

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE INTERCONEXIÓN INTERPUESTO POR ALAI OPERADOR DE TELECOMUNICACIONES, S.L. CONTRA TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. Y TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A. EN RELACIÓN CON LA SUSPENSIÓN DE LA INTERCONEXIÓN DE LLAMADAS HACIA EL NÚMERO 11862, LA RETENCIÓN Y LA DEVOLUCIÓN DE LOS PAGOS A LOS USUARIOS FINALES

CFT/DTSA/014/19/ALAI vs TELEFÓNICA y TME RETENCIÓN PAGOS 11862

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a. Pilar Sánchez Núñez

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 19 de noviembre de 2020

Finalizada la instrucción del procedimiento administrativo con número CFT/DTSA/014/19, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** adopta resolución basada en los siguientes

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Escrito de interposición de conflicto de Alai Operador de Telecomunicaciones, S.L.

Con fecha 7 de febrero de 2019, tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) escrito de Alai Operador de Telecomunicaciones, S.L.U. (Alai), por el que interpone un conflicto de interconexión contra Telefónica de España, S.A.U. (Telefónica) y Telefónica Móviles España, S.A. (TME) por la suspensión de la interconexión que permitía el encaminamiento de llamadas al número 11862¹, así como por la retención de los pagos derivados de un supuesto tráfico irregular, efectuada por Telefónica.

Alai señala que remitió sendos escritos a Telefónica y TME, solicitando el levantamiento del bloqueo de la interconexión y la devolución de las cantidades

¹ El número corto 11862 fue asignado a Alai mediante Resolución del Secretario de la CNMC de fecha 29 de septiembre de 2014 (NUM/DTSA/2014/1032).

retenidas no afectadas por el supuesto tráfico fraudulento², así como la acreditación de que dichas cantidades fueron devueltas o no cobradas a los usuarios finales. No obstante, Alai señala que sólo recibió contestación de Telefónica en la cual se comunicaba el levantamiento del bloqueo de la interconexión, sin que se aludiera a las cuestiones relativas a las cantidades retenidas.

En base a lo anterior, Alai solicita que la CNMC exija que:

- (i) Telefónica acredite la correspondencia entre el supuesto tráfico fraudulento y las cantidades retenidas,
- (ii) Acredite también que dichas cantidades no fueron cobradas a los usuarios finales en sus facturas o que les han sido debidamente abonadas, así como las fechas en las que dichos abonos han sido realizados, y
- (iii) En el caso de que exista una parte de las cantidades que finalmente Telefónica no haya considerado afectada por el fraude y, por tanto, no haya devuelto al usuario final, dicha cantidad sea abonada a Alai junto a los intereses legales correspondientes desde la fecha de retención de referencia.

SEGUNDO.- Comunicación a las partes del inicio del procedimiento

Mediante escritos de la Directora de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC (DTSA) de 5 de marzo de 2019, se comunicó a Alai y Telefónica el inicio del procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4, 21.3 y 21.4, párrafo segundo, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), trasladando a los interesados el escrito presentado por Alai. Dichos escritos fueron debidamente notificados a Alai y a Telefónica y TME el 6 y 7 de marzo de 2019, respectivamente.

TERCERO.- Solicitud de información a la Secretaría de Estado para el Avance Digital

Mediante escrito de la DTSA de 5 de marzo de 2019, se requirió información a la Secretaría de Estado para el Avance Digital (SEAD)³ sobre las actuaciones practicadas en relación con los tráficos objeto del conflicto y, en particular, con el fin de conocer ciertos aspectos relacionados con la suspensión de la interconexión y la retención de pagos correspondientes a los tráficos cursados al número 11862.

² Tráfico irregular y tráfico no permitido por uso indebido de numeración.

³ Actualmente, la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones e Infraestructuras Digitales (SETID).

Con fecha 29 de marzo de 2019 tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de contestación de la SEAD, en el cual solicitó traslado de las actuaciones practicadas en el presente procedimiento.

CUARTO.- Solicitud de Telefónica de acceso al expediente

Con fecha 1 de abril de 2019, Telefónica solicitó a la CNMC acceso al expediente administrativo.

En la misma fecha, la DTSA dio traslado del expediente administrativo a Telefónica.

QUINTO.- Requerimiento de información a Telefónica

Mediante escrito de la DTSA, de 6 de mayo de 2019, se requirió información a Telefónica, por ser necesario para la determinación y comprobación de los datos al amparo de lo dispuesto en el artículo 75.1 de la LPAC.

Con fecha 28 de mayo tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de contestación de Telefónica.

SEXTO.- Remisión de documentación a la SEAD

Mediante escrito de la DTSA de 28 de mayo de 2019 se remitió la documentación obrante en el presente expediente a la SEAD.

SÉPTIMO.- Declaración de confidencialidad

El 29 de mayo de 2019, mediante escrito de la DTSA se declaró confidencial determinada información aportada por Telefónica en su escrito de 28 del mismo mes y año.

OCTAVO.- Requerimiento de información a Alai

Mediante escrito de la DTSA, de 31 de mayo de 2019, se requirió información a Alai, por ser necesaria para la determinación y comprobación de los datos analizados en el presente procedimiento, al amparo de lo dispuesto en el artículo 75.1 de la LPAC.

Con fecha 13 de junio tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de contestación de la Alai.

NOVENO.- Declaración de confidencialidad

El 13 de junio de 2019 mediante escrito de la DTSA se declaró confidencial determinada información aportada por Alai en su escrito de contestación de la misma fecha.

DÉCIMO.- Nuevo requerimiento de información a Telefónica

Mediante escrito de la DTSA de 13 de junio de 2019, se requirió nueva información a Telefónica, por ser necesario para la determinación y comprobación de los datos analizados en el presente expediente.

Con fecha 3 de julio de 2019 tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de contestación de Telefónica.

UNDÉCIMO.- Requerimiento adicional de información a Telefónica y a TME

Mediante escrito de la DTSA de 16 de julio de 2019, se requirió nueva información a Telefónica y a TME, dada su insuficiente respuesta al requerimiento efectuado por la DTSA de 6 de mayo de 2019.

Con fecha 30 de julio de 2019 tuvieron entrada en el registro de la CNMC escritos de contestación de Telefónica y TME.

DUODÉCIMO.- Nuevo requerimiento de información a Telefónica

Mediante escrito de la DTSA de 17 de septiembre de 2019, se requirió información a Telefónica a fin de que aclarara determinados aspectos de su escrito de contestación de 28 de mayo de 2019, así como de su escrito de contestación de 30 de julio de 2019 efectuado de manera conjunta con TME.

Con fecha 1 de octubre de 2019 tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de contestación de Telefónica.

DÉCIMO TERCERO.- Requerimiento adicional de información a Telefónica y a TME

Mediante escrito de la DTSA de 14 de octubre de 2019, se requirió información a Telefónica y a TME a fin de que aclarasen ciertas discrepancias existentes en la información contenida en los escritos de contestación de 28 de mayo y 1 de octubre de 2019.

Con fecha 29 de octubre de 2019 tuvieron entrada en el registro de la CNMC sendos escritos de contestación de Telefónica y TME.

DÉCIMO CUARTO.- Requerimiento de información a la SEAD

Mediante escrito de la DTSA de 14 de octubre de 2019, se requirió información a la SEAD respecto a la información remitida por Alai y las actuaciones practicadas en relación con los tráficos objeto del conflicto. En concreto, se reiteró lo requerido el 5 de marzo de 2019 relativo a si había procedido a la

apertura de un expediente para supervisar las medidas adoptadas por Telefónica y, en su caso, si había resuelto el mismo y en qué sentido.

No obstante, no se ha recibido respuesta a dicho requerimiento.

DÉCIMO QUINTO.- Requerimiento de información a Telefónica y TME

Mediante escrito de la DTSA de 17 de febrero de 2020, se requirió información a Telefónica y TME en relación con la habilitación del Director de Facturación y Soporte e Implantación Telco para certificar la devolución de las cantidades de los clientes afectados. En concreto, se les solicitó la aportación de los poderes que habilitasen a dicho Director para hacer manifestaciones que vinculen a Telefónica y TME frente a la Administración pública.

Con fecha 25 de febrero de 2020, tuvieron entrada en el registro de la CNMC sendos escritos de contestación de Telefónica y TME.

DÉCIMO SEXTO.- Nuevo requerimiento de información a Telefónica y TME

Mediante escrito de la DTSA de 9 de marzo de 2020, ante la contestación e información presentadas por Telefónica y TME, se les requirió nuevamente para que remitieran a esta Comisión declaración o certificado firmado por persona con poder suficiente para hacer manifestaciones que vinculen a Telefónica y TME frente a la Administración pública.

Con fecha 13 de marzo de 2020, tuvieron entrada en el registro de la CNMC sendos escritos de contestación de Telefónica y TME.

DÉCIMO SÉPTIMO.- Declaraciones de confidencialidad

El 30 de abril de 2020, mediante escrito de la DTSA, se dictó declaración de confidencialidad sobre determinada información aportada por Telefónica y TME en sus escritos anteriores.

DÉCIMO OCTAVO.- Suspensión del cómputo de los plazos administrativos

De conformidad con lo previsto en la disposición adicional 3ª del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, a partir de la entrada en vigor del Real Decreto, se suspendieron términos y se interrumpieron los plazos para la tramitación del procedimiento de referencia.

Con efectos desde el 1 de junio de 2020, y según lo establecido en el artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, se procedió a la reanudación del cómputo de los plazos administrativos que habían sido suspendidos.

DÉCIMO NOVENO- Trámite de audiencia

Con fecha 12 de junio de 2020, de conformidad con lo previsto en el artículo 82 de la LPAC, se notificó a los interesados el informe de la DTSA emitido en el trámite de audiencia, otorgándoles un plazo de diez días para que efectuaran sus alegaciones y aportaran los documentos que estimaran pertinentes.

VIGÉSIMO.- Escritos de alegaciones de Telefónica y TME al trámite de audiencia

Con fecha 19 de junio de 2020, tuvieron entrada en el registro de la CNMC escritos de alegaciones de Telefónica y TME al trámite de audiencia, mediante los cuales manifiestan su conformidad con lo dispuesto en el informe de audiencia y solicitan que el expediente sea resuelto en la misma línea.

VIGÉSIMO PRIMERO.- Solicitud de acceso a expediente y suspensión de plazo para formular alegaciones por parte de Alai

Con fecha 22 de junio de 2020, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de Alai por el cual solicitaba acceso a la documentación obrante en el expediente, así como la suspensión del plazo para formular alegaciones al trámite de audiencia.

En fecha 25 de junio de 2020, se remitió a Alai la documentación obrante en el expediente y se amplió el plazo para formular alegaciones en cinco días hábiles.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- Alegaciones de Alai al trámite de audiencia

Con fecha 6 de julio de 2020, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de Alai por el cual formula alegaciones al trámite de audiencia. En el mismo solicita que se requiera a Telefónica y a TME que aporten información adicional necesaria para justificar y acreditar las declaraciones realizadas por el Director de Facturación y Soporte e Implantación Telco en su certificado de devolución de cantidades.

VIGÉSIMO TERCERO.- Informe de la Sala de Competencia

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (LCNMC), y del artículo 14.2.i) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, la Sala de Competencia de la CNMC ha emitido informe sin observaciones.

A los anteriores Antecedentes de Hecho les son de aplicación los siguientes

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Objeto del procedimiento

El presente procedimiento tiene por objeto analizar las solicitudes de Alai señaladas en su escrito de interposición del conflicto y en el Antecedente Primero, para determinar si procede la devolución de las cantidades retenidas de conformidad con lo previsto en el Real Decreto 381/2015, de 14 de mayo, por el que se establecen medidas contra el tráfico no permitido y el tráfico irregular con fines fraudulentos en comunicaciones electrónicas, tras la suspensión de la interconexión de las llamadas al número 11862 de Alai efectuada por Telefónica y TME.

SEGUNDO.- Habilitación competencial de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y legislación aplicable

Las competencias de la CNMC para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial de telecomunicaciones.

Tal y como señala el artículo 6.5 de la LCNMC, corresponde a la CNMC *“realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre^[4], y su normativa de desarrollo”*.

La Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), otorga a la CNMC competencias para intervenir en las relaciones entre operadores y en los conflictos que surjan en los mercados de comunicaciones electrónicas, tal como se prevé en sus artículos 12.5, 15 y 70.2, letras d) y g).

Asimismo, los artículos 6.4 y 12.1.a) de la LCNMC disponen que la CNMC es competente para la resolución de conflictos entre operadores.

Además, el artículo 6.4 del Real Decreto 381/2015 prevé que, si de la tramitación de los expedientes de supervisión de las suspensiones de tráfico de interconexión de los operadores por la SETID se desprende que las solicitudes o notificaciones correspondientes tienen su origen en un conflicto entre operadores en materia de acceso o interconexión, la CNMC resolverá sobre los extremos objeto del mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la LGTel.

Por otra parte, el artículo 8.2 de la Orden CTE/711/2002, de 26 de marzo, por la que se establecen las condiciones de prestación del servicio de consulta

⁴ Esta ley ha sido derogada por la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones.

telefónica sobre números de abonado (Orden CTE/711/2002), establece que los conflictos de acceso e interconexión que se produzcan entre operadores de redes públicas o servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público relacionados con la prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado se resolverán por la CNMC de acuerdo con lo establecido en la normativa general sobre acceso e interconexión y con lo establecido en dicha Orden.

En definitiva, en atención a los preceptos citados y a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC, y de conformidad con el artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

Por último, el presente procedimiento, en lo no previsto por la LCNMC y la LGTel, se rige por lo establecido en la LPAC.

III.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre las relaciones de interconexión entre las partes del conflicto

Alai es un operador de comunicaciones electrónicas inscrito en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, entre otras actividades, para prestar el servicio de comunicaciones electrónicas de consulta telefónica sobre números de abonado, así como para la prestación del servicio telefónico fijo disponible al público para la terminación de las llamadas recibidas en su servicio de consulta telefónica sobre números de abonado⁵.

Alai tiene firmado con Telefónica un Acuerdo General de Interconexión (AGI) de fecha 30 de noviembre de 2005, que tiene incorporada una adenda de 8 de noviembre de 2006. En concreto, Telefónica ofrece a Alai el servicio de interconexión para el acceso al servicio de consulta telefónica sobre números de abonado de Alai (11862), para recibir las llamadas originadas en la red de Telefónica.

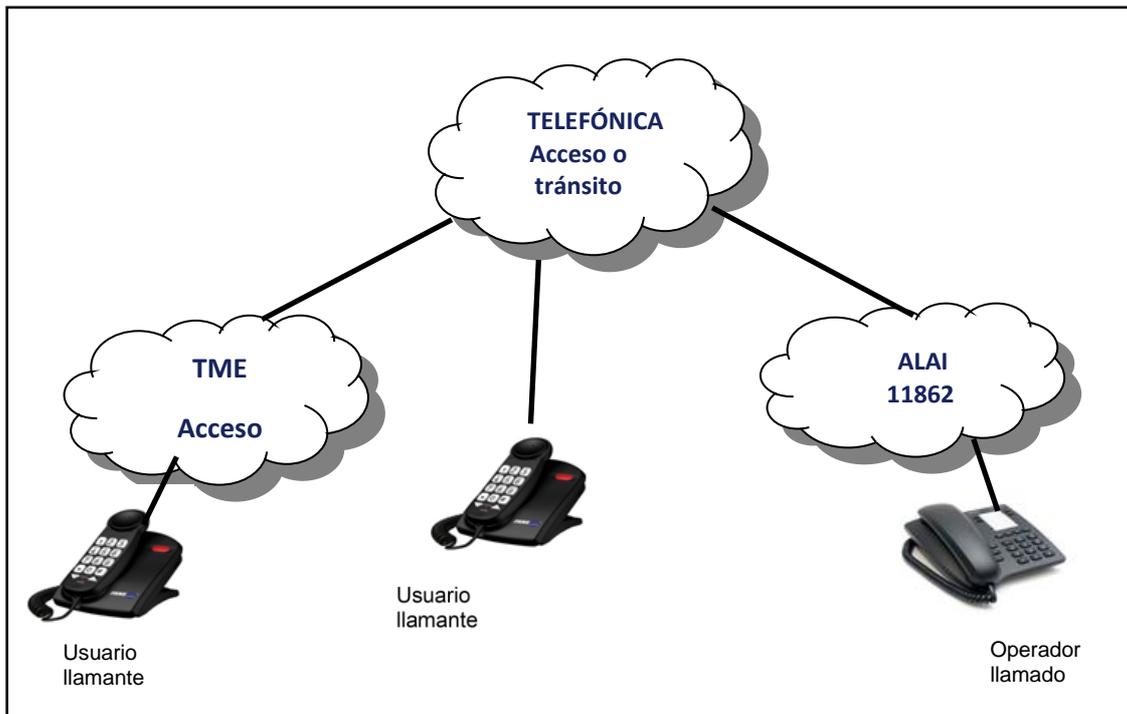
Adicionalmente, Telefónica también presta dicho servicio para llamadas originadas en la red de Alai, así como el servicio de tránsito al servicio de consulta telefónica prestado por Alai desde otros operadores fijos y móviles distintos de Telefónica.

Al mismo tiempo, Telefónica tiene suscrito un AGI con TME de fecha 25 de noviembre de 1996 (objeto de sucesivas adendas a lo largo de los años), por el cual, entre otros servicios, Telefónica presta el servicio de tránsito de las

⁵ Expedientes con núm. RO/DTSA/0345/19 y RO/DTSA/0599/19.

llamadas originadas en TME hasta su entrega en la red del operador de destino (en este caso Alai).

La cadena de interconexión entre los operadores –según los tráficos cursados objeto del expediente, que se originaron tanto en Telefónica como en TME– podría describirse según el siguiente gráfico:



Por otro lado, en el presente caso, esta Comisión ha comprobado que las partes negociaron una adenda adicional más reciente, para regular la retención de pagos y bloqueo del tráfico en el caso de la existencia de tráficos no permitidos y/o irregulares con fines fraudulentos, a fin de cumplir las previsiones de la disposición adicional segunda del Real Decreto 381/2015, que establece la exigencia de actualizar los contratos de interconexión a lo dispuesto en dicha norma.

En concreto, se trata de la adenda de 1 de febrero de 2016, la cual sustituiría a la cláusula 8 del AGI anterior, relativa a “*Fraude y Morosidad*”. A este respecto, Alai señala que le consta la remisión de dicha adenda por parte de Telefónica en febrero de 2016 (denominada “Retención de pagos y bloqueo del tráfico en casos irregulares”). No obstante, dicho documento no fue finalmente firmado por Alai. En el expediente consta que Telefónica en principio reiteró el envío en abril de 2016 y en noviembre de 2017.

Sin embargo, como acertadamente indica Telefónica en su respuesta de 3 de julio de 2019 al requerimiento efectuado por la CNMC, resulta de aplicación lo dispuesto en la disposición adicional segunda, apartado 2, del Real Decreto 381/2015, que señala que “*la falta de adecuación de los acuerdos no exime del*

cumplimiento de lo establecido en el presente real decreto, cuyas disposiciones serán efectivas desde el momento de su entrada en vigor”.

Por ello, en el presente supuesto, aun cuando no se haya suscrito la adenda relativa a “Retención de pagos y bloqueo del tráfico en casos irregulares”, resulta de plena aplicación el Real Decreto 381/2015.

SEGUNDO.- Sobre las medidas de suspensión de tráfico de llamadas y retención de pagos adoptadas

Atendiendo al caso analizado en el presente expediente, a consecuencia de la detección de tráfico fraudulento, Telefónica y TME suspendieron la interconexión de las llamadas originadas en su red con destino al número 11862 con fechas 22 y 30 de noviembre de 2017, notificándose a Alai el 23 de noviembre y el 1 de diciembre de 2017, respectivamente, así como a la SEAD (actualmente, la SETID).

Según Telefónica y TME, dicho tráfico consistió principalmente en tráfico de tipo irregular con fines fraudulentos provocado o inducido por comunicaciones no solicitadas, previsto en el artículo 3 del Real Decreto 381/2015⁶.

Adicionalmente, Telefónica y TME declaran que se trató no sólo de tráfico irregular, sino que, a su juicio, se detectaron motivos de suspensión de la interconexión por tráfico no permitido que hace un uso indebido de la numeración⁷. Así, Telefónica indica que el tráfico contravino la Orden CTE/711/2002, ya que en ningún momento se informó del teléfono al que se transferiría la llamada ni de que al transferir la llamada se seguía facturando al precio del número de consulta 11862.

Tras la suspensión del tráfico, Telefónica procedió también a retener los pagos en interconexión por las llamadas cursadas con origen en Telefónica, al ser ésta la operadora con interconexión directa con Alai. En el caso del tráfico originado en TME, la retención de los pagos en interconexión, así como las comunicaciones, fueron también efectuadas por Telefónica, al ser el operador intermediario encargado del tránsito del tráfico de llamadas con origen en TME. Dichas retenciones fueron notificadas a Alai en sendos correos electrónicos de 4 de diciembre de 2017 y 18 de enero de 2018.

⁶ Se encuentra definido en dicho Real Decreto como “*el generado, inducido o prolongado artificialmente, así como provocado a través de comunicaciones comerciales no solicitadas o mediante el control no consentido de los sistemas o terminales de usuario, al objeto de hacer un uso abusivo o fraudulento de las redes y los servicios (...)*”.

⁷ Según el art. 2.3. del Real Decreto 381/2015, “*se considera tráfico no permitido que hace un uso indebido de la numeración el que tenga origen o destino en recursos públicos de numeración de los planes identificados en el apartado anterior que hayan sido asignados y que haga un uso de dichos recursos contrario a las condiciones de uso establecidas en las correspondientes disposiciones de atribución, habilitación o aplicación.*”

Dichas retenciones se realizaron por los importes de **[CONFIDENCIAL TERCEROS AJENOS AL EXPEDIENTE⁸]** euros correspondientes al período de tráfico del 30 de octubre al 28 de noviembre de 2017, y **[CONFIDENCIAL]** euros correspondientes al tráfico de TME del 22 de octubre al 22 de noviembre de 2017, resultando un total de **[CONFIDENCIAL]** euros.

Los detalles y fechas de la notificación en cadena de las medidas adoptadas no han sido controvertidos por Alai en el expediente.

Alai alega que las suspensiones de la interconexión, realizadas por Telefónica y TME en fechas el 22 y 30 de noviembre de 2017, se adoptaron conforme a lo previsto en la Resolución emitida por la Secretaría de Estado de Tecnología y Sociedad de la Información (SETSI)⁹ de 10 de diciembre de 2015, la cual autoriza a estos dos últimos operadores a proceder a la adopción de medidas de bloqueo de interconexión y retención de pagos. No obstante, Alai señala que dicha Resolución de la SETSI no tiene carácter público, por lo que nunca tuvo acceso a los criterios en los que se basaron Telefónica y TME para suspender la interconexión. Por ello, ante su disconformidad con la retención adoptada por Telefónica y TME, Alai presentó escrito ante la SEAD el 14 de junio de 2018, a fin de clarificar el destino de las llamadas y las cantidades retenidas.

Posteriormente, el 23 de noviembre de 2018 Alai remitió burofax solicitando a Telefónica y a TME el levantamiento del bloqueo de interconexión del número 11862 y la devolución de las cantidades retenidas. Telefónica contestó el 30 de noviembre de 2018 a dicha comunicación, indicando que se procedería a dicho levantamiento del bloqueo. No obstante, no respondió a las cuestiones planteadas por Alai relativas a la devolución de las cantidades retenidas, limitándose a señalar que se actuó de conformidad con el Real Decreto 381/2015. Por ello, con fecha 19 de diciembre de 2018, Alai remitió un nuevo escrito a Telefónica solicitando nuevamente que le devolviera las cantidades retenidas que no estuvieran afectadas por ningún tráfico fraudulento, así como la acreditación de que las cantidades afectadas por el fraude fueron debidamente abonadas a los usuarios finales o bien no les fueron cobradas.

Según señala Alai, dicho escrito no llegó a ser contestado por parte de Telefónica. Ante ello, Telefónica alega que sí dio respuesta al mencionado escrito de Alai de 19 de diciembre de 2018 mediante correo electrónico, si bien en dicho correo, aportado a la CNMC en su escrito de contestación de 28 de mayo de 2019, Telefónica se remite a lo indicado en la comunicación de levantamiento del bloqueo, la cual hace referencia únicamente a la conformidad de la actuación realizada con lo previsto en el Real Decreto 381/2015, sin hacer mención a la retención de pagos.

⁸ En adelante y salvo las excepciones indicadas, las confidencialidades se declaran frente a terceros ajenos al expediente

⁹ Actualmente, la SETID (anteriormente la SEAD -ver nota al pie nº 3-).

A la vista de la solicitud planteada por Alai en el presente procedimiento, el 5 de marzo de 2019 esta Comisión solicitó a la SEAD que informara sobre si había recibido comunicación por parte de TME y Telefónica sobre la suspensión de la interconexión y retención de los pagos de los tráficos cursados al número 11862, así como que indicara las actuaciones practicadas en relación con los tráficos objeto del conflicto y, en particular, si había procedido a la apertura de un expediente de supervisión de las medidas adoptadas por TME y Telefónica, de conformidad con el artículo 6.2 del Real Decreto 381/2015¹⁰.

En el marco de estas facultades, la SEAD señaló que, en efecto, recibió la notificación de Telefónica (se entiende que dicha notificación se encuentra referida también a TME) de 1 de diciembre de 2017, en la que se le comunicaba la identificación, conforme a los criterios fijados en la citada Resolución de 10 de diciembre de 2015, de tráfico dirigido al número 11862 que, según lo establecido en los artículos 2 y 3 del citado Real Decreto, respondería a los supuestos de tráfico no permitido por uso indebido de la numeración y tráfico irregular con fines fraudulentos.

La SEAD indicó asimismo que no se desprendía que la notificación de retención de pagos y bloqueo de tráfico realizadas por Telefónica, en virtud de lo establecido en el artículo 6.2 del citado Real Decreto, tuviera su origen en un conflicto entre operadores en materia de acceso o interconexión, ni que hubiera existido conflicto entre operadores con ocasión del levantamiento de la suspensión de la interconexión al número 11862 asignado a Alai una vez transcurrido el plazo de doce meses al que se refiere la disposición adicional primera del citado real decreto.

Por ello, solicitó a esta Comisión el traslado de la documentación presentada por Alai. Dicha documentación fue remitida a la SEAD. Sin embargo, esta Comisión continúa sin tener constancia de las actuaciones practicadas en aquel momento por la SEAD (ahora, SETID) en relación con los tráficos objeto del conflicto y, en particular, si procedió a la apertura de un expediente para supervisar las medidas tomadas por Telefónica y TME y, en ese caso, en qué sentido se resolvió. De la misma forma, esta Comisión tampoco ha tenido constancia de si la SEAD llegó a contestar al escrito de Alai de 14 de junio de 2018 en el que se solicitaban aclaraciones sobre el destinatario final de las cantidades retenidas por parte de Telefónica.

¹⁰ “En el plazo máximo de tres meses a contar desde el momento en que se reciba la notificación de retención de pagos o bloqueo de transmisión de tráfico a que se refiere este apartado, la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información podrá incoar un expediente para supervisar las medidas adoptadas por el operador, a raíz del cual podrá ordenar el cese del bloqueo de la transmisión del tráfico y, en su caso, la realización del pago de las cantidades que hubiesen sido retenidas, incrementadas con el interés legal del dinero.”

No obstante, ha de entenderse, a partir de la primera contestación ministerial, que la SEAD entendió procedentes las medidas de suspensión de interconexión de Telefónica y TME¹¹. La calificación de los tráficos como irregulares o no permitidos competía a la SEAD, a través del procedimiento establecido en el artículo 6.2 del citado Real Decreto y, por tanto, no procede hacer valoraciones adicionales.

En cuanto a la retención de los pagos en interconexión, este es un instrumento que provee la normativa de comunicaciones electrónicas para supuestos en los que se produce un tráfico irregular con fines fraudulentos o un tráfico no permitido por uso indebido de la numeración -artículo 51.2 de la LGTel y Real Decreto 381/2015-.

El artículo 6.2 de dicho Real Decreto habilita a los operadores que identifiquen tráfico no permitido que hace un uso indebido de la numeración o tráfico irregular con fines fraudulentos, mediante los procedimientos o sistemas a los que se refiere el artículo 4 –como el aprobado por la SETSI para Telefónica por Resolución de 10 de diciembre de 2015-, a retener los pagos correspondientes al mismo, desde el momento de la identificación de dicho tráfico o, en el caso de que el momento de la identificación sea posterior al de la producción, desde el momento en que acrediten que el tráfico comenzó a producirse, con un plazo de treinta días naturales anteriores a la fecha de identificación, salvo que en sus acuerdos de interconexión, acceso e interoperabilidad acuerden un plazo distinto.

En definitiva, se constata que Telefónica y TME, tal y como se ha analizado en apartados anteriores, respetaron las condiciones establecidas para el bloqueo del tráfico y la retención de los pagos, de conformidad con lo previsto en el artículo 6.2 del Real Decreto 381/2015 -según las declaraciones de la Secretaría de Estado-, y se comunicó correctamente, según figura en las comunicaciones entre las partes.

TERCERO.- En relación con la devolución de los pagos de interconexión retenidos por Telefónica

En el presente caso, Alai entiende que las cantidades que efectivamente se hubieran visto afectadas por el supuesto tráfico fraudulento debían de ser devueltas por Telefónica a los usuarios finales o bien no cobradas (si es que aún no se habían cobrado) sin que pudieran ser apropiadas por Telefónica, pues, en ese caso, Telefónica se estaría beneficiando de los pagos por un supuesto tráfico fraudulento. Por ello, solicitó a esta Comisión que requiriera a Telefónica que acreditase que dichas cantidades no fueron cobradas a los

¹¹ La apertura de procedimiento por parte de la Secretaría de Estado es potestativa, pudiéndose hacer en el plazo de tres meses a contar desde el momento en que se reciba la notificación de retención de pagos o bloqueo de transmisión de tráfico, y no se ha informado a esta Comisión que se llevara a cabo, entendiéndose en ese caso que la valoración de las notificaciones de Telefónica y TME fue positiva.

usuarios finales en sus facturas o que les hubieran sido debidamente devueltas, así como, las fechas en las que dichos abonos habían sido realizados, en su caso.

Como se ha señalado en otras resoluciones de esta Sala¹², debe señalarse que el hecho de que se restaure la interconexión -por cesar el supuesto de hecho que motivó la suspensión o haber transcurrido el plazo de un año previsto en el Real Decreto 381/2015- no convierte a los tráficos analizados en “permitidos” o en “regulares”, de forma que, con carácter general, no se devuelven los pagos relativos a dichos tráficos por el hecho de que se restaure la interconexión, si la suspensión se hizo legalmente.

La devolución de los pagos a los operadores a los que se ha retenido esas cantidades, una vez pasado el periodo de suspensión, no está contemplada en el Real Decreto 381/2015, por lo que su proporcionalidad ha de analizarse en sede de conflicto, para cada caso concreto. En este sentido, debe tenerse en cuenta, entre otros aspectos, que una de las finalidades de dicha retención de pagos es evitar el lucro económico que se persigue por parte de los agentes que producen o provocan los tráficos objeto de suspensión. Así se desprende de lo dispuesto en la Exposición de Motivos del citado Real Decreto 381/2015:

“En el ámbito de los servicios de comunicaciones electrónicas existen agentes que desarrollan actividades destinadas a obtener un lucro económico indebido (...).

Así, estas comunicaciones suelen caracterizarse por ser generadas y prolongadas de manera artificial con el fin de obtener un lucro de la cadena de pagos de facturación. Inicialmente estas prácticas se asociaban a servicios de tarificación elevada, que ofrecen mayores márgenes de beneficio, extendiéndose sin embargo en la actualidad a todo tipo de servicios y numeraciones mediante técnicas de generación de llamadas masivas, augmentando el perjuicio económico a los operadores y usuarios y pudiendo llegar a generar problemas de calidad de servicio, e incluso poner en riesgo la seguridad y la integridad de las redes y servicios a causa de la elevada ocupación de recursos provocada.”

En el presente caso, de la información aportada por Telefónica y TME y del escrito de la SEAD (actualmente, la SETID) de 28 de marzo de 2019, se desprende que los tráficos fueron confirmados como irregulares con fines fraudulentos. Con carácter general, como se ha indicado en otras ocasiones¹³, este tipo de tráficos son los que más probablemente van dirigidos a la obtención de un lucro indebido, y, con carácter general, la devolución de los pagos podría fomentar conductas de tráfico irregular –si, a la postre, una vez

¹² Ver Resolución del conflicto de interconexión interpuesto por Voiped Telecom, S.L. contra Telefónica Móviles España, S.A.U. en relación con la retención de pagos y la suspensión de la interconexión de llamadas hacia el número 11810 (expediente nº CFT/DTSA/053/17).

¹³ Nota al pie anterior.

cesada la irregularidad, se van a pagar las cantidades retenidas en un primer momento-.

Por otro lado, tal y como se señala en los escritos de contestación de 28 de mayo, 3 de julio, 1 y 29 de octubre de 2019, Telefónica indica que todas las cantidades retenidas e informadas a Alai, esto es, un total de **[CONFIDENCIAL]** euros, han sido devueltas a los clientes. Telefónica y TME señalan que la orden de devolución se emitió el día 1 de diciembre de 2017, esto es, unos días después de la comunicación de suspensión y retención de pagos a la SEAD, ejecutándose dicha devolución el 13 de diciembre de 2017 y finalizando el proceso el día 2 de enero de 2018.

En esta línea, Telefónica y TME¹⁴ facilitan una declaración suscrita por un directivo de la empresa en fecha 22 de octubre de 2019, junto a su escrito de contestación de 29 de octubre del mismo año, en la cual se sostiene que se ha llevado a cabo la devolución de cantidades a un total de **[CONFIDENCIAL]** clientes afectados. Dicha declaración, formulada por el Director de Facturación y Soporte e Implantación Telco de Telefónica, fue complementada mediante copias de dos escrituras públicas, recibidas en los escritos de contestación de 25 de febrero de 2020, por las que las dos compañías mercantiles confieren al Director indicado poder para, entre otros aspectos, emitir facturas electrónicas a los clientes por cualquier medio telemático, en relación con la prestación de servicios de telecomunicaciones por dichas empresas.

De una parte, se señala la devolución de **[CONFIDENCIAL]** euros a **[CONFIDENCIAL]** clientes de contrato fijo de Telefónica y a **[CONFIDENCIAL]** clientes de contrato móvil de TME, que se efectuaron mediante descuento aplicado en facturas, en los que se indicaba el motivo de la devolución.

De otra parte, se concluye de la declaración que se ha procedido también a la devolución de **[CONFIDENCIAL]** a los restantes **[CONFIDENCIAL]** clientes prepago de TME, a los cuales se les reintegró el importe a la tarjeta bancaria asociada al prepago enviando un SMS informando de la devolución.

De forma adicional, tras el previo requerimiento de esta Comisión, Telefónica y TME han aportado, con fecha 13 de marzo de 2020 una declaración adicional sobre la devolución, según cada caso, de las mencionadas cantidades. Dicha declaración es suscrita por un representante legal de ambas entidades, el cual,

¹⁴ De conformidad con los escritos de la DTSA de 17 de septiembre y de 14 de octubre de 2019, se requirió a Telefónica que aportase “documentación acreditativa de la devolución de las cantidades a los usuarios finales a través de una declaración jurada relativa de dichas devoluciones o en su caso, mediante cualquier otro medio de prueba que pueda ser utilizado en vía jurisdiccional según establece [artículo 299] la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”.

según las escrituras de poder aportadas¹⁵, se encuentra debidamente habilitado para actuar en nombre y representación de Telefónica y TME ante las Autoridades y Organismos de las Administraciones Públicas, así como para suscribir los documentos públicos o privados que en cada caso se requieran.

De esta manera, esta nueva declaración corrobora la anteriormente formulada por el Director de Facturación y Soporte e Implantación Telco y a vincular a las dos empresas frente a la CNMC en el presente procedimiento.

Por otro lado, junto a su escrito de fecha 28 de mayo de 2019 aportó información del tráfico generado y las retenciones en formato Excel, y, el 29 de octubre de 2019, Telefónica aportó pantallazos sobre las devoluciones de cantidades derivadas del tráfico irregular; así como un archivo Excel que refleja algunos ejemplos de las devoluciones anteriormente indicadas.

Existe cierta diferencia entre la cantidad retenida, cuyo importe fue de [CONFIDENCIAL] euros, y lo efectivamente devuelto, que ascendía a una cantidad superior de [CONFIDENCIAL] euros para clientes de contrato y [CONFIDENCIAL] euros (IVA incluido) para clientes prepago, que es explicada por Telefónica en su escrito de contestación de 29 de octubre de 2019. La empresa señala que dicha diferencia es debida a la propia naturaleza de la interconexión, en la que resultan aplicables conceptos de pago de interconexión y de gestión del cobro, y a que la facturación a los clientes finales está sometida a la normativa general de consumidores y usuarios y al IVA aplicable en el total de la cantidad devuelta.

Por último, Telefónica señala en sus escritos de 1 y 29 de octubre de 2019 la imposibilidad de devolución de la cantidad de [CONFIDENCIAL] euros correspondientes a la tarjeta telefónica prepago 67633XXXX, la cual fue dada de baja con fecha 14/12/2017, antes de la fecha de la carga de dicho importe. Ello impidió que pudiera ejecutarse la devolución, si bien Telefónica indica que procederá a reintegrar a Alai dicho importe en la siguiente consolidación mediante el concepto *“Reintegro por incidencia de prepago en la retención de pagos derivada del 11862”*; en la cual resultarán de aplicación los descuentos que procedan por aplicación del IVA y/o las que el operador siguiente en la cadena, aplique en su correspondiente consolidación.

A la luz de las declaraciones facilitadas por Telefónica y TME, en el ámbito de las competencias de este organismo, se considera suficientemente acreditado que Telefónica devolvió a sus clientes la mayoría de las cantidades retenidas a Alai por el tráfico objeto de controversia, correspondientes a los periodos comprendidos entre el 30 de septiembre de 2017 al 28 de noviembre de 2017 para el tráfico de Telefónica, y del 22 de octubre de 2017 al 22 de noviembre de 2017 para el tráfico de TME. Ello se declara sin perjuicio de la posibilidad de las partes de llevar el asunto ante la jurisdicción civil.

¹⁵ Escrituras de poder de fechas 29 de enero de 2016, con números 345 y 346 de protocolo, e inscritas en el Registro Mercantil de Madrid.

La CNMC ha dado siempre relevancia a esta devolución de cantidades y este aspecto es conforme con la previsión contenida en el Considerando (254) del Código de Comunicaciones Electrónicas, aprobado por la Directiva 2018/1972, de 11 de diciembre de 2018 (pendiente de transposición al Derecho español), que establece:

“(...) Cuando los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas retengan los ingresos por interconexión u otros servicios por motivos de fraude o uso indebido, los Estados miembros deben asegurarse de que los ingresos retenidos de dicho servicio se reembolsen a los usuarios finales afectados por el fraude o el uso indebido correspondiente, cuando sea posible.”

En el trámite de audiencia, Alai solicita que Telefónica y TME aporten *“información adicional necesaria para justificar y acreditar las declaraciones realizadas por el Director de Facturación y Soporte e Implantación Telco en su certificado”* sobre las devoluciones a usuarios finales.

El 9 de marzo de 2020 esta Comisión requirió a Telefónica y TME “*declaración o certificado en el que conste que tales devoluciones se han llevado a cabo, firmado por persona con responsabilidad jurídica en ambas empresas o con poderes suficientes para hacer declaraciones que vinculen a Telefónica y TME frente a la Administración pública (en procedimientos administrativos como el presente); o, en su caso, declaración firmada por representante legal que advere el contenido del certificado presentado*”. La declaración aportada por Telefónica y TME de 13 de marzo de 2020, en contestación al anterior requerimiento, como ya se ha indicado, corrobora la anteriormente formulada por el Director de Facturación y Soporte e Implantación Telco y a vincular a las dos empresas frente a la CNMC respecto de las devoluciones efectuadas a los [CONFIDENCIAL] clientes afectados.

El poder otorgado por Telefónica y TME al representante actuante en las declaraciones aportadas vincula a las dos sociedades mercantiles frente a la Administración pública, en virtud de lo indicado en tales poderes y del artículo 1727 del Código Civil. Asimismo, las sociedades señaladas asumen una responsabilidad frente a la Administración en tales declaraciones, que, de referirse a información falsa, podría ser sancionable al amparo de los artículos 77.35 y 78.4 de la LGTel.

Por otro lado, esta Comisión considera que no existen indicios de que Telefónica y TME no hayan devuelto las cantidades a sus abonados, puesto que los principales afectados por el tráfico irregular son sus propios clientes.

Por último, Alai alega también que es necesario que se aporte *“la documentación que acredite el nexo entre las llamadas realizadas a numeración 11862 con el número del llamante”* y su importe retenido. Cabe recordar, a este respecto, que obra en poder de Alai la documentación relativa al tráfico y retenciones aportada por Telefónica en su escrito de fecha 28 de

mayo de 2019, y que fue puesta a disposición por la CNMC el 25 de junio de 2020.

En definitiva, en atención a la naturaleza del tráfico objeto de controversia, identificado por los operadores y la SEAD como tráfico irregular, y a que Telefónica y TME han acreditado suficientemente para esta Comisión la devolución de los importes retenidos a los usuarios finales, se considera que no procede estimar la solicitud de Alai.

Por todo lo anterior, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar la solicitud de Alai Operador de Telecomunicaciones, S.L. relativa al abono de los importes retenidos por los tráficos de interconexión de referencia.

Comuníquese esta Resolución a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones e Infraestructuras Digitales del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.

Comuníquese a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.