



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

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 40/11 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 1 de diciembre de 2011, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el que se aprueba la

**Resolución relativa al recurso de reposición interpuesto por FRANCE TELECOM ESPAÑA, SA Sociedad Unipersonal contra la Resolución de 15 de septiembre de 2011, por la que se resolvió el conflicto de interconexión formulado por Least Cost Routing, S.L. contra France Telecom España, S.A. y Telefónica de España, S.A.U. sobre retención de pagos como consecuencia de tráfico fraudulento originado en roaming en España (AJ 2011/2329).**

### I ANTECEDENTES

**Primero.- Escrito presentado a esta Comisión por Least Cost Routing instando el inicio del conflicto por impagos en los servicios de interconexión.**

Con fecha 28 de diciembre de 2010, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito presentado por D. Miguel Carrasco Reinosa en nombre de Least Cost Routing Telecom, S.L. (en adelante, LCR) por el que planteaba conflicto de interconexión contra la entidad Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU).

En dicho escrito solicitaba que se impusiera a TESAU la obligación de proceder al pago de determinadas cantidades pendientes de pago a LCR. En apoyo de su solicitud, LCR alegaba que se había producido una retención en cascada de los pagos de interconexión efectuada por France Telecom España SA (en adelante, ORANGE) y TESAU relativos a cantidades resultantes de pagos en interconexión procedentes de abonados a servicios móviles extranjeros en roaming en España (procedentes de clientes de Vodafone en el Reino Unido, en adelante VODAFONE UK) dirigidos a números de tarificación adicional asignados a LCR.

Según manifestaba LCR, ello se debía a que se podrían haber producido fraudes en la originación de este tipo de llamadas efectuadas por los abonados de VODAFONE UK a través de ORANGE, lo que provocó que se hubiera venido solicitando a LCR la restitución de las cantidades inicialmente abonadas a ella como consecuencia de esos tráficos.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

En concreto, LCR alegaba que TESAU, en cuanto operador de tránsito en España y con quien LCR dispone de un acuerdo de interconexión (en adelante, AGI), procedió en un primer momento a abonarle las llamadas generadas por los abonados de VODAFONE UK. Se trataba en concreto de llamadas realizadas a numeración 803, 806 y 807 a lo largo de los meses de abril y mayo de 2010<sup>1</sup>. Con fechas 11 y 15 de junio de 2010, TESAU comunicó por correo electrónico a LCR que Orange había solicitado a TESAU la devolución de los pagos ya realizados, ya que se había detectado la existencia de un presunto fraude.

Como consecuencia de ello, TESAU solicitó a LCR la devolución de los pagos realizados correspondientes a dichas llamadas. LCR accedió a la petición de restitución, según resulta del acta 5/10 del comité de consolidación TESAU/LCR.

Tras haber trasladado LCR a sus clientes la incidencia relativa al tráfico en cuestión, los diversos clientes involucrados indicaron que no se reconocía el derecho de ORANGE a retener los pagos, y por ello se negaba la devolución de las cantidades ya pagadas por LCR a dichos operadores. Esta circunstancia fue comunicada a TESAU y reflejada en el acta 6/10 del comité de consolidación de ambos operadores.

LCR también solicitó a ORANGE información acerca del desarrollo de los procedimientos de denuncia iniciados por dicha operadora en relación con los tráficos discrepantes, aunque no recibió respuesta alguna a su solicitud.

Por todo ello, LCR solicitaba que se resolviera el conflicto reconociendo que TESAU y ORANGE tenían la obligación de restituir la citada cantidad indebidamente retenida a LCR.

### **Segundo.- Comunicación a los interesados del inicio del procedimiento RO 2010/2408.**

Mediante escritos del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, se notificó a TESAU con fecha 21 de enero de 2011, a ORANGE con fecha 27 de enero de 2011 y a LCR con fecha 28 de enero de 2011, el inicio del procedimiento RO 2010/2408 para resolver el conflicto de interconexión planteado por la primera, 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).

En el escrito de inicio se solicitaba información a los operadores para que aportaran determinados datos necesarios para la resolución del expediente.

### **Tercero.- Contestación de LCR, ORANGE y TESAU al requerimiento de información formulado por esta Comisión**

Con fecha 2 de febrero de 2011, fue presentado en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de TESAU en el que daba por cumplido el requerimiento de información realizado por esta Comisión. Posteriormente, el día 14 de febrero de 2011 tuvieron entrada en el Registro de esta Comisión sendos escritos de LCR y TESAU en los que ambas entidades daban por cumplido el requerimiento de información realizado por esta Comisión.

### **Cuarto.- Informe de audiencia, alegaciones al mismo y escrito de ORANGE**

Con fechas 28 de julio y 2 de agosto de 2011 fue notificado a TESAU y a ORANGE y LCR el informe de los Servicios de esta Comisión. LCR presentó alegaciones con fecha 9 de agosto de 2011, y TESAU y ORANGE lo hicieron con fecha 12 de agosto de 2011. El día 2 de septiembre de 2011 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Orange.

---

<sup>1</sup> Según confirma Orange en el escrito presentado como respuesta al requerimiento de información realizado por esta Comisión.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

### **Quinto.- Resolución del Consejo de esta Comisión de 15 de septiembre de 2011.**

Mediante Resolución del Consejo de fecha 15 de septiembre de 2011, recaída en el procedimiento RO 2010/2048, esta Comisión acordó:

**Primero.-** *Declarar el derecho de Least Cost Routing Telecom, S.L a que le sea devuelta la cantidad retenida indebidamente por Telefónica de España, S.A. Unipersonal, en concepto de impagos por presunto fraude en roaming internacional, correspondiente al tráfico de Vodafone Limited retenido conforme al acta de mayo de 2010 que no se hayan devuelto a fecha de hoy, como consecuencia de la previa repercusión de los citados impagos por parte de France Télécom España, S.A. a Telefónica de España, S.A. Unipersonal.*

**Segundo.-** *Determinar que la devolución de las cantidades retenidas establecidas en el anterior Resuelve se articulará siguiendo el sistema de pagos en cascada, por lo que France Télécom España, S.A. deberá traspasar a Telefónica de España, S.A. Unipersonal el importe de las retenciones pendientes de devolución, en concepto de impagos por supuestos fraudes en roaming internacional, correspondiente al tráfico de Vodafone Limited recogido en el acta de consolidación del mes de mayo de 2010. Dicha devolución se deberá realizar junto con el pago de los tráficos que se consoliden en la siguiente acta que firmen los operadores una vez se les haya notificado la resolución que ponga fin al presente expediente.*

*Posteriormente, Telefónica de España, S.A. Unipersonal entregará a Least Cost Routing Telecom, S.L. el importe de las retenciones pendientes de devolución, en concepto de impagos por supuestos fraude en roaming internacional, efectuadas en el acta de consolidación de mayo de 2010 correspondiente a tráfico de Vodafone Limited. La devolución de dicho importe deberá realizarse junto con el pago de los tráficos que se consoliden en la siguiente acta que firmen los operadores, una vez que Telefónica de España, S.A. Unipersonal reciba el importe citado de France Télécom España, S.A..*

**Tercero.-** *Iniciar un procedimiento administrativo para determinar el cumplimiento en el uso de la numeración asignada a Least Cost Routing, S.L. para la prestación de servicios de red inteligente actualmente asignados por esta Comisión.*

### **Sexto.- El recurso de reposición de ORANGE y la solicitud de suspensión contenida en el mismo.**

Mediante escrito del día 21 de octubre de 2011 que tuvo entrada en la misma fecha en el Registro de esta Comisión, ORANGE interpuso recurso de reposición contra la Resolución de 15 de septiembre de 2011 anteriormente citada.

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

**1º.-** El recurrente no puede ser asimilado a un operador de acceso ni serle impuestas las obligaciones correspondientes al mismo, al carecer de relación directa con los clientes finales que cursan los tráficos y de los medios para proceder al corte de los IMSIS que los generan. Por ello, ORANGE no podía determinar qué tráficos constituían un claro indicio de fraude e iniciar acciones al respecto puesto que esta tarea recae sobre el operador que mantiene la relación contractual con el abonado llamante.

**2º.-** Carece de base la apreciación efectuada en la resolución recurrida sobre la conducta poco diligente de ORANGE frente a Vodafone UK por haber aceptado supuestamente la repercusión del fraude "aguas abajo" por parte del citado operador del Reino Unido. Lo único que aceptó Orange fue separar la cantidad que había sido producida por los tráficos fraudulentos de la que no, con el fin de que VODAFONE UK pudiera abonar, al menos, la segunda. La recurrente ha



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

continuado reclamando posteriormente a VODAFONE UK el abono de las cantidades restantes así como una justificación de que se llevan a cabo todas las acciones necesarias para obtener el pago de los servicios objeto de fraude.

**3º.-** No puede imputarse a ORANGE falta de diligencia respecto a TESAU por no haber puesto en conocimiento de este último operador los indicios de posible fraude. Y ello porque, para concluir que debían retenerse los pagos de las comunicaciones afectadas por el posible fraude, resultaba necesaria la confirmación de este hecho por Vodafone. Una vez confirmado el hecho, ORANGE no tarda ni dos días en realizar la comunicación a TESAU. Por otra parte, una notificación más temprana de los acontecimientos tampoco habría reducido la magnitud del fraude.

**4º.-** La resolución recurrida incurre en nulidad por infringir el ordenamiento jurídico, al contravenir lo dispuesto en el artículo 1.305 del Código Civil sobre nulidad de la causa contractual. Y ello porque las prácticas fraudulentas objeto del expediente RO 2010/2408 tan sólo tienen sentido si ambas partes de la comunicación están coordinadas en la realización del mismo: esto es, que la persona que origina los tráficos mediante usurpación de identidades y los titulares de la numeración a la que se llama actúen de forma coordinada. Por tanto, el contrato de LCR tendría causa ilícita, ya que su relación contractual con TESAU, que afecta a una cadena de relaciones contractuales, se emplea con fines fraudulentos no deseados, al menos, por una de las partes. De no recogerse la posibilidad para las partes implicadas de proceder a la retención de las cantidades sospechosas de obedecer a tráficos irregulares, esta Comisión estaría infringiendo el artículo 1305 del Código Civil, al permitir la consolidación de una relación contractual que debería ser considerada nula por obedecer a una causa ilícita.

### **Séptimo.- Notificación del inicio del procedimiento a los interesados**

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión fechado el día 26 de octubre de 2011, se informó a la recurrente y a todos los interesados, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC, del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación del recurso potestativo de reposición interpuesto por ORANGE contra la Resolución del Consejo de 15 de septiembre de 2011 (RO 2010/2408).

### **Octavo.- Alegaciones de LCR de 15 de noviembre de 2011.**

En fecha 17 de noviembre de 2011 tuvo entrada en el registro general de esta Comisión un escrito de alegaciones de LCR oponiéndose al recurso interpuesto por ORANGE.

En su escrito LCR manifiesta que el recurso de ORANGE carece de base impugnatoria, al no concurrir causa de nulidad ni anulabilidad en la resolución impugnada, y tiene por finalidad única que esta Comisión reconsidere la decisión adoptada. Sobre la presunta nulidad del acuerdo general de interconexión suscrito entre TESAU y LCR, este último operador declara que no tiene fundamento alguno alegarla, al tener dicho acuerdo un vigencia superior a los seis años y no haberse producido divergencia o cuestión litigiosa con relación al mismo. Por otro lado, LCR añade que las acusaciones de ORANGE acerca de presuntas prácticas irregulares o fraudulentas no se sustentan en prueba alguna. En cualquier caso, según LCR, e incluso en el caso de que se constatará la existencia de un posible fraude en la originación de llamadas, no cabría entender que la inmediata consecuencia de ello fuera el derecho a trasladar las consecuencias económicas del mismo aguas abajo a todas las entidades involucradas en la gestión de la comunicación. La mera denuncia de la existencia de fraude por parte de usuarios llamantes no habilita al operador de acceso ni al de *roaming* a suspender el flujo de los pagos en interconexión.



## II FUNDAMENTOS DE DERECHO

### II.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.

ORANGE 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 Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y en el artículo 22 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, las resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC calificar dicho escrito como recurso potestativo de reposición que se interpone contra la Resolución de 15 de septiembre de 2011, por la que se resolvió el conflicto de interconexión formulado por Least Cost Routing, S.L. contra France Telecom España, S.A. y Telefónica de España, S.A.U. sobre retención de pagos como consecuencia de tráfico fraudulento originado en roaming en España.

#### **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 potestativo de reposición. La entidad recurrente ostenta la condición de interesado por cuanto que ya lo era en el procedimiento RO 2010/2408 en el que se dictó la resolución objeto de impugnación. En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a ORANGE 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.

En su recurso, ORANGE denuncia expresamente<sup>2</sup> la concurrencia del motivo de anulabilidad del artículo 63.1 LRJPAC por infracción de lo dispuesto en el artículo 1305 del Código Civil con relación a la nulidad de la causa de los contratos cuando ésta es ilícita.

Habida cuenta de que el recurso de reposición interpuesto por ORANGE cumple con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y que se ha presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, procede su admisión a trámite.

---

<sup>2</sup> Véanse las páginas 6 y 7 del recurso.



#### Cuarto. Competencia para resolver.

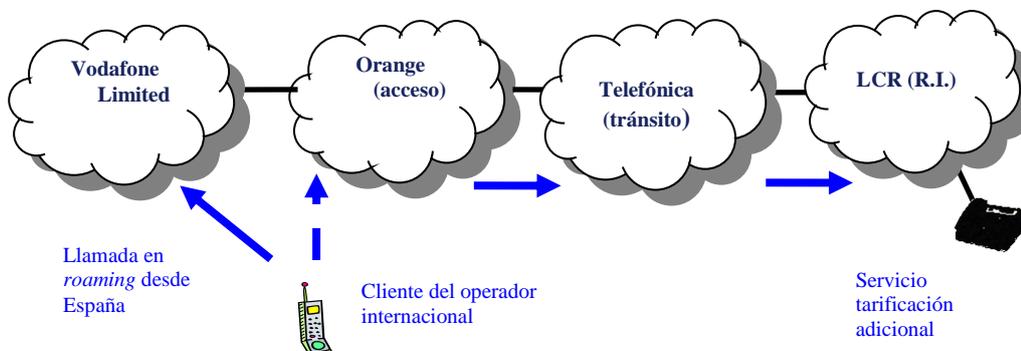
La competencia para resolver el presente procedimiento corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

## II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

### PRIMERO.- Sobre la posición de ORANGE en los hechos objeto del conflicto que dio lugar a la Resolución de 15 de septiembre de 2011.

Según la entidad recurrente, la resolución impugnada identifica erróneamente la posición de ORANGE con la de un operador de acceso, ya que la entidad impugnante carece de la relación directa con los clientes finales y de los medios para proceder al corte de los servicios, aunque reconoce disponer *“de una posición especialmente cualificada como operadora intermediaria en dichos tráficos”*. El operador extranjero, al parecer de la recurrente, sería *“el único cualificado para conocer determinados elementos que fueron determinantes en este caso como es el hecho de que los clientes habían activado los servicios con identidades falsas”*, ya que ORANGE por sí solo *“no puede determinar que dichos tráficos son un claro indicio de fraude e iniciar acciones al respecto, sino que esta tarea recae sobre el operador que mantiene la relación contractual con el abonado llamante”*.

No obstante, lo cierto es que, el esquema técnico de los servicios relativos a las llamadas origen del conflicto es el siguiente:



La llamada se origina cuando el cliente de la red de VODAFONE UK está en itinerancia (roaming) en España, y realiza las llamadas presuntamente fraudulentas a números de tarificación adicional. VODAFONE UK y ORANGE tienen un acuerdo de itinerancia, de manera que ORANGE cursa la llamada ofreciendo servicios de originación y acceso<sup>3</sup>. La prestación de dicho servicio de originación y acceso (y su remuneración) es del todo independiente del hecho de que el usuario que realiza la llamada mantenga una relación contractual como abonado de VODAFONE UK, quien le facturará y cobrará por los servicios de telefonía móvil prestados a dicho abonado.

<sup>3</sup> La originación se asimila a la puesta a disposición de aquellos recursos que permiten ofrecer a los usuarios finales de un operador móvil extranjero el establecimiento de llamadas de voz a cualquier terminal fijo o móvil, sean números nacionales o internacionales, tal y como se recogía expresamente en el apartado II.3.2 de la Resolución de esta Comisión de fecha 20 de julio de 2006 (AEM 2005/1457) en la que se definió el mercado nacional al por mayor de itinerancia internacional en redes públicas de telefonía móvil.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

ORANGE, por su parte, entrega la llamada a TESAU, quien a su vez presta un servicio de tránsito entre líneas fijas. TESAU entrega la llamada a LCR al carecer ORANGE y LCR de interconexión directa entre sus redes.

Las alegaciones de ORANGE sobre un presunto error de hecho acerca de su condición de operador de acceso quedan desvirtuadas a la luz de la descripción técnica anterior, que ya se incluía en la resolución impugnada<sup>4</sup>. Desde el punto de vista técnico es innegable que ORANGE presta dichos servicios para que los usuarios finales puedan realizar sus llamadas desde el extranjero. Además, parece claro que ORANGE se identifica con el operador de acceso a efectos prácticos, ya que es en su red en la que se originan las llamadas y de hecho, VODAFONE UK no dispone de la información de los tráficos en tiempo real, de la que sí dispone en cambio ORANGE.

Por otro lado, ORANGE parece considerar en su recurso que esta Comisión le atribuye funciones como operador de acceso en el contexto del procedimiento de gestión de impagos resultante de la OIR de cara a VODAFONE UK, al indicar que no podía proceder al pago de los servicios a Telefónica porque no había recibido las cantidades que suponían el “inicio de los pagos en cascada”. Sin embargo, ya se indicó en la resolución impugnada que dicho procedimiento está previsto en supuestos en los que los operadores prestan sus servicios a nivel nacional, cosa que no sucede en el presente caso<sup>5</sup> teniendo en cuenta que VODAFONE UK presta sus servicios fuera de España.

### **SEGUNDO.- Sobre las relaciones entre los operadores del procedimiento RO 2010/2408.**

#### **2.1. Relación contractual entre ORANGE y VODAFONE UK.**

En su recurso ORANGE se muestra en desacuerdo respecto a la calificación de su actuación como poco diligente de cara a VODAFONE UK, manifestando que dicha apreciación carece de base y resulta errónea. En particular, la entidad recurrente considera que en ningún momento ha aceptado que las cantidades retenidas por VODAFONE UK no le fueran abonadas<sup>6</sup>, y que la retención de pagos realizada a su vez por ORANGE de cara a TESAU responde a que no había recibido las cantidades que suponían el “inicio de los pagos en cascada”. En apoyo de sus afirmaciones, hace referencia a las comunicaciones aportadas en la tramitación del expediente, en las que se solicita información del estado de las actuaciones realizadas por VODAFONE UK en relación con las llamadas presuntamente fraudulentas.

ORANGE, esencialmente reitera en su recurso las alegaciones que ya realizó a lo largo de la tramitación del procedimiento RO 2010/2408, respecto a las cuales cabe realizar las siguientes apreciaciones:

**1ª.-** Respecto a la aplicación del sistema de pagos en cascada, debemos reiterar que no procede la aplicación del sistema en cascada para la retención de pagos, sino que debe atenderse a las condiciones contractuales establecidas para supuestos de fraude.

**2ª.-** La previsión contractual en el marco de la comisión de fraudes del contrato de roaming suscrito entre ORANGE y VODAFONE UK<sup>7</sup> claramente implica que este último es quien tenía que asumir las consecuencias económicas del fraude, particularmente teniendo en cuenta que ORANGE fue diligente y remitió la información sobre el tráfico anómalo en el plazo a que estaba

---

<sup>4</sup> Ver Fundamento Jurídico Tercero, páginas 7 y siguientes.

<sup>5</sup> Ver páginas 12 y 13 de la Resolución.

<sup>6</sup> Véase página 4 del recurso.

<sup>7</sup> Cláusula 13 del Anexo AA.12.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

obligado. También VODAFONE UK, conforme al contrato de roaming<sup>8</sup>, podía haber suspendido el servicio de cara a los usuarios finales que habían originado el tráfico presuntamente fraudulento.

**3ª.-** En estas circunstancias, y tal y como ya se indicó en la resolución impugnada, no existe una justificación desde el punto de vista contractual para que VODAFONE UK procediera a retener los pagos de las llamadas presuntamente fraudulentas de cara a ORANGE<sup>9</sup>. El abono de los servicios no se encuentra condicionado a que VODAFONE UK realizara gestiones encaminadas al cobro de los servicios prestados a sus clientes finales.

**4ª.-** La falta de diligencia por parte de ORANGE se concreta en no haber exigido el pago de los servicios prestados a VODAFONE UK, a pesar de que contractualmente estaba facultada para ello<sup>10</sup>, tal y como se indicó en la Resolución de 15 de septiembre de 2011.

**5ª.-** Contrariamente a lo que alega ORANGE en su recurso, no existe en la correspondencia aportada durante la tramitación del expediente RO 2010/2408 ninguna reclamación del cobro contra VODAFONE UK de las citadas cantidades. Conforme a la correspondencia aportada, ORANGE se limitó a solicitar el abono de las cuantías por tráfico no fraudulento, dejando el cobro del tráfico fraudulento a un momento temporal posterior, tal y como resulta del correo electrónico de 21 de julio de 2010 remitido por ORANGE a VODAFONE UK adjunto como anexo 4 a la respuesta del requerimiento de información realizado en el marco del conflicto RO 2010/2408.

**6ª.-** Aunque ORANGE haya reclamado el pago frente a VODAFONE UK una vez recaída la Resolución de esta Comisión en septiembre de 2011, como indica a modo de justificación en el recurso, esta circunstancia no excluye su falta de diligencia un año antes, cuando se liquidó el pago de los tráficos de los meses de mayo y junio de 2010 con VODAFONE UK, periodo correspondiente al presunto fraude.

### **2.2. Relación contractual entre ORANGE y TESAU.**

La entidad recurrente se opone a la calificación como negligente de su actuación frente a TESAU por no haber puesto en conocimiento de dicha entidad los indicios de posible fraude, alegando que era necesario esperar a la confirmación de VODAFONE UK respecto al origen efectivamente fraudulento de las llamadas en cuestión. ORANGE alega que la comunicación a TESAU la realizó el día 9 de junio de 2010, transcurrido apenas un día desde que, a su vez, VODAFONE UK le confirmara el origen fraudulento de las llamadas.

Según ORANGE, incluso en el supuesto de que se hubieran comunicado las sospechas a TESAU, las consecuencias para ella no hubieran sido diferentes al modo en que se desarrollaron después los acontecimientos, ya que LCR no ha reconocido en ningún momento un comportamiento fraudulento de las comunicaciones implicadas.

En definitiva, ORANGE justifica la retención de pagos practicada de cara a TESAU ya que *“hubiera supuesto un gran esfuerzo económico a mi representada que no le es exigible ya que también ha sufrido el impago no sólo de esos tráficos a numeraciones Premium sino también el correspondiente al uso de su red en roaming. Es exactamente la misma actuación que ha llevado*

---

<sup>8</sup> Anexo AA.14.3.

<sup>9</sup> Ver página 15, apartado 4.2.1 (i), de la Resolución.

<sup>10</sup> Fue esta circunstancia la que originó el traspaso a su vez del impago de cara a Telefónica como siguiente operador en la cadena de pagos. Tal y como se ha indicado en el apartado 2.1 anterior, no aplica el sistema de pagos en cascada en el presente caso, por lo que la circunstancia de haber aceptado Orange hacerse cargo del impago no tenía por qué repercutir a Telefónica a salvo de que así estuviese previsto en el AGI con dicho operador, cuestión que se examina en el siguiente apartado 2.2.2. Así se puso de manifiesto en la Resolución (ver página 16, final del apartado 4.2.1).



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

a cabo TME sin que a esta empresa se le haya imputado falta de diligencia en este sentido para con LCR<sup>11</sup>.

Respecto a estas alegaciones debe señalarse lo siguiente:

**1º.-** Tal y como se indicó en la resolución recurrida, tanto ORANGE como TESAU han partido de la comisión de un presunto fraude. Así lo demuestra el correo remitido con fecha 5 de mayo de 2010 a VODAFONE en el contexto de la remisión de los informes HUR<sup>12</sup> y que fue aportado durante la tramitación del procedimiento. ORANGE informó a VODAFONE UK, en el momento en el que se produjeron las llamadas presuntamente fraudulentas, que se estaban produciendo tráficos potencialmente fraudulentos.

**2º.-** Si el escenario de fraude era el que manejaba ORANGE desde el primer momento, también tendría que haberlo aplicado en el marco de su relación contractual con TESAU, debiendo remitirle, como estaba obligado a hacerlo, la información sobre los tráficos en cuestión<sup>13</sup>. Esta falta de comunicación de cara a TESAU parece contradictoria con el hecho de haber informado a VODAFONE UK cuando se produjeron las llamadas.

**3º.-** Conforme los Acuerdos Generales de Interconexión (AGIs) suscritos entre TESAU y ORANGE por una parte y TESAU y LCR por otra, la comisión de un fraude no faculta a los operadores para retener pagos, no siendo trasladables a la otra parte las consecuencias económicas de un fraude salvo en aquellos supuestos en los que se incumplan sus obligaciones contractuales<sup>14</sup>.

**4º.-** ORANGE no ha aportado ninguna evidencia, ni a lo largo del procedimiento RO 2010/2408 ni tampoco en el presente recurso, que demuestre que TESAU o LCR hayan incumplido sus respectivas obligaciones contractuales, por lo que la repercusión del impago se realizó indebidamente.

**5º.-** La posición de TESAU no resulta plenamente coincidente con la de ORANGE en relación con el seguimiento de los tráficos. En el contrato de roaming con VODAFONE UK<sup>15</sup>, ORANGE debe realizar un seguimiento de los tráficos. Esta obligación no le corresponde a TESAU, quien carece de una obligación similar en el acuerdo de interconexión que regula la relación entre TESAU y LCR<sup>16</sup> cuando TESAU actúa como operador de tránsito, como sucede en el presente caso.

### **TERCERO.- Sobre la motivación de la resolución recurrida.**

En el título del Fundamento Segundo de su recurso así como en el apartado 2.2 del mismo, ORANGE alega una posible "*falta de motivación de la resolución recurrida*". Sin embargo, lo cierto es que la entidad recurrente no señala en su escrito en qué consiste exactamente dicha falta de

---

<sup>11</sup> Véase página 4 del recurso.

<sup>12</sup> Los informes HUR (High Usage Report) se remiten cuando el prestador del servicio de *roaming* (en este caso Orange) detecta un tráfico anómalo en el comportamiento habitual de un *roamer* o cliente del operador internacional. En estos casos, se genera la remisión de un informe en el que, con una periodicidad diaria, se remite un fax con todas las IMSIs (International Mobile Subscriber Identity) que generan un uso por encima de un determinado umbral, en un plazo máximo de 12 horas transcurridas las 24 horas en las que se procedió a detectar la anomalía en el tráfico. En tal caso, el operador extranjero examina el contenido del informe (que contiene detalles sobre el IMSI, el número de llamadas y su duración, el cargo total, el día de la primera y última llamada e información adicional de la que disponga) y dará de baja las suscripciones de cualquier cliente sospechoso.

<sup>13</sup> Esta obligación también se incluye en la Resolución, página 17, apartado 4.2.2. (ii).

<sup>14</sup> Ver página 20, apartados 4.2.3 respecto a Telefónica/LCR y página 17, apartado 4.2.2 respecto a Orange/Telefónica, de la Resolución.

<sup>15</sup> Anexo C 7.

<sup>16</sup> Esta circunstancia también se puso de manifiesto en la Resolución, página 22, apartado 4.2.3 (iv)



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

motivación, es decir, qué elementos de hecho o de Derecho están ausentes de la Resolución de 15 de septiembre de 2011 y que imposibilitan a ORANGE colegir las razones que determinaron la decisión final de esta Comisión.

Con relación a los requisitos de motivación de los actos y resoluciones administrativos, el artículo 54.1 de la LRJPAC señala que la motivación requerirá una “*sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho*”. El carácter “*sucinto*” de la motivación administrativa ha sido ratificado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en reiteradas sentencias. En casos de motivación sucinta pero existente por parte de esta Comisión, los tribunales han declarado la plena validez del acto o resolución. Entre otras pueden citarse las SSTS de 15 de diciembre de 2009<sup>17</sup>, de 26 de mayo de 2009<sup>18</sup> y de 7 de marzo de 2006<sup>19</sup>.

Por otro lado, y como ha señalado el Tribunal Supremo en distintas sentencias, y, entre otras, en las SSTS de 3 de diciembre de 1996<sup>20</sup> y de 3 de mayo de 1995<sup>21</sup>, la motivación de las resoluciones administrativas no exige una contestación exhaustiva y pormenorizada de la totalidad de las alegaciones efectuadas por los interesados a lo largo del procedimiento.

No obstante, y en el supuesto concreto de la resolución recurrida, no nos encontramos precisamente ante un caso de motivación sucinta puesto que en ella se indican de forma pormenorizada las razones técnicas y jurídicas que han llevado a esta Comisión a adoptar la decisión acordada. En el Fundamento Tercero de la Resolución de 15 de septiembre de 2011 se analizan detalladamente las relaciones de interconexión entre los operadores intervinientes en el curso de las llamadas objeto de conflicto y en el Fundamento Cuarto se abordan las condiciones aplicables a las diversas relaciones contractuales, mientras que en el Fundamento Quinto se tratan las compensaciones de pago realizadas por TESAU y ORANGE. Finalmente, en los Fundamentos Sexto y Séptimo se da cumplida contestación a las alegaciones formuladas tanto por el operador promotor del conflicto (LCR) como por la entidad ahora recurrente.

Por tanto, puede afirmarse que del contenido de la resolución impugnada podían colegirse claramente, las razones que determinaron la decisión final de esta Comisión, en consonancia con la doctrina del Tribunal Supremo contenida, entre otras, en las SSTS de 15 de enero de 2009<sup>22</sup>, 20 de mayo de 2008<sup>23</sup> y 8 de marzo de 2006<sup>24</sup>. En la última Sentencia citada se dice que:

*“el controvertido acto administrativo estuvo suficientemente motivado: porque expresó la fundamentación fáctica y la justificación normativa de su decisión”.*

Y en el Fundamento tercero de la SAN de 26 de febrero de 2007<sup>25</sup> relativa a una resolución de esta Comisión, se declara que:

*“(…) es necesario tener en cuenta la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional y constante jurisprudencia del Tribunal Supremo que considera idóneo, para el cumplimiento de los fines de la motivación del acto administrativo, dar a conocer al destinatario las auténticas razones de la decisión que se adopta y permitir frente a ella la adecuada defensa. Y, en el presente caso, no es posible ignorar que la resolución de la CMT de 16 de mayo 2005, además de aludir a la necesidad*

---

<sup>17</sup> RC 2694/2007.

<sup>18</sup> RJ 2009\4401.

<sup>19</sup> RJ 2006\1668.

<sup>20</sup> RJ 1996\8930.

<sup>21</sup> RJ 1995\4050.

<sup>22</sup> RJ 2009\467.

<sup>23</sup> RJ 2008\5296.

<sup>24</sup> RJ 2006\5702.

<sup>25</sup> JUR 2007\52343.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

*de información para satisfacción de necesidades estadísticas o de análisis de la situación de los distintos mercados que confluyen en la prestación de servicio y explotación de redes del sector de las comunicaciones electrónicas y audiovisuales, justifica la petición de información a Sogecable por su relevancia en el mercado de la televisión de pago, ante la necesidad que tiene la CMT, como regulador, de conocer las principales variables que, en cada modelo de negocio, resultan imprescindibles para la supervisión de un correcto desarrollo de la competencia en el mercado en cuestión.*

Otra cosa distinta es que ORANGE no comparta los criterios y razonamientos utilizados por esta Comisión en la motivación de la resolución recurrida y pretenda la variación o sustitución de los mismos, según parece derivarse del contenido de la página 4 del recurso:

*“Es muy importante que la resolución recoja adecuadamente que en ningún caso Orange ha aceptado pacíficamente la retención de las cantidades, y que, por lo tanto, que en ningún momento se ha constatado actuación negligente por parte de Orange.”*

Sin embargo, y como recuerda la SAN de 26 de febrero de 2007 al final de su Fundamento tercero:

*“En suma, podrá compartirse o no la motivación del acto administrativo impugnado, pero no resulta posible negar la evidencia de su existencia”.*

Al concurrir la suficiente motivación en la Resolución recurrida debe excluirse cualquier presunto vicio de arbitrariedad, como se desprende de la jurisprudencia, y entre otras, de la STC 331/2006, de 20 de noviembre<sup>26</sup>, y las SSTS de 17 de diciembre de 2004<sup>27</sup> y de 14 de octubre de 2003<sup>28</sup>.

Por último, cabe decir que una falta de motivación nunca constituye causa de nulidad del acto o resolución impugnados sino, en todo caso, de su anulabilidad y siempre que se produzca indefensión material y efectiva, y no meramente formal, tal y como indica el Tribunal Supremo en su jurisprudencia y, entre otras, en las SSTS de 8 de mayo de 2008<sup>29</sup>, de 13 de julio de 2004<sup>30</sup> y de 16 de julio de 2001<sup>31</sup>. No obstante, en el caso que nos ocupa, ni la entidad impugnante ha alegado expresamente la infracción del artículo 24 CE en su recurso, ni resulta alegable dicha vulneración por no tratarse el expediente RO 2010/2408 de un procedimiento de naturaleza sancionadora<sup>32</sup>. Y aunque tuviera dicha naturaleza, la entidad recurrente ha podido efectuar las alegaciones pertinentes, tanto durante el expediente administrativo como en sede de este recurso, lo cual excluiría cualquier vicio de indefensión, según ha venido señalando la jurisprudencia<sup>33</sup>.

### **CUARTO.- Sobre la causa de anulabilidad alegada por la entidad recurrente del artículo 63.1 LRJPAC con relación al artículo 1305 del Código Civil.**

En la página 6 de su recurso ORANGE señala que:

---

<sup>26</sup> En el Fundamento Segundo de esta Sentencia el Tribunal Constitucional recuerda que: *“Es doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos.”*

<sup>27</sup> RJ 2005\388.

<sup>28</sup> RJ 2003\7805.

<sup>29</sup> RJ 2008\2642.

<sup>30</sup> RJ 2004\4203.

<sup>31</sup> RJ 2001\6684.

<sup>32</sup> Véanse 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 1999 (RJ 2000\3200) y de 22 de septiembre de 2004 (RJ 2004\6286).

<sup>33</sup> Véanse las SSTS de 10 de marzo de 2004 (RJ 2004\2943), 24 de mayo de 2004 (RJ 2004\4057) y de 17 de enero de 2001 (RJ 2001\2449).



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

*“La Resolución que aquí se recurre es contraria igualmente al ordenamiento jurídico ya que no considera las leyes en materia de contratación, por las que el contrato establecido en relación a estos tráficos por LCR podría ser considerado nulo si se constata el carácter fraudulento de los mismos.”*

Añadiendo la entidad recurrente que:

*“no reconocer la nulidad de este contrato en el caso de confirmarse la comisión de fraude a través de estas prácticas, supone de facto contravenir lo dispuesto en el Código Civil en relación con la nulidad de la causa de los contratos cuando esta es ilícita (Art. 1305).”*

Y concluyendo ORANGE en la página 7 del recurso que:

*“de no recogerse la posibilidad para las partes implicadas de proceder a la retención de las cantidades sospechosas de obedecer a tráficos irregulares, se estaría vulnerando el artículo 1305 Cc ya que se está permitiendo consolidar una relación contractual que debería ser considerada nula por tener la misma causa ilícita. La ilicitud de esta causa ha afectado a las relaciones en cadena instrumentadas entre todos los operadores afectados.”*

Frente a la anterior alegación de ORANGE debemos recordar que la declaración de nulidad de un contrato, al tratarse de una cuestión de derecho privado, corresponde efectuarla únicamente a los juzgados y tribunales de la jurisdicción civil, pero no a un organismo regulador del artículo 8.1 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

Concretamente, y en materia de conflictos de interconexión, esta Comisión está facultada para adoptar medidas singulares e, incluso, imponer multas coercitivas a los operadores<sup>34</sup>, según lo previsto en los artículos 11.4 y 48.4.d) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y de acuerdo con lo manifestado en las SSTS de 28<sup>35</sup> y 29<sup>36</sup> de junio y 6 de julio<sup>37</sup> de 2011, pero en ningún caso puede actuar *“de componedor de los intereses privados en conflicto”*<sup>38</sup>. Defender lo contrario sería provocar una *“duplicidad jurisdiccional no deseable”*<sup>39</sup>. En la STS de 17 de junio de 2010<sup>40</sup>, en la que se aborda la posible nulidad de un contrato, se dice que:

*“Conviene hacer una puntualización respecto a la resolución de la CNMV. El Servicio de Reclamaciones no es competente para analizar los asuntos que se centran fundamentalmente en la interpretación y valoración de la eficacia de pactos, cláusulas y condiciones establecidas en el ámbito de relaciones regidas por normas de Derecho privado, ni, por tanto, fijar las consecuencias que de las mismas pudieran derivarse, ya que ello es también competencia de los tribunales de justicia, a quienes corresponde el conocimiento y resolución de todas las discrepancias que resulten de las relaciones mercantiles concertadas entre los interesados.”*

Esta Comisión, sin embargo y como se ha dicho antes, sí es competente para adoptar medidas en el marco del Derecho sectorial en caso de incumplimiento de la normativa aplicable. Por ello, en el Resuelve Tercero de la resolución impugnada se prevé el inicio de un procedimiento administrativo para determinar la observancia por parte de LCR de sus obligaciones relativas al uso de la numeración asignada por esta Comisión para la prestación de servicios de red inteligente.

---

<sup>34</sup> Véase Fundamento Octavo de la STS de 28 de junio de 2011 (RJ 2011\5588).

<sup>35</sup> RJ 2011\5588 (RC 5732/2008)

<sup>36</sup> RJ 2011\5604.

<sup>37</sup> RC 145/2009 (JUR 2011\275087).

<sup>38</sup> Véase Fundamento Noveno de la STS de 28 de junio de 2011 (RJ 2011\5588).

<sup>39</sup> Véase Fundamento Octavo de la STS de 28 de junio de 2011 (RJ 2011\5588).

<sup>40</sup> RC 1506/2006.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

Por todo cuanto antecede, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

### RESUELVE

**ÚNICO.-** Desestimar íntegramente el recurso de reposición interpuesto por France Telecom España S.A. el día 21 de octubre de 2011 contra la Resolución de 15 de septiembre de 2011, por la que se resolvió el conflicto de interconexión formulado por Least Cost Routing, S.L. contra France Telecom España, S.A. y Telefónica de España, S.A.U. sobre retención de pagos como consecuencia de tráfico fraudulento originado en roaming en España.

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 23.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007 (BOE núm. 27, de 31 de enero de 2008), 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***