



Roj: **SAN 1435/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:1435**

Id Cendoj: **28079230082020100169**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **15/06/2020**

Nº de Recurso: **497/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MERCEDES PEDRAZ CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN OCTAVA**

**Núm. de Recurso:** 0000497 /2015

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 06280/2015

**Demandante:** SEBOIM S. L.

**Procurador:** SRA. MARTÍNEZ SERRANO

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

**Codemandado:** TELEFONICA DE ESPAÑA SAU

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.:** D<sup>a</sup>. MERCEDES PEDRAZ CALVO

### **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. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

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

Madrid, a quince de junio de dos mil veinte.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo núm. **497/15** que ante esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora de los Tribunales **Sra. Martínez Serrano** en nombre y representación de **SEBOIM S. L.** frente a la Administración del Estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, contra la resolución dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el día 9 de julio de 2015 RESOLUCIÓN por la que se pone fin al conflicto de interconexión planteado por SEBOIM, S.L. contra CABLEUROPA, S.A.U., TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. Y TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A. por la retención de pagos practicada debido a presuntos tráficó irregulares con destino al número 11837. Ha comparecido como codemandada **TELEFONICA DE ESPAÑA SAU** representada por la Procuradora **Sra. Llorens Pardo**. Ha sido Ponente la Magistrado **D<sup>a</sup> Mercedes Pedraz Calvo**.



## I.- ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La parte recurrente indicada interpuso recurso ante esta Sala de lo contencioso-administrativo contra la Resolución de referencia.

Por decreto del Letrado de la Administración de Justicia de esta Sección se acordó admitir a trámite el recurso y reclamar el expediente administrativo.

**SEGUNDO.-** La parte actora formalizó la demanda mediante escrito de 22 de junio de 2018 en el cual, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor terminó solicitando se dicte sentencia por la que:

*"PRIMERO.- Declare contrario a Derecho y por tanto nulos y o anulables los siguientes pronunciamientos:*

*FUNDAMENTO DERECHO MATERIAL PRIMERO.- "Por consiguiente, todos los operadores de la cadena conocían la existencia de un tráfico irregular y la consiguiente retención de pagos", pues en base a una consideración de parte llega a concluir la existencia de un tráfico irregular.*

*FUNDAMENTO DERECHO MATERIAL TERCERO (REALMENTE SEGUNDO SIGUIENDO EL ORDEN).- "A modo de conclusión, aunque el procedimiento común aprobado en fecha 5 de septiembre de 2013 no es de aplicación al presente caso, conforme a los parámetros con arreglo a los cuales esta Comisión identifica el tráfico irregular en acceso en España, en el presente caso se confirmaría dicha naturaleza por cuanto el tráfico no sigue el patrón lógico y habitual de las llamadas a números de consulta telefónica de números de abonados, tal y como se ha señalado en párrafos anteriores. Aunque no es de aplicación en el presente procedimiento, esta descripción vendría confirmada por el artículo 3 del Real Decreto 381/2015 .*

*Este tipo de actuaciones constituye sin duda una perturbación en el normal funcionamiento de las redes, puesto que los indicios detallados anteriormente apuntan a la obtención de un beneficio económico a través de la generación del tráfico denunciado."*

*En este sentido, y conforme a lo expuesto en esta demanda, ni ha quedado acreditado el tráfico irregular, y por supuesto tampoco perturbación alguna ni en las redes ni perjuicio a ninguno de los miembros de la cadena de interconexión.*

*FUNDAMENTO DERECHO MATERIAL TERCERO (REALMENTE SEGUNDO SIGUIENDO EL ORDEN).- "Tal y como se detalla a continuación de manera individualizada, 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, salvo TME, a cuyo favor consta un ingreso realizado por TELENOR por [INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS importe de 11.182,10 euros FIN CONFIDENCIAL], por los tráficos anteriormente analizados".*

*No ha quedado acreditado el impago por parte de TELENOR, sin que existan pruebas en este sentido más allá de las propias manifestaciones de TME y aún menos a día de la fecha, febrero de 2018.*

*FUNDAMENTO DERECHO MATERIAL TERCERO.- "Se estima la procedencia de la retención de pagos practicada por TME en España, como medida excepcional, y, en consecuencia, al resto de operadores de la cadena que llevaron a cabo la misma práctica aguas abajo, puesto que el fundamento de la retención de los pagos llevada a cabo en España por todos los operadores intervinientes se encuentra en el carácter irregular del tráfico que, como se ha indicado en el Fundamento de Derecho anterior, ha quedado debidamente acreditado".*

*Por los mismo motivos ya expuestos, máxime si efectivamente consideraba que se trataba de tráfico irregular, y así lo puso TME en conocimiento de Telefónica el día 18 de julio de 2012, no se alcanza a entender porque no paralizó el tráfico con TELENOR, por qué no informó a esta empresa hasta un mes después, y porque esperó a cobrar parte de la cantidad debida por TELENOR para poner Denuncia ante la Brigada, siendo evidente el carácter instrumental de la misma para obtener la retención de los pagos a los siguientes operadores de la cadena y por supuesto SEBOIM, y confundiendo sobre si el tráfico era fraudulento, como exponía en la denuncia penal, o irregular como ha mantenido en el expediente ante CNMC.*

*FUNDAMENTO DERECHO MATERIAL TERCERO.- "Ello se establece salvo si TME consigue acreditar fehacientemente a los siguientes operadores de la cadena que ha sufrido unos costes de interconexión superiores a [INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS 11.182,10 euros FIN CONFIDENCIAL] por el impago de Telenor, en cuyo caso no parece proporcionado que esté obligada a sufragar los costes de interconexión y terminación en el número 118AB a los operadores mencionados."*

*Pues en todo caso, estos gastos deberán ser asumidos por todos los intervinientes y no retener en su totalidad TME dicho importe.*



*FUNDAMENTO DERECHO MATERIAL TERCERO.- "En conclusión, ha quedado probado que las redes han sido objeto de un tráfico irregular. TME ha acreditado que no ha cobrado cantidad alguna del operador internacional, exceptuando el importe citado. Por ello, y en base a la aplicación de la cláusula de retención de pagos del contrato con Telefónica -que se verá a continuación- y a las propias alegaciones de Telefónica, se considera razonable la retención de pagos"*

*FUNDAMENTO DERECHO MATERIAL TERCERO.-"En el presente supuesto, Telenor no ha pagado la totalidad del importe que asciende a [INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS, SEBOIM y ONO - FIN CONFIDENCIAL] correspondiente a los servicios de interconexión por el tráfico generado hacia el número 11837, salvo la cantidad de [INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS 11.182,10 euros FIN CONFIDENCIAL]."*

*En cuanto que como ya se ha expuesto no resulta acreditado el impago de TELENOR.*

*FUNDAMENTO DERECHO MATERIAL TERCERO.- "A modo de conclusión, ha quedado suficientemente acreditado que TME, Telefónica y ONO 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".*

*No es aceptado hablar de Diligencia debida, cuando por parte de TME lo que se lleva a cabo en la presentación de una denuncia instrumental encaminada a retener los pagos a los siguientes en la cadena, y por el contrario, no se notifica a TELENOR la condición de supuesto tráfico irregular hasta un mes después, a pesar de si informar a Telefónica el 18 de julio de 2012. No parece que sea la conducta más diligente.*

*FUNDAMENTO DERECHO MATERIAL TERCERO.- "De forma adicional, se indica que, aunque en la instrucción del procedimiento no ha sido acreditado por Seboim, en el caso de que el citado importe integre cantidades que no correspondan con tráfico irregular, TME y los siguientes en la cadena deberían satisfacer los importes correspondientes a los servicios de interconexión prestados".*

*Cuando el 29 de agosto de 2012, TME presenta una denuncia en la Brigada de Investigación Tecnológica indica: "...que existen indicios suficientes para indicar que persona/as desconocidas han realizado, de forma supuestamente fraudulenta multitud de llamadas provenientes de "roaming in"...", en ningún caso se ha podido acreditar 1) ni la existencia de dicho tráfico ni, 2) la participación de SEBOIM en dichos hechos, por lo que no puede recaer sobre el mismo las consecuencias de un tráfico irregular, en caso de que así se estimara, que afecta a toda la cadena de interconexión.*

*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 TME.*

*TERCERO.- Declarare 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 junio al 31 de julio de 2012, 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 junio y el 31 de julio de 2012), que asciende a 337.568,76€."*

*TERCERO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando se dicte sentencia " que inadmita parcialmente y desestime en el resto, o subsidiariamente desestime en su totalidad, el recurso interpuesto, con imposición de costas a la parte contraria".*

*La representación procesal de la codemandada igualmente presentó escrito de contestación a la demanda, exponiendo fundamentos de hecho y de derecho y suplicando se inadmita parcialmente y se desestime el resto o se desestime íntegramente el recurso.*

*CUARTO.- La Sala dictó auto el 29 de mayo de 2018 acordando recibir a prueba el recurso y la práctica de la prueba documental y pericial a instancias de la parte actora, y documental y pericial a instancias del Abogado del Estado, con el resultado obrante en autos.*

*Las partes, por su orden, presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.*

*QUINTO.- La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 25 de marzo de 2020.*

*El mismo hubo de suspenderse debido a la promulgación del Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo por el que se declara el estado de alarma.*



La promulgación del Real Decreto-Ley 16/2020 ha permitido la reanudación de la actividad judicial, señalándose nueva fecha, el día 10 de junio de 2020 para deliberación, votación y fallo del presente recurso de apelación. En esta fecha se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo la Resolución dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el día 9 de julio de 2015 RESOLUCIÓN por la que se pone fin al conflicto de interconexión planteado por SEBOIM, S.L. contra CABLEUROPA, S.A.U., TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. Y TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A. por la retención de pagos practicada debido a presuntos tráficos irregulares con destino al número 11837.

La resolución tiene la siguiente parte dispositiva:

*PRIMERO.- Desestimar la petición de SEBOIM S.L. relativa al reconocimiento del derecho de dicha entidad a recibir en su totalidad los importes retenidos por Telefónica Móviles España, S.A.U., y los siguientes en la cadena de pagos por el tráfico irregular originado durante el periodo comprendido entre el mes de junio y julio de 2012.*

*SEGUNDO.- Declarar ajustada a derecho la retención llevada a cabo por Telefónica Móviles España, S.A.U y Cableuropa, S.A.U.*

*TERCERO.- Telefonica de España SAU Cableuropa SAU y SEBOIM S.L tienen derecho a recibir 'la parte proporcional del importe retenido por Telefónica Móviles España SAU y pagado por Telenor Noruega y que asciende a (INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS a ....euros) por los servicios de interconexión y el servicio final prestados en relación con el tráfico irregular objeto del presente conflicto, salvo si Telefónica Móviles España SA acredita fehacientemente que ha sufrido unos costes de interconexión superiores a [INICIO CONFIDENCIAL ...euros FINCONFIDENCIAL] por el impago de Telenor Noruega"*

**SEGUNDO.-** Son antecedentes relevantes para la resolución del recurso los siguientes:

1-. Con fecha 4 de abril de 2014, tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) un escrito de la entidad Seboim, S.L. (en adelante, Seboim) en el que interponía un conflicto contra Cableuropa, S.A.U. (en lo sucesivo, ONO), Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) y Telefónica Móviles España, S.A.U. (en adelante, TME) por no haber recibido los pagos correspondientes al tráfico telefónico originado en roaming y cursado desde la red de TME, que transitó por la red de Telefónica y posteriormente por la red de ONO con destino al número corto 11837 asignado en aquel momento a Seboim, y correspondiente al período de junio y julio de 2012.

Seboim solicita que se declare su derecho "a recibir los pagos por los servicios de terminación objeto del conflicto, imponiendo la obligación de TME de traspasar a TESAU el importe de las cantidades pendientes de pago. Posteriormente, TESAU entregará a ONO el importe de las retenciones pendientes y finalmente ONO entregará a SEBOIM el importe de las cantidades pendientes de pago [INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS, TME Y TELEFÓNICA 297.058,47 euros2 FIN CONFIDENCIAL]".

Tras recibirse distintos escritos de las empresas implicadas y de la propia empresa hoy actora, el día 26 de marzo de 2015, Seboim, solicita a la CNMC que se le tenga por desistido del referido procedimiento.

Tras consultar los datos obrantes en el Registro de Operadores se constató que figuraba inscrito como representante legal y responsable a efectos de notificaciones otra persona física.

Por ello, con fecha 10 de abril de 2015, tuvo salida del registro de la CNMC escrito en el que se le requiere a Seboim que aporte acreditación fehaciente de[ poder de representación legal del nuevo titular notificado.

Con fecha 6 de mayo de 2015, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de Seboim aportando la citada documentación acreditativa del citado extremo.

Con fecha 13 de mayo de 2015, tuvo salida del registro de el que se le requería que procediese a aclarar su voluntad de desistir del procedimiento, a la vista de que el operador, había realizado actos que venían a desvirtuar su intención de desistir como la presentación de alegaciones al informe de audiencia de la DTS y la presentación de una solicitud para el acceso al expediente.

Con fecha 29 de mayo de 2015, se presenta escrito de Seboim en el que manifiesta su interés en continuar el procedimiento.

Continúa la tramitación del procedimiento, que concluye con la resolución impugnada.



**TERCERO-** En el escrito de demanda, tras exponer hechos anteriores al inicio del expediente origen de la resolución impugnada, la recurrente recuerda que el día 14 de abril de 2014 solicitó ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), la incoación de un expediente para la resolución de un conflicto entre CABLEUROPA, TESAU y TME solicitando que se reconociera el derecho de SEBOIM a recibir los pagos por los servicios de terminación al 11837 objeto de conflicto, imponiendo la obligación a TME de traspasar a TESAU el importe de las cantidades pendientes de pago; que posteriormente, TESAU entregara a ONO el importe de las retenciones pendientes y finalmente imponiendo la obligación a ONO de que entregara a SEBOIM el importe de las cantidades pendientes de pago.

Este expediente concluye con la Resolución CFT/DTSA/955/14, que desestima las pretensiones de SEBOIM, y que es impugnada en este recurso. En el curso del mismo se puso de manifiesto que el importe inicialmente reclamado fue modificado por SEBOIM a través de su escrito del 18 de junio de 2014 y confirmado por ONO a través de su escrito de 23 de febrero de 2014, fijado en 310.020,93 €.

Los motivos de impugnación que se alegan son resumidamente los siguientes:

- 1-. incongruencia entre el momento de comisión de los hechos y la normativa de fondo aplicada en la resolución: contradicción con resoluciones previas. Inexistencia de base legal o contractual que permita a TME suspender el pago de interconexión.
- 2-. comunicaciones de comisión de supuesto tráfico irregular entre los intervinientes en la cadena. Incongruencia y falta de motivación.
- 3-. denuncia masiva de varios tráfico a 118AB en el ámbito penal. Abuso de derecho por parte de TME: finalidad principal es la retención pagos y no contener el supuesto tráfico irregular.
- 4-. no acreditado impago clientes finales. Archivo del procedimiento penal ante la falta de acreditación del daño a TME, en relación con falta de acreditación del impago por parte TELENOR, quien no ha sido requerido en el expediente de CNMC.
- 5-. falta de acreditación tráfico irregular. análisis de las cuestiones técnicas y económicas relativas a la numeración 11837. consideración o no de tráfico irregular. uso de parámetros técnicos y presunción "iuris tantum" de los mismos.
- 6-. cuantía del procedimiento y de las cantidades que tiene derecho a cobrar SEBOIM.

Alega a continuación como "fundamentos jurídicos" los siguientes argumentos:

- 1-. vulneración de la normativa aplicable en el momento de comisión de los hechos.
- 2-. no respeto por parte de la CNMC 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). ( artículos 47 y 48 de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas).
- 3-. falta de existencia y acreditación de tráfico irregular por parte de TME. 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). ( artículos 47 y 48 de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, en relación con el 39 de la misma ley).
- 4-. 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 junio y julio de 2012. Ausencia de prueba de la inexistencia de pago por parte de TELENOR. ( artículo 80 y siguiente de la LRJPAC en relación con el 62.2 como causa de nulidad y subsidiaria anulabilidad del artículo 63 de la LRJPAC). ( artículos 47 y 48 de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, en relación con el 77 y siguientes de la misma ley).
- 5-. 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.

**CUARTO-** El Abogado del Estado, en el escrito de contestación a la demanda, en primer lugar solicita la inadmisión parcial de la pretensión ejercitada en los apartados Segundo y Tercero del suplico por falta de jurisdicción al corresponder al orden civil. Considera que esta Sala carece de competencia jurisdiccional para conocer de la pretensión ejercitada en el apartado segundo y tercero del Suplico, folio 36 de la demanda. Se trata de una pretensión declarativa de derecho, incluso ejercitada en nombre de otras entidades no recurrentes y no comparecidas en autos, TESAU y Cableuropa, una de ellas codemandada y respecto de la cual ejercita



pretensiones en su nombre, interesando el abono de los servicios de interconexión o consulta y conjunto de pagos en relación con el tráfico gestionado entre el 1 de junio y el 31 de julio de 2012.

Respecto de las cuestiones de fondo planteadas en la demanda, y en primer lugar, respecto del concepto de tráfico irregular, recuerda el régimen de interconexión de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas establecido en la normativa desde la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, que supone el reconocimiento del derecho a la interconexión a los operadores que lo soliciten y de una correlativa obligación de facilitarla a quien se lo pida, en las condiciones establecidas en los acuerdos de interconexión firmados por las partes.

La CNMC, y anteriormente la CMT, han prestado especial atención a las demandas de los operadores que denunciaban la existencia de tráficos irregulares con origen en sus redes o en tránsito por ellas, como es el caso de las llamadas efectuadas a numeraciones de tarificación adicional, incluidas aquellas que consisten en la disociación de tarjetas prepago con el objeto de descargar el saldo de las mismas y agotarlo mediante llamadas a dichos números. La finalidad de estas llamadas no es permitir la prestación de un servicio solicitado por un usuario, que es la que justifica el régimen de interconexión, sino la de obtener un beneficio económico mediante la realización de llamadas de un elevado volumen a tales números, lo que genera un tráfico de interconexión de carácter relevante en relación al que ordinariamente reciben.

El tráfico fraudulento no solo genera perjuicios a los operadores económicos, que deberán ser exigidos por el cauce jurisdiccional oportuno, sino que, desde el punto de vista del funcionamiento de las redes, pueden producir la saturación de las estaciones base de las redes móviles o los enlaces troncales de las redes fijas. Asimismo, el bloqueo al acceso a números o servicios por motivos de fraude o uso indebido y la retención de los correspondientes ingresos por interconexión, constituyen garantías de los consumidores, como reconocía el artículo 38.11 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo.

La CMT, y en la actualidad la CNMC, siempre han contado con suficiente apoyo legal para analizar si un tráfico es irregular a los efectos de autorizar a los operadores la suspensión de la interconexión hacia los números que lo reciben.

En el Hecho Sexto la demandante parece negar la existencia del tráfico porque TME no le aportó los CDRs y, por lo tanto, no ha podido comprobar su realidad. Con carácter general, todos los operadores de la cadena de interconexión tienen acceso a esos registros o CDRs, por lo que Seboim debería poder disponer de ellos o, para el caso de que no tuviera red, podía haberlos solicitado al operador que le presta el servicio soporte (ONO). En este caso, sí que parece disponer de los CDRs, pues sobre los mismos ha elaborado el informe pericial que acompaña a la demanda.

El análisis realizado en el informe pericial acompañado a la demanda, en todo caso, parte de la definición del concepto de "tráfico irregular con fines fraudulentos" contenido en el Real Decreto 381/2015 y descarta la concurrencia de los tres supuestos enumerados en su artículo 3.2.

Ese listado de supuestos no es exhaustivo, sino ejemplificativo, como se desprende de su propia redacción ("en particular tendrá dicha consideración el que, cumpliendo las condiciones anteriores, responda, entre otros, a los siguientes supuestos").

Por su parte, la representación procesal de TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U. alega lo siguiente: recuerda que esta Sala ha dictado sentencia el día 12 de junio de 2017 por la que ya se desestimó el recurso de la ahora actora contra una resolución de la CNMC en materia de suspensión de pagos de los importes generados de la interconexión de un tráfico irregular entre el 1 de septiembre y el 31 de octubre de 2012 con destino al mismo número objeto de este procedimiento, el 11837.

La resolución recurrida realiza un análisis exhaustivo de los hechos acontecidos en este caso para determinar que el tráfico irregular es indiscutible y que produce un perjuicio en la red.

Si bien la ley 32/2003 no detalla todos los conceptos técnicos y jurídicos que se pueden plantear en una relación tan compleja de la interconexión, sí define la competencia del regulador para intervenir en las relaciones entre operadores, como ha ocurrido en este caso, a petición de cualquiera de las partes implicadas con objeto de garantizar la adecuación del acceso, la interconexión, la interoperabilidad de los servicios que en este caso resultaron dañados e infringidas con motivo de la generación de tráfico irregular con destino al número 11837 de SEBOIM.

Cita una serie de resoluciones de la CNMC coetáneas a la litigiosa, en las cuales se resuelve de forma análoga a la de autos.



Debe señalarse que la diferencia entre este recurso y el recurso 499/2015 radica en los meses reclamados, entonces los meses de septiembre y octubre, ahora los meses de junio y julio.

**QUINTO-** Es preciso resolver en primer lugar la alegación de inadmisibilidad parcial de determinadas pretensiones que serían competencia de la jurisdicción civil, como sostienen el Abogado del Estado y la codemandada TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.

Se alega que se trata de una pretensión declarativa del derecho de SEBOIM al pago de la remuneración del servicio litigioso que fue retenido, lo que supone ejercitar pretensiones que exceden notoriamente del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa comprendido en el art. 1 LJCA, y del carácter revisor de la actuación administrativa.

Consideran las demandadas que la Sala no es competente en este procedimiento para analizar la conducta de TME, sino que deberá ser la jurisdicción civil la que analice sus posibles incumplimientos y su derecho y el del resto de operadores de la cadena, a percibir los importes retenidos.

Por tanto, procederá respecto de esta pretensión declarar su inadmisibilidad de conformidad con el art. 69.a) LJCA. Así se corrobora por la consideración de que la resolución recurrida no puede entrar en el tema civil, es decir la CNMC, en ejercicio de sus potestades, solo podría pronunciarse sobre la procedencia de la suspensión de la interconexión, no sobre sus consecuencias económicas. En consecuencia, la jurisdicción revisora no podrá reconocer el derecho de cobro de la recurrente, que es lo pretendido en este punto. Por tanto, procede inadmitir las pretensiones ejercitadas en los apartados Segundo y Tercero.

Resulta igualmente improcedente que la recurrente formule, en el suplico de la demanda, pretensiones a favor de otros operadores ajenos a ella (TESAU y CABLEEUROPA), sin legitimación alguna, cuando, además, uno esos operadores, TESAU, se ha personado en este procedimiento como codemandado, oponiéndose a la demanda.

**SEXTO-** Constituyen un antecedente de esta sentencia:

1- la sentencia de 4 de diciembre de 2015 dictada por Sala y Sección (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. La sentencia confirma la existencia de tráfico irregular. La sentencia fue declarada firme el día 9 de marzo de 2016.

Aquella resolución de la Comisión, de 18 de marzo de 2014, acordó cancelar la asignación a SEBOIM del número 11837, siendo el motivo la existencia de tráfico irregular de llamadas. En el recurso contencioso administrativo 263/14, 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. Entonces, en la sentencia de referencia, la Sala, tras valorar el conjunto de la prueba obrante en el procedimiento y en el expediente administrativo, así como la prueba pericial aportada en autos acordó desestimar el recurso y confirmar la resolución impugnada.

Por tanto, la existencia de tráfico irregular está acreditada y juzgada, y como ya ha resuelto esta Sala, no es por tanto objeto de este recurso, no siendo un nuevo recurso contencioso-administrativo el cauce adecuado para revisar una sentencia firme.

2- la sentencia dictada por esta Sala y Sección el día doce de junio de dos mil diecisiete en el recurso contencioso administrativo nº 499/15, interpuesto 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, y en el que se personaron como codemandadas TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU, VODAFONE ESPAÑA, SAU, y VODAFONE ONO, SAU (antes CABLEEUROPA SAU).

En el fundamento jurídico sexto de esta sentencia se señaló:

*"Dados 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 resolutive que incida en la esfera jurídica de las partes en el procedimiento."*

Este razonamiento es íntegramente de aplicación al supuesto enjuiciado en el que igualmente se solicita la declaración de nulidad de determinados fundamentos jurídicos del acto administrativo impugnado.



En consecuencia, no procede entrar a revisar de nuevo la premisa sobre la que sustenta su tesis la recurrente, la alegada inexistencia de tráfico irregular de llamadas. 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.

**SÉPTIMO-** Una vez inadmitido en parte el recurso, siendo improcedente entrar a resolver sobre pretensiones de la actora en favor de terceros, y habiendo quedado resuelto por sentencia de esta Sala que existió tráfico irregular, y que según establecen los artículos 6.4 y 12.1.a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, LCNMC), la CNMC es competente para conocer de los conflictos que se planteen entre los operadores en materia de obligaciones de interconexión y acceso, queda por examinar si como igualmente se pretende, procede la devolución íntegra de las cantidades correspondientes al tráfico en controversia relativo al mes de junio y julio de 2012.

Como igualmente recuerda la Administración en el acto administrativo impugnado, los servicios involucrados en el conflicto litigioso no están sujetos a regulación ex ante, por lo que los importes que deben remunerarse las partes serán los libremente pactados por ellas.

La Orden CTE/711/2002, 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 como 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.

En la página 7 del escrito de demanda se señala que *"El importe inicialmente reclamado fue modificado por SEBOIM a través de su escrito del 18 de junio de 2014 y confirmado por ONO a través de su escrito de 23 de febrero de 2014. Por tanto, la deuda declarada ascendía a 310.020,93 €."* Posteriormente, dentro de la argumentación de la demanda eleva la suma a otra cifra, que aparece recogida en el suplico, 337.568,76€ sobre la base de que es el resultado de la prueba pericial.

En relación con la valoración de la prueba pericial practicada en estas actuaciones, el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tras la reforma operada por la Ley 1/2000, que coincide en lo esencial con el antiguo artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece que "el Tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica", lo que no significa otra cosa que establecer que la prueba pericial no es una prueba tasada, sino de libre apreciación por el Tribunal según las reglas de la sana crítica. El Juez es libre a la hora de valorar los dictámenes periciales, estando limitado únicamente, a tenor del citado artículo 348 de la Ley procesal civil, por las reglas de la sana crítica, que no están recogidas en precepto alguno pero que, en definitiva, están constituidas por las exigencias de la lógica, los conocimientos científicos, las máximas de la experiencia y, en último término, el sentido común, y que le imponen la necesidad de tomar en consideración, entre otros extremos los siguientes: la dificultad de la materia sobre la que verse el dictamen, la preparación técnica de los peritos, su especialización, el origen de la elección del perito, su buena fe, las características técnicas del dictamen, la firmeza de los principios y leyes científicas aplicados.

En este caso, el informe, como se señala en el mismo *"es el resultado del análisis objetivo de la información y documentación aportada por la mercantil SEBOIM, que ha interpuesto el procedimiento referido ante la Audiencia Nacional, ante el desacuerdo de la resolución dictada por la CNMC respecto del conflicto de interconexión, y en consecuencia del tráfico generado y cursado en el período de junio y julio de 2012, en relación con las mercantiles TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA (TME), TELEFÓNICA Y ONO. El alcance del trabajo no contempla la verificación y la auditoría de la información aportada al procedimiento. Toda la información utilizada se encuentra referida en el apartado 4, "Fuentes de información".*

Y la conclusión fundamental, a los efectos estudiados, es que *"ONO ha retenido el abono de 337.568,76 € a Seboim porque presuntamente no hubo tráfico regular al 11837 el 2 de junio de 2012 y los días 18, 19, 20, 21, 22 y 23 de julio de 2012. 3. Seboim ha reclamado un importe menor (310.020,93 €) del retenido por ONO (337.568,76 €)."*

Con fundamento en este informe pericial, esta pretensión no puede prosperar.

Ya en vía administrativa se planteó la cuestión de la cuantía de la reclamación y la procedencia del pago a la actora de las sumas que reclama. Entonces, y tales razonamientos son plenamente conformes a derecho y no





han quedado desvirtuados en estos autos mediante la prueba practicada. La actora tenía firmado un contrato con ONO y Seboim 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*".

Al respecto la actora alega que si la existencia de una denuncia, y la apertura de una Diligencias Previas permite a ONO por contrato retener el pago de los servicios, el cierre de dichas Diligencias supone de manera inmediata el nacimiento del Derecho al cobro de dichas cantidades. Y que TME no sólo no ha acreditado, ni cuantificado daño y su contrato le permite retener el pago del tráfico en caso de interposición de denuncia, pero la denuncia ha sido archivada.

En este caso, se ha constatado un tráfico irregular por el órgano que tiene la facultad de resolver esta cuestión, la CNMC. El devenir de las actuaciones penales no puede tener por tanto la consecuencia que la actora obtiene sino que, como la resolución impugnada correctamente concluye " *Seboim alega que no ha recibido importe alguno en relación con el tráfico objeto del conflicto, que es completamente ajena a las supuestas prácticas irregulares con destino al número 11837, y que la retención efectuada por Vodafone no es conforme a Derecho ya que el tráfico en cuestión no presenta caracteres o patrones de ser anómalo o irregular. Sin embargo, este argumento no puede ser acogido favorablemente, a la vista de los resultados del estudio de los parámetros del tráfico realizado, y teniendo en cuenta que el mismo número ya fue objeto de un expediente de esta Comisión por tráfico irregular desde clientes prepago de Vodafone, y que la suspensión de la interconexión comunicada por Vodafone dio lugar a la cancelación de oficio de la asignación del número a Seboim* ."

Es conforme a derecho la decisión adoptada conforme a la cual, no tiene derecho la actora de percibir la totalidad del pago de la remuneración por el servicio de consulta sobre números de abonado prestado a través del 11837, retenida aguas arriba por TME., debiendo desestimarse la pretensión de reconocimiento del derecho de la actora en tal sentido.

Es igualmente improcedente y debe rechazarse la pretensión de que se declare el derecho de la recurrente a cobrar la suma de 337.568,76€. Ni procede en consecuencia por el conjunto de razones expuestas hasta ahora, declarar el derecho de la actora a cobrar la reclamada "cuantía principal total".

Procede en consecuencia la desestimación del recurso y la confirmación del acto administrativo impugnado.

**OCTAVO**- La desestimación del recurso conlleva la condena al pago de las costas a la parte recurrente al amparo de lo previsto en el art. 139 de la ley jurisdiccional.

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

## FALLAMOS

Que debemos **INADMITIR** en parte y **DESESTIMAR** como **DESESTIMAMOS** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **SEBOIM S.L.** , contra la resolución dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el día 9 de julio de 2015 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos, por ser conforme a derecho. Con condena a la parte actora al pago de las costas.

Así, por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso- lo pronunciamos, mandamos y fallamos.

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 presenten.