

**RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO PRESENTADO POR ORANGE ESPAGNE,
S.A.U. CONTRA INTERNET XPRESS S.L. POR EL QUE SOLICITA LA
AUTORIZACIÓN PARA CESAR EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS
MAYORISTAS**

**CFT/D TSA/016/17/DESCONEXIÓN INTERCONEXIÓN ORANGE vs.
INTERNET XPRESS**

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Benigno Valdés Díaz

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Barcelona, a 1 de febrero de 2018

Finalizada la instrucción del procedimiento administrativo con nº CFT/D TSA/016/17 iniciado a instancias de la entidad Orange Espagne, S.A.U., la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Escrito de interposición de conflicto de interconexión por Orange contra Internet Xpress

Con fecha 4 de abril de 2017 se recibió en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) un escrito presentado por Orange Espagne, S.A., sociedad unipersonal (Orange), por el que interpone un conflicto de interconexión contra Internet Xpress, S.L (Internet Xpress) por el impago de los servicios prestados.

En concreto, Orange señala que *“desde finales de 2016 esta empresa ha venido impagando las facturas que se le remiten en contraprestación de los servicios recibidos, iniciándose esos impagos con respecto a la factura de septiembre de*

2016 (con independencia de dos penalizaciones incurridas anteriormente) con lo que a fecha de hoy presentan un impago de [**CONFIDENCIAL VP**¹].

Por ello, esta operadora solicita a la CNMC que proceda a “estimar la solicitud de mi representada y autorizar la rescisión de los servicios a la entidad Internet Xpress, debido a la situación de impago en la que la misma se encuentra, y dada la habilitación contractual existente para ello”.

SEGUNDO.- Comunicación del inicio del procedimiento y requerimiento de información a Internet Xpress

Mediante sendos escritos de fecha 18 de abril de 2017, se notificó a las entidades interesadas el inicio del presente procedimiento de conflicto, otorgándoles un plazo de diez días para que realizasen las alegaciones que tuvieran por conveniente. Asimismo, se realizó un requerimiento de información a Internet Xpress para que aclarase los motivos del impago.

TERCERO.- Escrito de alegaciones y de contestación al requerimiento de información de Internet Xpress

Con fecha 8 de mayo de 2017 tuvo entrada en el registro de la Comisión escrito de Internet Xpress en el que formulaba alegaciones sobre el conflicto planteado por Orange y daba contestación al requerimiento de información formulado por esta Comisión.

CUARTO.- Trámite de audiencia

El 31 de julio de 2017, y de conformidad con lo estipulado en el artículo 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), se notificó a los interesados el informe de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA) de la CNMC, emitido en el trámite de audiencia, otorgándoles el debido plazo para que efectuaran sus alegaciones y aportaran los documentos que estimaran pertinentes.

En dicho informe se proponía a la Sala de Supervisión Regulatoria de esta Comisión estimar la solicitud de Orange, permitiéndole el cese de los servicios mayoristas prestados a Internet Xpress debido a su impago, transcurrido el plazo de un mes y medio a partir del día siguiente a la notificación de la Resolución que pusiese fin al presente procedimiento.

¹ Las indicaciones de confidencialidad contenidas en el presente informe –con la leyenda **CONFIDENCIAL VP** (versión pública)- se refieren a terceros, y no a los dos interesados del procedimiento.

QUINTO.- Alegaciones de los interesados al trámite de audiencia

Con fecha 2 de octubre de 2017 Internet Xpress presentó su escrito de alegaciones al trámite de audiencia, acreditando el pago de los servicios de interconexión reclamados por Orange y, solicitando a su vez, el archivo del presente procedimiento o la no autorización a Orange para el cese en la prestación de los servicios mayoristas.

Por su parte, Orange formuló alegaciones al trámite de audiencia para manifestar su conformidad con la propuesta de la DTSA.

SEXTO.- Traslado a Orange de las alegaciones de Internet Xpress

El 17 de octubre de 2017, se dio traslado a Orange del escrito de alegaciones de Internet Xpress, mencionado en el Antecedente anterior, para que confirmara la recepción de los pagos por los servicios de interconexión adeudados e indicara si se habían producido nuevos impagos desde la interposición del conflicto.

Asimismo, se preguntó a Orange si, en caso de haber recibido los pagos por los servicios de interconexión, seguía interesada en seguir con la tramitación del presente procedimiento o deseaba desistir de su solicitud.

SÉPTIMO.- Escrito de alegaciones de Orange

El 3 de noviembre de 2017, se recibió el escrito de alegaciones de Orange confirmando la recepción de los pagos adeudados por Internet Xpress en concepto de servicios de interconexión y negando que se hubieran producido más impagos de facturas relacionadas exclusivamente con la prestación de estos servicios.

Por otra parte, esta operadora comunicó que estaba negociando con Internet Xpress la constitución de un aval para cubrir posibles impagos futuros de los servicios de interconexión.

En vista de lo anterior, Orange solicitó a esta Comisión que no acuerde el cierre del expediente mientras que Internet Xpress no formalice un aval ante futuros impagos de los servicios y que se le autorice a *“suspender los servicios mayoristas en caso de [futuros] impagos de los servicios de interconexión, notificándose con un mes de antelación a Internet Xpress, sin necesidad de volver a solicitar la autorización a la CNMC sobre la interrupción de los servicios mayoristas”*.

OCTAVO. - Traslado del escrito a Internet Xpress

El 10 de noviembre de 2017 esta Comisión dio traslado a Internet Xpress del escrito de Orange para que adujera las alegaciones y aportara los documentos que considerara convenientes, en relación con el estado de la negociación del

supuesto aval citado por Orange y la nueva petición de autorización de suspensión de los servicios en caso de futuros impagos.

NOVENO.- Escrito de alegaciones de Internet Xpress

El 23 de noviembre de 2017, Internet Xpress presentó un escrito manifestando que no tiene conocimiento de la supuesta negociación con Orange respecto a ningún aval, y declarando su intención de no formalizarlo en su caso para garantizar posibles impagos futuros.

Por otra parte, se opuso a la solicitud de Orange relativa a que se le autorice a cortar los servicios mayoristas en caso de futuros impagos y finalmente solicitó el archivo del presente expediente por haber desaparecido el objeto que motivó la iniciación del presente conflicto de interconexión.

DÉCIMO.- Informe de la Sala de Competencia

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

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

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Objeto del procedimiento

El presente procedimiento se inició con el objeto de analizar y resolver la solicitud presentada por Orange relativa a que se le autorice a cortar los servicios mayoristas de interconexión prestados a Internet Xpress, debido a su impago.

En el trámite de audiencia Orange ha ampliado su solicitud inicial, siendo procedente analizar y resolver también en este procedimiento su nueva petición, relativa a que se le autorice a suspender los servicios mayoristas de interconexión en caso de futuros impagos por parte de Internet Xpress, notificándosele con un mes de antelación, sin necesidad de recabar nuevamente la autorización previa de la CNMC.

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

Tal como se prevé en los artículos 12.5, 15 y 70.2, letras d) y g), de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), la CNMC tiene competencias para intervenir en las relaciones entre operadores o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e

interconexión, y en los conflictos que surjan en los mercados de comunicaciones electrónicas, 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 del mismo texto legal.

Asimismo, de conformidad con los artículos 6.4 y 12.1.a).1º de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), esta Comisión es competente para conocer los conflictos que se planteen entre los operadores en materia de obligaciones de interconexión y acceso.

Por ello, de conformidad con los preceptos citados y en atención a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC, 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 conocer y resolver el presente procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

III.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre la relación contractual entre las partes

Con fecha 21 de febrero de 2013 Jazz Telecom, S.A. (Jazztel -en la actualidad, Orange²-) e Internet Xpress suscribieron un contrato de prestación de servicios mayoristas de interconexión para la transmisión de datos³, con el objetivo de que esta última pudiera revender tales servicios a sus clientes finales.

A este respecto, Internet Xpress consta inscrito en el Registro de operadores, que gestiona actualmente la CNMC, como proveedor de acceso a Internet, desde el día 29 de abril de 1999⁴.

En relación con el objeto de este procedimiento, cabe señalar que la cláusula 4.2 del citado contrato establece **[CONFIDENCIAL VP]**.

Asimismo, su cláusula 2.6 dispone que, en caso de no procederse por parte de Internet Xpress al cumplimiento de sus obligaciones, **[CONFIDENCIAL VP]**.

SEGUNDO.- Desaparición sobrevenida del objeto respecto de la solicitud inicial de Orange de autorizarle a cesar los servicios mayoristas prestados a Internet Xpress

² Jazztel fue extinguida y absorbida el 8 de febrero de 2016 por Orange quedando ésta última subrogada de forma automática en todos los derechos y obligaciones de aquel operador.

³ Jazztel se comprometía a provisionar a Internet Xpress servicios de acceso de I2P, circuitos Punto a Punto, servicios con acceso de Back Up (Activo-Pasivo) y servicios con acceso de Back Up (Activo-Activo).

⁴ Expediente RO 1999/646.

Orange formuló su solicitud inicial debido a la situación de impago en que se encontraba Internet Xpress desde septiembre de 2016, de conformidad con lo previsto en su contrato y la preocupación por el crecimiento exponencial de la deuda con el transcurso del tiempo. Además, Orange sostenía que Internet Xpress había incumplido también el método de pago estipulado en el contrato, que fue modificado por ambas partes mediante Adenda, de fecha 8 de junio de 2016, y que consiste en **[CONFIDENCIAL VP⁵]**.

Internet Xpress reconoció la existencia de los impagos de las facturas relativas a los servicios referidos, indicando como motivos de su impago el cambio de titularidad de las participaciones de Internet Xpress y la reestructuración bancaria de la sociedad resultante de dicha operación mercantil, que tuvo lugar entre enero de 2017 y finales de abril del mismo año y que afectó a las actividades ordinarias de la compañía.

En trámite de audiencia Internet Xpress ha acreditado –y así ha sido confirmado por Orange en su escrito de 3 de noviembre de 2017 (véase el Antecedente de hecho Séptimo)– el correcto cumplimiento del plan de pagos propuesto a Orange para liquidar las facturas atrasadas correspondientes a los servicios de interconexión (de los meses de septiembre y noviembre de 2016 y enero y febrero de 2017), quedando únicamente pendientes dos facturas por penalizaciones, cuyos importes ascienden a **[CONFIDENCIAL VP]**.

Estas facturas por penalizaciones deben quedar ajenas al objeto del presente conflicto, en tanto que su exigencia de pago no es competencia de esta Comisión, al corresponder a la esfera jurídico-privada de las partes, tal y como se indicó en el informe de la DTSA, de 31 de julio de 2017, comunicado en trámite de audiencia a las partes.

Por otra parte, es de interés mencionar que, de la documentación obrante en el expediente, no se desprende que se hayan producido otros antecedentes de impago de facturas por los servicios de interconexión derivados del contrato de 21 de febrero de 2013, entre Orange e Internet Xpress, cuya vigencia supera ya los cuatro años.

Además, en su escrito de 3 de noviembre de 2017, Orange ha negado que se hubieran producido más impagos de facturas relacionadas exclusivamente con la prestación de los servicios de interconexión a Internet Xpress.

El contrato de servicios mayoristas firmado entre Orange e Internet Xpress el 21 de febrero de 2013 es de carácter privado, por lo que éste ha de regirse por el principio de libertad de pactos entre las partes, tanto para negociar como para decidir sobre su contenido, cumpliendo evidentemente con la normativa civil en

⁵ **[CONF. VP. FIN CONF.]**

materia de contratos (artículo 1254 y siguientes del Código Civil⁶) así como la que sea aplicable según el contenido específico del acuerdo que se negocie.

En este mismo sentido, el artículo 12.3 de la LGTel de 2014 señala que *“no existirán restricciones que impidan que los operadores negocien entre sí acuerdos de acceso e interconexión”*.

El único límite a la citada libertad de pactos consiste en la posible intervención de la CNMC, siempre y cuando esté justificado y tenga por objeto fomentar y 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 de la LGTel, en virtud de lo dispuesto en el artículo 12.5 del citado texto legal. Entre tales objetivos está la supervisión de la ejecución de la regulación mayorista dictada por esta Comisión, que debe regirse por el principio de intervención mínima.

De esta manera, la intervención del regulador debe ser lo menos intrusiva posible, en los casos en que sea necesario por motivos de interés público y respetuosa del principio de primacía de la negociación entre las partes.

Siendo esto así, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC ha de tomar en consideración el cumplimiento tardío de las obligaciones de pago incluidas en el contrato, por Internet Xpress, al pagar las facturas adeudadas por los servicios de interconexión, cuyo impago motivó el inicio del presente procedimiento por parte de Orange.

Dada la no existencia de impagos en la actualidad, tal y como han alegado ambas operadoras, esta Sala entiende que la solicitud inicial de Orange, de autorizarle la cesación de los servicios mayoristas prestados a Internet Xpress, ha perdido su objeto de manera sobrevenida.

Por otra parte, no procede aceptar la nueva solicitud de Orange, consistente en mantener abierto el expediente de referencia hasta que negocie con Internet Xpress la constitución de un aval que cubra los costes por futuros impagos de los servicios de interconexión.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que los supuestos que habilitan a esta Comisión para suspender el plazo de resolución de los procedimientos están tasados en el artículo 22 de la LPAC, sin que ninguno sea aplicable al presente caso. En segundo lugar, Orange no ha aportado información alguna que acredite formalmente tal negociación. En este sentido, Internet Xpress ha negado expresamente que haya habido una negociación sobre este aspecto con su empresa y, adicionalmente, ha declarado a esta Comisión que no va a formalizar ningún aval para garantizar el pago de los servicios de interconexión.

⁶ Artículo 1255 del CC: *“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”*.

El artículo 21.1 de la LPAC dispone que:

“[L]a 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. (...).”

Asimismo, el artículo 84 de la LPAC establece expresamente como causa de terminación del procedimiento, la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas. La resolución que ponga fin al procedimiento por desaparición sobrevenida de su objeto ha de ser motivada, de conformidad con lo señalado en los artículos 35.1.g) y 84.2 de la LPAC.

Por consiguiente, se estima procedente archivar la solicitud de Orange de autorizarle a cesar en la prestación de servicios, por haber desaparecido el objeto que justificó la misma, debiendo pronunciarse la presente Resolución en este sentido.

TERCERO.- Sobre la solicitud de autorización a Orange para cesar en la prestación de servicios mayoristas de interconexión por futuros impagos de Internet Xpress

No obstante lo dispuesto en el Fundamento Jurídico Material anterior, procede pronunciarse en relación con la nueva solicitud de Orange presentada a través de su escrito de 3 de noviembre de 2017, relativa a que se le autorice a suspender los servicios mayoristas en caso de futuros impagos por parte de Internet Xpress. Internet Xpress indica que esta Comisión no dispone de cobertura legal para resolver sobre la nueva solicitud de Orange. Sin embargo, cabe indicar que atendiendo a lo dispuesto en el artículo 88 de la LPAC esta Comisión está obligada a que, en la resolución de los procedimientos, decida sobre todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo, siendo congruente con las peticiones formuladas por el interesado solicitante del procedimiento, sin que en ningún caso se le agrave su situación inicial.

A tal efecto, debe señalarse que, como se ha analizado en el Fundamento Jurídico Material Primero, el contrato firmado entre las partes permite su resolución cuando se produzca un incumplimiento de las obligaciones contractuales, como es el pago de los servicios (cláusula 2.6).

Si atendemos a las circunstancias en las que se ha desarrollado el presente caso, cabría considerar que Orange reclamó reiteradamente el pago de los servicios prestados a Internet Xpress desde que comenzó a impagarlos en septiembre de 2016, sin que esta operadora haya procedido a efectuar el pago de los servicios hasta la interposición del presente conflicto. Así, en el trámite de

audiencia, Internet Xpress ha presentado la acreditación de haber pagado la totalidad de las facturas debidas por los pagos de interconexión (salvo las penalizaciones).

Esta Sala de Supervisión Regulatoria—y anteriormente, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones— han venido rechazando que los operadores tengan la obligación de soportar impagos continuos por la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. Entre otras, véanse las Resoluciones de esta Sala de 17 de marzo y 8 de octubre de 2015. En ambas resoluciones, la CNMC autorizó el cese de la prestación de servicios mayoristas de comunicaciones electrónicas por incumplimiento continuo de la obligación de pago por los servicios recibidos. Asimismo, pueden verse las resoluciones más recientes de fechas 12 de mayo de 2016, 4 de mayo de 2017 y 21 de junio de 2017.

Y es que la prestación de servicios mayoristas de telecomunicaciones conlleva unos costes para los operadores y, por tanto, los mismos han de ir acompañados de la correspondiente contraprestación. Si ésta no se realiza durante un período continuado no puede más que autorizarse el cese de los servicios mayoristas, máxime cuando así lo prevé el propio contrato entre las partes.

Pero en todos los casos resueltos hasta ahora se trataban de situaciones en las que los impagos reiterados persistían y las deudas se había acreditado como liquidadas y exigibles en los propios procedimientos en los que se dictaron dichas resoluciones.

No es el caso que nos ocupa. Esta Sala, a tenor de las actuaciones llevadas a cabo en el presente procedimiento, no puede resolver a priori sobre supuestos impagos que todavía no se han producido ni sin que tenga certeza de que se van a producir irremediamente. En caso de existir nuevos impagos Orange podrá volver a instar la intervención de esta Sala, sirviendo, en su caso, este procedimiento como antecedente de la reiteración de los impagos por parte de Internet Xpress.

No se considera, por lo tanto, razonable ni proporcionado aceptar la solicitud de Orange de autorizarle a cesar en la prestación de servicios mayoristas a Internet Xpress sobre la base del supuesto de que se pudieran volver a producir impagos de facturas de servicios por parte de este operador sin que previamente tenga que acudir a la CNMC para que ésta Sala analice si se reproducen las circunstancias necesarias para autorizar la cesación de los servicios mayoristas como hubiera sido el caso de no liquidar las deudas que dieron lugar al inicio del presente procedimiento.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar el archivo de la solicitud de Orange Espagne, S.A.U. para cesar en la prestación de servicios mayoristas de telecomunicaciones a Internet Xpress, S.L., por haber desaparecido el objeto que justificó su iniciación.

SEGUNDO.- Desestimar la solicitud de Orange Espagne, S.A.U. de autorizarle a cesar en la prestación de servicios mayoristas de interconexión a Internet Xpress, S.L. en caso de producirse futuros impagos de las facturas correspondientes a dichos servicios.

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.