

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE INTERCONEXIÓN INTERPUESTO POR SENIOR PROFESSIONAL CONSULTING, S.L. CONTRA TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. Y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. EN RELACIÓN CON LOS PAGOS DE DETERMINADAS CANTIDADES RETENIDAS TRAS EL BLOQUEO DEL TRÁFICO HACIA EL NÚMERO 11839

(CFT/DTSA/262/23)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D.^a Pilar Sánchez Núñez

Consejeros

D. Josep Maria Salas Prat

D. Carlos Aguilar Paredes

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, 18 de julio de 2024

De acuerdo con la función establecida en el artículo 6.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, la Sala de la Supervisión Regulatoria resuelve:

TABLA DE CONTENIDO

I. ANTECEDENTES DE HECHO	3
Primero. Escrito de interposición de conflicto de interconexión.....	3
Segundo. Comunicación a los interesados del inicio del procedimiento	3
Tercero. Declaración de confidencialidad	3
Cuarto. Solicitud de información a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones e Infraestructuras Digitales	3
Quinto. Requerimientos de información a los interesados	4
Sexto. Declaraciones de confidencialidad.....	4
Séptimo. Nuevos requerimientos de información.....	4
Octavo. Trámite de audiencia	4
Noveno. Acceso al expediente de Senior	4
Décimo. Declaraciones de confidencialidad	5
Undécimo. Escrito de alegaciones de Senior.....	5
Duodécimo. Informe de la Sala de Competencia	5
II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.....	5
Primero. Objeto del procedimiento	5
Segundo. Habilitación competencial de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y ley aplicable	6
III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES	7
Primero. Sobre las relaciones de interconexión entre las partes del conflicto.....	7
Segundo. Sobre las medidas de suspensión de tráfico de llamadas y retención de pagos adoptadas por TME y Telefónica	9
Tercero. Sobre la solicitud de Senior de pago de los importes por interconexión retenidos.....	12
Cuarto. Sobre otras alegaciones efectuadas por Senior	19
RESUELVE	21

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Escrito de interposición de conflicto de interconexión

Con fecha 5 de julio de 2023, tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) un escrito presentado por la entidad Senior Professional Consulting, S.L. (Senior), por el que interpone un conflicto de interconexión contra Telefónica Móviles España, S.A.U. (TME) y Telefónica de España, S.A.U. (Telefónica) en relación con el pago de determinados importes retenidos tras el bloqueo del tráfico generado desde las redes de TME y Telefónica hacia el número 11839 los días 29 de agosto y 26 de septiembre de 2022, respectivamente. A este escrito, Senior adjuntó distinta documentación.

En particular, Senior solicita a este organismo que *“declare la obligación de TME y de TDE de abonar a SENIOR todos aquellos importes retenidos que hayan sido pagados a TME y TDE y que no acrediten que hayan sido devueltos a los llamantes”*.

Segundo. Comunicación a los interesados del inicio del procedimiento

Mediante escritos de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA) de 20 de julio de 2023, se comunicó tanto a Senior como a TME y Telefónica el inicio del procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4, 21.3 y 21.4, párrafo segundo, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

Tercero. Declaración de confidencialidad

El 20 de julio de 2023, mediante escrito de la DTSA, se declaró confidencial determinada información aportada por Senior en su escrito de 5 de julio de 2023.

Cuarto. Solicitud de información a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones e Infraestructuras Digitales

Mediante escrito de la DTSA de 6 de octubre de 2023, se requirió información a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones e Infraestructuras Digitales (SETID), dependiente del Ministerio para la Transformación Digital y de la Función Pública, sobre las actuaciones practicadas en relación con los tráficos objeto del conflicto, con el fin de conocer ciertos aspectos relacionados con la suspensión de la interconexión y la retención de pagos correspondientes a los tráficos cursados al número 11839.

Con fecha 17 de octubre de 2023 tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de contestación de la SETID.

Quinto. Requerimientos de información a los interesados

Mediante escritos de la DTSA de 9 de octubre de 2023, se requirió información a Senior, TME y Telefónica, por ser necesario para la determinación y comprobación de los datos analizados en el presente procedimiento, al amparo de lo dispuesto en el artículo 75.1 de la LPAC.

Con fechas 17 y 23 de octubre de 2023, tuvieron entrada en el registro de la CNMC dos escritos de contestación de Senior al anterior requerimiento. Por su parte, el 6 de noviembre de 2023, tuvieron entrada los escritos de contestación de TME y Telefónica, tras sendas solicitudes de ampliación de plazo para contestar a sus respectivos requerimientos recibidas el 26 de octubre de 2023.

Sexto. Declaraciones de confidencialidad

El 26 de enero de 2024, mediante escrito de la DTSA, se declaró la confidencialidad de determinadas informaciones aportadas por TME y Telefónica en sus escritos de 6 de noviembre de 2023.

Séptimo. Nuevos requerimientos de información

Mediante escritos de la DTSA de 5 de febrero de 2024, se requirió nueva información tanto a Senior como a TME y a Telefónica, por ser necesario para la determinación y comprobación de los datos analizados en el presente expediente.

Entre el 14 y el 27 de febrero de 2024, tuvieron entrada en el registro de la CNMC los respectivos escritos de contestación por parte de los diferentes interesados.

Octavo. Trámite de audiencia

El 25 de abril de 2024, de conformidad con lo estipulado en el artículo 82 de la LPAC, se comunicó a los interesados en el presente procedimiento el informe de la DTSA, emitido en el trámite de audiencia, otorgándoles el plazo de 10 días para que pudieran alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimasen pertinentes.

Noveno. Acceso al expediente de Senior

Con fecha 25 de abril de 2024, tuvo entrada en el registro de la Comisión escrito de Senior solicitando acceso al expediente.

Con fecha 6 de mayo de 2024, se dio traslado a Senior de la documentación obrante en el expediente.

Décimo. Declaraciones de confidencialidad

El 2 de mayo de 2024, mediante escrito de la DTSA, se declaró la confidencialidad de determinadas informaciones aportadas por Senior en su escrito de 14 de febrero de 2024 y por TME y Telefónica en sus escritos de 27 de febrero de 2024.

Undécimo. Escrito de alegaciones de Senior

Con fecha 17 de mayo de 2024, Senior presentó su escrito de alegaciones al trámite de audiencia.

Duodécimo. Informe de la Sala de Competencia

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

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

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

Primero. Objeto del procedimiento

El presente procedimiento tiene por objeto analizar la solicitud presentada por Senior de que se le paguen todos los importes retenidos en interconexión por TME y Telefónica que no hayan sido devueltos a los llamantes, tras el bloqueo de la transmisión del tráfico desde esa red hacia la numeración 11839 en un determinado periodo.

Ambas medidas -el bloqueo de la transmisión del tráfico y la retención de pagos- se habrían producido de conformidad con lo previsto en el Real Decreto 381/2015, de 14 de mayo, por el que se establecen medidas contra el tráfico no permitido que hace un uso indebido de la numeración y el tráfico irregular con fines fraudulentos en comunicaciones electrónicas (Real Decreto 381/2015).

Segundo. Habilitación competencial de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y ley aplicable

Las competencias de la CNMC para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial. Tal y como señala el artículo 6.4 de la LCNMC corresponde a la CNMC *“resolver los conflictos en los mercados de comunicaciones electrónicas a los que se refiere el artículo 12.1.a) de la presente Ley”*.

Los artículos 28 y 100.2.j) de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones (LGTel), facultan a la CNMC a resolver los conflictos que se susciten, a petición de cualquiera de las partes interesadas, en relación con las obligaciones existentes en virtud de la presente ley y su normativa de desarrollo entre operadores, entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión o entre operadores y proveedores de recursos asociados.

El artículo 32 de la LGTel regula el acceso a números o servicios, estableciendo que la CNMC podrá ordenar el bloqueo del acceso a números o servicios por motivos de tráfico irregular con fines fraudulentos cuando tengan su origen en un conflicto entre operadores de acceso o interconexión. Además, el artículo 6 del Real Decreto 381/2015 prevé que, si se desprende que las solicitudes o notificaciones correspondientes tienen su origen en un conflicto entre operadores en materia de acceso o interconexión, la CNMC resolverá sobre los extremos objeto de dicho conflicto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 de la LGTel¹.

Por otra parte, el artículo 8.2 de la Orden CTE/711/2002, de 26 de marzo, por la que se establecen las condiciones de prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado, establece que *“los conflictos de acceso e interconexión que se produzcan entre operadores de redes públicas o servicios de comunicaciones vocales con la prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado se resolverán por la CNMC de acuerdo con lo establecido en la normativa general sobre acceso e interconexión y con lo establecido en la presente Orden”*².

¹ El Real Decreto se refiere al artículo 15 de la derogada Ley 9/2014, de 9 mayo, General de Telecomunicaciones, que preveía la competencia de resolución de conflictos del artículo 28 de la LGTel actual.

² Redacción según la última modificación introducida por la Orden ETD/878/2023, de 22 de julio.

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

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

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

Primero. Sobre las relaciones de interconexión entre las partes del conflicto

Senior era un operador de comunicaciones electrónicas inscrito en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas para prestar, entre otros, el servicio de comunicaciones electrónicas de consulta telefónica sobre números de abonado y el servicio telefónico fijo disponible al público -este último, para la terminación en otras redes de las llamadas recibidas en su servicio de consulta telefónica sobre números de abonado³-. Mediante las Resoluciones de la CNMC de 25 de mayo y 3 de noviembre de 2023, se canceló la asignación del número corto 11839⁴ y la inscripción de la empresa en el Registro de Operadores, previa declaración de extinción de su condición de operador por cese de la actividad⁵.

Senior tenía firmado con Masvoz Telecomunicaciones Interactivas, S.L.U. (Masvoz) un contrato de *“acceso especial para prestador de servicios de guías de abonados”* de 18 de mayo de 2022⁶, mediante el cual el segundo operador prestaba al primero *“el Servicio de Acceso a redes de telecomunicaciones, también denominado soporte y facturación y cobro a fin de que las llamadas generadas por usuarios de la red pública conmutada de MASVOZ o en la red de terceros operadores de telefonía fija y telefonía móvil con destino al 11839 que tiene asignado el PRESTADOR, y en caso de que el usuario así lo desee, se proceda a la terminación de la llamada en el número destino solicitado por el usuario (“el Servicio”).”*

³ RO/DTSA/1107/16.

⁴ NUM/DTSA/3169/23.

⁵ RO/DTSA/0716/23/CANCELACIÓN.

⁶ Facilitado por Senior mediante escrito de 14 de febrero de 2024.

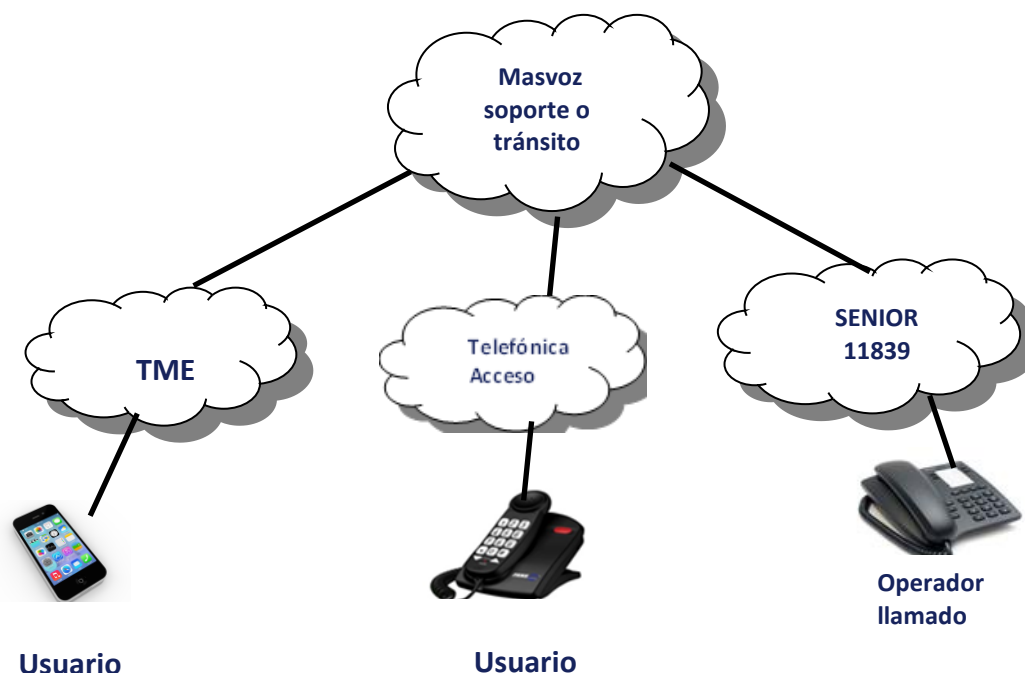
Este contrato suscrito entre Masvoz y Senior no incluía ninguna referencia a las medidas que pueden adoptarse contra el tráfico no permitido o irregular, de conformidad con el Real Decreto 381/2015.

Por otro lado, Masvoz tiene suscrito un Acuerdo General de Interconexión (AGI) con Telefónica desde 15 de septiembre de 2009. Telefónica matiza que, al ser un contrato de fecha muy anterior a la entrada en vigor del Real Decreto 381/2015, posteriormente remitió una Adenda en la que se recogían las disposiciones del citado Real Decreto pero que no fue devuelta firmada por Masvoz.

Asimismo, Masvoz también suscribió un AGI con TME el 15 de marzo de 2022. En particular, en su apartado 7 se regula el *“bloqueo de tráfico y retención de pagos en el caso de la existencia de tráficos no permitidos y/o irregulares con fines fraudulentos.”*

Pese a que algunos de los acuerdos anteriores (el acuerdo suscrito entre Masvoz y Senior y el AGI entre Telefónica y Masvoz) no se referían a las medidas que pueden adoptarse contra el tráfico no permitido o irregular, se considera que el Real Decreto 381/2015 se aplica igualmente a tales relaciones contractuales. Así, tal como señala su disposición adicional segunda: *“la falta de adecuación de los acuerdos no exime del cumplimiento de lo establecido en el presente real decreto, cuyas disposiciones serán efectivas desde el momento de su entrada en vigor”*.

En el caso objeto del presente expediente, las llamadas se generaron desde las redes de TME y Telefónica, entregándose el tráfico a Masvoz, como operador soporte del asignatario del número 11839 -Senior-, como figura en el siguiente esquema:



Segundo. Sobre las medidas de suspensión de tráfico de llamadas y retención de pagos adoptadas por TME y Telefónica

Tanto TME como Telefónica declaran⁷ que, en fechas 29 de agosto y 26 de septiembre de 2022, respectivamente, identificaron tráfico de tipo irregular con fines fraudulentos hacia el número 11839, previsto en el artículo 3 del Real Decreto 381/2015 y definido en el Preámbulo de dicho Real Decreto como *“el generado, inducido o prolongado artificialmente, así como provocado a través de comunicaciones comerciales no solicitadas o mediante el control no consentido de los sistemas o terminales de usuario, al objeto de hacer un uso abusivo o fraudulento de las redes y los servicios (...)”* -ver también las tipologías de este tráfico en el artículo 3.2 del Real Decreto mencionado-.

Asimismo, ambos operadores señalan que también detectaron tráfico no permitido que hace un uso indebido de la numeración, definido en el artículo 2.3 del citado Real Decreto como aquel tráfico que tenga origen o destino en recursos públicos de numeración asignados y *“que haga un uso de dichos*

⁷ En su escrito conjunto de 6 de noviembre de 2023.

recursos contrario a las condiciones de uso establecidas en las correspondientes disposiciones de atribución, habilitación o aplicación”.

Tras la detección de los tráficos señalados por TME y Telefónica, ambos operadores comunicaron a la SETID los días 31 de agosto y 28 de septiembre de 2022, respectivamente, el bloqueo de la interconexión y la retención de los pagos de las llamadas a la numeración 11839 correspondientes a los periodos entre el 29 de julio y el 29 de agosto de 2022 (para TME) ,y entre el 26 de agosto y el 26 de septiembre de 2022 (para Telefónica), en virtud de lo previsto en la Resolución emitida por la Secretaría de Estado de Tecnología y Sociedad de la Información (SETSI) de 10 de diciembre de 2015, que autoriza a TME y Telefónica a proceder a la adopción de medidas de bloqueo de interconexión y retención de pagos, de conformidad con el Real Decreto 381/2015.

Dichas comunicaciones también se realizaron a Masvoz, mediante correos electrónicos de 31 de agosto de 2022, respecto del tráfico detectado por TME, y de 28 de septiembre de 2022, en el caso de Telefónica, siendo en ambos casos reenviados por Masvoz a Senior el mismo día de su recepción. La anterior información fue completada por Masvoz mediante correos electrónicos de 3 de octubre de 2022 y 28 de junio de 2023, por los que envió a Senior los ficheros con el detalle de las llamadas retenidas por TME y Telefónica asociadas a los tráficos detectados, bloqueados y retenidos.

La SETID, en su escrito de 17 de octubre de 2023 de contestación al requerimiento de información de la CNMC, señala que el plazo legal que fija el artículo 6 del Real Decreto 381/2015, para incoar un expediente para supervisar las medidas adoptadas por el operador, es de tres meses a contar desde el momento en que se reciba la notificación de retención de pagos o bloqueo de transmisión de tráfico (31 de agosto y 28 de septiembre de 2022 para TME y Telefónica, respectivamente), y añade que en dicho plazo no se recibió solicitud alguna de Senior. De hecho, de conformidad con la documentación remitida por Senior, dicho operador presentó su solicitud en la sede electrónica del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital el 5 de julio de 2023, es decir, fuera de plazo. En consecuencia, según la SETID, no se ha incoado ningún procedimiento de supervisión de las medidas adoptadas por TME y Telefónica.

Sobre las medidas adoptadas por TME y Telefónica, Senior afirma, en su escrito de alegaciones de 17 de mayo de 2024, que no consta acreditada la existencia ni del tráfico irregular con fines fraudulentos ni del tráfico no permitido que hace un uso indebido de la numeración, siendo éste un requisito indispensable para la aplicación de las medidas contenidas en el Real Decreto 381/2015.

Al respecto, el artículo 6.2 del Real Decreto 381/2015 regula de forma detallada el procedimiento que deberá seguir un operador que quiera implementar las medidas de bloqueo del tráfico o de retención de pagos tras la detección de los tráficos descritos en sus artículos 2.2.a) y 3.

Así, en primer lugar, el operador que quiera implementar estas medidas deberá contar con la aprobación de la SETID de los criterios que utilizará a través de sus procedimientos o sistemas, y que permitirán identificar algunos de los tráficos señalados (tráfico no permitido que hace un uso indebido de la numeración o tráfico irregular con fines fraudulentos). Esta autorización constituye un requisito previo para la puesta en funcionamiento de los citados procedimientos o sistemas. En caso contrario, el operador tendría que solicitar autorización expresa a la SETID sobre cada medida a ejecutar sobre el tráfico del otro operador.

En segundo lugar, tal como dispone el citado artículo, el operador que identifique estos tipos de tráficos mediante sus procedimientos o sistemas podrá bloquear los citados tráficos y/o retener los pagos. Para ello, el operador deberá notificarlo en el plazo máximo de dos días hábiles a contar desde la identificación del tráfico, tanto al operador o proveedor de servicios con los que mantengan relación contractual como a la SETID, exigiendo para este último caso, que el operador facilite toda la información necesaria dirigida a identificar los tráficos, los criterios utilizados en su evaluación, y las medidas adoptadas.

En el presente caso, tanto TME como Telefónica, en virtud de la citada Resolución de la SETSI de 10 de diciembre de 2015, tienen autorizado el uso de distintos criterios destinados a identificar los tráficos que hacen uso indebido de la numeración y los tráficos irregulares, lo que permitió la adopción de las medidas citadas -bloqueo del tráfico y retención de pagos- por parte de ambos operadores.

Por la información que consta en el expediente, TME y Telefónica cumplieron con los restantes trámites exigidos por el Real Decreto, comunicaron en el plazo señalado las medidas adoptadas tanto a Masvoz como a la SETID, y facilitaron a esta última la información necesaria para identificar el tráfico afectado y los criterios utilizados en su evaluación, cumpliendo por ello a juicio de la CNMC los requisitos establecidos en el Real Decreto 381/2015. Por otro lado, el periodo de la retención de pagos coincide con el periodo permitido por el artículo 6.2 del Real Decreto 381/2015. Por último, la SETID no ha dictado resolución que desvirtúe la naturaleza del tráfico bloqueado como irregular.

Por consiguiente, en virtud de lo anterior y con la información aportada por los interesados en el expediente del presente conflicto, esta Comisión no puede hacer valoraciones sobre la naturaleza de los tráficos irregulares y no ve motivos para adoptar una decisión contra las medidas de bloqueo del tráfico o de retención de pagos adoptadas.

Tercero. Sobre la solicitud de Senior de pago de los importes por interconexión retenidos

Senior solicita que le sean pagadas las cantidades retenidas y no devueltas a los clientes finales llamantes de TME y Telefónica. Para fundamentar su solicitud en este conflicto, Senior cita las siguientes resoluciones aprobadas por la CNMC en las que se reconoció a distintos operadores el derecho a la devolución o pago de los importes retenidos.

Como cuestión previa, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC considera que, los supuestos señalados por Senior difieren del aquí analizado, tal y como a continuación se analiza:

- Resolución de 23 de julio de 2015⁸

En esta Resolución, la CNMC reconoció a Orange el derecho a la devolución de las cantidades pagadas en interconexión a Jazz Telecom, S.A. (Jazztel)⁹ por el tráfico suspendido por el primer operador hacia 306 números de tarifas especiales –902- en el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2013 y el 10 de marzo de 2014.

Al respecto, cabe señalar que el bloqueo se efectuó en base al procedimiento común aprobado por la CMT para la suspensión de la interconexión mediante Resolución de 5 de septiembre de 2013¹⁰ el cual exigía el cumplimiento de una serie de parámetros, no regulándose el derecho a la retención. Por este motivo, Orange en un primer momento no retuvo los pagos hacia Jazztel y solicitó la devolución en sede de conflicto.

⁸ Resolución por la que se pone fin al conflicto de interconexión interpuesto por Orange Espagne, S.A. contra Jazz Telecom, S.A. por la devolución de las cantidades pagadas de las cantidades pagadas por el tráfico irregular originado hacia su numeración 902. (CFT/DTSA/1112/14).

⁹ Actualmente, Orange.

¹⁰ Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) de 5 de septiembre de 2013, por la que se aprueba un procedimiento común para la suspensión de la interconexión de numeraciones por tráfico irregular (expediente RO 2013/290).

En el procedimiento del conflicto, se acreditó que Orange intentó alcanzar un acuerdo previo con Jazztel para introducir una cláusula relativa a la retención de pagos. Asimismo, Jazztel recibió de Orange las cantidades relativas a los servicios de interconexión originados por el tráfico irregular, pese a que este último no percibió la totalidad de los importes generados. Por todo ello, la CNMC reconoció a Orange el derecho a la devolución de los pagos satisfechos a Jazztel relativos a los servicios de interconexión originados por el tráfico irregular siempre que acreditara el impago de los operadores extranjeros o de sus usuarios relacionados con el citado tráfico.

Sin embargo, en el momento actual -al igual que en 2022, cuando se adoptaron las medidas por TME y Telefónica- la retención de pagos está regulada en el Real Decreto 381/2015.

Sobre dicha cuestión Senior reitera en su escrito de 17 de mayo de 2024 que debe reconocerse la devolución de los importes retenidos en el mismo sentido que la resolución señalada *“dado que Vodafone [se entiende que la empresa se refiere a Orange, pues Vodafone no era parte interesada] no actuó conforme a lo dispuesto en la Resolución de 5 de septiembre de 2013”*.

Tal como se describe en párrafos anteriores, la afirmación que formula el operador no se ajusta a los hechos plasmados en la resolución y no se entiende. Orange actuó de conformidad con la Resolución de 5 de septiembre de 2013, lo que permitió que pudiera bloquear el tráfico irregular detectado, pero no retuvo los pagos generados en interconexión por el tráfico irregular generado.

Precisamente en la resolución comparada finalmente se estima la pretensión del operador de acceso (Orange), que es el operador que bloqueó los tráficos detectados, que en el caso del presente conflicto son TME y Telefónica. Senior, asignatario del número 11839, no está en la misma posición que tenía Orange, no habiendo efectuado ningún pago en cadena relacionado con los tráficos detectados.

En cualquier caso, los hechos a los que alude Senior y que se analizan en la resolución citada no son extrapolables al presente procedimiento, ya que no guardan relación alguna.

- Resolución de 17 de julio de 2019¹¹

En esta Resolución, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC reconoció a Voiped Telecom, S.L.U. (Voiped) el derecho a la devolución de los importes retenidos por Telefónica por el tráfico no permitido que hace un uso indebido. El tráfico no fue calificado como tráfico irregular según los criterios aprobados por la SETID, de conformidad con la Resolución de 10 de diciembre de 2015 mencionada (que afecta a Telefónica). Sin embargo, la Sala consideró que se trataba de un tráfico no permitido que hizo un uso indebido por no incluir la segunda locución, y dado que no obtuvo un lucro económico, procedía reconocer a Voiped Telecom el derecho a solicitar los importes retenidos, salvo que Telefónica acreditara documentalmente que había sufrido impagos o devuelto los importes cobrados.

Senior reitera en su escrito de alegaciones al trámite de audiencia que *“ocurre exactamente lo mismo que en el caso de Voiped: ni consta acreditado que Senior tuviera intención de generar un coste extraordinariamente elevado en la prestación del servicio ni consta acreditado un lucro económico indebido”*.

Al respecto, se recuerda que las medidas adoptadas por TME y Telefónica se justifican tras concurrir una serie de criterios propuestos por dichos operadores y que son aprobados con anterioridad por la SETID, siendo este el requisito principal que debe concurrir para que puedan adoptarse las medidas de bloqueo del tráfico y/o retención de pagos. Por ende, la normativa no exige a los operadores autorizados a justificar ninguna de las cuestiones que menciona Senior como son “la intención de generar un coste extraordinario” o “un lucro económico”, y ello porque en la propia definición del tráfico irregular (art. 3 Real Decreto 381/2015) ya se afirma que el objeto de este tipo de tráfico es la obtención de un lucro directo o indirecto.

Por otro lado, paralelamente al segundo de los ejemplos citados por Senior, la CNMC resolvió otro conflicto interpuesto también por Voiped¹², en el que solicitó el pago de los importes retenidos tras un bloqueo de tráfico irregular detectado por TME, de conformidad con los criterios aprobados por la Resolución ya citada.

¹¹ Resolución del conflicto de interconexión interpuesto por Voiped Telecom, S.L. contra Telefónica de España, S.A.U. en relación con la retención de pagos y la suspensión de la interconexión de llamadas hacia el número 11810 (CFT/DTSA/057/17).

¹² Resolución del conflicto de interconexión interpuesto por Voiped Telecom, S.L. contra Telefónica Móviles España, S.A.U. en relación con la retención de pagos y la suspensión de la interconexión de llamadas hacia el número 11810 (CFT/DTSA/053/17).

En este caso, se desestimó su solicitud por considerarse que *“de la información aportada por TME en el marco del presente expediente, se desprende que los tráficos declarados como irregulares con fines fraudulentos podían tener como objetivo el obtener un lucro económico al que se refiere el Real Decreto, por lo que esta Sala no entiende razonable a priori declarar la oportunidad de proceder al pretendido pago de los pagos retenidos por TME.”*

Asimismo, dicha Resolución puso de relieve los riesgos que conllevan las devoluciones de cantidades derivadas del tráfico irregular con fines fraudulentos, al afirmar que *“(...) devolver los pagos en estos supuestos podría fomentar conductas de tráfico irregular -si a la postre, una vez cesada la irregularidad, se van a pagar las cantidades retenidas en un primer momento-”*.

En dicho contexto, ha de analizarse la solicitud de Senior de que le sean pagadas las cantidades retenidas y no devueltas a los clientes finales o impagadas por los usuarios.

A este respecto la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC¹³, en línea con el Considerando 254 del Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas, aprobado por la Directiva 2018/1972, de 11 de diciembre de 2018, entiende que, en los supuestos de retención de pagos de tráficos irregulares o no permitidos, el operador que retiene dichos pagos ha de devolver a los usuarios perjudicados los importes que no iban destinados a él –si los hubiera y fuera posible-. Según el considerando indicado: *“(...) Cuando los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas retengan los ingresos por interconexión u otros servicios por motivos de fraude o uso indebido, los Estados miembros deben asegurarse de que los ingresos retenidos de dicho servicio se reembolsen a los usuarios finales afectados por el fraude o el uso indebido correspondiente, cuando sea posible.”*

Por ello, la DTSA solicitó a TME y a Telefónica, mediante requerimientos de información para ambos operadores de 9 de octubre de 2023 y 5 de febrero de 2024, que acreditasen que dichas cantidades no les fueron cobradas a los usuarios finales en sus facturas o que les hubieran sido debidamente devueltas, así como las fechas en las que dichos abonos habían sido realizados.

¹³ Por todas, véase la Resolución dictada en el expediente con nº CFT/DTSA/014/19 Alai vs TELEFÓNICA RETENCIÓN DE PAGOS.

En sus escritos de contestación de 6 de noviembre de 2023 y 27 de febrero de 2024, tanto TME como Telefónica indican que todas las cantidades retenidas a Senior, esto es, un total de **[CONFIDENCIAL TERCEROS]** euros por parte de TME y de **[CONFIDENCIAL TERCEROS]** euros por parte de Telefónica, han sido devueltas o no facturadas a los clientes. Ambos operadores aportan varias capturas de pantalla de los sistemas internos de esta compañía que reflejan que las acciones de devolución y las órdenes de pago se emitieron el 8 de septiembre y el 4 de octubre de 2022 respectivamente.

Por otro lado, TME y Telefónica aportan varios anexos que vendrían a justificar las gestiones de devolución de los importes satisfechos por sus clientes (usuarios llamantes) por las llamadas cursadas hacia el número 11839, entre los que se encuentran el “Acta de Consolidación entre Telefónica Móviles de España (TME) y Masvoz Telecomunicaciones Interactivas, S.L.” y el “Acta de Telereunión del Comité de Consolidación Masvoz Telecomunicaciones Interactivas, S.L. – Telefónica De España, S.A.U.”

Por último, tanto TME como Telefónica¹⁴ facilitan sendas declaraciones suscritas el 27 de febrero de 2024 por sus representantes legales, en las que ambos operadores manifiestan que desde el departamento de Fraude activaron sus respectivos procedimientos de *“Devolución de importes facturados a clientes RD 381/2015 y otros supuestos”* para sus clientes afectados por la generación de tráfico irregular con destino a la numeración 11839 y señalan que la suma de los importes devueltos a todos los usuarios finales en los periodos controvertidos incluyen las cantidades reclamadas por Senior, por importes de **[CONFIDENCIAL TERCEROS FIN CONFIDENCIAL]** respectivamente.

En su escrito de alegaciones de 17 de mayo de 2024, Senior cuestiona la fiabilidad de los importes indicados por TME y Telefónica. En particular, señala que *“TDE y TME habrían retenido más importes que los inicialmente comunicados a MASVOZ TELECOMUNICACIONES INTERACTIVAS, S.L. (en adelante, “MASVOZ”), y MASVOZ a SENIOR”*.

Así, Senior indica que existe una diferencia de **[CONFIDENCIAL TERCEROS - FIN CONFIDENCIAL]**¹⁵ entre los importes comunicados a ese operador por Masvoz y los indicados por TME y Telefónica.

¹⁴ En respuesta a los requerimientos de la DTSA de 5 de febrero de 2024.

¹⁵ **[CONFIDENCIAL TERCEROS FIN CONFIDENCIAL]**

Asimismo, Senior también señala la insuficiencia de documentación aportada por TME y Telefónica. En particular, respecto a los certificados de los representantes de ambos operadores, manifiesta que *“no se trata de una declaración certificada ante notario y persona imparcial que permita acreditar y garantizar sin ningún género de dudas, la devolución de las cantidades retenidas”*.

En relación con las cuestiones suscitadas por Senior, mediante escritos de la DTSA de 5 de febrero de 2024, se requirió tanto a Senior¹⁶ como a TME y a Telefónica que aclarasen el importe de las cantidades retenidas, y en su caso, devueltas a los usuarios finales llamantes.

En respuesta al requerimiento anterior, Senior manifestó que dichos importes fueron informados por Masvoz, mientras que Telefónica y TME indicaron en sus contestaciones que ambos importes retenidos se corresponden con las cuantías reflejadas en las Actas de Consolidación de fechas 17 y 26 de noviembre de 2022 respectivamente, ambas firmadas también por Masvoz. Asimismo, añaden que desconocen las cantidades efectivamente abonadas por Masvoz a Senior por formar parte de las relaciones privadas entre esos dos operadores.

Los importes indicados por TME y Telefónica coinciden tanto con las cifras retenidas por tráfico irregular que se reflejan en las Actas de Consolidación entre dichos operadores y Masvoz e informadas a la SETID y a esta Comisión, como con los importes de las devoluciones que figuran en las declaraciones aportadas por sus representantes legales, habiendo accedido Senior a ambos documentos con fecha 6 de mayo de 2024.

Por su parte, el poder otorgado por TME y Telefónica a los representantes actuantes en las declaraciones aportadas vincula a dichas sociedades mercantiles frente a la Administración pública, en virtud de lo indicado en tales poderes y del artículo 1727 del Código Civil. Por otro lado, en virtud de estas declaraciones y la restante documentación aportada, esta Comisión considera que no existen indicios de que TME o Telefónica no hayan devuelto las cantidades a sus abonados.

Por consiguiente, esta Sala considera suficientemente acreditado que TME y Telefónica devolvieron a sus clientes las cantidades retenidas a Senior por los tráficos objeto de controversia que se indican en las respectivas Actas de

¹⁶ En los ficheros que Senior aportó junto a su escrito inicial con la relación de las llamadas retenidas no figuraban los importes de cada llamada (documentos 4 y 9).

Consolidación y declaraciones de sus representantes, excepto aquellos importes residuales que no han podido ser relacionados con usuarios perjudicados.

En cualquier caso, la medida de pagar los importes retenidos una vez pasado el periodo de suspensión del tráfico de interconexión -como sucede en el presente procedimiento- no está contemplada en el Real Decreto aplicable¹⁷. En consecuencia, al no estar regulada, su proporcionalidad ha de analizarse en sede de conflicto, para cada caso concreto.

En este sentido, debe tenerse en cuenta, entre otros aspectos, que una de las finalidades de dicha retención de pagos es evitar el lucro económico que se persigue por parte de los operadores que producen o provocan los tráficos objeto de suspensión. Así se desprende de lo dispuesto en el Preámbulo del citado Real Decreto:

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

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

La Resolución de la CNMC anteriormente citada concluyó desestimar la solicitud de Voipred de devolución de pagos retenidos por TME¹⁸, tras poner de relieve los riesgos que conllevan las devoluciones de cantidades derivadas del tráfico irregular con fines fraudulentos, al afirmar que *“(...) devolver los pagos en estos supuestos podría fomentar conductas de tráfico irregular -si a la postre, una vez cesada la irregularidad, se van a pagar las cantidades retenidas en un primer momento-”*.

¹⁷ Al contrario de lo que ocurre con la medida del bloqueo de la interconexión, para la que la disposición adicional primera del Real Decreto 381/2015 prevé periodo máximo de 12 meses, tras el cual debe restaurarse la interconexión -salvo que la SETID establezca un plazo distinto-.

¹⁸ Vid. nota al pie 11.

En consecuencia, se considera que no procede atender la solicitud de Senior de declarar la procedencia del pago a su favor de los importes de referencia.

Cuarto. Sobre otras alegaciones efectuadas por Senior

En su escrito de 17 de mayo de 2024 al trámite de audiencia, Senior señala la inexistencia de trámite de audiencia relativo a las distintas declaraciones de confidencialidad, lo que conllevaría, en su opinión, a que se hubiera prescindido del procedimiento legalmente previsto. Y añade que, al no poder acceder al contenido declarado confidencial de los documentos e informaciones aportados por TME y Telefónica, se habría vulnerado el derecho de defensa de Senior.

En primer término, la declaración de confidencialidad no es un procedimiento administrativo *per se* que se adopte tras otorgar audiencia a los interesados, sino un acto de trámite cualificado susceptible de recurso de alzada¹⁹ -recurso que ha sido interpuesto por Senior el pasado 3 de junio de 2024 tras haber tenido acceso a las declaraciones de confidencialidad mediante escrito de la DTSA de 6 de mayo de 2024-.

El procedimiento administrativo propiamente dicho es el procedimiento de conflicto CFT/DTSA/262/23. Con carácter general, en el trámite de declaración de confidencialidad, en aplicación del artículo 88.7 LPAC no resulta exigible ni la elaboración de una propuesta de resolución ni su posterior traslado a los interesados en el procedimiento antes de dictarse resolución final²⁰.

Pero más aún, con relación a la declaración de confidencialidad, la disposición adicional cuarta de la LGTel (sobre 'Información confidencial') no prevé un trámite de audiencia previo, una vez que el operador u operadores hayan solicitado justificadamente la declaración de confidencialidad a la CNMC, sino únicamente que la resolución final dictada por dicho organismo sea motivada.

En particular, sobre la necesidad de establecer un procedimiento contradictorio para la declaración de confidencialidad, como ya se indicó en las directrices para

¹⁹ Por todas, ver sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2008 (RC 03/3517/2006).

²⁰ Así se desprende de lo señalado por los tribunales, y, entre otras, en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) número 833/2022, de 15 de junio de 2022 (recurso 689/2020).

el tratamiento de la información de naturaleza confidencial en el seno de la CMT²¹:

“Frente a las anteriores alegaciones, debemos señalar que la Disposición Adicional Cuarta de la LGTel no prevé expresamente un procedimiento contradictorio para el análisis y resolución sobre la confidencialidad, sino solamente la intervención del titular de esa información.

En el caso de las declaraciones de confidencialidad, como bien indica BT, nos encontramos ante la existencia de un acto de trámite cualificado dictado en el marco de un procedimiento y resuelto mediante una resolución del Secretario, por delegación del Consejo. No obstante, resulta evidente que, aunque se tramita como “pieza separada”, el procedimiento de análisis y declaración de la confidencialidad puede producir una cierta paralización del procedimiento principal, ya que, en ocasiones, queda a expensas de la decisión sobre la citada información y su puesta a disposición o no del resto de interesados. (...)

En todo caso, difícilmente podrá prosperar una pretensión de indefensión por parte de los interesados en el procedimiento de confidencialidad, por cuanto siempre disponen de la posibilidad de solicitar, al acceder al expediente y en cualquier momento y razonadamente, el alzamiento parcial o total de la confidencialidad²², a través de los recursos procedentes. Por esta razón, la no previsión expresa de un trámite contradictorio de audiencia o alegaciones en la tramitación del procedimiento de declaración de confidencialidad no afecta al derecho a la defensa y a la tutela judicial previsto en el artículo 24 de nuestra Carta Magna”.

Por todo ello, cabe recordar que Senior ha tenido acceso, durante la tramitación del expediente, a la documentación no declarada confidencial, a través del escrito de la DTSA de 6 de mayo de 2024.

En este sentido, hay que traer a colación lo dicho en el Fundamento Séptimo de la Sentencia del Tribunal Supremo 885/2018 de 30 de mayo de 2018 (RC 449/2016):

“La mercantil recurrente aduce que la sola limitación del acceso a los documentos e información le ocasiona indefensión, en cuanto implica per se una merma de su derecho de defensa y una distinta posición respecto a la CNMC, pero no explicita de qué manera la restricción al material declarado confidencial repercute sobre su defensa. (...) En esos términos, la alegación no resulta viable, pues en reiteradas ocasiones el Tribunal

²¹ Resolución de 26 de junio de 2013.

²² SAN de 9 de mayo de 2011.

Constitucional ha declarado que para que cualquier irregularidad tenga incidencia en el artículo 24.1 CE ha de estar vinculada a una situación de indefensión material, que impida efectivamente el ejercicio del derecho de defensa”.

En consecuencia, no se puede compartir la alegación formulada por Senior relativa a su indefensión. Más aún, se han declarado confidenciales aquellos documentos o datos que se vuelcan directamente en los procedimientos internos de TME y Telefónica, que reúnen las características de los apartados a), b) y c) del artículo 1 de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales²³.

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

RESUELVE

ÚNICO. Desestimar la solicitud de Senior Professional Consulting, S.L. relativa al abono de los importes retenidos por los tráficos de interconexión de referencia.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, Senior Professional Consulting, S.L., Telefónica Móviles España, S.A.U. y Telefónica de España, S.A.U. haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.

²³ “A efectos de esta ley, se considera secreto empresarial cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero, que reúna las siguientes condiciones: a) Ser secreto, en el sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no es generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas; b) tener un valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto, y c) haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto.”