



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 26/11 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 28 de julio de 2011, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución por la cual se procede a resolver el conflicto de interconexión entre Quality Telecom, S.A. contra Telefónica de España, S.A.U. y Telefónica Móviles España, S.A.U. sobre retención de pagos como consecuencia de tráfico fraudulento originado en roaming en España (RO 2010/1820).

1 Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Escritos presentado por Quality Telecom instando el inicio del conflicto por impagos en los servicios de interconexión

Con fecha 5 de octubre de 2010, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de D. José de la Cruz Chillerón en nombre de Quality Telecom, S.A. (en adelante, Quality Telecom) por el que planteaba conflicto de interconexión contra la entidad Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica).

Quality Telecom figura en el Registro de Operadores como prestador del servicio telefónico fijo¹ y cuenta con numeración de Códigos de Punto de Señalización Nacional, numeración de código de selección de operador, numeración geográfica asignada en las provincias de Madrid, Barcelona, Valencia, Alicante y Sevilla, numeración especial, números cortos y numeración para servicio de cobro revertido automático².

En dicho escrito, Quality Telecom solicitaba que se impusiera a Telefónica la obligación de proceder al pago de la factura correspondiente al tráfico de interconexión del mes de julio de 2010, por un importe de [CONFIDENCIAL], y que se instara a Telefónica a abstenerse de incurrir en el futuro en otros incumplimientos semejantes del Acuerdo General de Interconexión (en adelante, AGI) firmado entre ésta y Telefónica con fecha 29 de enero de 2007.

¹ Ver resoluciones de esta Comisión de 13 de noviembre de 2003.

² Ver resoluciones de esta Comisión de 6 de noviembre de 2008 (códigos de punto de señalización nacional, DT 2008/1664), de 10 de junio de 2009 (código de selección de operador, DT 2009/646), de 19 de junio de 2009 (código de operador de portabilidad, DT 2009/), de 4 de septiembre de 2009 (numeración geográfica, DT 2009/1166) y de 18 de marzo de 2010 (numeración de tarifas especiales, DT 2010/277 y numeración para servicio de cobro revertido automático, DT 2010/276).



Asimismo, Quality Telecom solicitaba que, mediante la adopción de una medida cautelar, se obligara a Telefónica a que abonase a Quality Telecom la cantidad de [CONFIDENCIAL] correspondiente a la cuantía que según los datos de Telefónica correspondería a servicios de interconexión correspondientes al mes de agosto de 2010.

En apoyo de su solicitud, Quality Telecom alegaba lo siguiente:

- Se había producido un incumplimiento unilateral por parte de Telefónica en relación con el procedimiento de consolidación, de los plazos de pago de los importes de interconexión y del propio AGI. En concreto, la situación se originó con fecha 6 de septiembre de 2010 tras haber solicitado una reunión del comité de consolidación de ambos operadores, que debía haberse celebrado el día 30 de agosto de 2010. En concreto, se solicitó a Telefónica que informase del motivo de la ruptura y enviaran el detalle de las posibles discrepancias.
- Con fecha 6 de septiembre de 2010, Quality Telecom remitió a Telefónica la factura correspondiente al tráfico de interconexión correspondiente a julio de 2010 (**Anexo nº 1**), cuyo pago Telefónica debía haber hecho efectivo antes del 15 de septiembre de 2010. Dicha factura se elaboró sobre los datos de tráfico aportados por la propia Telefónica y que Quality Telecom aceptaba. Tras haber reclamado por correo electrónico información a Telefónica en relación con las posibles discrepancias en el tráfico correspondientes al mes de julio de 2010 (**Anexo nº 2**), Quality Telecom reclamó el impago de dicha factura por burofax con fecha 16 de septiembre de 2010 (**Anexo nº 3**).
- Con fecha 21 de septiembre de 2010 Quality Telecom recibió un burofax de Telefónica en respuesta al remitido por la primera el 16 de septiembre. En él, Telefónica informaba de que el impago se debía a que se habían retenido y se encontraban pendientes de pago los importes correspondientes a los servicios mayoristas a los que habían dado lugar dichos tráficos por parte de los operadores Wind (Italia), Cosmote (Grecia) y Orange (Francia) debido a que *“los mencionados operadores de origen han detectado que se han llevado a cabo prácticas consideradas fraudulentas que han afectado a tráficos originados en numeraciones de Wind, Cosmote y Orange Francia en roaming por Telefónica Móviles España. Estos tráficos han sido a continuación objeto de tránsito por Telefónica de España hacia determinadas numeraciones 905 de Quality Telecom. En fechas inmediatas, tan pronto conozcamos nosotros esa información, procederemos a detallaros los tráficos concretos afectados”*. En esa misma fecha, Telefónica remitió por correo electrónico el detalle de las llamadas de los operadores internacionales de roaming presuntamente fraudulentas indicando que la consolidación correspondiente al mes de agosto también se vería afectada por los mismos motivos (**Anexo nº 4**).

Quality Telecom indicaba que la aplicación de su AGI con Telefónica no podía incumplirse como consecuencia de los problemas que pudiera tener el operador móvil MOVISTAR con los operadores internacionales de Grecia, Francia e Italia relativos a tráficos de interconexión con una antigüedad de seis meses, particularmente teniendo en cuenta el contenido de dicho AGI en relación con las disposiciones previstas para los casos de discrepancia entre las partes y la ausencia de información remitida.



- Quality Telecom solicitaba la adopción de una medida cautelar (sin audiencia previa de Telefónica) considerando los perjuicios de difícil o imposible reparación que podrían causársele considerando el importe de la factura impagada por Telefónica correspondiente a julio de 2010 [CONFIDENCIAL] y el riesgo de impago del tráfico correspondiente al mes de agosto de 2010 (por una cuantía que asciende a [CONFIDENCIAL]), así como la apariencia de buen derecho acreditada mediante la factura cuantificada según los datos de tráfico de la propia Telefónica (a la que dicha entidad tampoco se había opuesto).

Con fecha 19 de octubre de 2010, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Quality Telecom en el que se ponía de manifiesto el impago de la factura correspondiente al tráfico de interconexión con Telefónica correspondiente al mes de agosto de 2010, con fecha de vencimiento 15 de octubre de 2010. A dicho escrito se adjuntaba la factura emitida por Quality Telecom con fecha de entrada en el registro de Telefónica 1 de octubre de 2010.

SEGUNDO.- Comunicación a los interesados del inicio del procedimiento

Mediante escritos del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, notificados con fechas 2 y 3 de noviembre de 2010 y a Telefónica y Quality Telecom respectivamente, se dio inicio al correspondiente procedimiento 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 los escritos de inicio se solicitaba información tanto a Telefónica como a Quality Telecom.

TERCERO.- Escrito de Quality Telecom en respuesta al requerimiento de información formulado por esta Comisión

Con fecha 18 de noviembre de 2010, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Quality Telecom en el que daba por cumplido el requerimiento de información realizado por esta Comisión, solicitando la confidencialidad de los datos aportados a dicho escrito.

CUARTO.- Escrito de Telefónica en respuesta al requerimiento de información formulado por esta Comisión

Con fecha 19 de noviembre de 2010, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Telefónica dando por cumplimentado el requerimiento de información formulado por el Secretario de esta Comisión.

QUINTO.- Requerimiento de información a Telefónica y Telefónica Móviles

Con fecha 20 de diciembre de 2010 fue notificado a Telefónica un segundo requerimiento de información del Secretario de esta Comisión y se notificó a Telefónica Móviles el inicio del presente expediente, solicitando a dicho operador determinada información relevante.

SEXTO.- Respuesta al requerimiento de información por parte de Telefónica y Telefónica Móviles

Con fecha 12 de enero de 2011 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Telefónica dando por cumplimentado el requerimiento de información realizado.



Por su parte, Telefónica Móviles, mediante escrito que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión con fecha 12 de enero de 2011, contestó al requerimiento de información.

Telefónica y Telefónica Móviles no aportaron en sus escritos iniciales toda la documentación inicialmente solicitada hasta el 18 de febrero de 2011.

SÉPTIMO.-Escritos de Quality Telecom

Con fechas 18 de marzo y 5 de abril de 2011, tuvieron entrada en el Registro de esta Comisión escritos de Quality Telecom.

OCTAVO.- Informe de audiencia

Con fechas 29 y 30 de junio de 2011 se notificó a Telefónica, Telefónica Móviles, WPR y Quality Telecom el informe de los Servicios en relación con el conflicto de referencia y en cumplimiento con lo dispuesto en el artículo 84 LRJPAC, se concedió a las partes un plazo de diez días hábiles para que formularan las alegaciones que estimaran pertinentes y acompañaran los documentos que considerasen oportunos.

NOVENO.- Escritos de alegaciones al informe de audiencia

Con fecha 5 de julio de 2011 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de WPR en el que se mostraba conforme con la propuesta del Informe de los Servicios. Telefónica y Quality Telecom presentaron sus alegaciones con fecha 11 de julio de 2011. Telefónica Móviles presentó escrito de alegaciones con fecha 12 de julio de 2011.

A los anteriores antecedentes de hecho resultan de aplicación los siguientes

2 Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Habilitación competencial de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

El artículo 48.3 de la LGTel determina cuál es el objeto que tiene este organismo público que, entre otros aspectos, alcanza a la resolución de los conflictos que se produzcan entre los operadores:

*“La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora y en el apartado 1 del artículo 10 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible, la **resolución de los conflictos entre los operadores** y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos”.*

En relación con este objeto, y en lo que afecta a las materias de telecomunicaciones reguladas en la LGTel, el artículo 48.4.d) de la misma atribuye a la CMT la siguiente función:

*“La resolución vinculante de los **conflictos que se susciten entre los operadores en materia de acceso e interconexión de redes**, en los términos que se establecen en el*



título II de esta Ley, así como en materias relacionadas con las guías Telefónicas, la financiación del servicio universal y el uso compartido de infraestructuras. (...)”.

Asimismo, el Capítulo III del Título II de la LGTel trata el *Acceso a las redes y recursos asociados e interconexión*, señalando el artículo 11.4 que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores *“con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3”*.

A tal efecto, el artículo 14 de la LGTel señala que ***“de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de esta ley y de sus normas de desarrollo conocerá la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Ésta, previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo máximo de cuatro meses a partir del momento en que se pida su intervención, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva.”***

En el mismo sentido, el artículo 23 (*“Competencias en materia de acceso e interconexión y condiciones aplicables”*) del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (en adelante, Reglamento de Mercados), dispone, en la letra a) de su apartado 3, que *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá atribuidas las competencias siguientes: Podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado”*.

En conclusión, esta Comisión resulta competente para conocer del presente conflicto instado por Quality Telecom, en la medida en que el mismo se refiere a incidencias surgidas en relación con servicios de interconexión.

Telefónica y Telefónica Móviles alegan la falta de competencia de esta Comisión en relación con el conflicto planteado argumentando que se trata de una cuestión en la esfera de sus intereses privados, sin trascendencia en el interés público, limitándose al pago de cantidades presuntamente adeudadas por Telefónica, cuestión que según indica corresponde en exclusiva a la jurisdicción civil ordinaria, considerando que la *“CMT no puede resolver sobre el derecho de crédito de un operador respecto de otro, ni tampoco puede declarar la improcedencia o improcedencia de un pago”*. Se argumenta que las potestades de intervención de esta Comisión se justifican en aquellos supuestos en que deba satisfacerse una necesidad de interés general, sin que *“le autorice para pronunciarse sobre la procedencia o no de efectuar pagos entre operadores”*. Igualmente, se indica que las potestades de intervención de la Comisión se encuentran justificadas en supuestos en los que *“deba satisfacerse una necesidad concreta de interés general (salvaguarda de los derechos de acceso, de los derechos de los usuarios finales, garantía de la pluralidad de ofertas, o provisión de servicios innovadores) de forma que quedan al margen de sus potestades de intervención las relaciones jurídicas de los operadores que afectan a sus intereses particulares y no tienen repercusión directa para los intereses generales, como ocurre claramente en el caso que nos ocupa”*.

Similares alegaciones se incluyen en los escritos de Telefónica y Telefónica Móviles al Informe de los Servicios, reiterando sus alegaciones acerca de la falta de competencia, al considerar que no existe ningún conflicto de interconexión y que se trata en esencia de



dilucidar una cuestión privada consistente en una reclamación de cantidad. En apoyo de su argumentación Telefónica hace referencia a una sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2011 en materia de penalizaciones por retraso en la provisión de servicios de bucle de abonado y una sentencia del Juzgado de primera instancia nº 96 de Madrid en el procedimiento 1945/2010 instado por Dialoga contra Telefónica en la que dicho juzgado se pronuncia acerca de un supuesto de presunto fraude cometido por los usuarios del operador Vodafone.

Los argumentos expuestos no pueden aceptarse.

De las previsiones normativas a que se ha hecho referencia en los anteriores párrafos resulta claro que esta Comisión está habilitada para resolver los conflictos que surjan entre los operadores como consecuencia de sus relaciones de acceso e interconexión, tal y como ocurre en el presente caso en el que se produce una serie de retenciones por impagos correspondientes a llamadas presuntamente fraudulentas de usuarios de operadores extranjeros en roaming en España, retenciones que han sido repercutidas en cascada por dichos operadores internacionales a Telefónica Móviles, de Telefónica Móviles a Telefónica y de Telefónica a Quality Telecom, comportamiento que se examina al amparo del contenido de los respectivos acuerdos interconexión y de la Oferta de Interconexión de Referencia.

Igualmente, la Jurisprudencia ha confirmado³ reiteradamente que, en ejercicio de sus funciones en el ámbito de interconexión y acceso, esta Comisión está plenamente habilitada para supervisar la actuación de los operadores, entre otras cuestiones, para garantizar el equilibrio contractual entre las partes y salvaguardar un interés general como es el de la interconexión de las redes en condiciones no discriminatorias, transparentes, proporcionadas y basadas en criterios objetivos en interés de todos los usuarios, los cuales son intereses generales dignos de protección que justifican la actuación de esta Comisión. Entre otras, transcribimos por su carácter ilustrativo la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2008, que especifica que en la resolución de conflictos *“el órgano regulador se atiene a lograr el «equilibrio justo entre los intereses de las partes», con el objeto de garantizar los intereses públicos vinculados a la salvaguarda de la libre competencia entre empresas y el interés de los usuarios”* (FJ 7).

Con esta finalidad, esta Comisión puede obligar a los operadores que se atengan a lo pactado e impedir que de modo unilateral cada operador establezca las condiciones de pago que mejor le convenga, interpretar y también modificar los AGIs, para evitar la distorsión de la competencia y garantizar el cumplimiento regulatorio de la interconexión y los términos de su prestación plasmados en los AGIs.

La incidencia en los intereses privados a que hace referencia Telefónica en su escrito es inevitable en tanto que un AGI constituye un acuerdo voluntariamente suscrito entre dos operadores, de carácter doble, tanto público como privado. Sin embargo, no puede olvidarse que se encuentra sujeto a la potestad de intervención de esta Comisión, presidida por el indudable interés público a que se ha hecho referencia anteriormente, que supone mantener el cumplimiento de lo pactado y el mantenimiento del equilibrio contractual entre los operadores que lo suscriben, estando esta cuestión ligada al mantenimiento de una competencia efectiva que constituye uno de los objetivos enumerados específicamente en el artículo 3 de la LGTel.

³ Entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo, de 1 de octubre de 2008 (RJ/2008/4601), de 18 de noviembre de 2008 (RJ/2008/5966) y de 24 de junio de 2009 (RJ 2009/4681).



La sentencia del Tribunal Supremo que mencionan tanto Telefónica como Telefónica Móviles en nada afecta al presente caso, que se refiere a un supuesto de hecho sustancialmente diferente al que se dilucida en el presente procedimiento. En efecto, la sentencia mencionada examina la competencia de esta Comisión para exigir el abono de penalizaciones por incumplimiento de servicios de acceso al bucle de abonado, pero ni su razonamiento ni su fallo afectan al presente caso al considerarse un presupuesto de hecho completamente diferente, en el que el Tribunal parte como premisa esencial de la naturaleza indemnizatoria de dichas penalizaciones. Por su parte, la sentencia del juzgado de primera instancia en modo alguno prejuzga la competencia de esta Comisión, que ha quedado acreditada conforme a lo expuesto en los anteriores párrafos.

Por todo ello, se considera que es competencia de esta Comisión valorar la incidencia que el supuesto tráfico fraudulento ha podido tener sobre la prestación y abono de los servicios y, en consecuencia, revisar las retenciones de pagos de interconexión efectuadas entre los operadores parte del presente conflicto, teniendo en cuenta lo establecido en sus correspondientes AGIs y en la regulación de los servicios de interconexión.

SEGUNDO.- Objeto del procedimiento

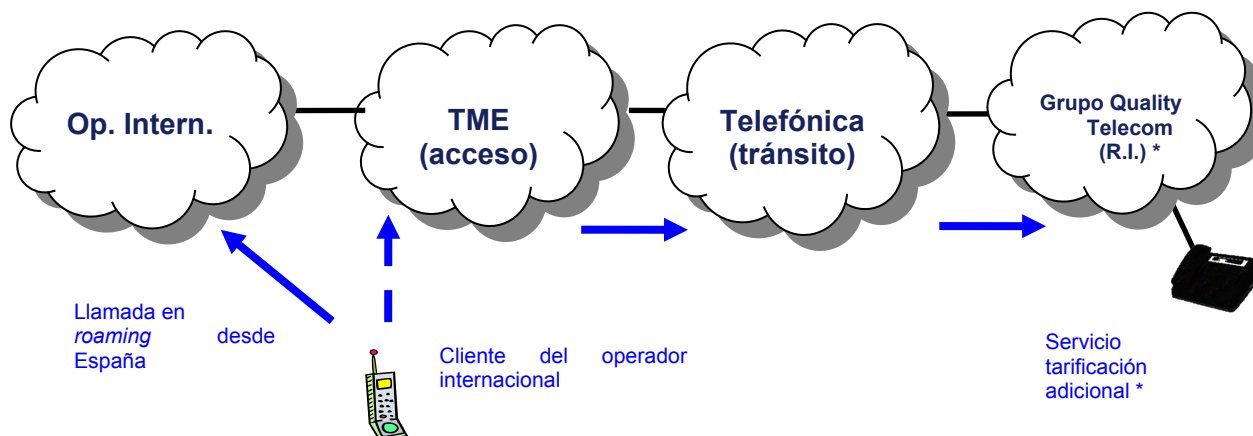
El objeto del procedimiento es la resolución del conflicto de interconexión planteado por Quality Telecom por la repercusión en cascada efectuada por Telefónica Móviles y por Telefónica derivado de las llamadas presuntamente fraudulentas realizadas por sus abonados en roaming en España a los servicios de red inteligente prestados a través de números asignados a una entidad de su grupo empresarial, WPR.

En este sentido, la presente Resolución se pronunciará (i) sobre las relaciones de interconexión entre los diferentes operadores intervinientes en la cadena del tráfico de servicios y de pagos por tales servicios (es decir, entre Telefónica Móviles/operadores de roaming, Telefónica Móviles/Telefónica y Telefónica/Quality Telecom), (ii) sobre el contenido de los respectivos acuerdos para examinar si el comportamiento de Telefónica y Telefónica Móviles en relación con la retención de cantidades relativas a dichos tráficos que ha afectado a Quality Telecom es o no ajustado a Derecho, (iii) sobre la adecuación o no de las retenciones de pago en cascada efectuadas por Telefónica Móviles y Telefónica sobre Quality Telecom.

TERCERO.- Sobre las relaciones de interconexión entre los operadores intervinientes en el curso de las llamadas objeto de conflicto

Con carácter previo al análisis y resolución del presente conflicto, es de interés a estudiar los servicios y las relaciones contractuales existentes entre las diferentes partes del conflicto y la regulación aplicable.

Gráficamente correspondería al siguiente **esquema de servicios**:



* Se considera que Quality Telecom actúa como prestador de servicios de tránsito y que como operador del servicio de inteligencia de red actúa la sociedad World Premium Rates, S.A., que es quien figura como asignatario de la numeración del rango al que se efectuaron las llamadas presuntamente fraudulentas. World Premium Rates, S.A. y Quality Telecom forman parte del mismo grupo empresarial, según se indica en la página web de dicho operador.

Figura 1: esquema gráfico de las llamadas objeto de disputa y detalle de prestación de servicios por cada operador (elaboración propia)

La llamada se origina cuando el cliente de cualquiera de las tres redes extranjeras (en el presente caso, Wind, Cosmote y France Télécom en Italia, Grecia y Francia respectivamente), con quienes Telefónica Móviles tiene un acuerdo, está en itinerancia (roaming) en España, y realiza las llamadas presuntamente fraudulentas.

Telefónica Móviles cursa la llamada, ofreciendo servicios de originación y acceso⁴. Aunque el usuario en roaming realiza la llamada desde la red de acceso de Telefónica Móviles, dicho usuario es abonado del operador internacional con el que Telefónica Móviles tiene suscrito un acuerdo de roaming, por lo que es dicho operador internacional quien factura y gestiona el cobro de los servicios de telefonía móvil prestados a su abonado.

Telefónica Móviles entrega la llamada a Telefónica, quien a su vez presta un servicio de tránsito entre líneas fijas y la entrega a Quality Telecom al carecer Telefónica Móviles y Quality Telecom de interconexión directa entre sus redes. Según indica Quality Telecom en la respuesta al requerimiento de información realizado, dicha entidad entrega la llamada a World Premium Rates, S.A. (en adelante, WPR), que es quien tiene asignada la numeración del rango al que pertenecen los números a los que se efectuaron las llamadas presuntamente fraudulentas, y que por tanto se considera como operador de red inteligente.

Respecto al marco regulatorio aplicable en el ámbito de los servicios descritos, debe tenerse en cuenta que (i) el servicio de acceso (tanto desde una ubicación fija como móvil) se encuentra sujeto a regulación ex ante, aunque únicamente desde una óptica en la que todos los operadores involucrados son nacionales. Conforme a la resolución de esta Comisión de 20 de julio de 2006 el mercado de itinerancia internacional en redes públicas de telefonía móvil no se sujetó a regulación ex ante. Por ello, Telefónica Móviles y los operadores

⁴ Los servicios de originación se asimilan a la puesta a disposición de aquellos recursos que permiten ofrecer a los usuarios finales de un operador móvil extranjero, 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.



extranjeros, en el caso de llamadas de origen internacional, son libres de pactar las condiciones que estimen oportunas para dicho servicio, si bien con el límite de precios establecido a nivel mayorista en el Reglamento CE 717/2007 de itinerancia; (ii) el servicio de tránsito prestado por Telefónica a Quality Telecom y por ésta a WPR se encuentra a día de hoy liberalizado, ya que en la última revisión de mercados se consideró que el mercado den cuestión no constituye un mercado en el que se justifique la aplicación de medidas regulatorias ex ante⁵. El levantamiento de las obligaciones ex ante se entiende sin perjuicio de la obligación general de los operadores de garantizar la adecuación de la interconexión, la interoperabilidad de los servicios y la consecución de los objetivos del artículo 3 de la LGTel.

Por tanto, deberá examinarse con detalle el contenido de los acuerdos aplicables entre los operadores en relación con sus condiciones técnicas y económicas así como las previsiones aplicables de la OIR.

En lo que se refiere a la **facturación de servicios** de red inteligente, que es sobre los que versa el conflicto planteado por Quality Telecom, debe tenerse en cuenta que existen dos modelos, de acuerdo con lo establecido en la OIR y en función de lo que elija el operador de acceso: el modelo de acceso y el modelo de terminación.

Siguiendo el modelo de terminación, el operador de acceso entrega al de tránsito la cantidad que éste ha de pagar al operador de red inteligente destino de la llamada por su servicio de terminación incrementada por el precio de tránsito. En este modelo, el servicio de tránsito prestado por Telefónica lo paga el operador de acceso.

A efectos gráficos se incluye un esquema de representación de los pagos:

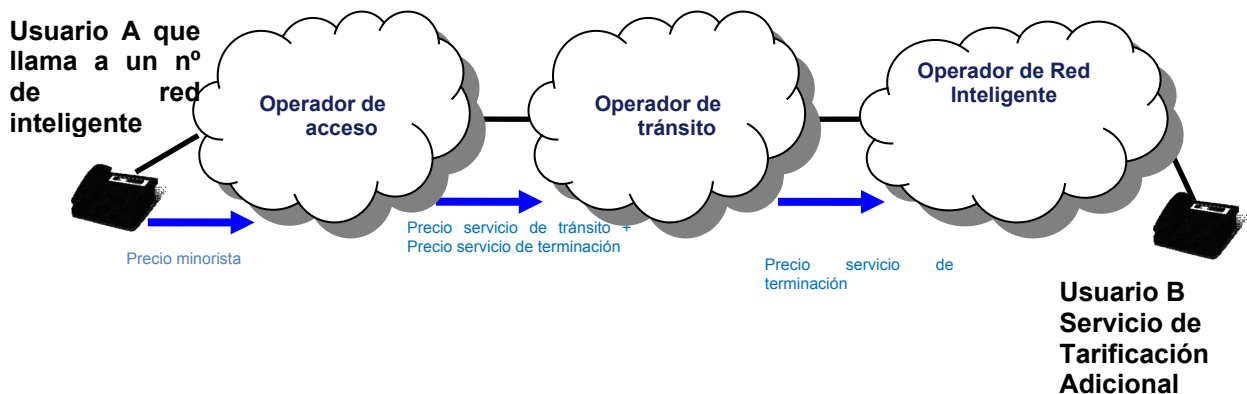


Figura 2: esquema de pago de servicios conforme al modelo de terminación para servicios a red inteligente (elaboración propia)

Respecto al modelo de terminación, deben realizarse dos precisiones:

- En primer lugar, que en la OIR 2005 los servicios prestados por los operadores para cursar las llamadas con destino a numeración 905, 803, 806, 807 y 907 deben ser

⁵ Ver Resolución de esta Comisión de fecha 1 de octubre de 2009 (MTZ 2009/184). Concretamente, se prevé la supresión de la aplicación de condiciones económicas reguladas por esta Comisión transcurridos seis meses desde la publicación en el BOE (que tuvo lugar el 15 de octubre de 2009), es decir, a partir del 15 de abril de 2010.



facturados siempre mediante el modelo de acceso, mientras que el resto de la numeración de red inteligente (es decir, 901, 902 y 80X) la aplicación del modelo de terminación o acceso dependerá del modelo que haya elegido para la facturación de sus servicios el operador de acceso⁶. En el presente caso, por tanto, procedería la aplicación del modelo de acceso considerando que la totalidad de las llamadas corresponde a numeración 905.

- En segundo lugar, que conforme a la última revisión de la OIR aprobada por esta Comisión con fecha 18 de noviembre de 2010 (MTZ 2008/210) se elimina la posibilidad de aplicar este modelo de facturación. Esta circunstancia no afecta a la resolución del presente conflicto, cuyos tráficos son anteriores a la fecha de la citada Resolución.

Por tanto, se concluye que el modelo de terminación no resulta aplicable al presente caso, sino que debe atenderse al modelo de acceso.

Conforme al modelo de acceso y siguiendo lo dispuesto en la OIR, se entiende que el servicio lo presta el asignatario de la numeración a la que se dirige la llamada.

Bajo este modelo, el operador de acceso presta (i) servicio de interconexión de acceso, y (ii) servicio de facturación y gestión de cobro (salvo para los números de cobro revertido automático, gratuitos para el llamante).

Puede darse (como sucede en el presente caso) que exista un operador de acceso y un operador en tránsito distintos cuando no existe interconexión directa entre el operador de acceso y el operador de red inteligente y es el operador de tránsito el que interconecta las redes de ambos.

Bajo este modelo de facturación la cadena de pagos entre los operadores funciona de la siguiente manera:

- A. El operador de acceso pasa al operador de red inteligente la cantidad recibida del abonado llamante, deducido el importe regulado correspondiente a los dos servicios que el operador de acceso presta al operador de red inteligente, esto es, el servicio de interconexión de acceso y el servicio de facturación y gestión de cobro.
- B. Si existe, como en el presente caso, una distinción entre el operador de acceso (Telefónica Móviles) y un operador de tránsito (Telefónica y Quality Telecom) que interconecta con el operador de red inteligente (WPR), el operador de acceso -que es quien fija el precio minorista a cobrar al usuario por las llamadas a servicios de red inteligente- entregará a Telefónica el importe recibido por las llamadas a red inteligente deducido el precio de los servicios de interconexión de acceso y de facturación y gestión de cobro prestados⁷.

Posteriormente, Telefónica pagará al siguiente operador en la cadena de pagos (en este caso Quality Telecom como operador de tránsito) y éste al operador de red inteligente, el importe resultante de deducir de la cantidad pactada con el operador de acceso el importe correspondiente a los servicios de interconexión de tránsito. Así

⁶ Ver Resolución de esta Comisión de fecha 23 de noviembre de 2005 (MTZ 2004/1724), resuelve quinto de la Resolución.

⁷ Este esquema de pagos no se aplica stricto sensu en el presente caso, en la medida en que es el operador internacional quien mantiene la relación contractual con el usuario final y por tanto quien le presta el servicio. Sin embargo, el esquema del pago de servicios no se ve afectado por esta circunstancia.



es, en este modelo de facturación el importe de los servicios de tránsito prestados por Telefónica corre a cargo del operador de red inteligente⁸.

La representación de una situación de tránsito a red inteligente conforme al modelo de acceso en el presente caso supone que Telefónica Móviles actuaría como operador de acceso y Telefónica y Quality Telecom como operadores de tránsito, y sería gráficamente la siguiente:

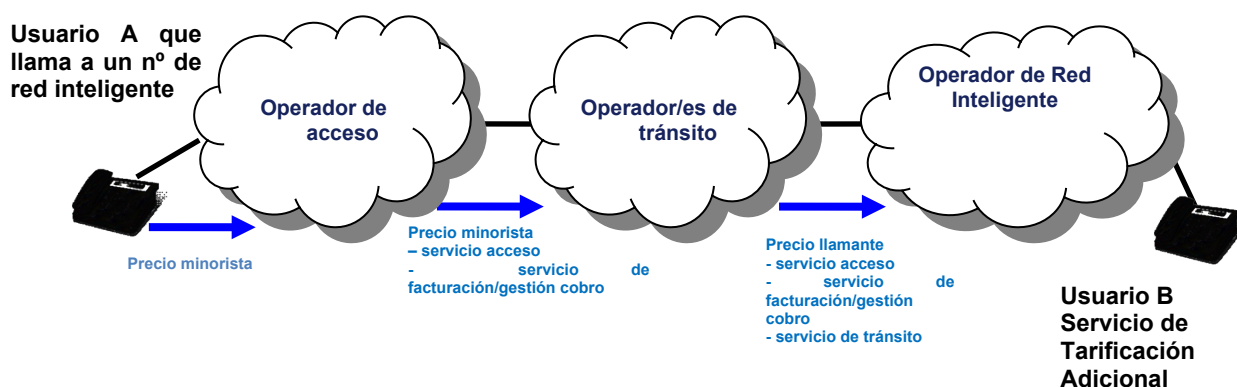


Figura 3: esquema gráfico de las llamadas y pagos aplicables en modelo de acceso para servicios a red inteligente (elaboración propia)

En el presente caso, los tráficos y cantidades objeto de disputa deben considerarse sujetas al **modelo de acceso**, teniendo en cuenta en particular la modificación resultante de la OIR en 2005 en la que se limitaba la aplicación del modelo de terminación a la numeración 901, 902 y 80X. Este modelo se ve reflejado en el AGI concluido entre Quality Telecom y Telefónica con fecha 29 de enero de 2007, sucesivamente modificado mediante addendum con fechas 23 de febrero y 30 de mayo de 2007, y addendum de 1 de junio de 2009, también indica que aplicará el modelo de acceso para aquellos servicios de tránsito a red inteligente prestados por Telefónica originados en una red distinta a la de Telefónica (que en este caso sería la de Telefónica Móviles)⁹.

En lo que se refiere a los **servicios que se abonan**, en el presente caso el operador internacional paga a Telefónica Móviles el precio de itinerancia internacional por el servicio de acceso que presta dicha entidad. Se tratará de llamadas on-net, en el caso de que los servicios se limiten a la red de Telefónica Móviles, u off-net, cuando la llamada transite o termine por otra red distinta de la de Telefónica Móviles, como sucede en el presente caso.

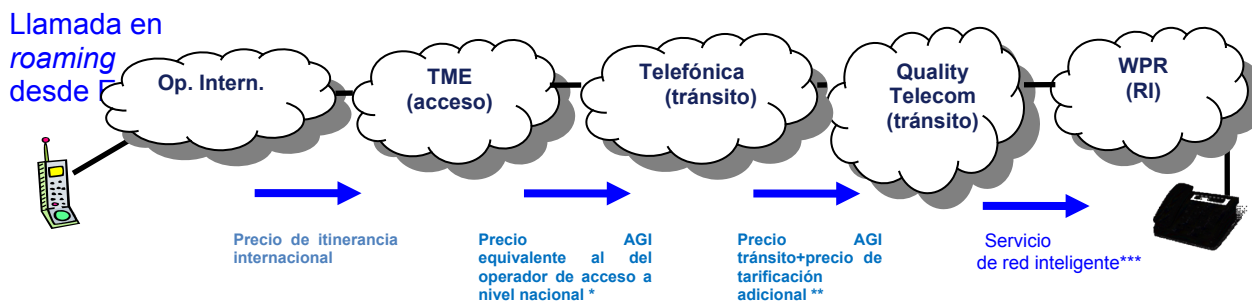
⁸ En este sentido, debe tenerse en cuenta que como consecuencia del último análisis efectuado sobre el mercado de los servicios de tránsito en la red pública de telefonía fija esta Comisión concluyó que ya no constituye un mercado cuyas características justifiquen la imposición de obligaciones específicas y, por tanto, no es susceptible de regulación ex ante. En consonancia con ello, se suprimieron las obligaciones impuestas a Telefónica y a partir del 10 de abril de 2010 se entienden suprimidas las obligaciones impuestas, quedando a partir de entonces las condiciones de prestación del servicio a precios no regulados, con el objeto de garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios.

⁹ No obstante, dicho cambio regulatorio no parece haberse reflejado en el AGI aplicable entre Telefónica y Telefónica Móviles de 25 de noviembre de 1996 y sus sucesivos addenda de los que dispone esta Comisión. Concretamente, el addendum de 30 de septiembre de 2002 prevé que los servicios de tránsito para llamadas destinadas a servicios de red inteligente de otros operadores distintos a Telefónica y originadas en la red de Telefónica Móviles se regirán por el modelo de facturación de terminación.



Telefónica Móviles actúa como operador de acceso y de la cantidad que reciba del operador de roaming abonará al operador de tránsito el importe por dicho servicio pactado en el AGI (según indica Telefónica, no se distingue en función del origen nacional o internacional del tránsito), así como por la retribución de los servicios de red inteligente descontando la correspondiente al servicio de acceso. A su vez, WPR como operador de Red Inteligente percibirá el correspondiente pago por el servicio prestado a través de esa numeración.

Por tanto, conforme al modelo de facturación de acceso, el esquema de pagos en el presente caso opera tal y como se detalla a continuación:



* En concreto, Telefónica Móviles abonará a Telefónica el precio del servicio de tránsito y el servicio de tarificación adicional.

** En concreto, Quality Telecom recibirá de Telefónica el precio del servicio de tránsito y tarificación adicional pactado en el AGI.

*** WPR recibirá de Quality Telecom la parte correspondiente que ambos operadores hayan pactado en relación con el precio del servicio de tarificación adicional.

Figura 4: esquema de pagos aplicable en el presente caso (elaboración propia)

CUARTO.- Condiciones aplicables a las diversas relaciones contractuales en el conflicto planteado por los tráficos presuntamente fraudulentos y su cumplimiento en el presente caso

Se examinan las condiciones contractuales aplicables a los diferentes operadores en relación con los servicios y tráficos objeto de disputa a efectos de examinar, por una parte, la previsión contractual en cada caso, así como, por otro lado, el examen de la conducta de todos los operadores involucrados en el presente conflicto, consistente en la repercusión de los impagos de los usuarios abonados a los operadores extranjeros Cosmote, Wind y France Télécom a Telefónica Móviles y a los demás operadores en la cadena de pagos, y su justificación en el presente caso. Con carácter previo se aborda la cuestión del origen presuntamente fraudulento de las llamadas que originaron los impagos origen de la controversia que se dilucida en el presente procedimiento.

4.1 Origen presuntamente fraudulento de las llamadas

Tal y como se ha explicado con detalle en el anterior Fundamento de Derecho, las llamadas en cuestión se realizan en España a numeración 905 por parte de clientes de los operadores internacionales que encaminan sus llamadas a través del servicio de roaming.

Tanto Telefónica como Telefónica Móviles han confirmado en las respuestas a los requerimientos de información realizados que el motivo de la retención de pagos practicada obedece a la comisión de un presunto fraude, y que los operadores internacionales no han



efectuado ningún pago a Telefónica Móviles por los tráficos presuntamente fraudulentos, ni tampoco Telefónica Móviles ni Telefónica han abonado cantidad alguna a los siguientes operadores en la cadena de pagos.

Respecto a la cuestión del fraude propiamente dicho, según explica Telefónica Móviles *“TME no detecta ningún fraude. Los operadores internacionales (Wind, Cosmote y Orange) se ponen en contacto con TME para indicarle que debido a que se han producido una serie de llamadas que ellos califican de fraudulentas no van a proceder al abono de las cantidades correspondientes. (...) Para conocer qué entienden cada uno de ellos por fraude sería necesario remitirse a los mismos”*. A su escrito, Telefónica Móviles adjunta el intercambio de correspondencia electrónica con los operadores internacionales en la que se ponía de manifiesto el presunto fraude y en algún caso se adjuntaba la denuncia realizada por parte del operador extranjero en relación con la comisión de presuntos fraudes. Sin embargo, la acreditación del fraude queda confirmada por Telefónica Móviles, quien también aporta información de los mensajes HUR enviados a los operadores extranjeros en los casos en los que hubo sospecha de fraude, aunque no se procedió a cortar el servicio por parte de dichos operadores. Por tanto, la propia Telefónica Móviles reconoce que se estaba produciendo un comportamiento fraudulento.

De hecho, así consta en las actas de consolidación entre Telefónica Móviles y Telefónica (02/10, 03/10, 04/10, 05/10, 06/10 y 07/10), que también confirman que ambos operadores asumen que se ha producido una situación de presunto fraude en relación con llamadas realizadas a servicios de red inteligente. A modo de ejemplo, en el acta 02/10 se manifiesta que *“Telefónica Móviles España manifiesta que ha detectado lo que podría ser considerado como prácticas irregulares hacia determinadas numeraciones 80Y (803, 806, 807) en tránsito por Telefónica de España.”* Las actas sucesivas reflejan un contenido similar y en el acta 08/10 se indica que *“los operadores internacionales Cosmote de Grecia, WIND de Italia y Orange de Francia se han dirigido a Telefónica Móviles España para informarle que desde febrero a agosto 2010 se han llevado a cabo prácticas que consideran fraudulentas, afectando a tráficos desde numeraciones de estos operadores en roaming por Telefónica Móviles España hacia determinadas numeraciones 80Y y 905 en tránsito por Telefónica de España. Tan pronto tuvieron conocimiento de estos hechos, los tres operadores internacionales de cara a evitar el daño patrimonial que estas prácticas le están causando, han puesto en conocimiento de Telefónica Móviles España estas circunstancias y han retenido el pago de los importes correspondientes a los servicios mayoristas a los que han dado lugar esos tráficos, y asimismo están realizando las gestiones oportunas para formular las correspondientes denuncias antes las autoridades de su país.”*

También consta, conforme a la documentación remitida por Telefónica, que esta última informó a Quality Telecom con fecha 21 de mayo de 2010 de la existencia de posibles fraudes respecto a numeración 905 de su titularidad originada por Cosmote en Grecia, y también con destino Wind en Italia, en ambos casos identificando, de manera muy genérica y sin detalle de las fechas, la numeración correspondiente.

En definitiva, puede concluirse que tanto Telefónica como Telefónica Móviles califican como fraudulentas las llamadas realizadas por los usuarios de los operadores extranjeros que son el origen del presente conflicto, y en este sentido se manifiestan ambos operadores en los escritos de alegaciones al Informe de los Servicios. Por tanto, sobre la base de toda la documentación obrante en el expediente, la alegación de Telefónica Móviles en el escrito de alegaciones al Informe de los Servicios en el sentido de que *“este tema debe tratarse como un supuesto de impago”* no puede aceptarse. La relevancia de esta cuestión, como se verá



en los siguientes apartados, reside en considerar la aplicación de las cláusulas específicamente previstas en los contratos para los supuestos de fraudes, que no son las relativas a la previsión de impagos en los respectivos acuerdos.

Por su parte, Quality Telecom en el escrito en el que planteó el conflicto señala que el presunto fraude no tiene por qué afectar a la aplicación de los términos del AGI concluido entre Quality Telecom y Telefónica.

4.2 Condiciones contractuales aplicables entre los diferentes operadores

En el presente caso se examinará el comportamiento de los operadores implicados en atención a la diligencia mostrada en el cumplimiento de sus obligaciones, concretamente, en el ámbito del negocio específico en el que cada operador se desenvuelve. Conforme a las relaciones descritas en el anterior Fundamento de Derecho, el incumplimiento de una de las obligaciones esenciales puede llevar aparejada una cadena de incumplimientos sucesivos que sólo deben afectar a los sujetos de las relaciones jurídicas principales o básicas efectivamente incumplidas y no a los intervinientes que actúen como meros intermediarios en estas relaciones¹⁰.

En este sentido, resulta relevante tener en cuenta que Telefónica y Quality Telecom, operadores de tránsito, se sitúan en una posición de intermediarios en relación con el operador de red inteligente, WPR. Su figura resulta asimilable a la de un mandatario conforme a lo previsto en el artículo 1718 del Código civil, quedando obligados al cumplimiento de sus obligaciones como mandatarios y respondiendo de los daños y perjuicios que, de no ejecutarlo, se le ocasionen al mandante, estando igualmente obligados a dar cuenta de sus operaciones al mandante (artículo 1720 del Código civil). Ello requiere un comportamiento diligente de cara al mandante, tal y como reiteradamente ha establecido esta Comisión en diversas resoluciones¹¹.

4.2.1. Condiciones entre Telefónica Móviles y los operadores de roaming

Los operadores extranjeros afectados por el presunto fraude que originó el presente conflicto mantienen una relación contractual con Telefónica Móviles que incluye la prestación de servicios de voz y sms, lo que permite al cliente del operador extranjero realizar o recibir llamadas fuera del Estado en el que se encuentra la red origen de este cliente.

Respecto a posibles casos de fraude, la previsión contractual aplicable al efecto indica que las partes seguirán los procedimientos acordados en el ámbito de la Asociación GSM (ver apartado 12 del Anexo AA.12 y Anexo C.7 de los acuerdos firmados con los operadores Cosmote, Wind y France Télécom).

En ejecución de esta previsión y tal y como explica Telefónica Móviles en su escrito de contestación al requerimiento formulado por esta Comisión, los mecanismos relativos al procedimiento de prevención de fraude son esencialmente dos.

Conforme al primero, denominado High Usage Report (HUR), cuando el operador de acceso (en este caso Telefónica Móviles)¹² detecta un tráfico anómalo en el comportamiento

¹⁰ Ver, en análogo sentido, la Resolución de esta Comisión de fecha 7 de febrero de 2007 (RO 2006/1365).

¹¹ Ver, entre otras, resolución de esta Comisión de fecha 27 de enero de 2005 (RO 2004/914).



habitual de un roamer o cliente del operador internacional¹³, genera la remisión de un informe en el que, con una periodicidad diaria, se remite por fax o correo electrónico con todas las IMSIs (International Mobile Subscriber Identity) que generan un gasto por encima de un determinado umbral. Dicho umbral lo fija el operador internacional para el consumo que se puede realizar en 24 horas para cada uno de los servicios (voz, datos o sms) y que el operador de acceso móvil (en este caso Telefónica Móviles) carga en su sistema. El informe HUR se debe remitir 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 y dará de baja las suscripciones de cualquier cliente sospechoso.

El segundo mecanismo de detección y comunicación de fraude es el denominado NRTRDE (Near Real Time Roaming Data Exchange), que supone la remisión por Telefónica Móviles, como operador anfitrión, de información al operador extranjero cuando existe una sospecha de fraude o tráfico anómalo. Estos registros se envían en un plazo de cuatro horas desde que se detecta el tráfico anómalo, de manera que como confirma la propia Telefónica Móviles la reducción de plazos respecto al sistema HUR permite detectar más rápidamente la comisión de posibles fraudes y actuar al efecto.

En relación con los dos procedimientos contractualmente previstos¹⁴, debe indicarse que la Asociación GSM recomendó a los operadores móviles con fecha 30 de agosto de 2008 que utilizaran el sistema denominado NRTRDE para el intercambio de registros para minimizar las posibilidades de que se produjera un fraude en la prestación de servicios de roaming. Sin embargo, según indica Telefónica Móviles, algunos operadores no consideran necesario aplicar la herramienta NRTRDE por el tráfico que tienen, y se ha mantenido el sistema de información HUR, y algunos operadores disponen de ambos sistemas funcionando en paralelo.

El sistema de remisión de informes HUR y NRTRDE descrito resulta lógico si se tiene en cuenta que el operador extranjero recibe información sobre los tráficos de Telefónica Móviles. Es este último quien puede controlar el tráfico de manera continua, a diferencia del operador extranjero, que recibe la información de tráfico de Telefónica Móviles con posterioridad.

En definitiva, es Telefónica Móviles quien puede controlar el tráfico de manera continua y en tiempo real, a diferencia del operador extranjero, que sólo puede tener conocimiento del tráfico generado por sus clientes una vez recibe la información sobre el mismo del operador de acceso móvil.

Adicionalmente, según resulta del Anexo C7 de los acuerdos de roaming, el operador de acceso se compromete a analizar las llamadas de los usuarios de roaming todos los días laborables junto con el detalle de la información que debe remitirse para cada usuario que se encuentre bajo sospecha de fraude. Entre dicha información se incluye el IMSI del cliente, el número total de llamadas y su duración, el cargo total, el día de la última y primera llamada, si el periodo de observación no se refiere a un día concreto, así como cualquier otra información adicional de la que se disponga.

¹² Denominado Visited Public Land Mobile Network (VPLMN).

¹³ Denominado Home Public Land Mobile Network.

¹⁴ Aunque únicamente está expresamente previsto en el contrato con Orange, Telefónica Móviles lo considera aplicable a los tres operadores extranjeros afectados por el presunto fraude, lo que es lógico si se considera que la cláusula C.7 de los acuerdos se remite a los procedimientos que adopte la Asociación GSM.



Por otro lado, la cláusula 13 del Anexo AA.12 de los acuerdos de roaming indica que ninguna de las partes será responsable por la pérdida que pueda sufrir la otra de cualquier naturaleza, incluido el supuesto pero no limitado al de pérdida de beneficios o del negocio¹⁵. Se exceptúa la situación en la que una de las partes haya cometido una negligencia y ello cause un daño o pérdida a la otra parte, si bien la responsabilidad se limita cuantitativamente por cada incidente que se produzca.

En el presente caso, Telefónica Móviles alegó en su escrito de 18 de febrero de 2011 lo siguiente respecto a sus obligaciones con los operadores internacionales:

“1. Desde el punto de vista de prevención del fraude la única obligación que tiene la red VPMN (en este caso TM) es la de enviar el HUR o NRTRDE en tiempo y forma (Procedimientos Estándar de la GSMA y que TM ha cumplido).

2. Si el operador internacional, tras recibir lo anterior, no procede a cortar los IMSIs que considere sospechosos de fraude, debe asumir todas las llamadas realizadas por sus clientes (Procedimiento Estándar del GSMA).

3. En este caso concreto se enviaron por TM los mensajes HUR y NRTRDEs en todos los casos en donde hubo sospechas de fraude. El HPMN no solo no cortó, sino que tampoco ha procedido al abono de los importes de estas llamadas por lo que se rompe la “cadena de pagos” del operador internacional a TM, de TM a Telefónica de España y de ésta a Quality”.

Telefónica Móviles también indicó en su escrito de 18 de febrero de 2011 que *“en el ámbito internacional entre grupos europeos está contemplado como práctica habitual entre los operadores el que en los supuestos de fraude los operadores lo notifiquen, reteniendo las cantidades que se encuentren afectadas”.*

Respecto al cumplimiento de sus obligaciones de remitir informes HUR, Telefónica Móviles ha aportado en el escrito de alegaciones al Informe de los Servicios dichos informes HUR enviados a los operadores Wind, Cosmote y Orange, que parecen coincidir con las fechas en las que se detectó el presunto fraude para cada uno de estos operadores.

Igualmente, parece desprenderse (aunque Telefónica Móviles no lo indica expresamente) que el sistema que utiliza este operador con los operadores extranjeros involucrados en el presente caso es el HUR (cuyos ficheros son los únicos que adjunta a su escrito aunque indica que se utiliza el sistema NRTRDE en paralelo), lo que supone que se remite información cuando se sobrepasa un determinado umbral de llamadas. Telefónica Móviles aporta información acerca de los umbrales aplicables para que se inicie el procedimiento de información HUR, pero se trata de operadores de países que ninguna relación guardan con el presente conflicto (se trata de Sudán, Albania y Luxemburgo).

Una vez examinadas las previsiones contractuales descritas y las alegaciones de Telefónica Móviles, se realizan las siguientes observaciones en el presente caso:

- (i) Telefónica Móviles como operador de acceso estaba obligada a informar a los operadores extranjeros acerca de los presuntos fraudes. En este sentido, tal y como se ha indicado, Telefónica Móviles ha acreditado la remisión de informes HUR.



Sin embargo, contrariamente a lo que alega Telefónica Móviles, el contrato de roaming supone asumir un análisis de la información que se remite, obligación claramente establecida en el clausulado (mediante el término “analizará”, literalmente “shall analyse”). Además resulta lógico realizar dicho análisis si se tiene en cuenta el funcionamiento de los informes HUR que remite la propia Telefónica Móviles, y que únicamente se generan a partir de un determinado volumen de llamadas.

La alegada imposibilidad de realizar un análisis del tráfico dado el significativo número de operadores (alrededor de 500) con los que se tienen acuerdos, queda en entredicho teniendo en cuenta que, como reconoce la propia Telefónica Móviles, dicho operador cuenta con un equipo de seis personas disponibles durante todo el año en turnos de veinticuatro horas que realizan un seguimiento de la información recibida de los operadores extranjeros respecto a sus propios clientes (curiosamente, no se indica que dicho personal examine el supuesto inverso, es decir, los informes HUR que Telefónica Móviles remite a sus contrapartes extranjeras).

- (ii) Según resulta de la información remitida por Telefónica Móviles y Quality Telecom (que la recibió de Telefónica), existe un patrón de conducta que permitía a Telefónica Móviles considerar la presencia de tráfico anómalo, ya que se producían numerosas llamadas a los mismos números por parte de los mismos números llamantes y todas ellas con un breve espacio de tiempo. A título de ejemplo y a mayor abundamiento del reconocimiento de tráficos anómalos por la propia Telefónica Móviles, cabe citar, entre otros, el número de llamadas efectuadas (más de 30) con fecha 7 de abril de 2010 desde el número [CONFIDENCIAL] perteneciente al operador griego Cosmote, al número [CONFIDENCIAL], de manera casi sucesiva en el tiempo, con una duración media aproximada de 60 segundos cada una. Lo mismo sucede para el mismo operador con fechas 10 y 11 de marzo de 2010¹⁶ o 4 de mayo¹⁷. Respecto al operador Wind en Italia, se pueden establecer conclusiones similares respecto a la anomalía de los tráficos en cuestión¹⁸. También las llamadas de abonados de la red de France Télécom en Francia confirman lo anómalo de los tráficos. De un total de 139 llamadas registradas en el periodo comprendido entre marzo y julio de 2010, 35 fueron realizadas al número [CONFIDENCIAL] en fechas que abarcan desde el 23 de mayo al 11 de julio de 2010. La mayoría de dichas llamadas se realizó desde el mismo número de origen y siempre con una duración media inferior a un minuto¹⁹.

La circunstancia del patrón anómalo de las llamadas se ve confirmada por documentación adicional obrante en el expediente. En sendos correos remitidos

¹⁶ En esa fecha, se producen 28 llamadas desde el número [CONFIDENCIAL] al número [CONFIDENCIAL], así como un total de 13 llamadas desde el número [CONFIDENCIAL] y 22 llamadas desde el número [CONFIDENCIAL].

¹⁷ Se producen más de 15 llamadas desde el número [CONFIDENCIAL] al número [CONFIDENCIAL].

¹⁸ En este sentido, el 7 de abril de 2010 se produjeron 243 llamadas desde el número [CONFIDENCIAL] al número [CONFIDENCIAL] y en la misma fecha se produjeron 141 llamadas desde el número 393202453797 al número [CONFIDENCIAL], todas ellas de muy breve duración. Siguiendo la misma pauta, con fecha 5 de mayo el número [CONFIDENCIAL] realizó un total de 449 llamadas al número [CONFIDENCIAL], todas ellas de corta duración. Con carácter más general, el número [CONFIDENCIAL] registró en un solo día (el 17 de julio de 2010) un total de 6.800 llamadas.

¹⁹ De manera similar, se registró un total de 73 llamadas al número [CONFIDENCIAL] entre el 8 de junio de 2010 y el 8 de julio de 2010. Todas las llamadas siguen un mismo patrón, se realizan con una duración media inferior al minuto y se realizan con carácter consecutivo.



por Telefónica a Quality Telecom de 21 mayo de 2010 y 28 de julio de 2010 se alertaba, aunque genéricamente, de la presencia de tráficos anómalos con origen Grecia e Italia respectivamente.

- (iii) Por otro lado, Telefónica Móviles precisamente indica que *“no tiene ninguna capacidad para resolver la situación planteada por lo que no debe asumir el perjuicio económico causado”*. En efecto, Telefónica Móviles no tenía por qué asumir las consecuencias económicas causadas por los presuntos fraudes de los usuarios finales de los operadores extranjeros, salvo que hubiera cometido una negligencia, porque así lo había pactado en sus acuerdos de roaming. Por ello resulta paradójico que Telefónica Móviles, que se refiere al escrupuloso cumplimiento de sus obligaciones contractuales con los operadores extranjeros (y de hecho así lo acredita mediante la remisión de informes HUR), no les haya reclamado el pago de las cantidades retenidas como consecuencia del presunto fraude (aunque realiza una alegación en tal sentido, tal afirmación no se acredita tras un examen de la documentación aportada a lo largo del expediente).

De lo anterior, resulta que Telefónica Móviles no actuó con la diligencia debida conforme a las obligaciones que le incumbían en el marco de los acuerdos de roaming. Como operador de acceso y teniendo a su disposición los datos sobre los tráficos anómalos y una obligación contractual de información de cara a los operadores extranjeros y a pesar de que cumplió con su obligación de remitir los informes HUR a los operadores extranjeros, no analizó dicha información, en la que se daba cuenta de la anomalía de los tráficos a pesar de que contractualmente estaba obligado a realizar un mínimo control de los tráficos en cuestión y de que, tal y como indica la propia Telefónica Móviles, dispone de un equipo humano que procede a gestionar los HUR que recibe de los operadores asociados en roaming. Esta circunstancia implicó que no se remitiera información alguna al siguiente operador en la cadena de tráfico y a la que contractualmente estaba obligado de cara a Telefónica, como luego veremos, lo que sin duda habría contribuido a la detección y finalización del fraude.

La falta de diligencia en el presente caso, además de la cuestión del análisis de la información, resulta de no justificar a qué obedece que Telefónica Móviles aceptara que los operadores extranjeros le repercutieran los impagos generados por el presunto fraude si, como indica en su último escrito, es el operador internacional quien debe asumir las consecuencias económicas del presunto fraude. Esta asunción de hecho se encuentra en el contrato de roaming, que prevé precisamente que Telefónica Móviles no tendría por qué hacerse cargo de las consecuencias económicas de tal fraude.

En concreto, dicha falta de diligencia de Telefónica Móviles estriba en que no se opuso a la repercusión realizada por los operadores extranjeros, contrariamente a lo previsto en los contratos de roaming y una vez que ha quedado acreditado que Telefónica Móviles cumplió con su obligación de remitir los informes HUR a los operadores extranjeros. Esta conducta de Telefónica Móviles de cara a los operadores extranjeros constituye una actuación poco diligente en la gestión de los impagos por fraude traspasados por los operadores internacionales, que no tendría por qué afectar a los demás operadores de la cadena de pagos, salvo que así esté previsto en los contratos al efecto, aspecto que se examina en los siguientes apartados.

En el siguiente apartado se examina la conducta de Telefónica y Telefónica Móviles en el marco de su relación contractual.



4.2.2 Condiciones entre Telefónica y Telefónica Móviles

El AGI concluido entre Telefónica y Telefónica Móviles de 25 de noviembre de 1996 incluye una cláusula 6 relativa a los mecanismos de prevención de fraudes. Su contenido recoge un principio de colaboración entre las partes (*“las partes se comprometen a realizar sus mejores esfuerzos para definir procedimientos de prevención de posibles fraudes”* (...)), y el intercambio de información entre ambas (*“para facilitar la prevención del fraude, las partes se intercambiarán las informaciones oportunas. Cuando se detecte un caso de fraude, ambos operadores cooperarán para comprobar, controlar y resolverlo en el plazo más breve posible”*), puntualizando que *“en cualquier caso, las consecuencias económicas de un posible fraude de los usuarios de una red no son trasladables a la otra, salvo incumplimiento de las obligaciones que las partes asumen”*.

El papel de Telefónica Móviles como operador de acceso implica, según resulta de la cláusula 3.4 del AGI²⁰, que *“el operador que presta el acceso a los Servicios de Red Inteligente del Operador Destino, TME, es el responsable del servicio frente al usuario llamante. Telefónica de España no será responsable frente a ningún usuario final, ni frente a TME del servicio de Red Inteligente prestado. Este punto se aplicará especialmente en las llamadas a los servicios de línea premier en todos sus niveles. Asimismo, el Operador Destino es el responsable de terminar estas llamadas en su red.*

Telefónica de España sólo podrá acabar las llamadas que Operador Destino sean capaz de completar y no asume otra responsabilidad que el tránsito de las mismas por su red. Las posibles reclamaciones de Operador Destino por incidencias en el acceso de este tipo de tráfico se dirigirán directamente a TME.

No será responsabilidad de Telefónica de España sino del Operador Destino el comunicar a TME las numeraciones asignadas a los Servicios de Red Inteligente del Operador Destino así como de sus niveles.”

Por tanto, es Telefónica Móviles quien debe encargarse de la gestión de incidencias en el acceso de este tipo de tráfico. Igualmente, las reclamaciones dirigidas al operador destino por incidencia en el acceso de este tipo de tráfico serán dirigidas a Telefónica Móviles.

Tal y como resulta de las actas de consolidación entre Telefónica y Telefónica Móviles, los tráficos anómalos comenzaron a detectarse en febrero de 2010 y así consta en el acta 02/10 de ambos operadores. Sin embargo, no fue hasta finales de septiembre de 2010 cuando en el acta de consolidación para el tráfico de julio se procedió a realizar una retención de los abonos que corresponderían a los servicios correspondientes a dichos tráficos anómalos para los operadores Cosmote, Wind y France Télécom implicados en los presuntos fraudes repercutidos a Quality Telecom (ver actas 08/10 de Telefónica y Telefónica Móviles por un lado y de Telefónica y Quality Telecom por otro).

En cuanto a las alegaciones de los operadores, Telefónica Móviles hace referencia en su escrito de 12 de enero de 2011 a que *“los efectos de esta actuación considerada fraudulenta se sustancian para TM en el impago por parte de los operadores internacionales”*, y adjunta copia de las comunicaciones que remitieron en septiembre de 2010 los operadores extranjeros informando de la situación a Telefónica Móviles.

²⁰ Modificación de 10 de septiembre de 2002 aplicable a los servicios de tránsito entre Telefónica de España y Telefónica Móviles España (modalidades analógica y GSM).



Por su parte Telefónica indica que no valora la existencia del fraude, recuerda la aplicación del artículo 6.7 de la OIR que refleja el papel de Telefónica como mero intermediario en tanto que prestador de servicios de tránsito a red inteligente, e indica que *“debido a la cadena de impagos que los tráficos anómalos que habían sido detectados por los operadores de acceso y comunicados por estos, Telefónica de España procedió a informar a Quality Telecom en el mes de mayo y posteriormente en julio del comportamiento anómalo de estos tráficos y la posible repercusión posterior de impagos”*. Según Telefónica, una vez que los operadores extranjeros comunicaron la retención de pagos afectados por tráfico presuntamente fraudulento, *“Telefónica de España no puede hacer frente a los pagos correspondientes a los operadores de origen”*. A efectos de indicar el momento en el que fue informada por Telefónica Móviles de los detalles del impago, Telefónica se refiere al acta de consolidación 8/10 de ambos operadores.

Una vez examinado el contenido contractual y las alegaciones de Telefónica y Telefónica Móviles, procede realizar las siguientes apreciaciones:

- (i) Tal y como se ha indicado al inicio de este Fundamento de Derecho, en el presente caso Telefónica y Telefónica Móviles han partido en todo momento de la premisa de considerar que la retención de los pagos realizada en relación con los tráficos objeto del presente conflicto se debía al origen fraudulento de las llamadas, por lo que las previsiones contractuales aplicables a las llamadas fraudulentas son las relevantes a efectos del presente conflicto (y no las relativas a impagos como se ha indicado al inicio del presente apartado 4.1).
- (ii) Telefónica Móviles disponía de la información relativa a los tráficos de las llamadas presuntamente fraudulentas desde el momento en el que éstas se produjeron, y pudo advertir su carácter anómalo, particularmente teniendo en cuenta que remitió a los operadores extranjeros los informes HUR con base en la anomalía de los tráficos que podían responder a un patrón de fraude (al que ya se ha hecho referencia en el apartado 4.2.1 anterior). Sin embargo, no consta que Telefónica Móviles cumpliera con su obligación contractual y remitiera información detallada a Telefónica en relación con las llamadas para limitar el impacto económico del presunto fraude. A tal efecto, la alegación de Telefónica Móviles de que recibió los IMSIs fraudulentos de los operadores internacionales no justifica su actuación, porque fue precisamente Telefónica Móviles quien en el momento inicial de remisión de los informes HUR mandó a los operadores extranjeros la identificación de los IMSIs como parte de los detalles del tráfico presuntamente fraudulento.

Por tanto, la actuación de Telefónica Móviles de cara a Telefónica fue poco diligente, ya que si la primera hubiera dado a la segunda los detalles del tráfico presuntamente fraudulento, de los que disponía sin esperar a que los operadores extranjeros realizaran un análisis de los impagos que dichos tráficos generarían y a lo que por otro lado estaba contractualmente obligada conforme al AGI vigente entre ambas, el impacto económico del presunto fraude podría haber sido menos significativo²¹.

²¹ Se observa que algunos de los números desde los que se realizaban llamadas o a los que se realizaban llamadas corresponden a meses diferentes, por lo que una detección a tiempo hubiera impedido continuar cometiendo el presunto fraude.



- (iii) Por otro lado y además de lo anterior, según la previsión de la cláusula 6 del AGI y teniendo en cuenta que en el presente caso no consta que Telefónica Móviles alegara o acreditara frente a Telefónica que esta última había incumplido su AGI, las consecuencias económicas del presunto fraude no le correspondían a Telefónica.

Como se ha indicado anteriormente, teóricamente serían los operadores extranjeros quienes conforme a los contratos de roaming deberían haberse hecho cargo de las consecuencias de dichos fraudes, si bien Telefónica Móviles aceptó (de manera injustificada conforme a lo previsto en los acuerdos de roaming, tal y como se ha detallado en el anterior apartado 4.2.1) que los operadores extranjeros le repercutieran las consecuencias económicas de los fraudes.

En definitiva, la propia falta de diligencia de Telefónica Móviles al aceptar esta repercusión de los operadores extranjeros no puede habilitar a Telefónica Móviles para repercutir a su vez la retención de pagos a Telefónica por los presuntos fraudes como siguiente operador en la cadena de pagos, particularmente cuando el contrato entre ambas entidades prevé que sea Telefónica Móviles la que tiene que asumir las consecuencias económicas de los presuntos fraudes que se cometan por los usuarios de su red.

- (iv) Telefónica Móviles y Telefónica acordaron, según consta en el acta 02/10, que una vez realizado el estudio de los tráficos anómalos por los operadores internacionales, Telefónica Móviles pudiera realizar una posible regularización entre ambas en relación con posibles impagos en futuras consolidaciones, lo que se hizo para los operadores Cosmote, Wind y France Télécom en el acta 8/10 de consolidación Telefónica/Telefónica Móviles de 21 de septiembre.

Con dicho acuerdo tanto Telefónica como Telefónica Móviles incumplían los términos del AGI previamente acordado en un supuesto de fraude, en cuyo caso el operador que lo sufre (o que acepta hacerlo como consecuencia del traspaso a Telefónica Móviles de sus consecuencias por parte de los operadores extranjeros) no puede traspasar las consecuencias económicas del mismo, salvo que acredite la negligencia del otro.

La circunstancia de que Telefónica aceptara la repercusión de los impagos tal y como refleja el acta de consolidación 02/10 con Telefónica Móviles se examinará en el contexto del doble papel que representa Telefónica, que además del tránsito desde la red de Telefónica Móviles tiene un acuerdo con Quality Telecom. Respecto a este último, su condición es la de un intermediario asimilable a un mandatario conforme a lo previsto en los artículos 1710 y siguientes del Código civil, por lo que se examinarán las obligaciones de Telefónica de cara a Quality Telecom en el siguiente apartado.

- (v) Por otro lado, no consta que Telefónica, que tuvo conocimiento de la existencia de tráficos anómalos desde febrero de 2010 en relación con operadores extranjeros (tal y como refleja el acta de consolidación 02/10 con Telefónica Móviles), solicitara información alguna, como así estaba previsto en la cláusula 6 del AGI vigente entre ambos operadores, en relación con los tráficos presuntamente fraudulentos.



En definitiva, se constata que Telefónica Móviles no actuó de manera diligente de cara a Telefónica, ya que no consta que analizara la información de los tráficos potencialmente fraudulentos (a pesar de haber informado a los operadores extranjeros de los mismos mediante los ficheros HUR) o que remitiera información detallada a Telefónica a pesar de que disponía de los tráficos como operador de acceso, y se limitó a esperar que transcurrieran varios meses desde el inicio de los presuntos fraudes y fueran los operadores internacionales quienes remitieran la información de los impagos para a su vez retransmitirla a Telefónica.

Por otro lado, Telefónica Móviles no estaba amparada contractualmente para realizar la repercusión de las consecuencias del presunto fraude a Telefónica (menos aún teniendo en cuenta lo alegado en su último escrito en el sentido de que deben ser los operadores internacionales quienes deben hacerse cargo de las consecuencias económicas del presunto fraude), porque en ningún momento alega negligencia de este último operador.

Tampoco consta que Telefónica, que conocía la existencia de los presuntos fraudes, solicitara información alguna a Telefónica Móviles, a pesar de que en el AGI aplicable para ambas así estaba previsto y que consta al menos que desde marzo de 2010, momento de la firma del acta 02/10, Telefónica estaba al corriente de la existencia de presuntos fraudes por roaming en España por tráficos originados en la red de Telefónica Móviles. Sin embargo debe tenerse en cuenta que a diferencia de este último, Telefónica no disponía de la información en cuestión, sino que dependía de que Telefónica Móviles la remitiera.

En definitiva, cabe imputar a Telefónica Móviles una falta de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de cara a Telefónica, circunstancia que supuso que ambos operadores acordaran la repercusión económica del presunto fraude al siguiente operador en la cadena de pagos. Por ello, debe examinarse en el contexto del AGI entre Telefónica y Quality Telecom dada la posición de mandatario de Telefónica, a efectos de verificar si resulta ajustado a Derecho que Telefónica procediera a realizar la repercusión de los impagos.

En el siguiente apartado se examina la conducta de Telefónica y Quality Telecom en el marco de su AGI.

4.2.3 Condiciones contractuales aplicables entre Telefónica y Quality Telecom

Con respecto a la posible comisión de fraudes, la previsión contractual aplicable entre Telefónica y Quality Telecom es similar a la contenida en los acuerdos ya examinados. La cláusula 8 del AGI (fraude y morosidad) implica que (i) las partes se comprometen a realizar sus mejores esfuerzos para definir procedimientos de prevención de posibles fraudes; (ii) las partes acuerdan realizar sus mejores esfuerzos para impedir las prácticas de terceros que, obviando los requisitos legales, se instrumenten con configuraciones que constituyan en sí mismas Puntos de Interconexión; (iii) las consecuencias económicas de un posible fraude por los usuarios de la red de una parte no son trasladables a la otra parte, salvo por incumplimiento de las obligaciones que las partes asuman; (iv) para facilitar la prevención del fraude o morosidad, las partes se intercambiarán las informaciones oportunas permitidas por la legislación vigente que se acuerden; (v) cuando se detecte un caso de fraude o morosidad, ambas partes cooperarán, para comprobarlo, controlarlo y resolverlo en el plazo más breve posible.

Por otro lado, el AGI dispone un procedimiento de solución de las controversias que surjan en torno a la aplicación del acuerdo, que se plasma en la cláusula 9, que dispone que “*en*



caso de discrepancia entre las partes sobre la interpretación, modificación o ejecución del Acuerdo, las mismas se comprometen a emplear sus mejores esfuerzos para su resolución, evitando en la medida de lo posible, recurrir a litigios y pudiendo constituir al efecto un Comité de Resolución de Discrepancias, cuya actuación en ningún momento se considerará como arbitraje. (...) En todo caso, las partes podrán acudir directamente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para la resolución de la controversia, sin necesidad de someterse al procedimiento previsto en esta Cláusula”.

El papel de Telefónica en el acuerdo de interconexión es el de operador de servicios de tránsito a números de red inteligente según el modelo de acceso, y la cláusula 7 del addendum del AGI aplicable a servicios de tránsito para llamadas a números de red inteligente implica que *“Telefónica de España en la prestación de servicios de tránsito a números de Red Inteligente es un mero intermediario tanto de la transmisión de información del operador de acceso al operador de red inteligente como en el traspaso de pagos e impagos”.*

Telefónica alega frente a Quality Telecom la existencia de un fraude, e indica en la respuesta al requerimiento de información que *“debido a la cadena de impagos que los tráficos anómalos que habían sido detectados por los operadores de acceso y comunicados por estos, Telefónica de España procedió a informar a Quality Telecom en el mes de mayo y posteriormente en julio del comportamiento anómalo de estos tráficos y la posible repercusión posterior de impagos”.* Como justificación del impago, Telefónica considera que *“resulta evidente el absurdo que se produciría de proceder Telefónica de España al abono a los operadores de cantidades que no ha cobrado cuando el servicio que presta no es más que de mero intermediario o transitador”.* Telefónica indica que *“hasta el mes de septiembre los operadores de acceso no han remitido a Telefónica Móviles los detalles de las llamadas afectadas”.*

Quality Telecom expone en el escrito de interposición del conflicto que Telefónica ha incumplido las condiciones pactadas en el AGI, considerando que *“Quality no puede verse afectada en la aplicación de su AGI con Telefónica por los problemas que Movistar pueda tener con operadores de otros países cuyos clientes hagan roaming en la red de Movistar. (...) Nos resulta del todo incomprensible que Movistar pueda adeudar a Telefónica, a fecha de agosto de 2010, unos tráficos de interconexión de seis meses antes, y nos resulta algo incoherente que puedan retener unos pagos cuyos importes concretos se desconocen. Y en todo caso, la contestación de Telefónica no justifica por qué han incumplido unilateralmente todas las disposiciones del AGI previstas para los casos de discrepancias entre las partes, por qué se nos ha negado la información de que disponían durante semanas pese a nuestros reiterados requerimientos, ni por qué Telefónica ha roto con los procedimientos aplicables a la consolidación del tráfico de interconexión, de manera unilateral”.*

Expuesto el marco contractual y las alegaciones de las partes, se realizan las siguientes consideraciones:

- (i) Existe una previsión contractual específica en materia de fraudes, que es diversa a la de impagos.

En el presente caso, como ya se ha indicado, Telefónica siempre ha considerado que las retenciones tenían su origen en un fraude cometido por los usuarios de los operadores extranjeros. Sin embargo, Telefónica procedió a realizar la repercusión



de los impagos correspondientes a los presuntos fraudes sin aplicar las previsiones al efecto, como se detalla en los siguientes apartados.

- (ii) Según resulta de las condiciones contractuales del AGI en materia de fraudes, Telefónica no estaba contractualmente amparada para proceder a la repercusión unilateral de los impagos que hizo en septiembre de 2010 contra la voluntad de Quality Telecom, ya que las consecuencias económicas de la comisión de un fraude en la red de Telefónica las tenía que asumir dicha entidad, a salvo de probar (lo que no ha hecho ni tampoco alegado) que Quality Telecom había incurrido en una negligencia.
- (iii) Por otro lado, Telefónica, tal y como resulta del propio AGI y de las alegaciones que ella misma realiza, figura como intermediario en su condición de prestador de servicios de tránsito. Ya se indicó al inicio del presente Fundamento de Derecho que Telefónica debe actuar con la debida diligencia como intermediario y, concretamente, como mandatario. Conforme a lo establecido en el Código civil y concretamente en el artículo 1718 del mismo, debe responder por los daños y perjuicios que ocasione su falta de diligencia al siguiente operador en la cadena de pagos y en última instancia del operador de red inteligente.

En el presente caso, Telefónica no actuó con la debida diligencia, y ello por la aceptación que hizo según consta en el acta de consolidación con Telefónica Móviles 02/10, con el objeto de que, estudiados los tráficos por los presuntos fraudes de los operadores extranjeros se aceptaría una posible repercusión en un momento posterior.

En su condición de intermediario, a falta de datos que confirmasen la responsabilidad de Quality Telecom en la comisión del presunto fraude, Telefónica debería haber solicitado, antes de dar su consentimiento a Telefónica Móviles, el parecer de Quality Telecom respecto a la repercusión, por las consecuencias negativas que dicha decisión tenía para Quality Telecom desde el punto de vista patrimonial, y en última instancia para el operador de red inteligente. Y ello tanto más cuando en el momento de aceptar la posible repercusión Telefónica no contaba con información alguna relativa a los presuntos tráficos en cuestión.

- (iv) Tampoco consta que Telefónica solicitara información a Telefónica Móviles en el marco del AGI vigente entre ambos operadores en relación con el presunto fraude, como procedía conforme a dicho acuerdo. Telefónica Móviles disponía de dicha información como operador de acceso.

La información detallada la recibió Quality Telecom de Telefónica con fecha 21 de septiembre de 2010 por correo electrónico (así lo confirman también las actas de consolidación entre ambos operadores aportadas por Quality Telecom correspondientes a los meses de enero a junio de 2010 en las que ninguna indicación respecto a los presuntos fraudes se incluye).

Con carácter previo a esa fecha, y según la información obrante en el expediente, Telefónica contaba con algún detalle sobre los presuntos fraudes, porque puso en conocimiento de Quality Telecom en mayo de 2010, aunque de manera genérica, la posibilidad de que se estuviesen cometiendo fraudes en su numeración. En este sentido, Telefónica podría haber incurrido en una falta de diligencia al no haber



transmitido toda la información que podría haberle facilitado Telefónica Móviles, y por otro lado tampoco consta que Telefónica solicitara información a Telefónica Móviles sobre las llamadas en cuestión. De haberla solicitado y transmitido a Quality Telecom, como era por otro lado su obligación contractual en materia de fraudes conforme a su propio AGI con Quality Telecom, podría haberse limitado la comisión del fraude en cuestión. Sin embargo, tal y como se ha indicado anteriormente, Telefónica dependía de Telefónica Móviles en relación con la recepción de información completa sobre las llamadas.

- (v) Asimismo, la repercusión, o más bien, el desacuerdo entre Quality Telecom y Telefónica respecto a la repercusión de los impagos resultantes del presunto fraude implicó igualmente que Quality Telecom se negara a firmar las actas de consolidación de los meses de julio y agosto de 2010, lo que por otro lado supuso un retraso en el abono de los demás saldos a favor de Quality Telecom. Así, consta que Telefónica informó a Quality Telecom, con fecha 19 de octubre de 2010, que procedía a abonar la factura del tráfico no discrepante de los meses de julio (cuyo vencimiento según consta en la factura emitida por Quality Telecom era un mes antes, el día 15 de septiembre de 2010), y de agosto (cuyo vencimiento según consta en la factura emitida por Quality Telecom era el 15 de octubre de 2010).

En definitiva, se constata que Telefónica actuó de manera poco diligente en su condición de intermediario conforme a lo previsto en su AGI, resultante esencialmente de su aceptación de la repercusión de los impagos acordada con Telefónica Móviles sin previa acreditación de la responsabilidad de Quality Telecom, provocando consecuencias adversas desde el punto de vista económico a Quality Telecom,.

4.2.4 Relación entre Quality Telecom y WPR

WPR figura como asignatario del rango de numeración al que se efectuaron las llamadas presuntamente fraudulentas. Según explicó Quality Telecom en respuesta al requerimiento de información realizado, este operador dispone de interconexión con Telefónica para revender tráfico a terceros operadores, como es el caso de WPR. Quality Telecom y WPR forman parte del mismo grupo empresarial según reconoce en su página web la primera entidad.

El AGI entre Telefónica y Quality Telecom (en su addendum de 29 de enero de 2007) hace referencia al servicio de tránsito que ofrece Quality Telecom a WPR, lo que incluye servicios de inteligencia de red y llamadas masivas generadas tanto en abonados de Telefónica como en abonados de otros operadores que hayan contratado el servicio de tránsito con Telefónica (cláusula 1). En virtud de dicho acuerdo, Telefónica se limita a garantizar la entrega del tráfico de interconexión en el Pdl correspondiente.

En relación con la diligencia de la conducta de Quality Telecom hacia WPR en su condición de operador de tránsito de cara al operador de red inteligente que es WPR, debe decirse que cuando tuvo conocimiento de que Telefónica tenía intención de proceder a la retención de cantidades como consecuencia del presunto fraude de los usuarios de las redes extranjeras, Quality Telecom solicitó la información relativa al detalle de las llamadas y la recibió el 21 de septiembre de 2010, según se ha indicado en el apartado 4.2.3 anterior (no consta en qué momento la retransmitió a WPR). También consta que Quality Telecom se opuso a la repercusión de impagos que practicó Telefónica, según consta en la documentación remitida por ella. Según consta en los documentos que aporta en la



respuesta al requerimiento de información realizado, Quality Telecom abonó a WPR las cantidades de tráfico para los meses de julio y agosto de 2010, sin que conste que procediera a la repercusión de los impagos practicados por Telefónica originados por los presuntos fraudes de los usuarios de los operadores extranjeros.

Sin perjuicio de lo anterior, no consta en la documentación obrante en el expediente que Quality Telecom alertara a WPR de que se estaban produciendo tráficos anómalos aunque de manera genérica Telefónica sí alertó de esta circunstancia a Quality Telecom en mayo de 2010 respecto al operador griego Cosmote y en julio respecto al operador italiano Wind.

En relación con esta cuestión, no consta que Quality Telecom informase a WPR o que este último realizase ninguna actuación en relación con sus clientes.

De todo ello, se concluye que WPR, como asignatario de la numeración y conforme a lo previsto en el artículo 59 del Reglamento de Mercados, tiene el deber, más allá de lo que establezca el contrato-tipo con los prestadores de servicios de tarificación adicional que aporta Quality Telecom en su respuesta al requerimiento de información realizado, de velar por el uso de la numeración que tiene asignada por esta Comisión. En este sentido, debería determinarse cuál fue la conducta de WPR en relación con el control del uso de los recursos de numeración que tiene asignados en relación con el presunto fraude cometido.

QUINTO.- Sobre las compensaciones de pago realizadas por Telefónica y Telefónica Móviles

Como se ha detallado en el anterior Fundamento de Derecho, ni Telefónica Móviles ni Telefónica actuaron con diligencia, y ambas incumplieron con las previsiones que les eran aplicables en el supuesto de un fraude como el que ambas asumen que cometieron los usuarios de los operadores extranjeros. Ni la aceptación de la repercusión por parte de Telefónica Móviles de cara a los operadores extranjeros, ni el acuerdo de repercusión alcanzado entre Telefónica Móviles y Telefónica ni la posterior repercusión practicada por Telefónica a Quality Telecom resultan ajustadas a Derecho. En definitiva, resulta procedente declarar el necesario abono de las cantidades indebidamente retenidas por parte de Telefónica Móviles a Telefónica y por parte de Telefónica a Quality Telecom.

Tal y como se ha expuesto en el anterior Fundamento de Derecho, todos los operadores interesados, pero principalmente Telefónica Móviles como operador de acceso, podían haber actuado con mayor diligencia en la detección de las llamadas presuntamente fraudulentas.

En concreto, no es posible obviar la falta de diligencia de Telefónica Móviles, que a pesar de cumplir con su obligación de remitir los informes HUR frente a los operadores extranjeros (i) debió exigir a éstos el abono de las llamadas en cuestión; (ii) debió examinar la información de los tráficos de cara a Telefónica, a efectos de remitirle los detalles de llamadas potencialmente fraudulentas; (iii) no estaba facultada de cara a Telefónica a proceder a la repercusión en cadena de los impagos, circunstancia que ha provocado que Quality Telecom se haya visto afectado por las consecuencias económicas de los presuntos fraudes sin que se haya demostrado su responsabilidad. En la medida en que Telefónica Móviles y Quality Telecom no disponen de interconexión directa, la regularización de las cantidades deberá realizarse conforme al esquema de pagos en cascada, tal y como se detalla a continuación.



En primer lugar, Telefónica Móviles deberá abonar a Telefónica las cantidades retenidas a Quality Telecom en concepto de impagos por presuntos fraudes relativos a los operadores de roaming Cosmote, Wind y France Télécom, y ello en la siguiente acta de consolidación que firmen los operadores una vez notificada la resolución recaída en el presente procedimiento.

En segundo lugar, Telefónica deberá reintegrar la cantidad indebidamente retenida a Quality Telecom que se encuentre pendiente de devolución con motivo de los presuntos fraudes cometidos por los usuarios de los operadores internacionales Cosmote y Wind en el periodo comprendido entre febrero de 2010 y agosto de 2010 (ambos incluidos), ya que no consta que se hayan retenido cantidades respecto al operador France Télécom. Dicho reintegro deberá realizarse en la siguiente acta de consolidación una vez que Telefónica reciba la cantidad retenida de Telefónica Móviles.

Telefónica confirma los retrasos en el pago de la totalidad de las facturas, pero apunta que dicho retraso no perjudicó a Quality Telecom, ya que la consolidación resultó favorable a dicho operador. La justificación que alega Telefónica para incurrir en la retención realizada es que *“se produce por lo tanto a nivel mayorista una cadena de impagos que finalmente afecta a mi representada que ve impagados los servicios que ha pagado”, reiterando su papel de “mero intermediario o transitador”*.

Sin embargo, como ya se ha detallado en el anterior Fundamento de Derecho, Telefónica no debió aceptar la repercusión de las consecuencias económicas de los presuntos fraudes que indebidamente le había traspasado Telefónica Móviles. La circunstancia de que el saldo de los tráficos de interconexión fuera favorable a Quality Telecom no justifica en modo alguno la conducta de Telefónica, ya que la repercusión ha causado un impacto económico negativo para Quality Telecom.

En tercer lugar, según se ha indicado anteriormente, Quality Telecom ha procedido con normalidad al pago de los servicios correspondientes a los meses de julio y agosto de 2010 a WPR, periodo en el que Telefónica procedió a realizar la repercusión unilateral de los impagos por los presuntos fraudes a Quality Telecom, por lo que no consta que deba realizarse una regularización entre Quality Telecom y WPR.

A continuación se examinan las cantidades retenidas a Quality Telecom por parte de Telefónica y que son origen del presente conflicto. Según indica Quality Telecom en su escrito inicial, Telefónica procedió a la repercusión de los impagos correspondientes a los tráficos presuntamente fraudulentos a partir de finales de septiembre de 2010 mediante compensación unilateral de los créditos a favor de Quality Telecom.

Respecto a la factura de servicios emitida por Quality Telecom correspondiente a julio de 2010, que asciende a un total de [CONFIDENCIAL], Telefónica (tal y como ella misma confirma en la respuesta al requerimiento realizado) abonó, transcurrido un mes desde el vencimiento, la cantidad de [CONFIDENCIAL]. Retuvo así un total de [CONFIDENCIAL], cuantía correspondiente a la suma del tráfico de Cosmote del mes de mayo de 2010 según manifiesta Telefónica [CONFIDENCIAL] y de Wind para el periodo que según parece del acta (aunque posteriormente es corregido por Telefónica en su escrito de 12 de enero de 2011) iría de marzo a agosto de 2010 [CONFIDENCIAL]²².

²² Como ya se ha indicado, no parece que se haya procedido a retener cantidad alguna en relación con el presunto fraude cometido en la red del operador extranjero France Télécom, aunque en la información remitida en septiembre de 2010 por



Quality Telecom estaba en desacuerdo con el modo de proceder de Telefónica y no firmó el acta de consolidación número 07/10 correspondiente a julio de 2010 en la que se proponía la repercusión de los impagos de los tráficos en cuestión, pero resulta relevante tenerlas en cuenta a efectos del cómputo de las cantidades retenidas.

En lo relativo a la factura de agosto de 2010 emitida por Quality Telecom, que ascendía a [CONFIDENCIAL], según consta en la factura presentada como anexo 1 al escrito de Quality Telecom con fecha 19 de octubre de 2011, Telefónica no abonó cuantía alguna por la misma en el plazo que le correspondía (15 de octubre de 2010) por considerarlo “tráfico discrepante”. Según consta en el acta número 08/10 que tampoco está firmada por Quality Telecom, la retención de los pagos por el presunto fraude ascendería a [CONFIDENCIAL] del operador Wind para el periodo de agosto de 2010.

Con posterioridad, Telefónica ha procedido a devolver parte de las cantidades retenidas a Quality Telecom. En concreto, en el acta de consolidación nº 12/10, firmada por ambas partes, se procedía a devolver la cantidad de [CONFIDENCIAL] del tráfico de mayo de 2010 correspondiente a Cosmote. Por tanto, las cantidades inicialmente retenidas para las llamadas realizadas por los abonados del operador griego se han devuelto en su totalidad.

Del tráfico procedente de Wind se ha devuelto, según consta en el acta 10/10, un total de [CONFIDENCIAL] correspondiente al periodo de marzo a junio incluido²³. No consta que en actas posteriores de consolidación se haya procedido a realizar abonos para alcanzar la totalidad de la cuantía inicialmente retenida respecto al presunto fraude en la red de Wind.

Por otro lado, Telefónica indica que ha procedido al abono de [CONFIDENCIAL] de la factura de agosto de 2010 como tráfico considerado no discrepante, aunque no lo acredita documentalmente ni indica en qué medida corresponde a las cantidades inicialmente retenidas relativas al presunto fraude, ni a qué operador o periodo corresponde. Quality Telecom reconoce el abono realizado por Telefónica con fecha 21 de octubre de 2010 por un importe de [CONFIDENCIAL], aunque no se especifica a qué servicios, retención, periodo u operador extranjero corresponde, ni consta dicha regularización en ninguna de las actas de consolidación firmadas por ambas partes. Por tanto, no se considera el abono de dicha cantidad a efectos de las retenciones practicadas en relación con los presuntos fraudes.

Según acredita Quality Telecom respecto a los pagos efectuados por ella a WPR como prestador del servicio de red inteligente, dicha entidad realizó una transferencia de [CONFIDENCIAL] con fecha 26 de octubre de 2010 como pago a cuenta de dos pagarés correspondientes a los tráficos de interconexión para los meses de julio y agosto de 2010 por un valor de [CONFIDENCIAL] respectivamente. Fue para el tráfico de estos meses cuando a finales de septiembre y en octubre de 2010, Telefónica realizó la repercusión unilateral de los impagos por los presuntos fraudes con los operadores internacionales Cosmote, Wind y France Télécom (aunque el periodo del fraude se remonta hasta febrero del mismo año).

Telefónica a Quality Telecom se incluyeran llamadas y cantidades en relación con dicho operador.

²³ A pesar de que France Télécom estaba inicialmente incluida entre los operadores afectados por el presunto fraude y así consta en las actas de consolidación entre Telefónica y Telefónica Móviles, no consta según las actas de consolidación de Telefónica y Quality Telecom que se haya practicado retención alguna en relación llamadas presuntamente fraudulentas efectuadas por los abonados de dicho operador.



El resumen de las cantidades retenidas por Telefónica a Quality Telecom y devueltas en relación con los presuntos fraudes a día de hoy, considerando la acreditación obrante en el presente expediente sería el siguiente:

[CONFIDENCIAL]

Conforme con la información anterior y tal y como confirma Quality Telecom en las alegaciones al informe de audiencia de los Servicios de esta Comisión, la cantidad del importe total retenido que se encuentra pendiente de pago coincide con la cifra indicada por Telefónica, y asciende a [CONFIDENCIAL] respecto a Wind por llamadas de julio y agosto de 2010.

Por último, procede verificar en qué media WPR como asignatario de la numeración con la que se cometieron los presuntos fraudes origen del presente procedimiento ha cumplido con sus obligaciones normativas respecto al uso de la numeración.

SEXTO.- Contestación a las alegaciones de Quality Telecom

Con independencia de que las alegaciones de Telefónica y Telefónica Móviles se encuentran respondidas a lo largo de la presente resolución, resulta necesario responder de manera específica a algunas manifestaciones de Quality Telecom.

Con carácter general, dicho operador se muestra de acuerdo con el contenido del informe de audiencia, si bien solicita que se inste expresamente a Telefónica para que se abstenga de incurrir en el futuro en posibles incumplimientos del AGI, particularmente considerando que Telefónica compite con Quality Telecom en la prestación de servicios de red inteligente y prácticas como las realizadas por dicho operador suponen una asfixia financiera que *“puede servir perfectamente para eliminar un competidor en la prestación de los citados servicios”* y argumentando que se han producido daños a la imagen y reputación de Quality Telecom y un descenso significativo de la facturación mensual media.

En relación con esta cuestión, cabe indicar que el cumplimiento de los términos del AGI constituye una obligación a la que se han comprometido los operadores que han suscrito dicho acuerdo, cuyo incumplimiento ha quedado acreditado. Sin embargo, no procede que por parte de esta Comisión se acceda a recordar el cumplimiento de los compromisos asumidos voluntariamente por Telefónica ni tampoco puede prejuzgarse la futura conducta de Telefónica. Además, tal y como se ha indicado con anterioridad, no puede olvidarse que la conducta de Telefónica deriva a su vez de la conducta de Telefónica Móviles al aceptar asumir (y posteriormente traspasar) las consecuencias económicas del presunto fraude.

Por otra parte, Quality Telecom menciona el retraso en la remisión de información por parte de Telefónica a pesar de las reiteradas solicitudes realizadas en dicho sentido considerando que se ha producido una *“ocultación deliberada de Telefónica del detalle de la información de los supuestos impagos”*. Sin embargo, Quality Telecom no acredita dicha afirmación ya que la información detallada la recibió Telefónica de Telefónica Móviles en septiembre de 2010, cuando los operadores extranjeros remitieron todos los detalles de las llamadas (con independencia de que Telefónica Móviles ya disponía de la información desde el momento en el que se produjeron las llamadas, como se ha explicado anteriormente, pero no consta que enviase todos los detalles de que disponía a Telefónica para limitar el impacto económico del presunto fraude).



En virtud de los Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho expuestos, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar el derecho de Quality Telecom, S.A. 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 a tráfico del periodo comprendido entre febrero y agosto de 2010 (ambos incluidos) que no se hayan devuelto a fecha de hoy a Quality Telecom, S.A., como consecuencia de la previa repercusión de los citados impagos por parte de Telefónica Móviles España, S.A. Unipersonal a Telefónica de España, S.A. Unipersonal.

SEGUNDO.- Determinar que la devolución se articulará siguiendo el sistema de pagos en cascada, por lo que Telefónica Móviles de España, S.A. Unipersonal deberá traspasar a Telefónica de España, S.A. Unipersonal el importe de las retenciones practicadas en concepto de impagos por presunto fraude en roaming internacional, a tráfico correspondiente al periodo comprendido entre febrero y agosto de 2010 (ambos incluidos). Dicho traspaso de cantidades se deberá realizar junto con el pago de los tráficos que se consoliden en la siguiente acta que firmen ambos operadores una vez que se les haya notificado la presente resolución.

Posteriormente, Telefónica de España, S.A. Unipersonal entregará a Quality Telecom, S.A. el importe de las retenciones practicadas durante el periodo comprendido entre febrero y agosto de 2010 (ambos incluidos) que se encuentren pendientes de pago. Dicho traspaso deberá realizarse junto con el pago de los tráficos que se consoliden en la siguiente acta que firmen ambos operadores una vez que Telefónica reciba la cantidad retenida de Telefónica Móviles.

TERCERO.- Iniciar un procedimiento administrativo para determinar el cumplimiento en el uso de la numeración asignada a World Premium Rates, S.A. para la prestación de servicios de red inteligente actualmente asignados por esta Comisión.

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 del artículo 23.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por la Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.



Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, por quienes puedan acreditar su condición de interesados ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, 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, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y los artículos 107 y 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 48 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.