

ACUERDO POR EL QUE SE INADMITE LA SOLICITUD DE HAPPYNET BE WIFI, S.L.U., POR LA QUE INTERPONE UN CONFLICTO CONTRA VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. EN RELACIÓN CON LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ALQUILER DE CIRCUITOS

CFT/DTSA/174/19/HAPPYNET vs VODAFONE ALQUILER CIRCUITOS

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a. Pilar Sánchez Núñez

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 25 de marzo de 2021

Vistas las actuaciones practicadas en el expediente con nº CFT/DTSA/174/19, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** adopta el siguiente acuerdo:

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Escrito de interposición de conflicto de Happynet

Con fecha 23 de diciembre de 2019, Happynet Be Wifi, S.L.U.¹ (Happynet) denunció ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) a Vodafone España, S.A.U. (Vodafone), por el incumplimiento de los plazos de entrega de servicios de alquiler de circuitos contratados y del acuerdo comercial pactado con este operador.

SEGUNDO.- Subsanación de la solicitud a Happynet

Por resultar insuficiente la documentación remitida por Happynet que acompañaba al escrito citado en el apartado anterior, mediante escrito de la

¹ Entidad inscrita en el Registro de Operadores como persona autorizada para la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas basada en la utilización del dominio público radioeléctrico a través de frecuencias de uso común y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas de proveedor de acceso a Internet, correo electrónico, suministro de conmutación de datos por paquetes o circuitos, la interconexión de redes de área local, la reventa del servicio vocal nómada y el servicio vocal nómada (Resolución de 23 de enero de 2019, expediente número RO/DTSA/057/19).

Directora de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA), de fecha 3 de marzo de 2020, se solicitó determinada información a Happynet para conocer el alcance de su pretensión y el soporte fáctico de sus afirmaciones, y poder dar curso a su solicitud, de acuerdo con el artículo 68.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

Con fecha 16 de marzo de 2020, se recibió escrito de contestación al anterior requerimiento de Happynet, al que acompañaba determinada documentación.

TERCERO.- Suspensión del cómputo de los plazos administrativos

De conformidad con lo previsto en la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto, se suspendieron términos y se interrumpieron los plazos para la tramitación del procedimiento de referencia.

Con efectos desde el 1 de junio de 2020, y según lo establecido en el artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, se procedió a la reanudación del cómputo de los plazos administrativos que habían sido suspendidos.

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

Mediante sendos escritos de la DTSA, de fecha 23 de junio de 2020, se comunicó a Happynet y a Vodafone 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 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 Happynet y Vodafone, cuyas contestaciones se recibieron los días 8 y 17 de julio de 2020, respectivamente.

QUINTO.- Solicitud de Vodafone de ampliación de plazo de contestación al requerimiento

Con fecha 2 de julio de 2020, Vodafone solicitó ampliación del plazo para contestar el requerimiento mencionado en el párrafo anterior, siéndole concedida una ampliación de tres días con fecha 3 de julio de 2020.

SEXTO.- Declaraciones de confidencialidad

Mediante acuerdos de la directora de la DTSA de fecha 18 de septiembre de 2020, se declaró como confidencial determinada información aportada por Happynet y Vodafone.

SÉPTIMO.- Solicitud y acceso al expediente por Vodafone

Con fecha 2 de octubre de 2020, se recibió escrito de Vodafone en el que solicitaba acceso al expediente.

Mediante acuerdo de la directora de la DTSA de 22 de octubre de 2020, se procedió a dar traslado a Vodafone de la documentación obrante en el expediente de la que se excluyeron aquellos documentos que ya obraban en poder de este operador.

OCTAVO.- Trámite de audiencia y alegaciones

De conformidad con lo previsto en el artículo 82 de la LPAC, con fecha 1 de febrero de 2021, se puso a disposición de los interesados el informe de la DTSA, emitido en el trámite de audiencia, otorgándoles un plazo de diez días para que efectuaran sus alegaciones y aportaran los documentos que estimaran pertinentes.

Con fecha 15 de febrero de 2021, se recibió escrito de alegaciones de Vodafone. Por su parte, Happynet no ha formulado alegaciones en el trámite de audiencia.

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

Las competencias de la CNMC para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial de telecomunicaciones. En este sentido, el artículo 6 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (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 noviembre^[2], y su normativa de desarrollo*”.

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

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.

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 analizar la solicitud de Happynet es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC. No obstante, su competencia solo podrá ser ejercida en la medida en la que la cuestión a resolver se encuentre dentro de las facultades que la legislación sectorial le atribuye a este organismo.

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 los hechos denunciados

En enero de 2019, Vodafone y Happynet suscribieron un *Contrato de Prestación de Servicios de Comunicaciones Corporativas* que incluía el alquiler de un circuito de 1 Gb. Posteriormente, con fecha 26 de junio de 2019, ambos operadores suscribieron un apéndice al citado contrato para ampliar el circuito a 3 Gb. Vodafone señala que los trabajos necesarios para la provisión de esta ampliación le costaron **INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS []**, pero finalmente Happynet decidió cancelarlo unos días antes de la entrega.

En su escrito de 29 de diciembre de 2019, Happynet denuncia que el circuito contratado en enero de 2019 debería haberse entregado el día 19 de marzo de 2019, con un periodo de carencia en el pago de la cuota mensual de dos meses, pero que se produjo un retraso en la entrega por parte de Vodafone y el circuito no estuvo certificado y funcionando hasta julio de 2019. Happynet plantea en un primer momento el conflicto por *“el incumplimiento [por Vodafone] en la entrega del circuito en tiempo y forma”* de acuerdo con el contrato.

Por su parte, Vodafone declara que el circuito se entregó el día 22 de mayo de 2019, que era la fecha acordada por las partes. En la cláusula 3.1 del contrato aportado se establece la siguiente previsión sobre el plazo de instalación del circuito:

INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS [] FIN CONFIDENCIAL

Vodafone ha remitido copia de un mail en el que se detalla la planificación para la entrega del circuito, remitido a Happynet, en el que la implantación se prevé desde marzo de 2019 a mayo de 2019.

Por lo que se refiere a la facturación, según indica Vodafone, la empresa “(...) comenzó a facturar en mayo de 2019, únicamente la parte proporcional al período comprendido entre el 22/05/2019 y el 21/06/2019. El mes de julio de 2019 no se le facturó debido a un acuerdo comercial al que se llegó con Happynet. Así pues, el resto de las facturas emitidas corresponden al periodo que comienza el 21 de julio de 2019”.

Happynet señala, en su escrito de marzo de 2020, que desde que el circuito se puso en marcha, en julio de 2019, hasta septiembre de 2019, estuvo sufriendo anomalías de funcionamiento graves. En esta última fecha fue cuando dio por bueno el servicio a pesar de que, según declara, se seguían sufriendo cortes de conectividad puntuales y por mantenimiento de la red sin previo aviso de Vodafone.

Vodafone niega que el circuito presentara deficiencias en su funcionamiento. Reconoce que “únicamente se han producido algunas incidencias de carácter puntual, que se han resuelto a las pocas horas y que, en muchos casos, eran imputables a Happynet y no a Vodafone y, a pesar de ello, como deferencia se pactó con Happynet no facturar el mes de julio de 2019”.

Ante los problemas de funcionamiento denunciados por Happynet, esta empresa manifiesta que llegó a un acuerdo verbal con el comercial de Vodafone -que actualmente no trabaja para este operador- para la ampliación del plazo de carencia establecido en el contrato para el comienzo del cobro del servicio. Según Happynet, a pesar de este acuerdo verbal, Vodafone le facturó los meses de agosto, septiembre y octubre de 2019 por un importe total de **INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS []**.

Happynet señala que los problemas descritos le provocaron la pérdida del contrato de servicios de alquiler de circuitos firmado con un cliente por importe de **INICIO CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA HAPPYNET []**. En conjunto, Happynet calcula que las pérdidas sufridas como consecuencia de este retraso ascienden a **INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS []** dado que perdió “contratos cerrados a 3 años con un cliente importante y decenas de comunidades de vecinos que habían acordado contratar con Happynet”.

En su escrito de marzo de 2020, Happynet señala que *“la verdadera reclamación reside en conseguir el reconocimiento de los errores y responsabilidades y obtener la ayuda de Vodafone a restaurar lo que ha sido perjudicial para nosotros. Sin ánimo de romper relaciones si se llega a un acuerdo y sin ánimo de afectar ni a su empresa ni a sus trabajadores”*.

En julio de 2020, Happynet propuso en su escrito de contestación al requerimiento de la DTSA como solución al conflicto tres escenarios:

- 1) Que Vodafone le condonase la deuda acumulada y comenzar a pagar a partir del 1 de julio de 2021. A cambio, la empresa prorrogaría el contrato 2 años más con ampliación también de servicios, a medida que haya necesidad.
- 2) Rescindir el contrato actual en cuanto disponga de otro proveedor disponible (2 meses) y ajustar sus diferencias en los tribunales.
- 3) Que *“redacte [Vodafone] propuesta formal propia que evaluaremos y contestaremos en plazo señalado”*.

En julio de 2020, Vodafone seguía prestando el servicio a Happynet que, según aquel operador, únicamente ha abonado la primera de las facturas emitidas acumulando una deuda con Vodafone que actualmente asciende a **INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS []**.

SEGUNDO.- Valoración de las cuestiones planteadas

Del análisis de la información y documentación presentadas en el marco del presente procedimiento, se desprende que Vodafone presta un servicio de alquiler de circuitos a Happynet desde julio de 2019.

En la prestación del servicio ha habido algunos problemas que parecen actualmente resueltos. De hecho, a julio de 2020, más de un año después del inicio de la relación contractual, Vodafone continuaba prestando el servicio.

La relación contractual entre Happynet y Vodafone tiene dos facetas, una pública, en la que la intervención de la CNMC, dirigida a la protección del interés general, estaría justificada, y otra privada, relativa a los intereses de los intervinientes en esta cadena de valor que corresponde componer a las partes y dirimir ante la jurisdicción ordinaria en caso de controversia.

La LGTel establece, en su artículo 3, letras c), f) y j), la conectividad y la interoperabilidad de los servicios extremo a extremo, como objetivos a promover con el fin de que los usuarios finales puedan tener un acceso lo más amplio posible a servicios de comunicaciones electrónicas de su elección, en condiciones de igualdad y no discriminación. Asimismo, la LGTel establece que

los operadores están obligados a negociar la interconexión y que no existirán restricciones a la negociación del acceso y la interconexión –artículo 12-.

En el supuesto planteado, Vodafone está prestando un servicio de alquiler de circuitos y Happynet pretende la condonación de la deuda adquirida o que se apliquen unos descuentos en factura, por unas incidencias técnicas que parecen solventadas (puesto que el servicio se continúa prestando en la actualidad). Así, en las alternativas que ofrece Happynet a esta Comisión para la satisfacción de sus intereses, la solicitante condiciona la prórroga del contrato a una condonación de deuda de carácter indemnizatorio.

Estas cuestiones tienen una naturaleza jurídico-privada. En relación con el alcance de la intervención de la CNMC, se recuerda, como ha señalado la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC en anteriores ocasiones³, que

“La CNMC no puede (...) 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”⁴.

Por tanto, si el objeto de una reclamación es meramente patrimonial –y no sobre el servicio de telecomunicaciones prestado o afecta al interés general-, no corresponde a esta Comisión pronunciarse sobre los hechos denunciados. La reclamación de las consecuencias meramente patrimoniales producidas anteriormente deberá presentarse ante la vía jurisdiccional correspondiente.

Además del tema patrimonial, Happynet denuncia *“el incumplimiento en la entrega del circuito en tiempo y forma”* de acuerdo con el contrato. En relación con este aspecto, Happynet propone como solución la rescisión del contrato o la negociación de nuevas condiciones. Estas dos posibilidades contractuales deben ser negociadas entre las partes en cualquier momento, en los términos establecidos en el contrato, teniendo la posibilidad Happynet de rescindir el contrato.

En cuanto al segundo escenario propuesto por la solicitante -que Vodafone plantee otra propuesta de negociación de condiciones-, esta es una cuestión que debe dejarse a la negociación y autonomía de la voluntad de las partes, sin que corresponda a esta Comisión entrar a sustituir dicha negociación entre las partes

³ Resolución de 4 de febrero de 2020, 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 (exp. núm. CFT/D TSA/050/19).

⁴ La resolución se refiere a estos efectos a las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2011 (recurso de casación núm. 5732/2008) y de 10 de noviembre de 2016 (recurso de casación núm. 229/2014).

-no es objeto del conflicto una propuesta de condiciones del contrato distinta o un cambio de proveedor mayorista de servicios de telecomunicaciones-.

A este respecto, Vodafone no tiene ninguna obligación regulatoria para la prestación del servicio de alquiler de circuitos, aunque sí tiene obligaciones contractuales -con Happynet-. De los datos aportados por las partes, no se desprende que esta Comisión tenga que intervenir en base al contrato.

En consecuencia, una vez garantizada la interconexión y visto que las discrepancias se limitan a determinar las consecuencias del presunto incumplimiento de diversos extremos del contrato, no corresponde a la CNMC la resolución de la cuestión planteada.

Por todo cuanto antecede, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

ACUERDA

ÚNICO.- Inadmitir la solicitud de intervención formulada por Happynet Be Wifi, S.L.U. frente a Vodafone España, S.A.U.

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.