
RESOLUCIÓN POR LA QUE SE PONE FIN AL CONFLICTO DE ACCESO INTERPUESTO POR JAZZ TELECOM, S.A.U. CONTRA GESTIÓN DE SERVICIOS EN TELECOMUNICACIONES APLICADAS, S.L.U., POR EL QUE SOLICITA AUTORIZACIÓN PARA RESOLVER EL CONTRATO VIGENTE ENTRE AMBAS ENTIDADES.

CNF/D TSA/843/14/RESOLUCIÓN CONTRATO JAZZTEL-GST

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Barcelona, a 5 de marzo de 2015

Visto el expediente relativo al conflicto de acceso interpuesto por Jazz Telecom, S.A.U. contra Gestión de Servicios en Telecomunicaciones Aplicadas, S.L.U., por el que solicita autorización para resolver el contrato vigente entre ambas entidades, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Escrito presentado por Jazz Telecom, S.A.U.

Con fecha 7 de abril de 2014, se recibió en esta Comisión un escrito de la entidad Jazz Telecom, S.A.U. (en adelante, Jazztel) por el que interponía un conflicto contra la operadora Gestión de Servicios en Telecomunicaciones Aplicadas, S.L.U. (en adelante, GST), solicitando autorización de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en lo sucesivo, CNMC) para resolver el contrato firmado entre ambas entidades, por presunto impago reiterado por parte de GST del servicio mayorista suministrado por Jazztel.

Jazztel indicaba que presta a GST los servicios mayoristas de acceso al servicio telefónico fijo, terminación, acceso al servicio móvil y reventa de interconexión de acceso para el CSO 104069. En su escrito, Jazztel

manifestaba haber suspendido todos los servicios a GST, a excepción del **‘servicio de reventa de interconexión de acceso’** que se presta para su utilización a través del código de selección de operador (o CSO) 104069, que sería el único del que *“viene haciendo uso”*.

Jazztel adjuntaba a su escrito una copia del contrato suscrito entre ambas operadoras, así como copia de un burofax remitido a GST el 31 de marzo de 2014 (recibido por esta operadora el mismo día, como consta en el acuse de recibo).

SEGUNDO.- Notificación a las partes del inicio del procedimiento y requerimientos de información

Mediante sendos escritos de la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC de 4 de junio de 2014, se comunicó a Jazztel y a GST el inicio del procedimiento y se dirigieron sendos requerimientos de información a estas compañías.

TERCERO.- Escrito de Jazztel

Con fecha de 16 de junio de 2014, en cumplimiento del requerimiento de información indicado en el antecedente de hecho anterior, Jazztel remitió un escrito a esta Comisión.

En dicho escrito, Jazztel indicaba las cantidades que, en su opinión, le adeudaba GST, los servicios que le había suspendido, así como, con respecto al servicio que se encontraba activo, ciertas aclaraciones relativas a los servicios y facturas aportadas en su escrito de interposición del conflicto. Asimismo, Jazztel adjuntaba las comunicaciones remitidas a GST exigiendo el pago, las facturas emitidas a GST pendientes de pago, el registro contable de los pagos, impagos y el saldo de la cuenta debida por GST.

CUARTO.- Nuevo escrito de Jazztel

Con fecha de 17 de noviembre de 2014 se recibió en esta Comisión nuevo escrito de Jazztel por el que venía a actualizar los datos del registro contable de pagos, impagos y saldo de la cuenta de GST, aportaba copia de las facturas emitidas y pendientes de pago hasta la fecha, así como, de las comunicaciones enviadas a GST desde la fecha del escrito indicado en el antecedente anterior, requiriéndole los pagos debidos.

QUINTO.- Informe de audiencia y alegaciones de Jazztel

Con fecha 18 de diciembre de 2014, la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC emitió informe de audiencia, que fue notificado a las partes.

Frente al informe de audiencia ha remitido alegaciones, únicamente, Jazztel, en cuyo escrito sólo indica que reitera las alegaciones y manifestaciones presentadas a través de sus escritos de 16 de junio y 17 de noviembre de 2014.

Durante la tramitación del presente procedimiento no se han recibido alegaciones de GST, por lo que se ha tramitado el presente procedimiento teniendo en cuenta, únicamente, las alegaciones y la documentación aportada por Jazztel. Todas las notificaciones remitidas a GST en el presente procedimiento administrativo han tenido el correspondiente acuse de recibo.

SEXTO.- Informe de la Sala de Competencia

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (en adelante, Ley CNMC), con fecha 19 de febrero de 2015, la Sala de Competencia de esta Comisión emitió informe sin observaciones a la propuesta de resolución del presente procedimiento.

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

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Objeto del presente procedimiento

El presente procedimiento tiene por objeto resolver el conflicto de acceso planteado por Jazztel frente a GST, al solicitar la primera operadora autorización para la resolución del contrato vigente entre ambas entidades, debido al presunto incumplimiento por parte de GST de sus obligaciones de pago, en relación con los servicios prestados por Jazztel.

SEGUNDO.- Habilitación competencial de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

La instrucción del presente procedimiento fue iniciada por la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC, como órgano instructor competente para ello, según resulta del artículo 25.1.b) la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, Ley CNMC), así como del artículo 21 de su Estatuto Orgánico, aprobado mediante Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto,

Junto con el objeto general de la CNMC, establecido en el artículo 5 de la Ley CNMC, consistente en promover y garantizar el funcionamiento y la competencia efectiva en los mercados, los artículos 6.4 y 12.1.a).1º de dicho texto legal y los artículos 15 y 70.2.d) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) atribuyen a la Comisión la función de resolver de forma vinculante los conflictos que se susciten entre operadores

en materia de acceso e interconexión de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

Así, el artículo 15 de la LGTel señala la competencia de esta Comisión para conocer de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivados de esta Ley y de sus normas de desarrollo, disponiéndose que la CNMC dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto y las medidas provisionales que correspondan.

Por otra parte, los artículos 12.5 y 70.2.g) de la LGTel facultan a la CNMC a intervenir en las relaciones entre operadores, o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión, 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 del mismo texto legal.

En ejercicio de sus funciones en el ámbito de la interconexión y el 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 del acceso y la interconexión de las redes en condiciones no discriminatorias, transparentes, proporcionadas y basadas en criterios objetivos, en interés de todos los usuarios, los cuales constituyen intereses generales dignos de protección que justifican la actuación de esta Comisión. . Así, en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de noviembre de 2010 (recurso núm.844/2008), confirmada por la posterior Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2014 (Recurso de Casación núm. 333/2011) se dice que en casos como el planteado en el presente conflicto *“los intereses afectados no sólo son de naturaleza jurídico privada, sino también de carácter jurídico público puesto que la resolución del contrato incide tanto sobre el interés público como sobre los intereses privados de las partes”*.

Por ello, de conformidad con los preceptos anteriores y en atención a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la Ley CNMC, y en el artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre el operador Gestión de Servicios en Telecomunicaciones aplicadas, S.L.U.

GST es una entidad que, con fecha de 8 de octubre de 2010, notificó su intención de iniciar la prestación del servicio telefónico fijo disponible al público, en virtud de lo cual resultó inscrita, en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, para la prestación de dicho servicio.

Con fecha de 9 de diciembre de 2010, el Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) resolvió asignar a GST, a petición de la empresa, el código de selección de operador de seis cifras: 104069.

GST presta a sus clientes el servicio telefónico disponible al público en acceso indirecto a través del CSO citado.

SEGUNDO.- Sobre el acuerdo de acceso e interconexión vigente entre Jazztel y GST

- Sobre la naturaleza jurídica de los contratos de acceso e interconexión.

Los acuerdos de acceso e interconexión son contratos que vinculan a dos operadores de redes públicas o servicios de comunicaciones electrónicas y que regulan las relaciones de acceso entre ambos. Estos acuerdos, según se ha puesto de manifiesto en distintas ocasiones, gozan de una doble naturaleza, pública y privada.

Así, la Audiencia Nacional, en su sentencia de fecha 3 de diciembre de 2004, manifestaba, respecto a la naturaleza de los acuerdos generales de interconexión (siendo igualmente de aplicación a los acuerdos de acceso), lo siguiente:

“Precisamente es la intervención administrativa en sus diversas formas la que dificulta la calificación jurídica del denominado en la Ley «acuerdo de interconexión», acuerdo del que puede afirmarse que tiene una indudable naturaleza contractual, aunque sometido a unos importantes poderes de intervención por parte de la Administración, de los que es titular en nuestro Ordenamiento Jurídico la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Puede incluso afirmarse que las prerrogativas de la Administración en relación con estos contratos, en principio de naturaleza privada, son superiores a las que ostenta en los contratos administrativos.

En todo caso puede afirmarse que entre las características propias del Acuerdo de Interconexión como contrato están las de ser un contrato bilateral, sinalagmático por la reciprocidad de las prestaciones, y oneroso.”

De conformidad con el marco jurídico aplicable a los servicios de telecomunicaciones –configurado por la LGTel, y, en particular, en este caso, por los principios establecidos en su artículo 12, desarrollados por el artículo 22 del Reglamento de mercados, acceso y numeración¹- no existe una obligación legal establecida con carácter general de garantizar cualquier servicio de

¹ Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre.

acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y a sus recursos y servicios asociados.

Sin perjuicio de las especialidades siguientes, el acuerdo de acceso e interconexión es un contrato privado. Así, el apartado 3 del artículo 12 de la LGTel establece que *“no existirán restricciones que impidan que los operadores negocien entre sí acuerdos de acceso e interconexión”*. Por tanto, se afirma la libertad de las partes tanto para negociar las condiciones de acceso a la red y de interconexión entre redes como para decidir el contenido de los acuerdos que lleguen a firmar, siempre que cumplan con la normativa y regulación aplicables.

Con carácter general, únicamente está presente –véase a estos efectos el Considerando 5 de la Directiva Acceso²- una previsión de concluir los acuerdos de acceso o de interconexión sobre una base comercial y de negociarlos *“de buena fe”*.

En el ámbito concreto de la interconexión entre redes públicas de comunicaciones electrónicas, el artículo 12.2 de la LGTel configura una obligación más clara de negociar la interconexión mutua.

El carácter semipúblico de los contratos de acceso se observa en el apartado 5 del artículo 12 de la LGTel, antes referenciado, cuando habilita a esta Comisión para intervenir con el objeto de fomentar y garantizar la adecuación del acceso, la interconexión -que constituye un tipo particular de acceso entre los operadores de redes públicas - y la interoperabilidad de los servicios, o para la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 de la LGTel, en aquellos casos en que esté justificada dicha intervención. Esta potestad de intervención se señala sin perjuicio de las medidas impuestas a las empresas con poder significativo de mercado.

Por otro lado, en su faceta estrictamente contractual, el acuerdo de acceso es un contrato privado de arrendamiento de servicios, definido en el artículo 1.544 del Código Civil (C.c.) como aquél en que una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto, es decir, las partes se obligan recíprocamente a prestarse determinados servicios de acceso o interconexión a cambio de un precio cierto. Por tanto, los acuerdos de acceso e interconexión son contratos onerosos en los que, tanto la prestación de los servicios, como el pago del precio por la prestación de tales servicios conforman las obligaciones esenciales del contrato.

En consecuencia, sobre la base de su naturaleza contractual, y sin perder de vista las capacidades de intervención que asisten a esta Comisión (aunque

² Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión.

sometidas al principio de intervención mínima), los acuerdos de acceso e interconexión quedan sujetos, tanto en su interpretación como en su ejecución, a las normas propias del Derecho común.

- Sobre el acuerdo firmado entre Jazztel y GST

El contrato fue suscrito entre las partes el 20 de abril de 2010, y le acompañan cinco anexos, de los cuales sólo se ha aportado al presente procedimiento copia de los Anexos 1 y 5, así como un *addendum* al Anexo 5 que contiene el acuerdo entre Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) y Jazztel, por el que se establecen las condiciones aplicables al servicio que Jazztel contrata a Telefónica y posteriormente revende a GST.

El servicio que aún se encuentra activo entre Jazztel y GST es el que a continuación se describe y que se desglosa en los Anexos 1 y 5 del contrato.

En dicho Anexo 1 se define el servicio mayorista de telecomunicaciones prestado por Jazztel como el **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**.

En el Anexo 5 del contrato, fechado el 23 de marzo de 2011, **[CONFIDENCIAL - FIN CONFIDENCIAL]**.

- En cuanto al servicio minorista prestado por GST, sus clientes son abonados que están conectados a la red de Telefónica, pero acceden indirectamente al servicio telefónico de GST en la modalidad de acceso indirecto, a través de su CSO. Así, los abonados de GST deberían disponer de una línea telefónica contratada previamente con Telefónica, y al firmar con GST, se preseleccionarían con este operador o marcarían el CSO llamada a llamada, siendo el consumo de estas llamadas facturado por GST. Por lo tanto, una rescisión del servicio mayorista contratado entre Jazztel y GST no dejaría a los clientes de éste último sin servicio telefónico fijo disponible al público, puesto que el mismo es prestado y facturado, por defecto, por Telefónica, ya que es con este operador con quien tienen contratada la línea.

TERCERO.- Sobre la suspensión de los servicios a GST en marzo de 2014

Con fecha de 31 de marzo de 2014, es decir, antes de la interposición del presente conflicto, Jazztel comunicó a GST, mediante burofax, la suspensión en la prestación de algunos de los servicios mayoristas de telecomunicaciones contratados en virtud de su acuerdo de 20 de abril de 2010, tal como se ha podido comprobar.

En la notificación enviada por Jazztel a GST, se indicaba que *“Jazztel ha requerido en varias oportunidades el pago puntual de las obligaciones derivadas del contrato... sin que hasta el momento haya sido posible la regularización de los mismos”*.

Jazztel comunicaba a GST, en el burofax mencionado, que había “*procedido a la suspensión provisional de los servicios que tiene (GST) activos con Jazztel, a excepción del de reventa de interconexión de acceso (tránsito a otros operadores)- para el CSO 104069; y de acuerdo con lo establecido en la cláusula 10.1.b) del contrato, Jazztel procederá a la formalización de la baja definitiva de los mismos (resolución parcial del contrato), con fecha de 1 de abril de 2014*”.

Asimismo, en dicha comunicación, Jazztel hacía constar que “*no sólo no se están haciendo los prepagos de acuerdo con el contrato, sino que además GST continúa teniendo deuda con Jazztel sobre tráfico que ya ha sido facturado*”.

En cuanto a los servicios suspendidos, éstos no figuran en el objeto del contrato aportado ni en sus anexos. Tras ser requerido por tales servicios, Jazztel indicó en su escrito de 16 de junio de 2014 que se trataba del servicio de terminación y el servicio de acceso al servicio telefónico móvil, los cuales no estaban siendo usados por GST. Mientras que los servicios de acceso y tránsito que permiten a Jazztel ofrecer a GST el servicio ‘*de reventa de interconexión de acceso (tránsito a otros operadores)- para el CSO 104069*’ (servicio de acceso indirecto al servicio telefónico fijo) continúan activos, como se ha indicado antes.

Jazztel indicaba que, en aquel momento, GST le adeudaba: **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**.

Jazztel ha afirmado que la baja definitiva de los servicios “*diferentes al servicio de reventa de interconexión de acceso para el CSO 104069*” se produjo “*a partir del 1 de mayo de 2014*”. Sin embargo, la fecha en que Jazztel procedió a la baja definitiva de estos servicios no fue el 1 de mayo, sino un mes antes, el 1 de abril de 2014, tal como consta en la notificación enviada a GST el 31 de marzo de 2014 anteriormente descrita.

- Respecto a los impagos de GST en el momento de la interposición del conflicto

La cláusula 6.2.5 del contrato establece que los servicios deben ser **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**. Sin embargo, Jazztel ha manifestado que GST no realizaba dichos prepagos, incumpliendo con ello el acuerdo.

Por un lado, las facturas relativas a ‘*otros servicios*’ –los servicios suspendidos–, aportadas al presente procedimiento, corresponden a los meses de octubre de 2013, enero y marzo de 2014, cuyos importes, respectivamente, son de **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**, lo que efectivamente demuestra que estos servicios no estaban siendo prestados.

Jazztel suspendió la prestación únicamente de los servicios de acceso móvil y terminación. Puesto que la suspensión se realizó de servicios de los que no hacía uso GST, teniendo en cuenta el importe insignificante al que ascendían las facturas de éstos, esta Sala estima que la medida de suspensión adoptada por Jazztel se utilizó más bien como una advertencia a GST respecto al servicio principal. Así, no se puede afirmar que dicha suspensión estuviese justificada en los impagos anteriores respecto de esos dos servicios, dado el importe adeudado.

Por otro lado, para garantizar el pago del servicio de *'reventa de interconexión de acceso para el CSO 104069'*, además de tener que prepagar los servicios semanalmente, se establece en el contrato la obligación de GST de **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**.

Sin embargo, respecto a este servicio, el problema de fondo eran los retrasos continuados en los prepagos semanales que tenía que hacer GST, así como el retraso reiterado en el abono de las facturas.

Tal como resulta del burofax enviado a GST el 31 de marzo de 2014, en aquel momento GST sólo le adeudaba **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**. Este importe era lo que restaba por pagar de una factura por el servicio de 'acceso código selección operador' (servicio de *"reventa de interconexión de acceso y tránsito para el CSO 104069"* –el único servicio del que efectivamente hacía uso GST de entre los contratados a Jazztel-) cuyo importe total era de **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**, de los cuales GST ya había abonado **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**. Esto es, a GST sólo le restaba abonar el 7,63% de la factura.

Jazztel afirma que GST, además de no prepagar los servicios semanalmente, como se ha indicado *ut supra*, se retrasa habitualmente en el pago de las facturas, aspecto que ha sido acreditado con la aportación de datos relativos al estado de la cuenta del cliente GST (ingresos y pagos). A juicio de esta Comisión es evidente que ninguna empresa tiene que soportar retrasos en los pagos debidos, pero en el contrato se prevén mecanismos de protección que, se plantea si, de haberse exigido, no habrían protegido a Jazztel de la inseguridad en el cobro de las facturas debidas.

Uno de estos mecanismos consiste en que Jazztel podrá **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**

De conformidad con las comunicaciones informales remitidas a GST mediante correo electrónico (aportadas por Jazztel junto a su escrito de 16 de junio de 2014), Jazztel no exigió ninguna de estas garantías reforzadas. Sin embargo, y en todo caso, Jazztel no está obligada a exigir esas garantías adicionales cuando existe un impago reiterado por parte de GST, estando facultada para resolver el contrato.

Así, en virtud de la cláusula 6.3.1 del acuerdo, relativa al ‘retraso en el pago’, “[D]e no procederse por parte del cliente al pago puntual de alguna cantidad debida de conformidad con el procedimiento establecido en el apartado anterior, tendrá por efecto colocarlo automáticamente en situación de mora, sin necesidad de requerimiento alguno de la otra parte y obligará a aquella al abono de intereses, sin perjuicio de la ejecución de la fianza prestada y las acciones de resolución que pudieran corresponder”.

En este sentido, de conformidad con la cláusula 10 del contrato que posteriormente se analizará, Jazztel hubiera podido ejercer su derecho a la resolución anticipada del contrato, siempre que, requerida la parte en mora, no hiciera efectivo su importe en el plazo de cuarenta y ocho horas.

En definitiva, se constata que concurre una causa legítima en el presente caso para resolver anticipadamente el contrato –el impago reiterado de facturas debidas, así como la falta de prepago de los servicios-, analizándose a continuación qué exige el propio contrato para su resolución y cómo lo realizó Jazztel.

- Requerimientos de pago a GST

La cláusula 16 del acuerdo existente entre las partes establece que “[C]ualquier comunicación que sea requerida para los propósitos de este contrato deberá ser entregada por cualquier medio que permita acreditar fehacientemente su recepción (en mano, por correo certificado o por mensajero). En cualquier caso, esto no impedirá que dichas comunicaciones puedan ser anticipadas por fax o e-mail”.

Jazztel comunicó a GST en varias ocasiones, por correo electrónico, que, de no cumplir sus obligaciones de pago, se procedería a la suspensión del servicio.

Concretamente, en los correos electrónicos de los días 7 de febrero y 3 y 12 de marzo de 2014, Jazztel concedía a GST un plazo de 48 horas para realizar el pago. En otras comunicaciones, se advertía de la suspensión del servicio si no se realizaba el pago en 24 horas (e-mail del 17 de marzo de 2014) o en 72 horas (correos de 21 y 25 de febrero de 2014, 21 de marzo de 2014).

En otros supuestos, como ocurre con el correo electrónico de 13 de febrero de 2014, se indicaba que el pago debía realizarse antes de las 12:00 del día siguiente o se procedería a la suspensión del servicio (no indica a qué servicio hace referencia, y ninguno de los servicios objeto del contrato había sido suspendido todavía).

En otros correos electrónicos se avisaba de que, de no realizar el pago completo de la cantidad debida se procedería a la anunciada suspensión del servicio, sin otorgar un plazo para ello, como en los correos electrónicos de 14

de febrero de 2014. En otras comunicaciones se advierte de la posibilidad de suspensión inmediata (emails de 17, 19 y 25 de marzo de 2014).

Existe un correo electrónico de 31 de marzo de 2014, el mismo día en que Jazztel comunicó a GST a través de un burofax enviado mediante el servicio de Correos, que había procedido a suspender determinados servicios, en el que esa entidad indicaba a GST *“quedamos a la espera de un ingreso que les coloque dentro de las condiciones de pago contratadas”*, sin advertirle de la suspensión ni concederle un plazo para el pago.

- Cláusula de resolución del contrato

El contrato firmado por ambas operadoras no prevé la suspensión de los servicios del contrato, salvo que por acto o disposición del Gobierno o de las Autoridades Nacionales de Reglamentación deba producirse dicha suspensión (cláusula 10.1.d). Al margen de lo anterior, si Jazztel quería suspender los servicios directamente, debía hacerlo mediante la resolución del contrato conforme a su cláusula 10.

Dicha cláusula señala que las partes *“podrán resolver el presente contrato, en cualquier momento, previo aviso por escrito”* en los siguientes casos –entre otros-:

- a) Incumplimiento de la otra parte de las condiciones esenciales del contrato, otorgando un plazo de treinta días desde su notificación a la otra parte.
- b) El impago de las facturas, siempre que, requerida la parte en mora, no haga efectivo su importe en el plazo de cuarenta y ocho horas.

En principio parece que la resolución del contrato bajo los dos supuestos mencionados debería hacerse con un preaviso, ya sea porque se constate un incumplimiento de las condiciones esenciales del contrato o por el transcurso de cuarenta y ocho horas desde el requerimiento de la parte cumplidora a la parte deudora, en caso de impago.

La cláusula 10 anterior ha de interpretarse en relación con la cláusula 16 del mismo contrato, que establece que las comunicaciones entre las partes se entregarán *“por cualquier medio que permita acreditar fehacientemente su recepción (en mano, por correo certificado o por mensajero)”*. Puesto que Jazztel requirió el pago de las cantidades debidas únicamente mediante correo electrónico, se considera que Jazztel no cumplió estrictamente la cláusula 16 del contrato en cuanto a la forma de requerir a GST el pago de las cantidades que se le adeudaban.

Asimismo, respecto a la comunicación en base a la cual se produjo la suspensión, es decir, la enviada por burofax a GST el 31 de marzo de 2014, en

la que se informaba de que la suspensión temporal de determinados servicios ya se había llevado a cabo y la baja definitiva de los mismos se produciría al día siguiente (1 de abril de 2014), de conformidad con las cláusulas antes mencionadas, la forma de la comunicación habría sido la acordada contractualmente (el contrato recoge la obligación de realizarla “*en mano, por correo certificado o por mensajero*”); en cambio, el acuerdo no recoge la posibilidad de suspender los servicios, además de que, como se ha indicado con anterioridad, Jazztel no habría respetado los plazos establecidos, ya que la cláusula 10.1.a) señala que el plazo de preaviso para la resolución anticipada del contrato es de 30 días en caso de incumplimiento de las condiciones esenciales del contrato, entre las que se entiende que se encontraría la debida contraprestación por los servicios prestados.

En definitiva, Jazztel no concedió a GST ningún plazo para prepararse frente a la eventual suspensión de algunos de sus servicios, ya que en el momento de comunicarlo ya había suspendido temporalmente los servicios de los que no hacía uso GST (acceso móvil y terminación), suspensión que se convertiría en definitiva al día siguiente de la comunicación –el 1 de abril de 2014-. No se puede tener en cuenta la previa advertencia mediante correo electrónico, puesto que el contrato sólo prevé este medio de comunicación como anticipación del preaviso enviado “*por cualquier medio que permita acreditar fehacientemente su recepción*”.

Sin embargo, ha de tenerse en consideración que GST incumplió sus obligaciones de pago, según la información aportada en el presente expediente, y que, según Jazztel, GST no venía haciendo uso de los servicios suspendidos (hecho que puede comprobarse con las facturas aportadas al presente procedimiento, cuyo importe en ningún caso alcanza un euro), aspectos de los que se puede concluir que, a pesar de que la suspensión de los mismos no se realizó en puridad conforme al contrato, dicha suspensión no es objeto de debate entre ambos operadores y no procede hacer consideraciones adicionales. De hecho, GST no ha formulado alegaciones a este respecto.

Por último, es necesario señalar que Jazztel no es operador con poder significativo en el mercado mayorista de acceso y originación de llamadas en la red telefónica pública en una ubicación fija³, por lo que no recae sobre el mismo obligación alguna de mantener el acceso a elementos y recursos específicos de su red, que pudiese afectar a la interpretación de la mencionada cláusula 10 del contrato.

CUARTO.- Situación actual de la relación comercial entre Jazztel y GST

Jazztel indicó, en su escrito de 17 de noviembre de 2014, que se le adeudaban
[CONFIDENCIAL]

³ Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 12 de diciembre de 2008.

FIN CONFIDENCIAL]

Puesto que el pago es la contraprestación por los servicios prestados por Jazztel, se concluye que GST ha incumplido el contrato al no proceder al pago completo de las cantidades debidas, así como, por el retraso reiterado en el pago de las facturas, cuestión esta última que también ha quedado acreditada con la documentación aportada por Jazztel al presente procedimiento.

A este respecto, los acuerdos alcanzados tienen fuerza de ley entre las partes contratantes (artículo 1.091 del C.c.) y son obligatorios en todos sus términos desde la fecha en que fueron acordados por ambas.

La cláusula 6.3.1 del contrato prevé que, en el supuesto en que GST no realizase el pago puntual de alguna cantidad debida, el operador se colocaría, automáticamente, en situación de mora, sin necesidad de requerimiento alguno por parte de Jazztel y quedaría obligado al abono de los intereses correspondientes, sin perjuicio de la ejecución de la fianza prestada.

A este respecto, esta Sala comparte la opinión de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en la resolución de distintos conflictos de interconexión, que ha rechazado rotundamente la obligación de soportar estos impagos continuados. En particular, la Resolución de 24 de marzo de 2011⁴ expresó dicha posición en los siguientes términos:

“La prestación de los servicios de interconexión genera unos costes para el operador de la red que los presta y que dichos servicios han de ser remunerados conforme a los precios pactados. El impago de tales servicios, además de constituir un incumplimiento contractual, implica que el operador que los recibe no asume el coste de los mismos, mientras que el operador que los presta está obligado a soportar los costes incurridos por un competidor, aspecto al que no está sujeto por la legislación y que conculca la esencia de un mercado que actúa en competencia. Este mercado se caracteriza por la necesidad de que sus actores actúen en pie de igualdad, lo que, entre otras consecuencias, supone que cada uno debe asumir individualmente los riesgos empresariales por los que opta.

Esta Comisión no puede amparar un incumplimiento de los acuerdos suscritos y, en este caso concreto, el impago reiterado de los servicios consumidos por un operador, en la medida en que mantener esta situación, además de crear una injustificable inseguridad jurídica para Telefónica, supondría obligar a la misma a financiar o subvencionar los servicios prestados por sus competidores.

⁴ Resolución de 24 de marzo de 2011, por la que se procede a resolver el conflicto de interconexión presentado por Telefónica de España, S.A.U. frente a Integración de Recursos Informáticos y Servicios, S.L. (RO 2010/788).

Por otro lado, junto al perjuicio señalado que se genera al acreedor, se produce una situación de discriminación frente a los demás operadores que ante la prestación de servicios cumplen con la debida contraprestación.”

Por ello, acreditado que GST mantiene una deuda de varios meses con Jazztel, por el servicio mayorista prestado por esta última y, encontrándose el impago entre las causas que habilitan a Jazztel a ejecutar la resolución anticipada del contrato, esta Sala entiende que Jazztel tiene derecho a resolverlo de conformidad con su cláusula 10, anteriormente analizada, en los plazos establecidos en la presente propuesta, que se indicarán más adelante.

QUINTO.- Sobre la resolución definitiva del contrato solicitada por Jazztel

Por todo lo dicho anteriormente, resulta ajustado a Derecho autorizar a Jazztel la resolución del contrato con GST. En consecuencia, a continuación se analiza si cabría imponer a Jazztel determinadas condiciones para llevar a cabo dicha resolución contractual.

Jazztel manifiesta en sus escritos de abril y junio de 2014 que dicha entidad no es el único proveedor mayorista del servicio y que GST, como revendedor, puede contratar con otro proveedor de servicios de comunicaciones electrónicas el mismo servicio prestado por Jazztel.

GST no ha presentado alegaciones y, por tanto, se desconoce si este operador dispone de otro acuerdo con algún proveedor mayorista para la prestación del servicio que le suministra Jazztel. Independientemente de ello y del hecho de que GST se podría haber personado y haber presentado alegaciones en el presente expediente, en un supuesto de impago reiterado o de retraso reiterado en el pago de servicios ningún operador está obligado, a priori, a mantener la prestación de los servicios de acceso.

Puesto que el servicio mayorista prestado por Jazztel afecta a los servicios minoristas que ofrece GST a sus clientes, es necesario entrar a analizar si podrían encontrarse implicados otros intereses jurídico-públicos que deban ser garantizados por esta Comisión y que podrían condicionar los plazos de la rescisión definitiva del acuerdo.

Como consecuencia de la voluntad de rescindir el acuerdo, su cláusula 10.3 únicamente establece que *“Instada la resolución del contrato por cualquiera de las partes, cada parte pondrá a la disposición de la otra parte cualesquiera materiales o equipo, propiedad de la otra parte, que se encuentren instalados en sus locales. Dichos equipos no podrán ser objeto de retención para garantizar pagos pendientes o indemnizaciones, salvo orden judicial”*.

Por tanto, la consecuencia inmediata de la resolución del contrato con Jazztel sería la imposibilidad de GST de continuar prestando el servicio minorista de servicio telefónico fijo disponible al público en acceso indirecto mediante el CSO 104069.

GST no utiliza numeración cedida por Jazztel, pues no es necesaria para la prestación del servicio telefónico en acceso indirecto a sus usuarios, para el cual GST sólo requiere del CSO que le ha sido asignado por esta Comisión. Por ello, tampoco sería necesaria la portabilidad de la numeración de los clientes de GST, quienes mantendrían el contrato de abono con su operador de acceso, que sería Telefónica, operador que continuaría prestándoles el servicio telefónico fijo, para el cual dispondrían de los números telefónicos fijos ya vinculados a sus líneas.

Corresponde a GST buscar soluciones alternativas que le permitan cumplir con las obligaciones que como operador prestador de servicios le corresponden. Por ello, para continuar prestando a sus clientes el servicio telefónico fijo en acceso indirecto, GST debería migrar los servicios a otro operador mayorista.

En todo caso, puesto que el servicio minorista que presta GST en base al servicio mayorista suministrado por Jazztel es el servicio telefónico en acceso indirecto mediante preselección de operador, la desconexión de las redes de GST y Jazztel no supondría trastornos graves para los clientes del deudor. Por un lado, la desconexión de la red no privaría a dichos usuarios del acceso a los servicios de telecomunicaciones, que seguirían disfrutando de los proporcionados por su proveedor de acceso directo: Telefónica. Por otro lado, según los correos electrónicos intercambiados entre ambas operadoras, GST tendría a día de hoy **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**.

Además, la amplia oferta existente en el mercado de servicios de telefonía fija de acceso indirecto permitiría al usuario afectado, si lo desea, sustituir los servicios de acceso indirecto que le presta GST sin mayores problemas y en un breve espacio de tiempo, motivo por el que no se percibe que concurran razones de interés jurídico-público o de mantenimiento de la competencia que indiquen a esta Sala que haya de mantenerse el acceso por un tiempo adicional.

En conclusión, los perjuicios para los usuarios en el caso de acordarse la desconexión serían limitados, sin que puedan calificarse de irreparables.

Por tanto, esta Sala considera que, si requerido fehacientemente el pago por Jazztel a GST de conformidad con las cláusulas 10.1.b) y 16 de su contrato, GST no pagara la totalidad de las cantidades adeudadas o constituyese un aval suficiente para responder del pago de dicha cantidad en el plazo de 48 horas, como especifica la misma cláusula, Jazztel estaría autorizado a rescindir definitivamente el contrato con GST y a suspender automáticamente el servicio que continúa prestándose en la actualidad.

En caso de que, en ese mismo plazo, GST abone a Jazztel las cantidades adeudadas y constituya aval suficiente para posibles futuros impagos, Jazztel deberá mantenerle provisionalmente el servicio, sin perjuicio de que, si continua siendo voluntad de Jazztel rescindir definitivamente el acuerdo con GST, deba someterse al procedimiento previsto para ello en dicho contrato, es decir, el establecido en la letra a) de la cláusula 10.1, otorgando un plazo de 30 días desde la notificación fehaciente de Jazztel a GST de su voluntad de resolver definitivamente el contrato, manteniéndole transitoriamente el servicio mayorista durante el transcurso de dicho plazo.

En última instancia, se recuerda a GST que, en el supuesto de que no vaya a poder hacer frente a sus obligaciones de pago en el seno del contrato o, pagando las cantidades debidas, el acuerdo se rescinda por voluntad de Jazztel, y tales circunstancias comportasen la imposibilidad de seguir prestando sus servicios a sus clientes, GST deberá comunicar –o deberá haber comunicado- a sus usuarios finales la finalización del servicio con un mes de antelación, de conformidad con el artículo 9.3 del Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar que, en el presente conflicto ha quedado acreditado el incumplimiento, por parte de Gestión de Servicios en Telecomunicaciones Aplicadas, S.L.U., de su obligación de pago de los servicios prestados por Jazz Telecom, S.A.U. al amparo del acuerdo firmado entre ambos.

SEGUNDO.- Jazz Telecom, S.A.U. se encuentra habilitada para resolver el contrato de prestación de servicios mayoristas de telecomunicaciones firmado con Gestión de Servicios en Telecomunicaciones Aplicadas, S.L.U. en las condiciones establecidas en la presente Resolución.

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