

RESOLUCIÓN RELATIVA AL CONFLICTO INTERPUESTO POR DEVANDHOST, S.L. CONTRA TELE ALHAMA, S.L., SOBRE LA SUSPENSIÓN DEL SERVICIO POR IMPAGO DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES

CFT/D TSA/050/19/DEVANDHOST vs TELE ALHAMA SUSPENSIÓN DE SERVICIOS

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. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 4 de febrero de 2020

Vistas las actuaciones practicadas en el expediente con nº CFT/D TSA/050/19, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** adopta resolución basada en los siguientes:

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Escrito de interposición de conflicto de Devandhost

Con fecha 22 de mayo de 2019, tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) escrito del operador Devandhost, S.L. (Devandhost), mediante el que plantea un conflicto de interconexión contra Tele Alhama, S.L. (Tele Alhama) por impago de los servicios de telecomunicaciones prestados a este último.

En concreto, Devandhost señala que ha alquilado un circuito de datos de 10 Gbps a Tele Alhama y un “*rango de direccionamiento /24 ipv4*” que este operador no le paga. Devandhost ha intentado en varias ocasiones contactar con Tele Alhama, pero este último se niega a abonar los pagos recurrentes porque, según Tele Alhama, no se les entregó el servicio completo.

Por ello, la operadora solicita que se le autorice a desconectar a Tele Alhama “*con efecto inmediato a partir del día 1 de junio de 2019*” y que se reclamen a

Tele Alhama las cuotas insatisfechas, así como la penalización por rescisión del contrato.

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

Mediante sendos escritos de la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA) de la CNMC, de fecha 6 de junio de 2019, se comunicó a Devandhost y a Tele Alhama que había quedado iniciado un procedimiento de conflicto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4, 21.3 y 21.4, párrafo segundo, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

Asimismo, por ser necesario para el examen y mejor conocimiento de los hechos, al amparo de lo dispuesto en el artículo 75.1 de la LPAC, se formularon requerimientos de información a los interesados en el procedimiento.

TERCERO.- Contestación de los interesados a los requerimientos de información

Con fecha 21 de junio de 2019, se recibió en el registro de la CNMC el escrito de Tele Alhama mediante el que daba contestación al requerimiento de información formulado por esta Comisión.

Por su parte, Devandhost accedió el día 18 de junio de 2019 al requerimiento remitido el día 6 del mismo mes y año. Devandhost no ha contestado al citado requerimiento.

CUARTO.- Declaración de confidencialidad

Con fecha 2 de agosto de 2019, la DTSA declaró confidencial algunos datos aportados por Devandhost y Tele Alhama en sus escritos de fecha 22 de mayo y 21 de junio de 2019, respectivamente, así como la información contenida en los documentos que acompañaron dichos escritos.

QUINTO.- Trámite de audiencia y alegaciones de las partes

El 26 de noviembre de 2019, y de conformidad con lo estipulado en el artículo 82 de la LPAC, se puso a disposición de Devandhost y de Tele Alhama el informe de la DTSA, emitido en el trámite de audiencia¹, otorgándoles el debido plazo para que efectuaran sus alegaciones y aportaran los documentos que estimaran pertinentes.

Los interesados no han presentado alegaciones.

¹ La notificación del trámite de audiencia a Tele Alhama se efectuó el día 27 de noviembre de 2019. Devandhost no ha accedido a la notificación, habiendo sido puesta a disposición de la empresa hasta el día 12 de diciembre de 2019, entendiéndose por tanto rechazada.

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

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

ÚNICO.- Habilitación competencial de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y ley aplicable

La competencia de la CNMC para intervenir en este procedimiento resulta de lo dispuesto en la normativa sectorial. En este sentido, el artículo 6 de la LCNMC señala que este organismo “*supervisará y controlará el correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas*”, correspondiéndole a estos efectos “*resolver los conflictos en los mercados de comunicaciones electrónicas a los que se refiere el artículo 12.1.a) de la presente Ley*” y “*realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre², y su normativa de desarrollo*”.

Asimismo, los artículos 12.5 y 70.2.g) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (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.

En ejercicio de sus funciones en el ámbito de la interconexión y el acceso, esta Comisión está 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.

El presente procedimiento tiene por objeto analizar la solicitud presentada por Devandhost para que se le autorice a desconectar a Tele Alhama y reclamar a la misma las cuotas insatisfechas, así como la penalización por rescisión del contrato, como consecuencia del impago de los servicios de telecomunicaciones prestados.

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 virtud del 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.

² Actualmente, la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

Por último, este procedimiento, en lo no previsto por la LCNMC y la LGTel, se rige por lo establecido en la LPAC.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre las relaciones entre los operadores interesados en el presente conflicto

Las partes interesadas en el presente conflicto son las siguientes:

- Devandhost es un operador inscrito en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, que gestiona la CNMC, para la prestación de las siguientes actividades de comunicaciones electrónicas³:
 - Explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas basada en la utilización del dominio público radioeléctrico, a través de frecuencias de uso común.
 - Prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas de proveedor de acceso a Internet, reventa del servicio vocal nómada y transporte de la señal de los servicios de comunicación audiovisual.
- Tele Alhama es un operador inscrito en el Registro de Operadores para la explotación de una red terrestre soporte del servicio de radiodifusión sonora y televisión y diversos servicios de comunicaciones electrónicas, entre los que se encuentran la reventa del servicio telefónico fijo, la reventa de capacidad de transmisión/circuitos, interconexión de redes de área local y proveedor de acceso a Internet⁴.

Con fecha 5 de octubre de 2018, Devandhost suscribió un contrato de prestación de servicios con Tele Alhama para la prestación de un *“servicio consistente en procurar ancho de banda para tráfico de datos (...) mediante caudal de fibra óptica simétrica mediante transporte FTTH (1000 Mbps simétricos con direccionamiento IPV4 Público Clase c/24)”* (cláusula 1.2).

Con fecha 10 de octubre de 2018, Tele Alhama abonó a Devandhost, en concepto de fianza por el pago del circuito de 10 Gbps, un importe de **INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS [] FIN CONFIDENCIAL** euros, de cuyo ingreso aportó acreditación en su escrito de fecha de 21 de junio de 2019⁵.

³ RO/DTSA/0578/18

⁴ Inscrito en el Registro de operadores desde el año 2001: expedientes RO 2001/3888, RO 2001/5166, RO 20101744 y RO 2013/2355.

⁵ Existe una incongruencia, respecto de la velocidad contratada, entre el contrato firmado, las declaraciones de las partes y la factura aportada al expediente. Mientras que la factura y las partes se refieren en todo momento al servicio de 10 Gbps que debía ser prestado por Devandhost, el contrato firmado señala que *“[el servicio] se llevará a cabo mediante caudal de*

En esa misma fecha -10 de octubre de 2018-, Devandhost confirmó por correo electrónico a Tele Alhama que la fecha estimada de entrega del servicio contratado era el 1 de diciembre de 2018. Con fecha 19 de enero de 2019, Devandhost comunica que existen ciertos problemas en la instalación del circuito a Tele Alhama, en los siguientes términos:

“Es totalmente inviable conectar nuestro circuito y levantar una simple ruta para propagación de BGP.

Además, es inviable por nuestro lado no tener acceso al core ni siquiera para monitorización. Nosotros de la forma propuesta no podemos garantizar bajo ningún concepto nuestro servicio y mucho menos el SLA. Para poder garantizar todo eso necesitamos tener acceso al Core desde el cuál se va a dar acceso a Internet.”

La fecha de puesta en servicio se fue retrasando. El 21 de enero de 2019, Devandhost remite un correo a Tele Alhama en el que le incluye direcciones IP y puertos de acceso –según Tele Alhama, erróneos-. Posteriormente, con fechas 5 y 7 de febrero de 2019, Devandhost envía a Tele Alhama “nuevas direcciones IP y puertos de acceso” –que, de nuevo, según Tele Alhama, son erróneos-.

Tras varios correos intercambiados entre las partes y puesto que, según Tele Alhama, todavía no disponían del servicio contratado, con fecha 1 de marzo de 2019, este operador comunica a Devandhost su decisión de resolver el contrato, solicitándole la devolución de la fianza.

Tele Alhama declara en sus alegaciones a la CNMC de 21 de junio de 2019 que el circuito de acceso mayorista de 10 Gbps nunca estuvo en funcionamiento, *“impidiendo de este modo su utilización por parte de Tele Alhama”*. Para acreditar esta afirmación, Tele Alhama adjunta un informe pericial de fecha 21 de junio de 2019⁶ en el que se concluye que *“el circuito de acceso mayorista de 10 GBPS del proveedor DEVANDHOST, S.L. nunca ha estado en funcionamiento, impidiendo de este modo su utilización por parte de Tele Alhama, S.L.”*.

Con fecha 5 de agosto de 2019, la DTSA dio traslado de este informe pericial a Devandhost, sin que la empresa haya presentado alegaciones al respecto.

SEGUNDO.- Archivo del expediente por desaparición sobrevenida del objeto, en relación con la autorización de desconexión del servicio

De los hechos y manifestaciones anteriores, se concluye que a día de hoy el servicio objeto del *“Contrato de prestación de servicios”* que suscribieron los interesados el 5 de octubre de 2018 no se está prestando –en base al informe pericial aportado por Tele Alhama- y que ambos operadores coinciden en que

fibra óptica simétrica mediante transporte FTTH (1000 MBPS simétricos)”. 1000 Mbps equivalen a 1 Gbps, no a 10 Gbps.

⁶ Informe pericial acreditativo del no funcionamiento del circuito de acceso mayorista de 10 Gbps del proveedor Devandhost, S.L.

desean rescindir el citado contrato, Devandhost ante la falta de pago y Tele Alhama por las razones expuestas anteriormente.

En consecuencia, el primer motivo del presente conflicto, que es la autorización de la desconexión a Tele Alhama del servicio contratado, ha decaído, sin que exista ninguna cuestión en este punto sobre la que la CNMC deba pronunciarse.

Tal y como dispone el artículo 21.1 de la LPAC:

“La Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación.

En los casos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como 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 las normas aplicables”.

En el mismo sentido, el artículo 84.2 de la LPAC establece 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, procede declarar desaparecido el objeto del conflicto en este punto.

TERCERO.- Sobre la solicitud de Devandhost, en relación con el pago de cuotas atrasadas y la penalización prevista en el contrato

Devandhost, además de solicitar la autorización para resolver el contrato, pide que se obligue a Tele Alhama a que le abonen las cuotas insatisfechas, así como el importe correspondiente a la penalización por la rescisión del contrato. En concreto, Devandhost señala que el contrato establecía una permanencia mínima de siete años y que, *“para rescindir el contrato según las cláusulas de rescisión, el Cliente está obligado a satisfacer un año entero de cuotas para poder cancelar el contrato. A partir del segundo año el 60% del contrato”.*

Por su parte, Tele Alhama considera que, ante la falta de prestación del servicio, Devandhost debe devolverle la fianza abonada en octubre de 2018.

A este respecto, examinado el contrato, se comprueba que la cláusula 6.1 establece una duración inicial **INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS [] FIN CONFIDENCIAL**. En caso de resolución anticipada sin causa, la cláusula 6.4 prevé que se abone **INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS [] FIN CONFIDENCIAL** de la totalidad de las cantidades que habrían de satisfacerse por el cliente hasta la fecha de la finalización del contrato. No se deberán abonar

estas cantidades si se produce un **INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS**
[] **FIN CONFIDENCIAL** (cláusula 6.5.c).

No se ha localizado ninguna previsión en el contrato sobre la permanencia mínima de siete años ni sobre los porcentajes a devolver que señala Devandhost.

En relación con las solicitudes de intervención por parte de la CNMC, anteriormente señaladas, debe recordarse cuál es el ámbito de actuación de este organismo público⁷. La jurisdicción contencioso-administrativa ha tenido la oportunidad de pronunciarse en repetidas ocasiones acerca de los límites a la intervención del regulador sectorial en controversias entre operadores de comunicaciones electrónicas y, en particular, *“sobre el carácter civil-mercantil”* de este tipo de relaciones, cuando se sitúan fuera del *“juego de la interpretación o aplicación de las reglas de interconexión”*.

En su sentencia de 28 de junio de 2011⁸, el Tribunal Supremo rechazó la competencia de la autoridad nacional de reglamentación para instar al pago de las penalizaciones contenidas en los contratos que vinculaban al operador con poder significativo de mercado (PSM) con otros operadores. Como recoge la citada sentencia, *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no es competente para pronunciarse, al resolver los conflictos de acceso, sobre las consecuencias meramente patrimoniales de [los incumplimientos por parte del operador con PSM de los términos preestablecidos en una oferta de referencia]. Y entre ellas se encuentran precisamente las penalizaciones pactadas que no son, a la postre, sino una modalidad de desembolso económico que un operador habrá de hacer a favor de otro por causa de sus incumplimientos contractuales, dolosos o culposos”*.

Para el Tribunal Supremo, no es función del regulador *“ordenar que uno de los operadores pague al otro la compensación por los retrasos ya producidos: su función de vigilar porque el acceso sea facilitado de modo efectivo se corresponde con la adopción de las medidas ejecutorias a su alcance, sin que para ello sea necesario pronunciarse sobre el abono de las cantidades debidas a causa de los retrasos ya consumados”*.

⁷ Ver, por ejemplo, la Resolución dictada por la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, de 19 de abril de 2018, en el expediente con referencia CFT/D TSA/030/17/GIT vs. TELECABLE.

⁸ Recurso de casación núm. 5732/2008. En dicho asunto, fue objeto de recurso la Resolución de 29 de septiembre de 2005 sobre el conflicto de acceso entre Jazz Telecom y Telefónica, en relación con el cumplimiento de plazos de la oferta de acceso al bucle de abonado (OBA). El Tribunal Supremo se ha pronunciado en numerosas instancias en términos casi idénticos a los expuestos en la sentencia referenciada, ver por ejemplo sentencias de 29 de junio de 2011 (rec. cas. 2349/2009); 6 de julio de 2011 (rec. cas. 145/2009); 14 de noviembre de 2011 (rec. cas. 618/2009); 24 de abril de 2012 (rec. cas. 2666/2009); 18 de enero de 2013 (rec. cas. 6446/2010); 15 de noviembre de 2013 (rec. cas. 5878/2010).

Asimismo, en su sentencia de 10 de noviembre de 2016⁹, el Tribunal Supremo se pronunció en los siguientes términos:

“La Comisión debe, sin duda, determinar el comportamiento de los diversos agentes, y le corresponde asimismo conocer y sancionar, en su caso, la negativa a reconocer o cumplir las condiciones económicas a los acuerdos de interconexión, como lo sería la negativa o rechazo a reconocer o asumir sus obligaciones económicas o la disputa de cuáles fuesen tales obligaciones, que están revisadas y en ocasiones directamente determinadas por la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Sin embargo, en el caso presente, la Comisión ha sobrepasado tales atribuciones, pues no hay ninguna disputa entre las partes en cuanto a cuáles sean tales obligaciones consecuencia de las relaciones de interconexión y, por tanto, nada que afecte de manera directa al buen funcionamiento de tales relaciones”.

Así, las atribuciones conferidas por la Ley 9/2014 al órgano regulador en orden a la resolución de los conflictos de interconexión no alcanzan a aquellos aspectos o consecuencias patrimoniales que pertenecen al ámbito de las relaciones mercantiles».

A la luz de esta Jurisprudencia, se concluye que la CNMC resulta competente para pronunciarse sobre la posible negativa de un operador a reconocer o cumplir con las condiciones económicas acordadas en un acuerdo de acceso o interconexión¹⁰. La CNMC no puede, sin embargo, entrar a valorar la legalidad de una actuación meramente civil o mercantil, cuando las consecuencias de dicha actuación son puramente patrimoniales y no afectan al correcto funcionamiento del mercado o al modo en que las partes se relacionan en un entorno regulado. Tal y como señala el Tribunal Supremo, en estos casos las controversias que se puedan suscitar entre las partes deberán ser solventadas por la jurisdicción civil.

Dadas las circunstancias descritas relativas a impagos y penalizaciones por un servicio que ninguna de las partes desea actualmente –prestar o recibir, respectivamente- y cuya prestación no ha quedado acreditada, se considera que las consecuencias derivadas de esta falta de prestación no afectan al ámbito jurídico-público de la relación entre Tele Alhama y Devandhost, por lo que quedan fuera del ámbito de decisión de esta Comisión. Las cuestiones planteadas tienen a la postre un carácter meramente patrimonial que deberá ser

⁹ Recurso de casación núm. 229/2014. En dicho asunto, fue objeto de recurso la Resolución de 28 de julio de 2011 relativa al conflicto de interconexión presentado por Least Cost Routing Telecom frente a Telefónica de España y Telefónica Móviles España, como consecuencia de la retención de los pagos de interconexión efectuada por estos operadores en relación con el tráfico originado en roaming en España y con destino a números de tarificación adicional 80Y asignados a LCR (RO 2010/2491). Este pronunciamiento es reiterado en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2018 (recurso de casación 3591/2017).

¹⁰ Por ejemplo, cuando el contenido preciso de tales obligaciones sea objeto de disputa entre las partes.

examinado por la jurisdicción correspondiente, en su caso. Por ello, se inadmite la solicitud de Devandhost en este punto.

CUARTO.- Sobre el título habilitante necesario para prestar el servicio de banda ancha

Tele Alhama denuncia en su escrito de 21 de junio de 2019 que Devandhost no figura inscrito en el Registro de Operadores para el servicio que contrató con él, por lo que entiende que es responsable directo de una infracción administrativa muy grave, tipificada en el artículo 76.2 de la LGTel, consistente en la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades, establecidos en los artículos 6.1 y 6.2 de la LGTel.

De los datos obrantes en esta Comisión, no queda claro si el servicio que contrató Tele Alhama a Devandhost, que consiste en el suministro de ancho de banda para tráfico de datos, se corresponde con el servicio de *“prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas de proveedor de acceso a Internet”* o si se trata más bien de un servicio de *“reventa de capacidad de transmisión/circuitos y suministro de conmutación de datos por paquetes o circuitos”*.

Devandhost figura inscrito en el Registro de Operadores para la prestación del servicio de Proveedor de acceso a Internet. Por lo que, si fuera el primero de los servicios indicados en el párrafo anterior, estaría ya inscrito y no procedería la apertura de un procedimiento sancionador.

No obstante, Devandhost también notificó su intención de prestar el servicio de *“reventa de capacidad de transmisión/circuitos y suministro de conmutación de datos por paquetes o circuitos”* a la CNMC el 28 de mayo de 2018. Sin embargo, no se le inscribió por faltar documentación relativa a la descripción funcional de los citados servicios y a la oferta y descripción comercial, como se le indicó en la Resolución de 4 de junio de 2018¹¹.

En el supuesto de que el servicio que vaya a prestar Devandhost se tratara de un servicio de conectividad de datos distinto de la provisión de acceso a internet y que la transmisión de datos se realice desde y con destino a elementos de su red, se debería inscribir como prestador del suministro de conmutación de datos por paquetes o circuitos y, en el caso de que revenda capacidad de transmisión de terceros debería notificar la reventa de capacidad de transmisión/circuitos.

Ante la falta de datos para poder calificar el servicio que tiene intención de prestar, no se considera que existan elementos suficientes a día de hoy para

¹¹ Resolución relativa a la notificación presentada por la entidad DEVANDHOST, S.L. UNIPERSONAL para su inscripción en el Registro de Operadores como persona autorizada para la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas (RO/DTSA/0578/18).

abrir un procedimiento sancionador por la presunta comisión de la infracción prevista en el artículo 76.2 de la LGTel. No obstante, se recuerda a Devandhost que, si deseara ofrecer alguno de los servicios anteriores, deberá notificarlos con anterioridad a su prestación.

En atención a lo recogido en los anteriores Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

RESUELVE

PRIMERO.- Archivar la solicitud de Devandhost, S.L. en relación con el cese de la prestación del servicio de alquiler de un circuito de datos, por haber desaparecido el objeto de esta solicitud.

SEGUNDO.- Inadmitir la solicitud de Devandhost, S.L. en relación con el abono de las cuotas insatisfechas y la penalización por rescisión del contrato por parte de Tele Alhama, S.L.

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.