



**MIGUEL SÁNCHEZ BLANCO**, Director de Asesoría Jurídica de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en sustitución, por vacante, del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (artículo 6.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por la Resolución de su Consejo de 30 de marzo de 2012, B.O.E. nº 149 de 22.06.2012), 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 28/13 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 18 de julio de 2013, se ha adoptado el siguiente

## ACUERDO

Por el cual se aprueba la

**Resolución por la que se procede a declarar concluso el procedimiento relativo al conflicto de interconexión interpuesto por OPERADORA DE TELECOMUNICACIONES OPERA, S.L. y DIALOGA SERVICIOS INTERACTIVOS, S.A. frente a TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. y VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. por desaparición sobrevenida de su objeto (RO 2013/239).**

## I ANTECEDENTES

### PRIMERO.- Escrito de interposición del conflicto

Con fecha 1 de febrero de 2013, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de la entidad Operadora de Telecomunicaciones Opera, S.L. (en adelante, Opera), por el que plantea un conflicto de interconexión contra Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) y Vodafone España, S.A.U. (en adelante, Vodafone) en relación con *“la interpretación y aplicación de la Oferta de Interconexión de Referencia (en adelante, OIR) y el Acuerdo General de Interconexión (en adelante, AGI) suscrito entre operadores en relación con la obligación de pago entre operadores de llamadas en interconexión cuando se alega la existencia de fraude en las llamadas de una de las operadoras”*.

En concreto, Opera señala en su escrito que en virtud de las relaciones comerciales y contractuales entre Opera y Telefónica, estas entidades firmaron el Acta de Consolidación nº 06/10, de 25 de junio de 2010, en la que Telefónica indicaba que *“[C]omo consecuencia de la inclusión en esta Consolidación de un impago presentado por Vodafone debido a un fraude detectado por este Operador, el cual nos ha sido descontado en la Consolidación que*



se realiza entre Telefónica y Vodafone. Y que por tanto Telefónica ha repercutido en esta Consolidación con Opera". En concreto, la cantidad descontada "en concepto de regularización del tráfico con Vodafone" ascendía a [CONFIDENCIAL] Euros (IVA incluido).

Opera señala en su escrito que formuló "procedimiento monitorio en reclamación de la factura, a la que se opuso TESAU, por lo que formuló demanda de Procedimiento Ordinario, tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Madrid, autos nº 2334/2010, la cual, previa contestación y celebración de todos sus trámites, finalizó por Sentencia de 16 de noviembre de 2012, que desestima la demanda interpuesta por Opera, absolviendo a TESAU del pago de la cantidad reclamada". Asimismo, indica que Opera ha recurrido dicha Sentencia ante la Audiencia Provincial de Madrid.

No obstante, Opera entiende que "los juzgados y tribunales que han conocido la reclamación de Opera han entendido que TESAU no viene obligada al pago al Operador de red inteligente las llamadas no cobradas por aquélla por haberse alegado la existencia de un fraude por el Operador de acceso. Opera siempre ha entendido, y lo sostiene a fecha actual, que dicha interpretación no resulta correcta ni ajustada al contenido y previsiones de la OIR y el AGI, estando obligada al pago de las llamadas, con independencia de la condición de intermediario de TESAU, que por otro lado no se ha negado en ningún momento". Y por ello acude a esta Comisión y solicita lo siguiente:

- a) Que se disponga si Vodafone como operador de acceso puede retener e impagar a Telefónica, como operador de tránsito, el importe de llamadas de interconexión, alegando la existencia de un presunto fraude en relación a dichas llamadas o por el contrario está obligada al pago;
- b) Que se disponga si Telefónica está habilitada para retener e impagar la factura girada por Opera, como operador de red inteligente, relativa al tráfico de llamadas provenientes de Vodafone, cuando este operador ha alegado a Telefónica la existencia de un presunto fraude en dichas llamadas, reteniendo el pago a Telefónica o, por el contrario, si Telefónica viene obligada al pago a Opera de dichas llamadas con independencia de su cobro por parte de Vodafone;
- c) Se disponga si, a consecuencia de lo anterior, Telefónica viene obligada a atender el pago reclamado por Opera contenido en la factura núm. 201006368 de 28/06/2010 en concepto de regularización del tráfico con Vodafone; estando este operador igualmente obligado a abonar a Telefónica la cantidad que corresponda en relación a dichas llamadas.
- d) En última instancia y a fin de evitar controversias futuras, se determine de una forma clara cuál es el tratamiento que los operadores deben dar en el futuro a los pagos en los supuestos de fraude.



## **SEGUNDO.- Apertura del procedimiento para la resolución del conflicto**

Mediante escritos de fecha 14 de febrero de 2013, y en cumplimiento de lo establecido 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 (LRJPAC), se comunicó a los interesados, Opera, Telefónica y Vodafone, que había quedado iniciado el expediente administrativo para la resolución del conflicto planteado por la primera de estas entidades.

Con fecha 20 de febrero de 2013 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Telefónica por el que solicitó la ampliación del plazo inicialmente otorgado para formular alegaciones. Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de 27 de febrero de 2013 se acordó la ampliación del plazo otorgado.

Con fecha 25 de febrero de 2013 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Vodafone por el que solicitó la ampliación del plazo inicialmente otorgado para formular alegaciones. Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de 27 de febrero de 2013 se acordó la ampliación del plazo otorgado.

## **TERCERO.- Escrito de Dialoga**

Con fecha 14 de febrero de 2013 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Dialoga Servicios Interactivos, S.A. (en adelante, Dialoga) en el que, en iguales términos a los utilizados por Opera, plantea un conflicto de interconexión contra Telefónica y Vodafone.

Dialoga señala en su escrito que en virtud de las relaciones comerciales y contractuales entre Dialoga y Telefónica, ambas entidades firmaron el Acta de Consolidación nº 06/10, de 28 de junio de 2010, en la que Telefónica procede a regularizar una serie de tráfico de Vodafone por un importe total de **[CONFIDENCIAL]** Euros (IVA incluido), que es la cantidad que reclama Dialoga.

Al igual que Opera, Dialoga indica en su escrito que formuló *“procedimiento monitorio en reclamación de la factura, a la que se opuso TESAU, por lo que formuló demanda de Procedimiento Ordinario, tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia nº 96 de Madrid, autos nº 1945/2010, la cual, previa contestación y celebración de todos sus trámites, finalizó por Sentencia de 1 de julio de 2011, que desestima la demanda interpuesta por Dialoga, absolviendo a TESAU del pago de la cantidad reclamada e imponiendo a la actora las costas del procedimiento”*. Dicha Sentencia fue recurrida ante la Audiencia Provincial de Madrid, recurso que fue asimismo desestimado y contra el que ha interpuesto recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

No obstante lo anterior, Dialoga sostiene que *“dicha interpretación no resulta correcta ni ajustada al contenido y previsiones de la OIR y el AGI suscrito entre las partes, estando obligada al pago de las llamadas, con independencia de la condición de intermediario de*



TESAU". Por ello, Dialoga solicita la intervención de esta Comisión en los mismos términos que Opera.

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de 28 de febrero de 2013 se acordó la acumulación y la tramitación de esta petición en el seno del presente expediente. Dicha acumulación fue notificada a cada uno de los interesados mediante escrito del Secretario de la misma fecha, adjuntando copia del escrito presentado por Dialoga.

#### **CUARTO.- Escrito de Telefónica**

Con fecha 7 de marzo de 2013 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de Telefónica en el que fundamentalmente realiza las siguientes alegaciones:

- Que *“el origen del presente conflicto no es otro que el impago de Telefónica de España a Opera de una factura con vencimiento en Julio del año 2010 – Documento nº 2 del escrito de Opera- habiendo sido la razón de ese impago [...] que Telefónica de España no paga porque no le han pagado a ella, que no puede repercutir aquello que no ha cobrado, y que en definitiva, se funda ese impago en el carácter de mero intermediario tanto de los servicios como de los pagos en aplicación de la Cláusula 6.7 de la OIR”*.
- Que *“siendo 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, no puede repercutir aquello que no ha cobrado”*.
- Que *“Opera pretende que la CMT reconozca, y es la piedra angular de su defensa, que Telefónica de España no paga porque se ha alegado un supuesto fraude – premisa errónea de la que parte Opera [...] cuando lo cierto y verdad es que mi representada no paga porque no le pagan [...] y porque, en definitiva, no puede repercutir aquello que no ha recibido, con independencia de si ha habido o no fraude”*.

#### **QUINTO.- Escritos de Vodafone**

Con fecha 13 de marzo de 2013 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito Vodafone, en el que realiza las siguientes alegaciones:

- Que Vodafone *“retuvo los pagos de interconexión a Telefónica en relación con los operadores de red inteligente Opera y Dialoga al detectar y denunciar la comisión de una serie de ilícitos penales en la suscripción que realizaron llamadas a destinos cuyos asignatarios eran estos dos operadores”*.
- Que *“ello lo realizó mi representada dentro del ámbito de colaboración que rige las relaciones comerciales entre Vodafone y Telefónica en materia de lucha antifraude, y amparándose mi representada en el Acuerdo General de Interconexión que había firmado con Telefónica con fecha 25 de noviembre de 1996 en que se incluía dentro de la cláusula 6 de “Procedimientos de prevención del fraude” una cláusula de cooperación entre ambos en caso de comisión de un fraude por parte de un tercero”*.



- Que, no obstante, Vodafone *“ha decidido proceder a abonar en la próxima factura de interconexión a Telefónica los importes retenidos a los operadores de red inteligente Opera y Dialoga”* y que Vodafone *“entiende que con este abono se produce la desaparición sobrevenida del objeto del conflicto en el marco del expediente de referencia”*.

Posteriormente, con fecha 20 de marzo de 2013 Vodafone presentó un nuevo escrito en el que indica que con fecha 13 de marzo de 2013 firmó un de Acta de Consolidación con Telefónica, en el que se deja constancia de que procede a abonar a Telefónica los importes retenidos a Opera y Dialoga.

#### **SEXTO.- Escrito de Telefónica**

Con fecha 2 de abril de 2013 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión nuevo escrito de Telefónica en el que señala que con fecha 27 de marzo de 2013 Telefónica ha firmado sendas Actas de Consolidación con Opera y Dialoga en el que se hace constar que Telefónica procede al pago, a vencimiento, de la cantidad requerida, una vez abonada por Vodafone y que tanto Dialoga como Opera han aceptado.

Asimismo, señala que *“una vez pagadas las cantidades correspondientes primero por Vodafone a Telefónica de España y luego, teniendo en cuenta la fecha de vencimiento [...] por Telefónica de España a Dialoga y a Opera, respectivamente, debe procederse al archivo del expediente”*.

A los anteriores Antecedentes de Hecho le son de aplicación los siguientes

## **II FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **II.1 HABILITACIÓN COMPETENCIAL**

En relación con la solicitud presentada por Opera y Dialoga, las competencias de esta Comisión para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial.

En particular, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) en su artículo 48.4 d) atribuye a esta Comisión la función de resolver de forma vinculante los conflictos que se susciten entre operadores en materia de acceso e interconexión de redes.

Por su parte, el artículo 11.4 de la LGTel establece que *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, 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”*. El artículo 3 de la citada Ley recoge los objetivos cuya consecución debe garantizar esta Comisión, siendo el primero de ellos *“fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y en el suministro de los*



*recursos asociados a ellos. Todo ello promoviendo una inversión eficiente en materia de infraestructuras y fomentando la innovación”.*

De igual forma, el artículo 14 de la LGTel señala que la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones conocerá de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de esta ley y de sus normas de desarrollo.

En consecuencia, esta Comisión está habilitada para conocer y resolver el presente procedimiento.

## **II.2 OBJETO DE CONFLICTO.**

El origen del presente conflicto se encuentra en las cantidades retenidas en el año 2010 por parte de Vodafone a Opera y Dialoga, siendo Telefónica el operador de tránsito en ambos casos.

*De acuerdo con el Acta de Consolidación suscrito entre Vodafone y Telefónica el 25 de junio de 2010 “Vodafone manifiesta que durante los meses de diciembre/09 a febrero/10 se han realizado una serie de actas fraudulentas de clientes finales en Vodafone, siendo utilizadas las líneas contratadas para realizar un elevado número de llamadas a servicios de tarificación adicional que posteriormente no han sido abonadas a Vodafone. Estas prácticas fraudulentas han sido convenientemente denunciadas por Vodafone ante las autoridades competentes y antes los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. Vodafone ha facilitado a Telefónica información de la denuncia efectuada y detalle de las llamadas efectuadas. En consecuencia, Vodafone ha decidido retener los importes de las llamadas objeto de fraude una vez descontado el servicio soporte de telecomunicaciones”.*

Por su parte, en el Acta de Consolidación celebrada entre Telefónica y Opera el 25 de junio de 2010 se señala que “[C]omo consecuencia de la inclusión en esta Consolidación de un impago presentado por Vodafone debido a un fraude detectado por este Operador, el cual nos ha sido descontado en la Consolidación que se realiza entre Telefónica y Vodafone. Y que por tanto ha repercutido en esta Consolidación con Opera [...] Opera nos manifiesta al respecto: “Opera reitera nuestro más absoluto rechazo a la pretensión de Telefónica de incluir en la presente consolidación/facturación con esta empresa todos aquellos importes que corresponden a posibles fraudes efectuados por los usuarios de la red ajena a Opera [...]”. Estas manifestaciones se repiten en sucesivas Actas de Consolidación suscritas entre ambos operadores.

Las Actas de Consolidación celebradas entre Telefónica y Dialoga se pronuncian en similares términos a los señalados entre Telefónica y Opera.

## **II.3 DESAPARICIÓN DEL OBJETO DEL CONFLICTO.**

Con posterioridad al inicio del presente procedimiento y tal y como se ha indicado en los Antecedentes de Hecho quinto y sexto, Vodafone procedió a abonar los importes retenidos a los operadores Opera y Dialoga a Telefónica, y ésta a su vez los abonó a Opera y Dialoga.



En efecto, según consta el Acta de Consolidación nº 2/13 de 13 de marzo de 2013 firmado entre Vodafone y Telefónica: “[C]on motivo de una serie de prácticas fraudulentas ocurridas durante los meses de Diciembre/09 a Febrero /10, Vodafone decidió retener los importes de las llamadas objeto de fraude y que no fueron abonados a Vodafone realizadas por los Servicios de Tarificación adicional (STA) desde líneas por las que Vodafone presentó las correspondientes denuncias ante los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, por importe de **[CONFIDENCIAL]** euros en relación con el operador de red inteligente Opera y por importe de **[CONFIDENCIAL]** euros en relación con el operador de red inteligente Dialoga, cantidades éstas que procede ahora a abonar a Telefónica (operador de tránsito en ambos casos) dejando constancia de ello en la presente acta de consolidación”.

Por su parte, Telefónica procedió a trasladar el importe correspondiente a Opera y a Dialoga en la siguiente consolidación que tuvo lugar entre estas entidades. Así, en el Acta de Consolidación nº3/2013 entre Telefónica y Dialoga firmado el 27 de marzo de 2013 se señala que “[C]on respecto a los puntos 5 y 6 del acta 06/10 referente al impago (por importe de **[CONFIDENCIAL]** €) de Vodafone que había sido descontado a Dialoga en esa consolidación. El Operador Vodafone nos comunicó su intención de proceder al pago del mismo al destino. Por ello una vez reflejado el importe de dicho impago en la consolidación 02/13 con Telefónica, se procede a incluir en esta Consolidación el importe indicado. En relación a esta cuestión, Dialoga manifiesta su conformidad al cobro de la cantidad de **[CONFIDENCIAL]** más IVA (total de **[CONFIDENCIAL]** según factura número 20100692 de 28/06/2010)”. En el Acta de Consolidación nº 03/13 firmado entre Telefónica y Opera el 27 de marzo de 2013 se indica que “[C]on respecto al punto 7 del acta 06/10 referente al impago (por importe de **[CONFIDENCIAL]** €) de Vodafone que había sido descontado a Opera en esa consolidación. El Operador Vodafone nos comunicó su intención de proceder al pago del mismo al destino. Por ello, una vez reflejado el importe de dicho impago en la consolidación 02/13 con Telefónica, se procede a incluir en esta consolidación el importe indicado. En relación a esta cuestión, Opera manifiesta su conformidad al cobro de la cantidad de **[CONFIDENCIAL]** más IVA (total de **[CONFIDENCIAL]**, según factura núm. 201006368)”. Tal y como se ha indicado, tanto Opera como Dialoga han manifestado su conformidad con el cobro de las citadas cantidades en las respectivas actas de consolidación.

Ante estos acontecimientos, tanto Vodafone como Telefónica han solicitado que se proceda al archivo del expediente. Así Vodafone señala en su escrito con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión el 20 de marzo de 2013 que “[P]or medio de escrito de fecha 13 de marzo de 2013, en tiempo y forma debidos, vino mi representada a efectuar las alegaciones que consideraba oportunas, manifestando, entre otras cosas, que Vodafone había decidido proceder abonar a Telefónica los importes retenidos a los operadores de red inteligente Opera y Dialoga durante el período en que se produjo los supuestos fraudes referidos por mi representada en su escrito de alegaciones de fecha 13 de marzo de 2013, entendiendo que con dicho abono se producía la desaparición sobrevenida del objeto del conflicto en el marco del expediente de referencia”.

Por su parte, Telefónica en su escrito con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión el 2 de abril de 2013 señala que “una vez pagadas las cantidades correspondientes primero por



*Vodafone a Telefónica de España y luego [...], por Telefónica a Dialoga y a Opera, respectivamente, debe procederse al archivo de este expediente”.*

El objeto del presente procedimiento se encuentra en la cantidades retenidas en el año 2010 por parte de Vodafone a Opera y Dialoga, siendo Telefónica el operador de tránsito en ambos casos. El hecho de que Vodafone haya pagado finalmente dichas cantidades retenidas tanto a Opera como a Dialoga conlleva la desaparición del objeto del procedimiento, haciendo innecesaria la adopción de medidas tendentes a la resolución de una controversia que en el momento actual no se plantea.

El artículo 42.1 de la LRJPAC establece que *“la Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación. En los casos de [...] desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y de las normas aplicables”.*

En este caso concreto, al no subsistir los motivos que originaron el presente procedimiento, concurre el supuesto mencionado en el artículo 42.1 de la LRJPAC. En consecuencia, no es necesario que esta Comisión realice pronunciamiento alguno, debiendo procederse a declarar concluso el conflicto mediante Resolución expresa en la que se declare tal circunstancia.

En virtud de las consideraciones de hecho y de derecho expuestas, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones:

### **RESUELVE**

**ÚNICO.** Declarar concluso el procedimiento iniciado a instancia de las entidades OPERADORA DE TELECOMUNICACIONES OPERA, S.L. y DIALOGA SERVICIOS INTERACTIVOS, S.A., procediéndose al cierre y archivo del mismo sin más trámite por haber desaparecido el objeto que justificó su iniciación, y no existir motivos que justifiquen su continuación.

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

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición 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 la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 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 58 de la misma Ley.

***El presente documento está firmado electrónicamente por Miguel Sánchez Blanco, Director de la Asesoría Jurídica en sustitución, por vacante, del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (art. 6.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la CMT, aprobado por la Resolución de su Consejo de 30.03.2012, B.O.E. nº 149 de 22.06.2012), con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros.***