

Resolución por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto por France Telecom España S.A.U., contra la Resolución de fecha 5 de septiembre de 2013, sobre la aprobación de un procedimiento común para la suspensión de la interconexión de numeraciones por tráfico irregular.

(Exp. nº AJ 2013/1938)

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LA CNMC

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D^o Eduardo García Matilla.

D^o Josep María Guinart Solá.

D^a Clotilde de la Higuera González.

D^o Diego Rodríguez Rodríguez.

Secretario de la Sala

D. Tomás Suárez-Inclán González, Secretario del Consejo

En Madrid, a 3 de diciembre de 2013

Visto el expediente relativo al recurso de reposición interpuesto por France Telecom España S.A.U., contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 5 de septiembre de 2013, sobre la aprobación de un procedimiento común para la suspensión de la interconexión de numeraciones por tráfico irregular, la SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA, en su sesión núm. 9, acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Sobre la actividad irregular que ha dado lugar a la aprobación de un procedimiento para la suspensión de la interconexión.

El tráfico irregular es una práctica que viene incrementándose en los últimos años, y ello está generando una razonable preocupación a los operadores a los que afecta esta actividad irregular y al Regulador de las telecomunicaciones, como garante del

cumplimiento de las obligaciones legales relativas a la interoperabilidad de los servicios y de la interconexión de redes en los mercados de comunicaciones electrónicas.

A los efectos del presente recurso de reposición, cuando hablamos de tráfico irregular nos referimos principalmente a las siguientes actividades:

- La realización de llamadas hacia la numeración de tarificación adicional desde tarjetas prepago (normalmente disociadas del terminal y con saldo promocional). Estas llamadas se establecen en paralelo ocupando la mayoría de los canales disponibles en las celdas de forma que todo el saldo promocional se descarga en la numeración de tarificación adicional a la que se llama.
- La realización de llamadas hacia la numeración de tarificación adicional desde líneas postpago. Estas llamadas se cursan hacia numeraciones de tarificación adicional durante el tiempo máximo permitido legalmente (recogido en el Código de Conducta¹). Posteriormente, los operadores no pueden recuperar los costes de las llamadas vía usuario final porque no pueden localizarlo o detectan que los datos que tenían del usuario no eran correctos.
- La realización de llamadas hacia numeración móvil y fija que se comportan como sumideros de tráfico desde líneas que tienen contratadas alguna de las modalidades de tarifas planas que comercializan los operadores. Las entidades que actúan como sumideros han llegado acuerdos con los operadores asignatarios de las numeraciones para repartirse los precios de terminación fijo y/o móvil según corresponda.
- La realización de llamadas hacia numeraciones de tarificación adicional desde clientes postpago o desde tarjetas prepago de abonados en itinerancia de forma que se generan ingresos para el prestador del servicio de dichas numeraciones de tarificación adicional.
- La realización de llamadas hacia numeración del servicio de consulta telefónica sobre números de abonados (normalmente disociadas del terminal y con saldo prepago) desde tarjetas prepago. Con este comportamiento se pretende descargar el saldo promocional de las mismas en la citada numeración, los operadores asignatarios obtendrían un beneficio económico, y con ello se generaría un tráfico de interconexión considerable.

Las prácticas descritas, tal como se puso de manifiesto en la Resolución de fecha 5 de septiembre de 2013, ahora recurrida, han supuesto numerosos perjuicios a los operadores, entre los que cabe destacar la degradación de la calidad del servicio sufrida al haber soportado determinados volúmenes de tráfico irregulares. En las redes móviles, por ejemplo, la concentración de llamadas desde una misma celda (BTS) hace que se

¹ Código de Conducta aprobado por Resolución de 16 de diciembre de 2002, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información.

incrementa la probabilidad de bloqueo planificada y perjudique al resto de los abonados del operador que deberían recibir servicio en esa celda. A mayor abundamiento, este hecho conlleva una dificultad añadida para la planificación radio de la zona para el operador.

Tanto en las redes fijas como en las móviles, el volumen de tráfico generado ha llegado a saturar los enlaces troncales entre operadores de acceso y los operadores de la red destino con el consiguiente efecto negativo en el servicio al resto de abonados. Asimismo, el citado volumen de tráfico incrementa notablemente el tráfico medio cursado en las centrales telefónicas lo que conlleva perjuicios técnicos a los operadores.

Los citados perjuicios han sido reconocidos por los Tribunales².

Segundo.- Resolución de fecha 5 de septiembre de 2013 relativa a la aprobación del procedimiento común para la suspensión de la interconexión de numeraciones por tráfico irregular.

Hasta la fecha de la Resolución objeto del presente recurso, cada operador debía elaborar sus propios procedimientos internos para la detección de tráfico irregular, que eran aprobados por el Regulador, y que se basaban en una serie de parámetros, no necesariamente coincidentes con el del resto de operadores³, acreditativos de la existencia de tráficos irregulares en perjuicio del operador. En caso de que el operador detectase la existencia de dicho tráfico en su red, debía justificar, en base a los citados procedimientos aprobados, la suspensión de la numeración en interconexión y tras suspender el número lo comunicaba a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Ante la existencia de una pluralidad de procedimientos heterogéneos aprobados por cada operador según sus propios criterios⁴, con fecha 20 de febrero de 2013, y previa petición de varios operadores, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones inició un procedimiento RO 2013/290, cuyo objeto es la unificación, simplificación y actualización de las condiciones y los criterios autorizados para la suspensión de la interconexión a los operadores Vodafone España, S.A.U. (en adelante, Vodafone), France Telecom España, S.A.U. (en adelante, Orange), Telefónica Móviles España, S.A.U. (en adelante, TME) y Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Tesau).

El procedimiento finalizó mediante la Resolución de fecha 5 de septiembre de 2013, en la que se acordó lo siguiente:

“PRIMERO: Autorizar un procedimiento común a Telefónica Móviles España, S.A.U., Vodafone España, S.A.U. France Telecom España, S.A. y Telefónica de España, S.A.U.

² Véanse, las Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 20 de junio de 2006, 29 de mayo de 2007 y 5 de noviembre de 2009.

³ Existe una gran variedad de parámetros descritos en cada procedimiento que oscilan entre 10 a 22.

⁴ Desde el año 2002, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha aprobado 15 procedimientos internos, que contienen las características propias de cada operador.

para que suspendan de forma temporal la interconexión que permite el encaminamiento de las llamadas originadas desde cualquier línea origen hacia cualquier numeración destino del PNNT, cuando se lleven actividades de tráfico irregular descritas en el apartado III.3.1.

SEGUNDO: Permitir a Telefónica Móviles España, S.A.U., Vodafone España, S.A.U. France Telecom España, S.A. y Telefónica de España, S.A.U. que suspenda temporalmente cuando hayan comprobado que concurren al menos cinco de los parámetros enunciados en el apartado III.3.2.

TERCERO: Telefónica Móviles España, S.A.U., Vodafone España, S.A.U. France Telecom España, S.A. y Telefónica de España, S.A.U. deberán enviar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un informe específico en un plazo no superior a 24 horas para todas aquellas suspensiones de números en interconexión producidas de lunes a jueves, ampliándose a 72 horas para las que se lleven a cabo a partir del viernes cuando hayan procedido a la suspensión de la interconexión.

El informe específico deberá contener la información según consta en el apartado III.3.4.

CUARTO: Telefónica Móviles España, S.A.U., Vodafone España, S.A.U. France Telecom España, S.A. y Telefónica de España, S.A.U. deberán poner en conocimiento la suspensión temporal al operador al que se le hubiera asignado o portado la numeración afectada por dicha actividad en un plazo no superior a 24 horas para todas aquellas suspensiones temporales producidas de lunes a jueves, ampliándose a 72 horas para las que se lleven a cabo a partir del viernes desde que se produzca la citada suspensión, salvo que se pacte otro plazo de mutuo acuerdo entre operadores. Esta suspensión se mantendrá para cualquier numeración del PNNT: (i) hasta que se produzca un cambio en la titularidad del abonado del número afectado (en este caso, el operador asignatario deberá poner dicha circunstancia en conocimiento del operador que hubiera suspendido la numeración), (ii) hasta que esta Comisión asigne la numeración a otro operador, o bien, (iii) hasta que así lo acuerden los operadores de mutuo acuerdo (entre el operador que haya suspendido y el operador asignatario de la numeración).

QUINTO: Cada operador deberá remitir dentro del primer mes del año, un listado de la numeración suspendida y de la numeración que ha sido abierta en interconexión según consta en el presente apartado III.3.4.

SEXTO: La suspensión de la interconexión se produce número a número, no permitiéndose, por consiguiente, la suspensión genérica de un determinado tipo o bloque de numeración.

SÉPTIMO: El operador de acceso será el responsable frente a las posibles reclamaciones del titular del número afectado y no el operador asignatario o receptor de la portabilidad de la numeración afectada, por cuanto que es el operador acceso quien no da curso a la llamada desde su red y no el operador de terminación quien la interrumpe”.

En la citada Resolución se realiza un análisis y actualización de los parámetros que hasta ese momento se tenía en cuenta para los procedimientos internos a fin de dotar a los operadores de mayor flexibilidad para incluir nuevos comportamientos irregulares, además de unificar y simplificar dichos parámetros. Asimismo, dicha Resolución establece cuáles son los parámetros que no se tendrán en cuenta para suspender en interconexión una determinada numeración.

En lo que se refiere a los plazos exigidos para notificar la suspensión temporal al operador afectado y remitir un informe específico al Organismo Regulador, la Resolución establece un plazo no superior a 24 horas para todas aquellas suspensiones temporales producidas de lunes a jueves, ampliándose a 72 horas para las que se lleven a cabo a partir del viernes desde que se produzca la citada suspensión, salvo que se pacte otro plazo de mutuo acuerdo entre operadores.

Tercero.- Recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad Orange y alegaciones presentadas por los interesados.

Con fecha 30 de septiembre de 2013 el operador France Telecom España S.A.U. (Orange) ha presentado recurso de reposición contra la citada Resolución de fecha 5 de septiembre de 2013. La entidad señala que la Resolución recurrida le causa indefensión, al no haber tenido en cuenta los siguientes aspectos:

- a) No se han tenido en cuenta como parámetros para justificar la suspensión, que el titular tenga ...**[CONFIDENCIAL]**. Según Orange, la Resolución recurrida le produce indefensión al excluir del procedimiento aprobado los citados parámetros, los cuales venían siendo utilizados hasta la fecha por Orange de forma no controvertida para justificar las suspensiones de interconexión.
- b) No se ha previsto la aplicación del plazo de 72 horas para comunicar e informar la suspensión de la numeración en interconexión realizada en un puente festivo. Según Orange, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones había aprobado procedimientos en los que el plazo de 72 horas era también válido para aquellas suspensiones que se realizaran durante un puente festivo, por lo que no se justifica este cambio en la Resolución recurrida.

Asimismo, y tras notificarse a los interesados el inicio del procedimiento de Resolución de recurso, han presentado alegaciones las entidades Tesau y TME. Ambos interesados se muestran plenamente conformes con el recurso presentado por Orange, y añaden otra causa de nulidad de pleno derecho relativa a la infracción del procedimiento legalmente establecido (artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), al considerar que la exclusión del parámetro ...**[CONFIDENCIAL]** vulnera el artículo 56.2.a) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), que establece como criterio para graduar la sanción “*la gravedad de las infracciones cometidas anteriormente por el sujeto al que se sanciona*”. Entienden las ambas entidades, que este criterio debe servir también en el caso de del procedimiento de suspensión de la interconexión por tráfico irregular.

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

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

Primero.- Calificación.

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones y los actos de trámite cualificados podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualesquiera 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 la resolución dictada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa, procede calificar el escrito presentado como recurso de reposición, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC.

Segundo.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado para la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. A su vez, el artículo 31 de la misma Ley prevé que se consideran interesados en el procedimiento administrativo quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos y los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

De acuerdo a lo señalado, la entidad recurrente ostenta la condición de interesado en el presente procedimiento por cuanto las medidas que establece la Resolución impugnada tienen incidencia en sus derechos e intereses legítimos.

Tercero.- Admisión a trámite.

El recurso de reposición fue interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la LRJPAC y además, cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el

artículo 110.1 de la misma Ley, por lo que debe entenderse interpuesto en tiempo y forma, procediendo su admisión a trámite.

Cuarto.- Competencia y plazo para resolver.

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, la competencia para resolver los recursos de reposición le corresponde al órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

La Resolución recurrida fue dictada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Sin embargo, de acuerdo con lo establecido en la Disposición Adicional Segunda, apartado 1, de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la constitución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia implicará la extinción, entre otros organismos, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Quinta, apartado 1, de la misma Ley 3/2013, los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley continuarán tramitándose por los órganos de la autoridad a los que esta Ley atribuye las funciones anteriormente desempeñadas por los organismos extinguidos.

Por lo tanto, una vez constituida la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y atendiendo a lo previsto en el artículo 20.1 de la citada Ley, el órgano competente para resolver el recurso de reposición presentado por Orange es el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Por su parte, el artículo 117.2 de la LRJPAC dispone que los recursos deben ser resueltos y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo. En defecto de notificación en plazo de la resolución expresa, el silencio administrativo tendrá efecto desestimatorio, sin perjuicio del deber de la Administración de resolver con posterioridad confirmando o no el sentido del silencio, según establece el artículo 43.2 de la misma Ley.

II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

Primero.- Sobre la alegada nulidad de la Resolución recurrida por excluir varios parámetros justificativos de la suspensión de la interconexión de numeración.

En relación con los parámetros a tener en cuenta para acreditar la existencia de tráfico irregular que justifique la suspensión de la interconexión, todos los interesados que han participado en el presente procedimiento de recurso han coincidido en sus pretensiones revocatorias, al solicitar la nulidad de la Resolución recurrida por haberse excluido de la lista de parámetros, los siguientes:

[CONFIDENCIAL]

Los argumentos impugnatorios utilizados por los interesados para solicitar la revocación de la Resolución recurrida son, por una lado, la indefensión que les causa la Resolución al excluir los citados parámetros, por cuanto, tal como señala Orange, ya habían sido tenidos en cuenta en anteriores ocasiones para suspender interconexión y, por otro lado, invocan la aplicación del artículo 62.1.e) de la LRJPAC, por entender que se está infringiendo el procedimiento legalmente establecido, al no haberse tenido en cuenta el régimen sancionador a la hora de excluir el parámetro ...**[CONFIDENCIAL]**. En concreto, los interesados hacen alusión a los criterios de graduación de las sanciones administrativas, dentro de los cuales se encuentra el de “*la gravedad de las infracciones cometidas anteriormente por el sujeto que se sanciona*”.

En contestación a las citadas alegaciones, cabe señalar que esta Comisión no comparte los argumentos esgrimidos por los interesados, por cuanto considera que no se dan los presupuestos jurídicos necesarios para estimar, por un lado, la vulneración del derecho de defensa alegado por Orange, y por el otro, la infracción del procedimiento legalmente establecido invocado por el resto de los interesados.

En lo que se refiere a la nulidad de la Resolución por la alegada afectación al derecho constitucional a la defensa, cabe señalar que para considerar la citada infracción se debe haber producido en el procedimiento la privación o minoración sustancial al interesado de las posibilidades para alegar y acreditar lo que mejor convenga a su derecho⁵. Y esta privación de derecho no ha sucedido en el procedimiento RO 2013/290, ya que todos los interesados han tenido la oportunidad, y así lo han hecho, de alegar cuanto han estimado oportuno, y posteriormente de presentar el correspondiente recurso de reposición ahora resuelto. Por tanto, no se estima la pretensión de modificación de la Resolución sobre la base del motivo de indefensión alegado.

En cualquier caso, al margen de las consideraciones estrictamente legales, esta Comisión considera que la exclusión de los dos parámetros de referencia no supone una minoración de los medios de los que disponen los operadores para detectar la existencia de tráfico irregular, ya que la Resolución prevé la existencia de 17 parámetros distintos que pueden ser usados para justificar la suspensión de la interconexión, y ello representa una garantía suficiente para perseguir estas prácticas irregulares, sobre las que el Organismo Regulador se ha mostrado siempre inflexible, y así seguirá siendo, en su tarea de garantizar la interoperabilidad de los servicios y el uso adecuado de los servicios y las redes de telecomunicaciones.

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional número de 10 de junio (RTC 98/1987) y Sentencia del Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 15 de junio de 2004

En cuanto al segundo de los motivos de nulidad esgrimido por los interesados, relativo a la infracción del procedimiento legalmente establecido, también debe ser desestimado.

Todas las entidades participantes en el presente procedimiento han coincidido al señalar que la Resolución, al excluir de la lista de parámetros el de ...[CONFIDENCIAL], está vulnerando el artículo 56.2 de la LGTel que establece como uno de los criterios de graduación de la sanción, el de “*la gravedad de las infracciones cometidas anteriormente por el sujeto al que se sanciona*”.

En respuesta a ello, esta Comisión entiende que el procedimiento de suspensión de la interconexión no puede tener la consideración de procedimiento sancionador, ni siquiera de manera análoga, ya que no contiene los presupuestos jurídico-formales y materiales necesarios para ostentar tal consideración. Ello supone la inaplicación al procedimiento de suspensión, de las normas y principios inspiradores del procedimiento sancionador, y por ende, debe decaer el motivo de nulidad por infracción de éste último.

Sin perjuicio de lo anterior, la exclusión de los parámetros citados ya quedó suficientemente justificada en la Resolución recurrida, ya que en ella se consideró más eficaz recurrir a parámetros íntimamente vinculados al tráfico irregular con el objeto de identificar patrones irregulares y, en consecuencia, poder actuar de forma ágil y eficiente ante tales conductas. Asimismo, tal como señala la Resolución recurrida, el empleo de parámetros que no sean propios del tráfico en la red hace que quienes pretendan generar dichos tráficos puedan llevar a cabo actividades para disimularlos o evitarlos con facilidad, tal y como ya ha ocurrido en determinados parámetros de procedimientos anteriormente aprobados.

En atención a lo anterior, esta Comisión desestima las pretensiones de nulidad de la Resolución de fecha 5 de septiembre de 2013, relativas a la no inclusión en la lista de parámetros ...[CONFIDENCIAL], por considerar que no existen motivos de nulidad que hagan necesario revocar la decisión contenida en la Resolución recurrida.

Segundo.- Sobre el plazo que tienen los operadores para informar y notificar la suspensión provisional de la interconexión.

En cuanto a solicitud de una previsión expresa en la Resolución recurrida de la aplicación del plazo de 72 horas para comunicar al Organismo Regulador e informar al operador las suspensiones de interconexión que se realicen en puentes vacacionales, este es un plazo que se introdujo por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en la Resolución de fecha 29 de julio de 2010 (RO 2010/1094) y que no ha sido derogado en la Resolución recurrida, por lo que resulta razonable estimar la petición de los interesados.

En atención a ello, deberá modificarse el apartado Tercero y Cuarto del Resuelve de la Resolución de fecha 5 de septiembre de 2013, en el sentido de prever la posible suspensión en días considerados puentes vacacionales, indicando que si el día festivo

nacional en el que se produzca la suspensión coincidiese en jueves, el plazo de 72 horas para comunicar e informar empezará a contar a partir del día siguiente viernes. Asimismo, si el día festivo se corresponde con un lunes, el plazo de 24 horas para comunicar la suspensión empezará a contar a partir del siguiente día laborable. Todo ello, sin perjuicio, de la existencia de acuerdos entre operadores para aplicar plazos distintos (Resuelve Cuarto de la Resolución recurrida).

Por todo cuanto antecede, esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

RESUELVE

ÚNICO.- Estimar parcialmente el recurso de reposición presentado por la entidad France Telecom España, S.A.U., contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 5 de septiembre de 2013, relativa a la aprobación del procedimiento común para la suspensión de la interconexión de numeraciones por tráfico irregular (RO 2013/290), en el sentido de modificar los Resolves Tercero y Cuarto de la citada Resolución de 5 de septiembre de 2013 en los términos previstos en el Fundamento de Derecho Segundo de la presente Resolución.

El recurso de reposición de France Telecom España, S.A.U. se desestima en el resto de cuestiones planteadas.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y a la Asesoría Jurídica, y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber 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.