidenciales utilizados por la Comisión como fundamento de su Resolución. Vulneración de Derechos Fundamentales. Vulneración del artículo 129 de la Ley 30/1992, así como del Derecho Fundamental a la Tutela Judicial y Efectiva, recogida en el Artículo 24 de la Constitución Española.

CUARTO: El Abogado del Estado se opone al recurso, comenzando por alegar que la existencia de tráfico irregular ha sido confirmada por esta Sala en su sentencia de 4 de diciembre de 2015 (rec. 263/2014), que enjuició la adecuación a Derecho de la resolución de la CNMC de fecha 18 de marzo de 2014 por la que la CNMC canceló el número corto 11837 a la entidad ahora recurrente a raíz de la denuncia de Vodafone.

Partiendo de tal hecho, se opone a los motivos de impugnación invocados por la recurrente.

En cuanto al primer motivo, razona 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).

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.

Acreditada la existencia de tráfico irregular, se remite a la resolución impugnada en cuanto al análisis de la actuación de los distintos operadores, destacando que, si bien entre Telefónica y ONO no existe ningún acuerdo relativo a la posibilidad de retención de pagos ante tráficos irregulares, la relación entre ONO y Seboim sí está sujeta a un contrato en el que se incluye una cláusula específica sobre retención de pagos.

La CNMC analiza y pondera las irregularidades en la conducta de Vodafone y acaba por ello señalando como *"Vodafone ha cobrado una cantidad elevada por el tráfico irregular cursado... y que la cláusula aplicable de su contrato que posibilita la retención se fundamenta en la existencia de tráficos irregulares que causen perjuicios técnicos y/o económicos al operador de acceso. Por ello, esta Comisión entiende que no es razonable que retenga íntegramente la cantidad cobrada por suponer ello un enriquecimiento injusto derivado de estas prácticas"*. Y por ello en el resuelve acuerda: *"...Declarar el derecho de Telefónica de España, S.A.U., Cableuropa, S.A. U. y Seboim. S.L. a que les sean abonados, en relación con el tráfico gestionado en el período comprendido entre el 1 de septiembre y el 31 de octubre de 2013. los servicios de interconexión o de consulta prestados, de conformidad con lo especificado en el Fundamento de Derecho Tercero. (...)"*

QUINTO: La entidad codemandada Telefónica se opone a la demanda, razonando, en síntesis que SEBOIM omite datos relevantes, como que la suspensión de la interconexión a la numeración 11837 y la retención de pagos practicada objeto de este recurso no ha sido un hecho aislado, pues Telefónica Móviles España también procedió a la suspensión de interconexión y retención de pagos y como ha ocurrido en el caso que nos ocupa, SEBOIM interpuso un conflicto ante la CNMC contra Telefónica Móviles España, Cableuropa y Telefónica, al entender que no procedía la retención de pagos, y la CNMC resolvió en análogos términos a los de



la Resolución recurrida. Que esta Sala, mediante Sentencia de fecha 4 de diciembre de 2015, se ha pronunciado sobre el tráfico irregular que nos ocupa, confirmando el mismo. La Sala ha valorado al pericial aportada por la recurrente. Que con fecha 30 de septiembre de 2015, se celebró un acto de conciliación terminado sin avenencia ante el Juzgado de Primera Instancia N° 20 de Madrid (Procedimiento de Conciliación 517/2015) con motivo de la demanda de conciliación presentada por SEBOIM contra Vodafone España SAU, Cableuropa y Telefónica, en relación con la retención de pagos objeto de este recurso.

Alega que la Resolución recurrida se inserta dentro del ámbito de competencia de la CNMC para resolver conflictos entre operadores (artículo 15.LGTel). La resolución es congruente con otras decisiones de conflictos análogos al que nos ocupa y está suficientemente motivada. Que La retención de ingresos se ha realizado a fin de garantizar el acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios que se prestan para fomentar la competencia efectiva y defender los derechos de los usuarios finales en el seno de un conflicto de interconexión, conforme lo dispuesto en el artículo 15 LGTel.

Las codemandadas VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. y VODAFONE ONO, S.A.U., antes CABLEUROPA, S.A.U., en sendos escritos de contestación a la demanda, alegan que la retención de pagos se ha revelado como una de las prácticas más exitosas a la hora de frenar las conductas que están relacionadas con el tráfico irregular o abusivo. Vodafone ha comprobado que la suspensión de las llamadas consideradas irregulares y la retención de las cantidades en interconexión que se corresponden a dichas llamadas han frenado de una manera muy significativa el número de casos de tráfico irregular o abusivo. La retención de pagos a Seboim efectuada por Vodafone Ono se ha realizado con estricto cumplimiento de lo establecido en el contrato que rige la relación entre ambas partes. Que la misma Sala de la Audiencia Nacional que está enjuiciando este caso ya confirmó la existencia de tráfico irregular con origen Vodafone y destino el 11837 mediante la sentencia de 4 de diciembre de 2015, dictada en el recurso 263/2014 y confirmó que Vodafone había realizado correctamente la suspensión de la interconexión según el procedimiento único. Este tribunal para justificar su fallo, entre otras consideraciones, reproduce los puntos esenciales del Informe enviado por Vodafone a la CNMC de acuerdo con lo dispuesto en el procedimiento único, y que evidenciaban que el tráfico con destino al número 11837 era irregular. Por lo que considera incomprensible que el mismo operador, ante el mismo tribunal, vuelva a insistir de nuevo defendiendo que el tráfico es normal. Que según lo dispuesto en el procedimiento único para suspender la interconexión a un número solo se debe justificar la existencia de un tráfico irregular aportando información de los parámetros concretos que evidencian su irregularidad, pero en ningún caso se indica en el citado procedimiento un periodo mínimo sobre el que se deba aportar esa información. Seboim confunde de forma interesada la justificación del tráfico irregular (que Vodafone realizó de acuerdo con lo dispuesto en el Procedimiento Único) con la retención de pagos efectuada posteriormente por Vodafone (según lo recogido en el AGI firmado con Telefónica).

Respecto de las cantidades que la CNMC considera que deben ser devueltas por Vodafone, considera este operador que la CNMC ha ponderado la actuación de cada uno de los agentes en la cadena de pagos, si bien debería haber resuelto de manera que Seboim no recibiera ningún tipo de contraprestación, habida cuenta de su omisión completa del deber "in vigilando" sobre el uso correcto de la numeración que tenía asignada. Por ello, considera que la CNMC, lejos de favorecer a Vodafone, ha resuelto de forma muy beneficiosa para Seboim.

SEXTO: Da dos los términos en que se plantea la demanda, hemos de comenzar llamando la atención sobre el hecho de que en el apartado primero del suplico no se inste la anulación o revocación de la parte dispositiva "Resuelve" de la resolución impugnada, sino que se solicita la declaración de nulidad de razonamientos jurídicos integrados en el cuerpo de la resolución, en los que se fundamenta la posterior parte dispositiva. Pretensión ésta que en ningún caso puede ser acogida en los términos en que se formula, ya que los razonamientos o fundamentos sirven de motivación de la parte dispositiva, pero carecen de trascendencia resolutoria que incida en la esfera jurídica de las partes en el procedimiento.

Resulta también llamativo e improcedente que la recurrente formule, en el apartado tercero del suplico, pretensiones a favor de otros operadores ajenos a ella (TESAU y CABLEUROPA), sin legitimación alguna, cuando, además, esos operadores se han personado en este procedimiento como codemandados, oponiéndose a la demanda.

Entrando en el fondo de la cuestión litigiosa, que viene a gravitar fundamentalmente sobre la disconformidad de la actora con la retención de pagos por parte de Vodafone, partiendo de la premisa de que no existió tráfico irregular de llamadas al nº 11837, para lo cual despliega un amplio argumentario, articulando diversos motivos de impugnación, que podrían reducirse uno sólo, pues giran en torno a idénticos argumentos, lo primero que se ha de dejar sentado es que, como ponen de manifiesto las codemandadas, no procede examinar aquí si existió o no ese tráfico irregular.



Efectivamente, por resolución de la Comisión, de 18 de marzo de 2014, se acordó cancelar la asignación a SEBOIM del número 11837, siendo el motivo la existencia de tráfico irregular de llamadas. Contra dicha resolución interpuso la interesada recurso contencioso administrativo ante esta Sala (rec. 263/14), en el que la cuestión controvertida era precisamente determinar la conducta de la recurrente en relación con su deber de vigilancia respecto de un tráfico irregular o inverosímil de llamadas.

Pues bien, en dicho recurso, al que se aportaba también prueba pericial, la Sala, tras valorar el conjunto de la prueba obrante en el procedimiento y en el expediente administrativo, en sentencia de 4 de diciembre de 2015 (declarada firme el 09/03/16) acordó desestimar el recurso y confirmar la resolución impugnada.

Por tanto, la existencia de tráfico irregular está acreditada y juzgada, no siendo objeto de este recurso, por mucho que insista la recurrente, y en forma alguna podría revisarse un pronunciamiento anterior dictado en sentencia firme.

Así pues, no cabe sino rechazar todos los motivos de impugnación que se sustentan en la premisa de inexistencia de tráfico irregular de llamadas, sin necesidad de reiterar el mismo razonamiento en relación con cada uno de los distintos motivos de impugnación esgrimidos.

Por otra parte, es ajeno a aquel pronunciamiento y a la retención de pagos llevada a cabo por Vodafone, objeto del presente recurso, la relación contractual entre TESAU y ONO, a la que se alude en la demanda, que solo despliega efectos jurídicos entre las partes contratantes.

No cabe apreciar las causas de nulidad que se invocan no solo en relación con la concreta resolución aquí recurrida, sino también en relación con el procedimiento seguido para la suspensión del tráfico, pues la premisa fáctica que da lugar a todo ello -existencia de tráfico irregular de llamadas- es cosa juzgada. A estos efectos, resulta inoperante el informe pericial aportado por la recurrente.

Igualmente, se ha de rechazar la alegación de desviación de poder que tan infundadamente realiza la actora, imputando a la Comisión la intención de beneficiar a Vodafone. Y ello pese a los antecedentes que constan en este y otros procedimientos de los que ha conocido este tribunal sobre la actuación de la operadora recurrente, a que, además, la resolución impugnada viene a reconocerle el derecho a percibir una parte de los servicios de consulta prestados, en relación con el tráfico gestionado en el período comprendido entre el 1 de septiembre y el 31 de octubre de 2013. Por otra parte, en la resolución se justifica ampliamente la determinación de tal derecho de cobro.

Como hemos dicho en anteriores sentencias, citadas por las partes, 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 todo caso fue el operador ahora recurrente el que promovió ante la CNMC el conflicto de interconexión contra Vodafone, Telefónica de España, S.A.U. y Cableuropa, S.A.U., por la retención de pagos en cascada llevada a cabo inicialmente por Vodafone en su condición de operador de acceso.

Los incumplimientos formales por parte de Vodafone, en los que tanto insiste la actora, han sido objeto de examen y valoración por la Comisión en su resolución. Y ninguna incidencia puede tener en la existencia de tráfico irregular y en la procedencia de la suspensión y retención, como pretende la demandante, haciendo un complejo y confuso argumentario en el que interesadamente se pretende asimilar unas y otras cuestiones, de manera que resulte jurídicamente irrelevante su propia actuación.

Tampoco resulta justificada la atribución de falta de motivación de la resolución, en la cual -como se ha expuesto- 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. Para la determinación las cantidades a reintegrar por Vodafone, se consignan y valoran los datos objetivos tomados en cuenta.

Por último, cabe añadir que, como hemos dicho en anteriores ocasiones, no son de aplicación al procedimiento administrativo y a la resolución del conflicto de interconexión los criterios propios de un procedimiento sancionador.

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^a. Francisca , en nombre y representación de **SEBOIM, S.L.** , contra la Resolución adoptada por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 9 de julio de 2015, 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 **no** tificación; 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDALI