



JORGE SÁNCHEZ VICENTE, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión número 29/12 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 26 de julio de 2012, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

Resolución por la que se resuelve el recurso interpuesto por JAM TELECOM 2000 SL contra la Resolución de 3 de mayo de 2012 por la que se adoptó la medida cautelar consistente en la autorización a la entidad Vodafone España, S.A.U a suspender la interconexión de llamadas con origen en su red móvil desde clientes prepago y destino al número 11832 perteneciente a la entidad JAM TELECOM 2000, S.L (AJ 2012/976).

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Escrito presentado por Vodafone España, S.A.U, solicitando autorización para la suspensión de la interconexión a la numeración 11832.

Con fecha 7 de marzo de 2012, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito presentado por la entidad VODAFONE ESPAÑA, S.A.U (en adelante, VODAFONE), por el que se ponía en conocimiento de esta Comisión que había detectado nuevos comportamientos de prácticas irregulares en las llamadas efectuadas a través de su red con destino a numeración 118AB. Según el citado operador, en un principio estas prácticas tenían lugar en tráfico originado desde tarjetas prepago de los operadores móviles a números de tarificación adicional, pero en el último año se había detectado una evolución y sofisticación de dichas prácticas irregulares que en estos momentos podrían estar produciéndose desde cualquier origen¹ y mediante llamadas a un más amplio abanico de numeración, incluyendo cualquiera que implicara retribución al llamado, como por ejemplo, con la de los servicios de consulta.

En este sentido, VODAFONE comprobó la existencia de tráficos anómalos desde su red hacia dicha numeración correspondiente a servicios de consulta, en sentido similar al que se recoge en los procedimientos de suspensión de la interconexión de números de tarificación adicional en las

¹ Esto es, prepago, postpago o incluso clientes de otros operadores haciendo roaming-in.



anteriores resoluciones de esta Comisión de 11 de julio de 2002² y 17 de diciembre de 2009³. Concretamente, la operadora manifiesta que desde el mes de diciembre de 2011 se vinieron produciendo, desde tarjetas de prepago de Vodafone, llamadas masivas disociadas de los packs con que se comercializaron a la numeración 11832 de la que es titular la entidad ahora recurrente, JAM TELECOM 2000, S.L. (en adelante, JAM TELECOM), con el objeto de descargar su saldo y obtener una remuneración indebida.

Según VODAFONE, en un período de tiempo la operadora titular de la referida numeración llevó a cabo prácticas de disociación de tarjetas relacionadas con numeración de tarificación adicional que llevó a VODAFONE a suspender en trece ocasiones la interconexión por disociación según el “procedimiento de detección de uso fraudulento de la red e informe técnico del impacto en la red de VODAFONE del volumen irregular de llamadas a 906 desde servicio prepago”. En los últimos meses se ha producido un cambio de estrategia por parte de JAM TELECOM al llevar a cabo actividades de disociación relacionadas con servicios de consulta de números de abonado.

Alude VODAFONE al impacto en pérdidas que estas prácticas le está suponiendo, que se concreta en los costes de interconexión que a VODAFONE le han generado las llamadas efectuadas a dicho número, a los que habría que añadir las pérdidas acumuladas por la subvención de los terminales correspondientes, los cuáles no son utilizados en la red de VODAFONE, al ser las tarjetas del pack prepago disociadas del terminal con el que son comercializadas. Y añade que las prácticas descritas han conllevado la concentración del tráfico en torno a determinados emplazamientos en los que coincide que se han producido y se siguen produciendo casos de uso irregular por disociación mediante el “vaciado” de tarjetas a números de tarificación adicional.

La operadora aporta como justificación de su escrito un Anexo II en el que figuran los informes sobre llamadas irregulares originadas en las tarjetas prepago de VODAFONE y destino en el número 11832 correspondiente a los meses de diciembre de 2011, enero de 2012 y febrero de 2012.

En virtud de lo anteriormente expuesto, VODAFONE solicita:

- La aprobación de un procedimiento de detección de uso irregular del servicio de prepago para llamadas a servicios de consulta de abonados para autorizar la suspensión temporal de la interconexión de llamadas con origen prepago de VODAFONE con destino en numeración 118AB.
- La autorización a VODAFONE de la suspensión de la interconexión con origen en la red móvil de VODAFONE y destino al número 11832 del que es titular la entidad JAM TELECOM.
- La adopción de una medida cautelar consistente en la autorización para la suspensión de la interconexión que permita el encaminamiento de las llamadas originadas en la red móvil de VODAFONE y con destino al número 11832, en tanto no se dicte Resolución definitiva que ponga fin al presente procedimiento.
- El inicio de un procedimiento administrativo sancionador contra JAM TELECOM por la comisión de una infracción administrativa muy grave, tipificada en el artículo 53 w) de la

² RO 2002/6646.

³ RO 2009/1588.



Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), al incumplir las condiciones derivadas de la asignación de los recursos de numeración incluidos en los planes vigentes de numeración.

- El inicio de un procedimiento de cancelación de la numeración 11832 por incumplimiento del artículo 62.1.c) del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración aprobado por Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (en adelante, Reglamento de Numeración).

SEGUNDO.- Inicio y tramitación del procedimiento RO 2012/502.

Mediante escritos del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 30 de marzo de 2012, se notificó a los interesados en el procedimiento, el inicio del procedimiento, para resolver la solicitud presentada por VODAFONE, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

Con fecha 19 de abril de 2012 tuvo entrada en el Registro de la Comisión escrito presentado por la entidad JAM TELECOM poniendo de manifiesto que remitió carta a VODAFONE ofreciendo su colaboración y solicitando que comunicara las numeraciones fraudulentas desde las que se efectúan las llamadas con la finalidad de bloquear las mismas. JAM TELECOM solicitaba, además, que esta Comisión le autorizara a grabar el contenido de todas las consultas telefónicas sobre números de abonado realizadas sobre el 11832, lo que permitiría revisar posteriormente cualquier incidencia que se produjera en las llamadas. Y solicitaba, asimismo, que se le entregara copia del expediente completo y, en especial, del escrito de 7 de marzo de 2012 presentado por VODAFONE.

En la misma fecha, JAM TELECOM presentó otro escrito en el que manifiesta no tener relación alguna con este tipo de llamadas irregulares, así como su intención de que las mismas finalicen lo antes posible. Añade que VODAFONE no se ha puesto en ningún momento en contacto con ellos ni les ha comunicado ninguna incidencia. Además, manifiesta que sería necesario que los operadores dispongan de medios que les permitan identificar qué llamadas son fraudulentas a efectos de evitar la interconexión de las mismas. Asimismo, expresan su conformidad con la creación de un procedimiento de detección de fraudes así como con el bloqueo inmediato de las llamadas desde la numeración que les sea comunicada por VODAFONE o por la propia Comisión como fraudulentas.

Con fecha 23 de abril de 2012 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión nuevo escrito de VODAFONE complementando la información aportada en su escrito inicial de 7 de marzo de 2012, en relación con los meses de marzo y de abril de 2012. Asimismo, con fecha 25 de abril de 2012 se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de la entidad VODAFONE en el que comunicaron nuevos datos, al haber comprobado que JAM TELECOM 2000 y su administrador, Sergio Ávila Voloschin, habían adquirido tarjetas de prepago y realizado llamadas entre el 1 de diciembre de 2011 y el 16 de marzo de 2012 al 11832. Se aporta Anexo II que contiene los registros de llamadas efectuadas por JAM TELECOM y dicho administrador y Anexo III en el que figura la información de los compradores de tarjetas prepago que consta en las bases de datos de gestión de clientes de VODAFONE.



TERCERO.- Resolución de 3 de mayo de 2012, de adopción de medida cautelar en el seno del expediente RO 2012/502.

En el Resuelve Único de la Resolución de 3 de mayo de 2012 el Consejo de esta Comisión acordó:

“ÚNICO.- Adoptar la medida cautelar consistente en permitir a VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. suspender la interconexión de las llamadas con origen en su red móvil desde clientes prepago y destino al número 11832 perteneciente a la entidad JAM TELECOM 2000, S.L., hasta que se apruebe la resolución que ponga fin al presente procedimiento.”

CUARTO.- Recurso de reposición interpuesto por JAM TELECOM contra la Resolución de 3 de mayo de 2012.

Con fecha 18 de mayo de 2012 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito presentado en nombre y representación de JAM TELECOM por el que se interpuso recurso potestativo de reposición contra la Resolución, de 3 de mayo de 2012, a la que se refiere el antecedente de hecho anterior.

Los razonamientos aducidos por JAM TELECOM en su recurso de reposición pueden resumirse, fundamentalmente, en lo siguiente:

1º.- La resolución impugnada vulnera el derecho a la presunción de inocencia de la entidad recurrente produciéndole indefensión, al no haber tenido acceso dicha entidad a la totalidad de los documentos del expediente ni a las llamadas consideradas fraudulentas por VODAFONE, habiendo sido adoptada inaudita parte y, además, no habiéndosele notificado la resolución antes de la interposición del recurso.

2º.- Desde principios de 2012 y en la actualidad, los packs comercializados por VODAFONE no están subvencionados, no disponiendo sus tarjetas de saldo alguno.

3º.- El objetivo real de la solicitud de VODAFONE es eliminar a uno de los competidores que posee en el ámbito del servicio 118AB, obligando a sus clientes a efectuar únicamente sus consultas a su propia numeración de información de abonados.

4º.- Las llamadas presuntamente irregulares cumplen todos los estándares de eficiencia de los *call centers* para este tipo de servicios, especialmente, el requisito de duración. No existiría, por tanto, intención alguna de JAM TELECOM de alargar “artificialmente” el tiempo de cada llamada.

5º.- La medida cautelar adoptada carece de apariencia de buen derecho, puesto que, de un lado, infringe el deber de esta Comisión de garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios previsto en el artículo 11 en relación con el artículo 3 LGTel. De otro lado, la suspensión de la interconexión atenta contra derecho a comunicar y recibir información veraz del artículo 20 de la Constitución. Asimismo, mientras la numeración asignada a JAM TELECOM ha venido prestando servicios a los usuarios finales desde 2007 sin incidencia alguna, las numeraciones 118AB atribuidas a VODAFONE sí han causado, en cambio, problemas.

6º.- La medida resulta innecesaria y no concurre ninguna urgencia justificativa para su adopción. En primer lugar, puesto que VODAFONE planteó la cuestión a esta Comisión en marzo de 2012, transcurridos cuatro meses desde el inicio, en diciembre de 2011, del presunto tráfico irregular. Y



en segundo lugar, ya que no pueden producirse perjuicios, ante la falta de subvención de terminales y saldo de tarjetas.

7º.- La resolución no es proporcional, considerando que la suspensión de la interconexión entre operadores debe adoptarse en último extremo o como ultima ratio por parte del organismo regulador, después de agotar otras posibles alternativas menos gravosas, como, por ejemplo, proceder únicamente al bloqueo de las líneas subvencionadas efectivamente por VODAFONE pero no de la totalidad de las mismas.

8º.- La medida adoptada causa a JAM TELECOM perjuicios de difícil o imposible reparación, perdiéndose el fondo de comercio de la empresa y poniendo en peligro la continuidad del negocio.

La entidad impugnante solicita la anulación de la medida cautelar adoptada en la Resolución de 3 de mayo de 2012 y su sustitución por las siguientes medidas:

-Se autorice a Jam TELECOM 2000 S.L. y a Vodafone España a grabar, solo a efectos de verificación, todas las llamadas recibidas en la numeración 11832, lo que permitirá revisar a posteriori cualquier incidencia sobre la misma.

- Como medida cautelar que por parte de Vodafone se bloqueen las llamadas desde las líneas Vodafone que no se realizan desde los terminales asociados.

QUINTO.- Notificación a los interesados del recurso de reposición y remisión de requerimiento de subsanación dirigido a la entidad recurrente.

Mediante escrito del Secretario del día 24 de mayo de 2012, se informó a la entidad recurrente y al resto de interesados del inicio del presente procedimiento de tramitación del recurso potestativo de reposición, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC.

Posteriormente, con fecha 31 de mayo de 2012, se requirió a JAM TELECOM para que aclarara determinados extremos de su escrito de recurso.

SEXTO.- Resolución de 7 de junio de 2012, recaída en el expediente RO 2012/502.

En fecha 7 de junio de 2012 el Consejo de esta Comisión ha dictado Resolución por la que se acuerda la adopción de la medida cautelar consistente en autorizar a VODAFONE a suspender la interconexión que permite el encaminamiento de las llamadas con origen en las tarjetas prepago de VODAFONE y destino a números 118AB de servicios de consulta de abonados, en los términos modificados en la propia resolución y relativos al *“procedimiento de detección de uso irregular del servicio prepago para las llamadas a servicios de consulta de abonados”*.

SÉPTIMO.- Alegaciones de VODAFONE al recurso interpuesto por JAM TELECOM.

En fecha 15 de junio de 2012 tuvo entrada en el Registro General de esta Comisión escrito de alegaciones de VODAFONE, por el que se opone al recurso interpuesto por JAM TELECOM.

VODAFONE manifiesta, en primer lugar, que muchas de las tarjetas prepago sobre las que se detectó la disociación fueron comercializadas meses o incluso años antes de que aquel operador dejara de subvencionar directamente los terminales móviles. Añade, no obstante, que continúan



comercializándose productos y servicios de comunicaciones móviles de prepago en los que se incluye como beneficio el otorgamiento de saldo promocional al usuario. Por otro lado, los sistemas de VODAFONE detectan disociación cuando una o más tarjetas de prepago realizan llamadas a un determinado destino desde un mismo IMEI.

En segundo lugar, VODAFONE indica que no se ha producido un uso normal del servicio, puesto que la totalidad de las llamadas fueron efectuadas por usuarios prepago del operador, cuando menos de la mitad de las líneas móviles pertenece a este segmento.

En tercer lugar, la medida solicitada por JAM TELECOM en su recurso, consistente en la autorización a este operador y a VODAFONE, a grabar todas las llamadas recibidas en el numeración 11832, dicha medida resulta contraria al derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones tutelados por el artículo 3 LGTel. Tanto la citada medida como otras solicitadas por JAM TELECOM en su recurso no frenarían la conducta irregular denunciada por VODAFONE, puesto que técnicamente no es viable actuar contra las tarjetas de VODAFONE antes de agotarse su saldo promocional, no impidiéndose tampoco la activación de nuevas tarjetas con las que se realice el uso irregular del servicio. Por tanto, la autorización a suspender la interconexión desde su origen prepago al número 11832 es la medida más adecuada para poner freno a las conductas irregulares.

En cuarto lugar, VODAFONE declara que las afirmaciones de JAM TELECOM sobre la compra de tarjetas prepago carecen de fundamento, ya que todos los usuarios de prepago activos en la actualidad han sido correctamente identificados según la Ley 25/2007, de 18 de octubre.

En quinto lugar, la comparativa de llamadas a otros números de información "118", como el 11888, demuestra el uso irregular del 11832, puesto que mientras en la mayoría de casos existe una distribución equitativa entre llamantes de prepago y de postpago, en el caso del 11832 la práctica totalidad de usuarios eran de prepago. Y sobre el tráfico y duración de las llamadas, VODAFONE recuerda que en las estadísticas presentadas en su día constaba que el volumen de llamadas era claramente irregular para la duración que deberían tener dichas llamadas.

Y en sexto lugar, VODAFONE alega que JAM TELECOM ha participado en otros casos de tráfico irregular, como, por ejemplo, el analizado en el expediente RO 2009/1372 con relación a France Telecom España SA (en adelante, ORANGE)⁴.

OCTAVO.- Documentación y alegaciones adicionales presentadas por JAM TELECOM.

Mediante escrito de 14 de junio de 2010, que tuvo entrada en esta Comisión el día 18, JAM TELECOM presenta los Anexos que faltaban en su recurso de reposición y cuya aportación fue solicitada por esta Comisión por requerimiento del Secretario de fecha 31 de mayo de 2012.

Asimismo, la entidad recurrente efectúa una serie de alegaciones adicionales a las ya realizadas en su recurso de reposición, y que pueden resumirse en las siguientes:

⁴ Resolución relativa a la solicitud de France Telecom España, S.A. de autorización del procedimiento de suspensión de la interconexión que permite el encaminamiento de las llamadas con origen en sus tarjetas prepago y destino en el número 118AB.



1ª.- La medida cautelar adoptada carece de apariencia de buen derecho, ya que el porcentaje de llamadas desde clientes prepago a la numeración 11832 es inferior al límite fijado por esta Comisión en su Procedimiento de detección de uso irregular del servicio prepago para llamadas a servicios de consulta de abonados.

2ª.- VODAFONE no cumplió con su deber de comunicar a JAM TELECOM, antes de la suspensión de la interconexión, cualesquiera incidencias que pudiera tener en esta materia, considerando, además, que el último operador había sido con anterioridad distribuidor oficial del primero.

3ª.- JAM TELECOM ha sido víctima de llamadas irregulares con ánimo de lucro por parte de propietarios de numeraciones 803, 806 y 807.

4ª.- Se han producido circunstancias sobrevenidas, tras la interposición del recurso, favorables a la postura de JAM TELECOM. Una de ellas es la aprobación de la Resolución de 7 de junio de 2012, recaída en el expediente RO 2012/502, y mencionada en el Antecedente Sexto. Según JAM TELECOM, la medida cautelar impugnada no reúne los requisitos previstos en la Resolución de 7 de junio.

5ª.- De mantenerse la medida cautelar, se pondría en peligro el futuro de 19 trabajadores a jornada completa de la empresa recurrente.

6ª.- Se produce un agravio comparativo con relación a otros expedientes resueltos por esta Comisión, al adoptarse la medida con carácter indefinido, mientras que en el expediente RO 2011/785 se fijó un plazo máximo de suspensión de tres meses.

NOVENO.- Alegaciones realizadas por VODAFONE a la documentación adicional presentada por JAM TELECOM.

En fecha 10 de julio de 2012, VODAFONE formula alegaciones al escrito y anexos adicionales presentados por JAM TELECOM, que se sintetizan en lo siguiente:

1º.- JAM TELECOM no ha sufrido indefensión alguna, al haber gozado de un procedimiento contradictorio, tanto durante la tramitación del expediente como ahora, en sede de recurso administrativo de reposición.

2º.- Cinco informes elaborados por el Departamento de Control de Fraude de Vodafone, correspondientes a distintos hitos temporales entre los meses de diciembre de 2011 y de enero a abril de 2012 aportan evidencias suficientes de que la realización de llamadas al número 11832 por parte de tarjetas prepago de VODAFONE se ha producido de manera disociada.

3º.- El 100% de las llamadas efectuadas al número 11832 corresponden a usuarios prepago, concurriendo también otros requisitos reveladores del carácter irregular de las llamadas.

4º.- JAM TELECOM no ha actuado con la diligencia debida y exigible según lo previsto en los artículos 38 y 59 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, con respecto a la utilización de la numeración que le fue asignada por esta Comisión en su día.

5º.- El número 11832 ha sido objeto de otro procedimiento de uso irregular, el correspondiente al expediente RO 2009/1372, citado en el Antecedente Séptimo.



A los anteriores antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

Primero.- Calificación del escrito.

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones (entre otros actos) podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC establece que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La entidad recurrente califica expresamente su escrito como recurso potestativo de reposición, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.12 de la LGTel, las resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede calificar el escrito presentado por el recurrente como recurso potestativo de reposición que se interpone contra la Resolución de esta Comisión de 3 de mayo de 2012.

Segundo.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y de reposición. La entidad recurrente ostenta la condición de interesada por cuanto que ya lo era en el procedimiento RO 2012/502 en el que se dictó la resolución objeto de impugnación.

En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa de la entidad recurrente para la interposición del presente recurso.

Tercero.- Admisión a trámite.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJPAC los recursos administrativos que interpongan los interesados han de estar fundamentados en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 o 63 de la misma Ley. Asimismo, el propio artículo 107.1 de la LRJPAC establece como requisito de los recursos administrativos que los mismos se interpongan contra resoluciones o actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos.

Tanto en el escrito de interposición del recurso de JAM TELECOM fechado el 14 de mayo como en el posterior escrito adicional presentado el 18 de junio se alude a la presunta infracción de determinados preceptos del ordenamiento jurídico por parte de la resolución recurrida⁵. No obstante, y aun en el caso de que no se hubiesen efectuado tales referencias, la doctrina pro

⁵ Véanse páginas 6 y 7 del recurso de reposición de 14 de mayo, así como la 13 del escrito posterior, con entrada del día 18 de junio.



actione contenida, entre otras, en la STS de 25 de febrero de 2003 (RJ 2003\6627), determina la admisión a trámite del recurso de JAM TELECOM puesto que no constituye razón suficiente para la inadmisión de un recurso la no expresión de “*la razón de la impugnación*”. Por su parte, el Tribunal Constitucional también ha aplicado reiteradamente el principio *pro actione* en el ámbito administrativo, entre otras, en las SSTC 158/2000 de 12 de junio, 40/2007 de 26 de febrero, 3/2008 de 21 de enero y 117/2008 de 13 de octubre.

Considerando que el recurso presentado por JAM TELECOM, además de cumplir los requisitos del artículo 107.1 de la LRJPAC, cumple igualmente con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la misma Ley y ha sido presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, resulta procedente su admisión a trámite.

Cuarto. Competencia para resolver.

La competencia para resolver el presente procedimiento corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICO MATERIALES

Primero.- Sobre la presunta infracción del derecho a la defensa del artículo 24 de la Constitución.

En los dos escritos presentados por JAM TELECOM en fase de recurso⁶ se alude a la indefensión producida a la operadora como consecuencia de diversas actuaciones habidas en el procedimiento que dio lugar a la Resolución impugnada. Concretamente, se alega: indefensión por parte de JAM TELECOM por no habersele notificado la Resolución impugnada, haberse tramitado el procedimiento en castellano, haberse adoptado la medida cautelar *in audita parte*, haber dado por buena la acusación de VODAFONE según la cual se han adquirido tarjetas prepago y se han efectuado llamadas al número 11832 por parte de JAM TELECOM, así como no haber permitido el acceso de JAM TELECOM a la totalidad del expediente.

Con relación al artículo 24 de la Constitución, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han venido señalando que únicamente puede invocarse la presunta vulneración de este precepto o bien en sede de procedimientos judiciales o bien en los procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora. Así se declara, entre otras, en las SSTC 175/1987 de 4 de noviembre y 103/1996 de 11 de junio así como en las SSTS de 30 de noviembre de 1999⁷ y de 22 de septiembre de 2004⁸.

En este caso no nos encontramos ante un proceso de naturaleza sancionadora sino frente a la adopción de una medida cautelar en el seno de un procedimiento en materia de interconexión. Por tanto, no resulta procedente que la entidad recurrente alegue una presunta infracción del derecho de defensa del artículo 24 de la Constitución, ya que los procedimientos administrativos de carácter regulatorio que tienen por finalidad restablecer la legalidad no tienen carácter sancionador, como se señala en la STS de 7 de mayo de 2002⁹.

⁶ Véase, especialmente, la páginas 5 del escrito de recurso de 14 de mayo y las páginas 3 a 5 y 11 a 12 del escrito posterior de 14 de junio.

⁷ RJ 2000\3200.

⁸ RJ 2004\6286.

⁹ RJ 2002\5052.



No obstante, y aunque nos encontrásemos ante un procedimiento sancionador, la resolución impugnada no habría causado indefensión material alguna a JAM TELECOM, por las razones que se indican a continuación.

1.1 Sobre la notificación de la resolución recurrida.

Respecto a la falta de notificación de la resolución en el momento de interponerse el recurso referida por la entidad recurrente, debemos señalar que dicha notificación sí tuvo lugar posteriormente, y concretamente, en fecha 25 de mayo de 2012, tal y como consta en el propio expediente.

La existencia de una diferencia de 23 días entre la fecha de dictarse la resolución (3 de mayo) y el día de su notificación (25 de mayo) no afecta la validez del acto administrativo ni vulnera el artículo 24 CE, ya que la superación del plazo máximo de diez días previsto en el artículo 58.2 LRJPAC no constituye defecto sustancial generador de indefensión sino una mera irregularidad formal, como se indica, entre otras, en las SSTS de 25 de abril de 1994¹⁰ y 18 de mayo de 1993¹¹.

Por otro lado, debe añadirse que VODAFONE tuvo acceso con anterioridad a la resolución impugnada al haber elegido, a diferencia de la entidad recurrente, la opción de notificación electrónica, según lo previsto en los artículos 27 y 28 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.

1.2 Sobre la lengua de tramitación del procedimiento.

El artículo 36.1 LRJPAC prevé que:

“La lengua de los procedimientos tramitados por la Administración General del Estado será el castellano. No obstante lo anterior, los interesados que se dirijan a los órganos de la Administración General del Estado con sede en el territorio de una Comunidad Autónoma podrán utilizar también la lengua que sea cooficial en ella. En este caso, el procedimiento se tramitará en la lengua elegida por el interesado. Si concurrieran varios interesados en el procedimiento, y existiera discrepancia en cuanto a la lengua, el procedimiento se tramitará en castellano, si bien los documentos o testimonios que requieran los interesados se expedirán en la lengua elegida por los mismos.”

Como puede observarse, el precepto transcrito contempla el supuesto de discrepancia sobre la lengua de tramitación procedimental entre las partes. Dicha discrepancia no se puso de manifiesto hasta el escrito presentado por VODAFONE el 28 de mayo de 2012, tras habersele dado traslado del recurso de reposición interpuesto por JAM TELECOM y redactado en lengua catalana. Por ello, y dada esta circunstancia, y en aplicación del artículo 36.1 LRJPAC, esta Comisión tramita el presente procedimiento en castellano, sin perjuicio de que los documentos o testimonios que requiera JAM TELECOM sean expedidos en catalán. En todo caso, estaríamos ante una mera irregularidad no invalidante.

Así se ha venido indicando por los Tribunales y entre otras, en las SSTSJ de Galicia núm. 758/2000, de 19 de mayo de 2000¹² y del País Vasco número 766/2011, de 15 de noviembre de 2011¹³. En esta última sentencia se manifiesta expresamente que, en caso de tramitarse el

¹⁰ RJ 1994\3003.

¹¹ RJ 1993\3498.

¹² Recurso 5883 /1997.

¹³ Recurso 1119/2010.



procedimiento en castellano, en ningún caso se estaría ante un vicio de nulidad radical generador de indefensión sino ante una mera irregularidad no invalidante¹⁴.

1.3 Sobre la adopción inaudita parte de la medida cautelar.

En cuanto a la adopción inaudita parte de la medida cautelar impugnada, los tribunales han venido admitiendo esta posibilidad en el procedimiento administrativo y rechazando que pueda resultar contraria al artículo 24 CE. Entre otras, pueden citarse, las SSTs de 17 de julio de 2000¹⁵ y de 10 de julio de 2008¹⁶, esta última referida expresamente a una medida cautelar adoptada por esta Comisión y en la que se dice que:

“La adopción de la medida no vulneró el artículo 24 de la Constitución, pues es posible, en principio, que una decisión cautelar cuya razón de ser estriba, entre otras razones, en la urgencia de evitar ciertas consecuencias desfavorables para el interés público- sea acordada inaudita parte sin perjuicio de su ulterior revisión, ya con todas las garantías de defensa.”

Asimismo, tanto en el procedimiento civil como en el contencioso administrativo se prevé expresamente la adopción de medidas provisionales o cautelares sin audiencia previa de una de las partes¹⁷, pudiéndose impugnar posteriormente la medida por la parte afectada. En este sentido, el Tribunal Supremo ha venido señalando que en los casos en que los interesados han tenido oportunidad de efectuar alegaciones en sede de recurso (ya sea éste administrativo o jurisdiccional), no cabe alegar una posible indefensión, pudiendo mencionarse, entre otras, las SSTs de 26 de septiembre de 2006¹⁸ y de 20 de mayo de 2002¹⁹.

Por otro lado, y en el caso concreto de la resolución impugnada, la adopción de la medida inaudita parte se encuentra justificada por la urgencia de su adopción, que venía determinada por la naturaleza irregular de las llamadas que se estaban efectuando al 11832 y cuya continuación podría haber producido un considerable perjuicio tanto a VODAFONE como a sus usuarios.

Efectivamente, como se expuso en la resolución recurrida, en el caso de las llamadas efectuadas al 11832, existían indicios del uso irregular de la red, lo que conllevaba la necesidad de limitar el riesgo que para VODAFONE suponía la interconexión de su red y la prestación de servicios en aquellos casos en los que los mismos se utilizaban indebidamente.

La prestación indebida de estos servicios habría sido originada como consecuencia de comportamientos de disociación de tarjetas prepago para efectuar llamadas al número 11832 y la generación de niveles muy elevados de tráfico desde el mes de diciembre de 2011 hacia dicha numeración.

La operativa de este tipo de comportamientos consiste en la obtención de tarjetas prepago asociadas a un terminal aprovechando el bajo precio del producto para posteriormente realizar la

¹⁴ “Es más, aún cuando se estimasen los argumentos de la apelante, la Ley autonómica no contiene sanción alguna para su inobservancia, en concreto no se anula ni se dispone su nulidad radical. Se trataría, en su caso, de una mera irregularidad no invalidante puesto que el español, como recogen el art. 3 de la CE y la Ley autonómica es lengua oficial en toda España y no se le ha causado indefensión por su utilización. En el indicado sentido, esto es, que se trataría de una mera irregularidad no invalidante, puede añadirse que el Tribunal Supremo en doctrina plasmada, entre otras muchas, en las Sentencias de 6 de julio de 2010- recurso nº 446-2008 y 3 de noviembre de 2003 -recurso nº 4896-2000 (...).”

¹⁵ RJ 2000\6163.

¹⁶ RJ 2008\4566.

¹⁷ Véanse artículos 135 de la Ley 29/1998, de la Ley 29/1998, de 13 de julio y 733 de la Ley 1/2000, de 7 de enero.

¹⁸ RJ 2007\755.

¹⁹ RJ 2002\6217.



separación de la tarjeta y el terminal que lo forman. El vaciado del saldo de la tarjeta mediante llamadas a números de consulta genera un tráfico y unos costes de interconexión asociados al mismo que VODAFONE ha de sufragar. La realización de estas prácticas, abordadas en numerosas resoluciones²⁰ e Informes anuales de esta Comisión²¹, justifican la interrupción de la interconexión, tal y como han reconocido los tribunales y, entre otras, la STS de 20 de junio de 2006²²:

“Pues bien, la utilización de los «packs» disociados como medio para descargar o blanquear el crédito de las tarjetas mediante llamadas a números que prestan servicios meramente ficticios o aparentes, sin contenido alguno, constituye una perturbación en el funcionamiento normal de las redes públicas de telecomunicaciones, cuya función primordial es prestar servicios de comunicación entre terminales, pero no servir de instrumento de descarga ilegal de tarjetas prepago. Y es esta perturbación, la que se ha tenido en cuenta para aplicar el artículo 4.2 permitiéndose la desconexión temporal. No se entra aquí a determinar si se procedió o no correctamente por el operador en su tardanza en denunciar el hecho y adoptó medidas motu proprio, ya que lo que realmente se enjuició es la posterior resolución que se dictó con el adecuado apoyo legal.”

De no haberse adoptado la Resolución de medidas cautelares, los perjuicios para VODAFONE hubieran sido aun mayores al haberse generado mayor tráfico desde su red prepago hacia dicha numeración, con la consiguiente perturbación que ello hubiera conllevado para los servicios de interconexión.

En cualquier caso, durante la tramitación del procedimiento las partes pueden efectuar las alegaciones que a su derecho interese desde que se les notifique el acuerdo de inicio hasta que tenga lugar el oportuno trámite de audiencia²³.

Como se señaló en el Antecedente de Hecho Segundo de la Resolución impugnada, el día 30 de marzo de 2012 se notificó a los interesados el inicio del procedimiento y si bien expresamente tendrá lugar el oportuno trámite de audiencia en el seno del mismo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la LRJPAC, los interesados pueden efectuar hasta dicho momento las alegaciones que tengan por conveniente. En este sentido, resulta relevante señalar que JAM TELECOM ha presentado diversos escritos en el marco del citado procedimiento con fechas 19 de abril de 2012, 14 de mayo y 22 de junio de 2012.

El recurso de reposición interpuesto por JAM TELECOM es también una manifestación de que la operadora ha podido efectuar alegaciones a efectos de su oportuna defensa. Así, con fecha 19 de mayo de 2012, la operadora presentó su primer escrito de recurso, habiendo tenido la posibilidad de completar y mejorar el mismo en escrito posterior de fecha 18 de junio de 2012, una vez había recibido notificación de la Resolución aprobada por esta Comisión.

²⁰ Resoluciones de 11 de julio de 2002 (RO 2002/6646), de 31 de marzo de 2004 (RO 2003/1983), de 17 de diciembre de 2009 (RO 2009/1588), de 29 de abril y 29 de julio de 2010 (RO 2009/1372 y RO 2010/1094). En la página 6 de la Resolución de 17 de septiembre de 2009 se dice que: “Esta práctica conocida como “disociación del pack de prepago”, consiste en separar el pack prepago con saldo promocional que ofrece V. (el operador denunciante) descargando el crédito en un número de tarificación adicional que generalmente no aporta ningún servicio de tarificación adicional, pues no tiene como objeto ninguna comunicación.”

²¹ Véanse Informes Anuales 2008 (página 189), 2009 (página 205) y 2010 (página 229). En el último informe citado se menciona un caso de “disociación de la tarjeta prepago de telefonía móvil con saldo promocional del terminal asociado comercializado por O. (el operador denunciante), de forma que el saldo que contiene la tarjeta prepago se descarga mediante la realización de llamadas a determinados números de tarificación adicional”.

²² RJ 2006\3737.

²³ De conformidad con el artículo 79.1 de la LRJPAC “los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio”.



1.4 Sobre la admisión por parte de esta Comisión de los hechos denunciados por VODAFONE.

Por lo que respecta a la presunta indefensión producida a JAM TELECOM al dar por válida esta Comisión la acusación de VODAFONE sobre la adquisición de packs y la realización de llamadas por parte de JAM TELECOM, lo que ha sido negado por aquélla, ha de señalarse que la medida cautelar fue adoptada sin prejuzgar el fondo del asunto, de modo que durante la tramitación del procedimiento JAM TELECOM ha tenido y tiene la posibilidad de contradecir las afirmaciones efectuadas por VODAFONE.

La Resolución impugnada se limitó a indicar, después de la valoración de todas las circunstancias concurrentes en el presente caso, que existen indicios importantes del uso irregular en las llamadas al número 11832. Concretamente, y en relación con los datos aportados por VODAFONE sobre la adquisición de tarjetas, esta Comisión señaló lo siguiente:

“a la información descrita anteriormente sobre las prácticas de disociación de tarjetas prepago, ha de añadirse la información aportada por VODAFONE en su escrito de fecha 25 de abril de 2012, al haber comprobado que JAM TELECOM 2000 y su administrador, Sergio Ávila Voloschin, habían adquirido tarjetas de prepago y realizado llamadas entre el 1 de diciembre de 2011 y el 16 de marzo de 2012”.

Por tanto, sobre la información citada, la Resolución se limitó a señalar que VODAFONE había comunicado tal circunstancia a la Comisión.

Ha de advertirse, no obstante, que VODAFONE aportó junto a su escrito de fecha 25 de abril en el que se comunicaron tales hechos, un Anexo II conteniendo los registros de llamadas que habrían sido efectuadas por JAM TELECOM y su administrador así como un Anexo III en el que figura la información de los compradores de tarjetas prepago que consta en las bases de datos de gestión de clientes de VODAFONE.

En cualquier caso, será en el seno del procedimiento principal donde la información aportada será analizada detalladamente, debiendo señalarse que la resolución impugnada fue adoptada teniendo en cuenta la información aportada no sólo en cuanto a la compra de tarjetas y llamadas realizadas a través de la red de VODAFONE sino en cuanto a los diferentes parámetros y circunstancias que concurren en relación con los tráficos en general de las llamadas efectuadas al número 11832.

1.5 Sobre el acceso al expediente por parte de JAM TELECOM.

Por lo que se refiere al acceso a la totalidad del expediente, en ningún caso esta Comisión ha privado a JAM TELECOM de la posibilidad de tener acceso al mismo, si bien debe salvaguardarse la correspondiente confidencialidad de los datos e informaciones que pudieran afectar al secreto comercial o industrial del otro operador interesado en el procedimiento, según lo previsto en el artículo 37.5.d) LRJPAC y la disposición adicional cuarta de la LGTel.



Segunda.- Sobre la falta de subvención de los terminales de VODAFONE y la falta de saldo en las tarjetas que comercializan.

Tanto en el escrito de interposición del recurso de reposición como en su escrito adicional posterior²⁴, JAM TELECOM alega que desde principios del año 2012 hasta la actualidad los packs que comercializa VODAFONE no se encuentran subvencionados y que las tarjetas no tienen saldo promocional, razón por la cual no pueden ser objeto de tráfico irregular que tenga por finalidad el vaciamiento de dicho saldo.

No obstante, tal y como consta en el escrito de alegaciones de VODAFONE²⁵, muchas de las tarjetas que realizaron llamadas al 11832 se encontraban suscritas al plan de precios "*Tarjeta vitamina 10 euros gratis*" consistente en una tarifa minorista de voz y SMS en la que VODAFONE abona al usuario 10 euros de saldo en caso de que dicho usuario realice un consumo mensual de al menos 20 euros. Y, por otro lado, muchas de las tarjetas prepago sobre las que se detectó una clara disociación, fueron comercializadas por VODAFONE meses e incluso años antes, cuando la operadora subvencionaba terminales móviles para captar nuevos usuarios.

Además, no debe olvidarse que la propia disociación de tarjetas, esto es, la utilización de diversas tarjetas SIM desde un mismo IMEI o identificador de terminal, constituye per se una práctica poco frecuente, puesto que lo normal es que por cada IMEI se disponga de un sola tarjeta SIM o, a lo sumo, de dos.

Tercera.- Sobre las características de las llamadas efectuadas al número 11832.

3.1 Sobre la duración de las llamadas

Según JAM TELECOM, la duración media de las llamadas al servicio de consulta sin conexión con destino es de 64 segundos²⁶.

Sin embargo, como se puso de manifiesto en la resolución impugnada, no fue el hecho de que hubiera llamadas con una duración de 64 segundos lo que motivó la suspensión de la interconexión, sino que el hecho de que la mayoría de ellas tuvieran una duración media similar (entre 57 y 64 segundos) fue una circunstancia más para concluir que existían indicios de que los comportamientos detectados suponían un uso irregular de la red en las llamadas dirigidas desde clientes prepago hacia el número 11832. Pero no sólo se destacó el hecho de que las llamadas tuvieran una duración media similar, sino que se aportaron datos concretos sobre la duración exacta de multitud de llamadas.

En cualquier caso, en la medida en que son llamadas dirigidas al número 11832, titularidad de la operadora JAM TELECOM, la misma puede acreditar, asimismo, la duración de las llamadas recibidas en su red a efectos de contradecir la información aportada por VODAFONE. En la medida en que el procedimiento principal se encuentra en fase de tramitación la operadora puede aportar toda la documentación que estime pertinente a tales efectos.

²⁴ Véanse páginas 3 y 9 del escrito de 14 de mayo y 5 y 6 del escrito de 14 de junio de 2012.

²⁵ Véase página 8 del escrito de alegaciones de Vodafone de 15 de junio de 2012.

²⁶ Véase página 4 del recurso de reposición de Jam Telecom.



3.2 Sobre la comparación efectuada por esta Comisión con las llamadas al número 11888

Sostiene JAM TELECOM en la página 4 de su recurso que no se entiende que, a efectos de realizar la comparativa con las llamadas al 11832, se presenten datos de un tercer operador, el titular del 11888, y no se presenten datos de las llamadas de prepago al 11855 de VODAFONE.

No obstante, debe señalarse que la comparativa con el número 11888 se realizó al ser éste el primer número guía del país, si nos atenemos a los datos del Informe Anual 2011 presentado recientemente por esta Comisión²⁷. Como se señaló en la Resolución impugnada, la comparación con el número 11888 tuvo lugar al ser el número con mayor cuota de mercado del país.

El resultado de la comparativa proporcionada fue que el tráfico prepago al número 11832 superaba considerablemente el producido al 11888 (en el mes de febrero las líneas prepago que habían realizado llamadas al 11832 eran superiores al doble de las líneas prepago que habían efectuado llamadas al número 11888) y que el número de llamadas desde prepago realizadas por usuarios de VODAFONE a dichos números, era aproximadamente diez veces superior en el caso de las efectuadas al número 11832 que al 11888. Además, el tráfico al 11888 se distribuía entre el origen prepago y postpago de manera acorde a la situación actual del parque de líneas móviles a diferencia del tráfico al 11832, que era casi todo de prepago.

Cuarta.- Sobre la concurrencia de los requisitos legales necesarios para la adopción de la medida cautelar.

Los artículos 72 LRJPAC y 31 del Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, prevén que esta Comisión pueda adoptar las medidas cautelares que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución final que pudiera recaer, siempre que existan elementos de juicio suficientes para ello, no se causen perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados y no impliquen una violación de los derechos amparados por las leyes.

La jurisprudencia, por su parte, ha establecido como elementos de juicio a considerar en la adopción de las medidas provisionales o cautelares, básicamente dos: la apariencia de buen derecho y el peligro de mora procedimental. Así, en la STC 148/1993, de 29 de abril se dice que:

“el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal, si ha de verificar la concurrencia de un peligro de daño jurídico para el derecho cuya protección se impetra derivado de la pendencia del proceso, del retraso en la emisión del fallo definitivo (periculum in mora in mora) y la apariencia de que el demandante ostenta el derecho invocado con la consiguiente probable o verosímil ilegalidad de la actuación administrativa (fumus boni iuris)”

En el mismo sentido se pronuncian, entre otras, las SSTS de 10 de julio de 2008²⁸, 20 de mayo de 2009²⁹ y 28 de junio de 2011³⁰, habiéndose pronunciado la primera de las sentencias citadas con relación a una medida cautelar adoptada por esta Comisión.

²⁷ En la página 62 del citado Informe Anual 2011 se dice que: “Los agentes más representativos del mercado fueron, en primer lugar, el Servicio de Consulta Telefónica (con numeración 11888 para el ámbito nacional y 11886 para el internacional), con un peso del 46,8% del mercado por volumen de ingresos.”

²⁸ RJ 2008\3428.

²⁹ RJ 2009\5479.

³⁰ RJ 2011\5602.



4.1 Sobre la apariencia de buen derecho.

Sostiene JAM TELECOM en su recurso³¹ que no existe una norma específica que permita o autorice el cese de la interconexión con una numeración 118AB, teniendo además esta Comisión la obligación de adoptar las medidas encaminadas a garantizar la interconexión y la interoperabilidad de las redes y servicios de telecomunicaciones.

Sin embargo, frente a lo expuesto por la recurrente, ha de señalarse que la adopción de medidas de suspensión de la interconexión autorizadas por esta Comisión en diversas ocasiones ha sido respaldada por los tribunales españoles y, en especial, para posibles casos de disociación como el que es objeto del procedimiento RO 2012/502. Así se pronunció el Tribunal Supremo en la STS de 20 de junio de 2006³²:

“Pues bien, la utilización de los «pack de M. A.» disociados como medio para descargar o blanquear el crédito de las tarjetas mediante llamadas a números que prestan servicios meramente ficticios o aparentes, sin contenido alguno, constituye una perturbación en el funcionamiento normal de las redes públicas de telecomunicaciones, cuya función primordial es prestar servicios de comunicación entre terminales, pero no servir de instrumento de descarga ilegal de tarjetas prepago. Y es esta perturbación, la que se ha tenido en cuenta para aplicar el artículo 4.2 permitiéndose la desconexión temporal. No se entra aquí a determinar si se procedió o no correctamente por el operador en su tardanza en denunciar el hecho y adoptó medidas motu proprio, ya que lo que realmente se enjuició es la posterior resolución que se dictó con el adecuado apoyo legal.

Es cierto que los preceptos que se mencionan en el motivo garantizan la interoperabilidad entre redes e imponen la interconexión como instrumento para permitir el acceso de operadores al mercado de la telefonía, pero ello no impide que cuando concurren circunstancias excepcionales como las que se han examinado, se pueda interrumpir esa interoperabilidad con apoyo en el precepto mencionado, pues como se indica por la CMT «la práctica denunciada perturba el funcionamiento normal de un servicio que no sólo se ha revelado en España como motor de la introducción de la telefonía móvil, sino que también se espera que juegue un importante papel en la telefonía móvil de tercera generación y en los servicios de telefonía y datos conocidos como GPRS».”

En el caso de la resolución recurrida, la apariencia de buen derecho para la adopción de la medida cautelar quedó plenamente acreditada en la documentación obrante en el expediente. En el informe aportado en el Anexo II del escrito de la operadora denunciante y relativo a las llamadas efectuadas en las tarjetas prepago de Vodafone y destino en el número 11832 correspondiente al mes de febrero de 2012, puede observarse, a modo de ejemplo, cómo desde un mismo IMEI se realizan 192 llamadas con origen en 154 tarjetas prepago, lo cual suponía que a través de un mismo IMEI se utilizaron, de media, en un día, 5 tarjetas prepago.

Y realizando un análisis comparativo con el número 11888, según se ha indicado anteriormente en el apartado 3.2 de la presente resolución, puede observarse que en el caso del número de líneas prepago que han realizado llamadas al número 11832 en el mes de febrero de 2011 es superior al doble de las líneas prepago que han efectuado llamadas al número 11888. Y mayor diferencia puede apreciarse en el caso del número de llamadas desde prepago realizadas por usuarios de Vodafone a dichos números, que es aproximadamente diez veces superior en el caso de las efectuadas al número 11832 que al 11888.

³¹ Véase página 12 del recurso de Jam Telecom.

³² RJ 2006\3737.



Por tanto, sí existe una apariencia indiciaria de irregularidad en la realización de llamadas al número 11832 que justifica la adopción de la medida cautelar en la resolución recurrida.

Advierte JAM TELECOM en su recurso que tampoco concurre apariencia de buen derecho al no tener este operador relación alguna con las llamadas calificadas de “irregulares”³³. Sin embargo, lo cierto es que JAM TELECOM ostenta la titularidad y responsabilidad de su uso al ser asignatario del número 11832. Esta responsabilidad está especialmente contemplada en los artículos 38 y 59 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre.

En todo caso, la cuestión relativa a la compra de tarjetas y a la realización de llamadas por parte de JAM TELECOM al número 11832, habrá de dilucidarse en el procedimiento principal, debiendo estarse a lo dispuesto en la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

Por otro lado, según manifiesta JAM TELECOM en su escrito adicional presentado el 18 de junio³⁴, no se ha acreditado que las llamadas consideradas como fraudulentas por parte de VODAFONE sean de prepago y que hayan sido objeto de disociación. Añade la recurrente que en la Resolución impugnada se señala que el porcentaje de llamadas de prepago a la numeración 11832 no alcanzan los mínimos exigidos y tasados expresamente por esta Comisión en su ulterior Resolución de 7 de junio de 2012 por la que aprueba el “Procedimiento de detección de uso irregular del servicio de prepago para llamadas a servicios de consulta”.

Sin embargo, frente a lo expuesto por JAM TELECOM, ha de señalarse que VODAFONE presentó datos correspondientes a los meses de diciembre de 2011, enero, febrero, marzo y abril de 2012, elaborados por el Departamento de Control de Fraude de la operadora en los que se informaba que las llamadas al 11832 desde tarjetas prepago de VODAFONE se efectuó de manera disociada. Esta información resulta cuestionada por JAM TELECOM cuando, sin embargo, la operadora no puede contradecir la misma al no tener constancia de si las llamadas que se realizan al número 11832 tienen origen en prepago o si han sido objeto de disociación.

Sobre la falta de concurrencia en el caso de las llamadas al 11832 del supuesto de hecho exigido en la Resolución de 7 de junio de 2012 sobre que las llamadas se produzcan a numeración de servicios de consulta de abonados desde tarjetas prepago de VODAFONE, es preciso señalar que JAM TELECOM interpreta erróneamente que el porcentaje del total de las llamadas realizadas durante el mes de febrero de 2012 se correspondía con el porcentaje de llamadas efectuadas por usuarios prepago al 11832. El porcentaje se correspondía, realmente, con el porcentaje respecto del total de los usuarios de VODAFONE que tenían como destino el 11832 y no al porcentaje de usuarios de prepago que efectuaron llamadas al 11832.

Por otro lado, además de concurrir el supuesto de hecho requerido en la Resolución de 7 de junio de 2012, también se valoraron otras circunstancias a lo largo del expediente, como la duración media de las llamadas o los niveles de tráfico al número de consulta de destino³⁵.

Finalmente, debe rechazarse la alegación de la recurrente acerca de una posible vulneración del derecho a la información del artículo 20 CE³⁶, puesto que el ejercicio de este derecho implica también el respeto a las normas sectoriales de aplicación, como se indicó en la STC 88/1995, de 6 de junio así como en la STS de 16 de junio de 1997³⁷.

³³ Véase página 14 del recurso de Jam Telecom.

³⁴ Véase página 17 de dicho escrito.

³⁵ Véanse páginas 16 y 17 de la Resolución de 7 de junio de 2012.

³⁶ Véase página 13 del escrito de Jam Telecom presentado el 18 de junio de 2012.



4.2 Sobre el peligro de mora.

De acuerdo con la entidad recurrente³⁸, fue en diciembre de 2011 cuando se detectó la existencia de tráfico irregular por parte de VODAFONE, no siendo sin embargo hasta el mes de marzo de 2012 cuando se planteó un conflicto ante esta Comisión por parte de este último operador. Ello denotaría falta de urgencia en la adopción de la medida cautelar.

Además, la recurrente alude a la falta de respuesta por parte de VODAFONE a la solicitud de JAM TELECOM para bloquear el acceso a las llamadas desde líneas no asociadas a los terminales correspondientes (es decir, líneas que hayan sido objeto de disociación del terminal)³⁹.

En relación con ello, ha de reiterarse, no obstante lo dispuesto en la resolución impugnada⁴⁰, en el sentido de que los comportamientos denunciados por VODAFONE estaban conllevando un importante perjuicio para esta operadora, de modo que la medida cautelar se consideró necesaria y urgente con la finalidad de limitar el riesgo para VODAFONE de interconectar su red y prestar sus servicios en aquellos casos en los que se utilizan los mismos indebidamente.

Por otro lado, la concurrencia de los parámetros establecidos por esta Comisión para considerar que nos encontramos ante un comportamiento irregular habilita a VODAFONE a suspender la interconexión, con la finalidad de evitar que se sigan produciendo tales comportamientos y se sigan generando unos costes para VODAFONE que ésta no tiene la obligación de soportar.

4.3 Sobre la proporcionalidad de la medida cautelar adoptada y la improcedencia de las medidas alternativas propuestas por Jam Telecom.

La entidad recurrente discrepa de la ponderación de intereses llevada a cabo en la resolución impugnada. Señala que la medida cautelar adoptada vulnera el interés general al no cumplir la obligación de interoperabilidad, además de privar a los usuarios de una competencia efectiva entre numeraciones de consulta 118AB y poner en peligro la viabilidad económica de Jam Telecom⁴¹.

Respecto a la cuestión de la interoperabilidad, ésta ya ha sido abordada en el anterior apartado 4.1 de esta resolución, en que se recuerda que la suspensión de la interconexión está plenamente justificada y ha sido avalada por los Tribunales en posibles supuestos de disociación⁴².

Con relación al argumento de JAM TELECOM, según el cual la medida cautelar adoptada favorecería al número 11855 de VODAFONE, que ostentaría así una situación de prevalencia sobre los operadores titulares de otros números de consulta 118AB y, en particular, sobre JAM TELECOM y en detrimento de la efectiva competencia en el mercado, debe recordarse que los servicios de consulta se prestan en régimen de libre competencia y, en caso de producirse un comportamiento anticompetitivo como el descrito por la empresa impugnante, ello requeriría la debida justificación y acreditación de tales circunstancias y no una mera alegación. Así se indica, entre otras, en las SSTS de 16 de junio de 2004⁴³ y 15 de octubre de 2008⁴⁴.

³⁷ RJ 1997\6722.

³⁸ Véase página 16 del escrito presentado por Jam Telecom el 18 de junio de 2012.

³⁹ Véase página 17 del escrito presentado por Jam Telecom el 18 de junio de 2012.

⁴⁰ Véanse páginas 12 a 13 de dicha resolución.

⁴¹ Véanse páginas 22 a 23 del escrito de Jam Telecom presentado el 18 de junio de 2012.

⁴² Véase STS de 20 de junio de 2006 (RJ 2006\3737).

⁴³ RJ 2004\3611.

⁴⁴ RJ 2008\5734.



Y en cuanto al peligro para la viabilidad económica de la entidad recurrente de la medida cautelar adoptada, debe señalarse que JAM TELECOM no ha presentado dato económico alguno sobre el impacto que tienen las llamadas de los clientes de VODAFONE a su número de consulta en el volumen total de su negocio y en sus balances. De hecho, no se ha presentado informe o dictamen económico alguno sobre esta cuestión, aportándose únicamente⁴⁵ los datos de la Tesorería General de la Seguridad Social relativos a la plantilla empleada por la entidad recurrente. De todas formas, esta Comisión debe recordar que todas las empresas del sector están sujetas al cumplimiento de la normativa sectorial y, en particular de la relativa al uso de la numeración asignada.

Por otro lado, la operadora recurrente sostiene que la suspensión de la interconexión es la medida más intervencionista dentro del abanico de posibilidades al alcance de esta Comisión, debiéndose haber adoptado las dos medidas alternativas solicitadas por JAM TELECOM, esto es, la grabación de llamadas y la suspensión de interconexión únicamente de las llamadas consideradas fraudulentas –esto es, las llamadas realizadas desde líneas no asociadas a sus teléfonos de origen-.

En relación con la posible grabación de las llamadas propuesta por JAM TELECOM con la finalidad de identificar qué llamadas tienen carácter fraudulento y cuáles no, es preciso señalar que no es posible autorizar por parte de esta Comisión la grabación de llamadas, debiendo someterse dicho aspecto a la legislación vigente. Concretamente, la LGTel dedica su Capítulo III al “*Secreto de las comunicaciones y protección de los datos personales y derechos y obligaciones de carácter público vinculados con las redes y servicios de comunicaciones electrónicas*”, estableciendo su artículo 33 (relativo al secreto de las comunicaciones) lo siguiente:

“1. Los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas o que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público deberán garantizar el secreto de las comunicaciones de conformidad con los artículos 18.3 y 55.2 de la Constitución, debiendo adoptar las medidas técnicas necesarias.

2. Los operadores están obligados a realizar las interceptaciones que se autoricen de acuerdo con lo establecido en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, Reguladora del Control Judicial Previo del Centro nacional de Inteligencia y en otras normas con rango de Ley Orgánica. Asimismo, deberán adoptar a su costa las medidas que se establecen en este artículo y en los reglamentos correspondientes”.

En este caso no existe autorización judicial ni mandato legal que habilite a esta Comisión a ordenar la grabación de las llamadas, debiéndose guardar el correspondiente respeto a los datos personales y al derecho a la intimidad de los interlocutores reconocido constitucionalmente.

Y sobre la restricción o limitación de la suspensión de la interconexión únicamente a las llamadas que se consideren fraudulentas y no de todas las que tengan origen prepago, cabe advertir que no sería posible dado que la irregularidad de los comportamientos advertidos no se aprecia individualmente en cada llamada y en el momento en el que ésta se produce, sino que la concurrencia de los parámetros que determinan aquella irregularidad se acredita tras un análisis general de las llamadas efectuadas desde la red de VODAFONE hacia el número 11832. Sólo así, se pueden valorar circunstancias como el porcentaje de llamadas prepago realizadas a dicho, la existencia o no de tráfico masivo o la duración de las llamadas.

⁴⁵ Véase Anexo IV del escrito presentado por Jam Telecom el 18 de junio de 2012.



Por último, sobre el presunto trato desigual en cuanto al plazo de suspensión de la interconexión, al compararse la medida adoptada en el procedimiento RO 2011/785 –suspensión de tres meses⁴⁶ y la que es objeto del presente recurso –suspensión sin plazo determinado-⁴⁷, debe señalarse que mientras la resolución recaída en el RO 2011/785 es definitiva, la medida adoptada en el RO 2012/502 y aquí recurrida es de naturaleza provisional o cautelar. De ahí que deba mantenerse hasta que sea dictada la resolución que ponga fin al procedimiento, por la propia definición o concepto de medida cautelar contenida en el artículo 72.4 LRJPAC⁴⁸.

Quinta.- Sobre los presuntos costes y gastos causados a la recurrente por las llamadas denunciadas por Vodafone.

Manifiesta JAM TELECOM⁴⁹ que ha detectado que en las llamadas a su número de consulta se han producido centenares de interconexiones con destinos a tarificación adicional, lo que ha provocado cuantiosos costes de interconexión para la operadora, de modo que ésta también ha sido víctima de los prestadores de este tipo de servicios, que se dedican a actividades irregulares.

La recurrente aporta como Anexo II al escrito presentado el 18 de junio un listado de destinos solicitados y llamadas efectuadas por JAM TELECOM a petición expresa de los usuarios que llaman.

Sin embargo, en el listado aportado por JAM TELECOM únicamente figura una relación de números de tarificación adicional, pero sin que conste registro alguno de llamadas que incluya, al menos, fecha, duración de las mismas y que han sido reencaminadas por JAM TELECOM. Tampoco consta dato alguno que permita apreciar la existencia de dicha irregularidad.

Por otra parte, y en relación al destino irregular de las llamadas dirigidas a números de tarificación adicional a través del número de consulta de JAM TELECOM, debe tenerse en cuenta que ello no exime a este último operador de su obligación de utilizar la numeración asignada por esta Comisión diligentemente, siendo la responsable de garantizar y controlar el buen uso de la numeración, en consonancia con lo prevenido en los artículos 38 y 59 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Primero.- Desestimar íntegramente el recurso potestativo de reposición interpuesto por JAM TELECOM 2000 SL contra la Resolución de 3 de mayo de 2012 por la cual se adoptó la medida cautelar consistente en la autorización a la entidad Vodafone España, S.A.U a suspender la interconexión de llamadas con origen en su red móvil desde clientes prepago y destino al número 11832 perteneciente a la entidad JAM TELECOM 2000, S.L

⁴⁶ Resolución de 11 de abril de 2012, por la que se autoriza a Telefónica Móviles España, S.A.Unipersonal un procedimiento de suspensión de la interconexión del tráfico destinado a numeración móvil que se comporta como sumidero de tráfico telefónico.

⁴⁷ Véase página 23 del escrito de Jam Telecom presentado el 18 de junio de 2012.

⁴⁸ "En todo caso, se extinguirán (las medidas provisionales) con la eficacia de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento correspondiente."

⁴⁹ Véase página 8 del escrito presentado por Jam Telecom el 18 de junio de 2012.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el artículo 22.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de su Consejo de 30 de marzo de 2012 (BOE núm. 149, de 22 de junio de 2012), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a que se refiere el presente certificado puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en el artículo 22 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, en la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros.