

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO INTERPUESTO POR PROCONO, S.A. CONTRA DEVANDHOST, S.L., EN RELACIÓN CON EL IMPAGO DE LOS SERVICIOS MAYORISTAS PRESTADOS POR EL PRIMERO

(CFT/DTSA/216/21)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D.^a Pilar Sánchez Núñez

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 9 de junio de 2022

De acuerdo con la función establecida en el artículo 6.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, la Sala de la Supervisión Regulatoria resuelve:

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|--|----------|
| I. ANTECEDENTES DE HECHO | 3 |
| Primero. Solicitud de cese de prestación de servicios por impago | 3 |
| Segundo. Comunicación a los interesados del inicio del procedimiento y requerimientos de información | 3 |
| Tercero. Contestación de PTV Telecom..... | 4 |
| Cuarto. Reiteración del requerimiento de información a los interesados | 4 |
| Quinto. Contestaciones al requerimiento de información | 4 |
| Sexto. Escrito adicional de Devandhost | 4 |
| Séptimo. Declaraciones de confidencialidad | 4 |
| Octavo. Trámite de audiencia | 4 |
| Noveno. Informe de la Sala de Competencia..... | 5 |
| II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES..... | 5 |
| Primero. Habilitación competencial de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y ley aplicable | 5 |
| III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES | 6 |
| Primero. Valoración de la solicitud de PTV Telecom | 6 |

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Solicitud de cese de prestación de servicios por impago

Con fecha 7 de diciembre de 2021, tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) un escrito de Procono, S.A. (PTV Telecom) solicitando autorización para el cese de la prestación de servicios mayoristas a Devandhost, S.L. (Devandhost) por impago, pidiendo en consecuencia dar por terminado el contrato suscrito entre ambas compañías.

En dicho escrito, PTV Telecom afirma que ha requerido formalmente el pago a Devandhost mediante burofax de 8 de noviembre de 2021 y ha reclamado ante la jurisdicción civil el importe total adeudado de **[CONFIDENCIAL TERCEROS ...]** euros, en concepto de deudas vencidas y exigibles por (i) los servicios mayoristas prestados desde julio a octubre de 2021 y (ii) material adquirido por Devandhost.

Asimismo, PTV Telecom solicita que se requiera a Devandhost “*para que en el plazo de un mes antes de la finalización del contrato comunique a sus usuarios finales la finalización de la prestación del servicio minorista, para que estos puedan valorar y decidir con cierto margen de tiempo la contratación con otro operador de telecomunicaciones, solicitando la portabilidad de su número, o darse de baja*”.

Segundo. Comunicación a los interesados del inicio del procedimiento y requerimientos de información

Mediante sendos escritos de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (D TSA) de la CNMC de 1 de febrero de 2022, se notificó a los operadores interesados (PTV Telecom y Devandhost) el inicio del procedimiento para la resolución del conflicto de portabilidad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4, 21.3 y 21.4, párrafo segundo, de la LPAC¹.

Asimismo, en dicho escrito se requirió a los operadores interesados que aportaran determinada información necesaria para la resolución del procedimiento, al amparo de lo dispuesto en el artículo 75.1 de la LPAC.

¹ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/10/01/39>

Tercero. Contestación de PTV Telecom

El 16 de febrero de 2022, PTV Telecom contestó parcialmente al requerimiento de información indicado en el Antecedente Segundo.

Cuarto. Reiteración del requerimiento de información a los interesados

El 7 de marzo de 2022, la DTSA reiteró a las partes el requerimiento de información indicado en el Antecedente Segundo, ya que PTV Telecom había contestado parcialmente al mismo y Devandhost no había contestado.

Quinto. Contestaciones al requerimiento de información

Los días 24 de marzo y 13 de abril de 2022, PTV Telecom y Devandhost contestaron a la reiteración del requerimiento de información, señalada en el Antecedente anterior.

Sexto. Escrito adicional de Devandhost

El 20 de abril de 2022, Devandhost presentó escrito adicional de alegaciones, reclamando el restablecimiento de los servicios de datos móviles y llamadas salientes a sus clientes finales.

Séptimo. Declaraciones de confidencialidad

Los días 7 y 22 de abril de 2022, la DTSA declaró la confidencialidad de determinada información aportada por PTV Telecom y Devandhost en el seno del presente procedimiento.

Octavo. Trámite de audiencia

El 26 de abril de 2022, la DTSA dio traslado de su informe en el trámite de audiencia, otorgando a los interesados un plazo de diez días para que efectuaran sus alegaciones y aportaran los documentos que estimaran pertinentes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 de la LPAC.

PTV Telecom y Devandhost no han formulado alegaciones al trámite de audiencia.

Noveno. Informe de la Sala de Competencia

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la LCNMC² 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 les son de aplicación los siguientes

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

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

Las competencias de la CNMC para intervenir en este procedimiento resultan 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 noviembre^[3], 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

² Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia <https://www.boe.es/eli/es/l/2013/06/04/3/con>

³ Ley derogada, en la actualidad es la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones. <https://www.boe.es/eli/es/l/2014/05/09/9/con>

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 PTV Telecom de dar por finalizados sus servicios mayoristas a Devandhost debido al impago por ésta de los servicios mayoristas prestados por aquélla.

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 de lo previsto en el artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, el órgano competente para conocer y resolver el presente procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

Por otro lado, el presente procedimiento, en lo no previsto por la LCNMC y la LGTel, se rige por lo establecido en la LPAC.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

Primero. Valoración de la solicitud de PTV Telecom

Como se ha señalado, PTV Telecom ha solicitado a la CNMC autorización para cesar en la prestación de servicios mayoristas de telecomunicaciones a Devandhost, por impago de tales servicios, resolviendo en consecuencia la relación contractual que mantienen ambos operadores.

Con fecha 17 de septiembre de 2020, PTV Telecom y Devandhost suscribieron un contrato de prestación de servicios mayoristas para que el segundo operador ofreciera servicios de telefonía móvil a los usuarios finales, en modalidad de reventa.

Si bien el acuerdo primero del contrato señala que Devandhost “*se convierte en comercializador de los servicios de PTV Telecom*”, varias cláusulas del contrato se refieren a una relación de reventa de servicios móviles. Por ejemplo, **[CONFIDENCIAL TERCEROS ...]**.

En el mismo sentido, la propia PTV Telecom ha afirmado en el seno del presente procedimiento que (i) “*siempre ha tratado y considerado a Devandhost como un operador móvil prestador de servicios (OMV PS), esto es, como un revendedor de servicios de comunicaciones electrónicas a terceros*” y que (ii) Devandhost

cuenta con ciento sesenta y siete (167) líneas en funcionamiento a fecha 23 de marzo de 2022⁴.

Del mismo modo, Devandhost indica que los servicios mayoristas prestados por PTV Telecom le permiten prestar servicios de telecomunicaciones a sus propios clientes. Por otro lado, Devandhost afirma que, a fecha 13 de abril de 2022, tiene doscientos ochenta y seis (286) clientes activos.

El Anexo 1 del contrato detalla las condiciones económicas aplicables a Devandhost por la prestación de los servicios contratados. Sin embargo, el contrato no contiene ninguna cláusula relativa ni al incumplimiento de las obligaciones de las partes ni a las causas de resolución del contrato.

En su faceta estrictamente contractual, el acuerdo formalizado entre PTV Telecom y Devandhost es un contrato de arrendamiento de servicios de carácter oneroso en el que tanto la prestación de los servicios mayoristas contratados como el pago del precio por tal prestación conforman las obligaciones esenciales del contrato.

El artículo 1.124 del Código Civil establece, con carácter general, la posibilidad de exigir el cumplimiento de las obligaciones pendientes y de resolver el contrato por incumplimiento de la otra parte:

“La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita para las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible”.

PTV Telecom ha aportado copia de las facturas vencidas, exigibles e impagadas de julio a octubre de 2021. Según ha acreditado ante esta Comisión, PTV Telecom reclamó formalmente el pago de los servicios prestados a Devandhost, por importe de **[CONFIDENCIAL TERCEROS ...]** euros, mediante burofax de fecha 8 de noviembre de 2021. En dicho burofax, PTV Telecom indica que si no se atiende al pago en el plazo de siete (7) días, se dará por resuelto el contrato y se reclamará judicialmente tal cantidad.

⁴ PTV Telecom ha aportado los detalles del tráfico cursado a través de dichas líneas.

En el correo electrónico que Devandhost le envió a PTV Telecom el 9 de noviembre de 2021, el primero reconoció su deuda económica y propuso un plan de pagos para liquidar la deuda existente en el plazo de ocho meses, debido a la delicada situación económica que está atravesando, a su juicio.

El 2 de diciembre de 2021, PTV Telecom reclamó dicho importe ante la jurisdicción civil.

Devandhost ha reconocido, en su escrito de 13 de abril de 2022, que tiene una deuda económica con PTV Telecom, aunque no está conforme con algunas de las facturas reclamadas⁶. Los correos electrónicos intercambiados entre PTV Telecom y Devandhost ponen de manifiesto que Devandhost lleva impagando los servicios mayoristas prestados por PTV Telecom desde octubre de 2020.

En efecto, Devandhost reconoció, en su correo electrónico de 26 de enero de 2022, que el importe adeudado ascendía a **[CONFIDENCIAL TERCEROS ...]** euros y que en dicho importe constaban facturas impagadas correspondientes al mes de octubre de 2020. Devandhost también afirmó en el mismo correo electrónico que *“había sido declarada insolvente ante los tribunales de Valencia”* por lo que no tenía, a su juicio, *“capacidad para adquirir compromiso de cuotas fijas”*.

Los correos electrónicos de fechas posteriores ponen de manifiesto que dicho importe ha aumentado. Así, PTV Telecom informó a Devandhost, mediante correo electrónico de 14 de marzo de 2022, que el importe de la deuda había ascendido a **[CONFIDENCIAL TERCEROS ...]** euros.

Asimismo, se ha tenido conocimiento de la publicación en el BORME⁷, en mayo de 2021, de la declaración de Devandhost en situación de insolvencia provisional por el Juzgado de lo Social número 3 de Valencia.

Por otro lado, Devandhost ha afirmado que PTV Telecom habría dejado de prestarle los servicios mayoristas de telecomunicaciones, con la consecuencia inminente y relevante de dejar sin servicio de voz y datos a los clientes finales. Según Devandhost, desde principios del mes de abril de 2022 PTV Telecom *“ha*

⁵ PTV Telecom ha aportado copia de los correos electrónicos intercambiados con Devandhost en noviembre de 2021.

⁶ Devandhost ha aportado copia de los correos electrónicos intercambiados con PTV Telecom en enero de 2021 y en los meses de enero a abril de 2022.

⁷ BORME de 11 de mayo de 2021. Número 87. Página 23112.

dejado a cien (100) clientes de los doscientos ochenta y seis (286) clientes que tenemos con ellos activos sin datos móviles” y a fecha 19 de abril de 2022 habría “desactivado el servicio de voz saliente y los datos móviles” a todos sus clientes finales.

La Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC –y anteriormente, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones- ha venido rechazando que los operadores tengan la obligación de soportar impagos por la prestación de servicios mayoristas de comunicaciones electrónicas -valgan por todas, las Resoluciones de la CNMC de fechas 15 de abril y 21 de octubre de 2021⁸.

Constatado el impago, la posible controversia sobre el importe a pagar por aplicación del contrato es una mera cuestión patrimonial en la que esta Comisión no puede intervenir, al exceder del interés público cuya salvaguarda le corresponde, correspondiendo estas cuestiones al orden jurisdiccional civil⁹.

Por último, debe tenerse en cuenta que una consecuencia inmediata y relevante de la eventual resolución del contrato con PTV Telecom será la imposibilidad de Devandhost de continuar prestando sus servicios móviles minoristas.

En virtud de todo lo anterior, a la vista de la información obrante en el expediente debe concluirse que ha de permitirse a PTV Telecom que cese en la prestación de los servicios mayoristas de comunicaciones electrónicas, en la medida en que Devandhost ha incumplido sus obligaciones contractuales.

No obstante, se recuerda que PTV Telecom debe continuar prestando los servicios mayoristas de telecomunicaciones a Devandhost durante el periodo establecido por la presente resolución, como medida necesaria para salvaguardar y garantizar el derecho de los clientes finales de Devandhost a los servicios de comunicaciones electrónicas.

Se recuerda a Devandhost que, 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, los operadores deben comunicar a sus usuarios finales la finalización de la prestación del

⁸ Exptes. CFT/DTSA/031/20/DESCONEXIÓN ACCESO XTRA TELECOM, XFERA E IBERCOM vs MINUTE MEDIA y CFT/DTSA/106/21/SUMA vs BLUEPHONE DESCONEXIÓN SERVICIOS

⁹ Por todas, sentencias del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2008 (RJ 2008, 1748) y de 28 de junio de 2011 (RJ 2011, 5588).

servicio minorista con un mes de antelación a dicha finalización, con el objetivo de que sus clientes puedan valorar y decidir con cierto margen de tiempo la contratación con otro operador de telecomunicaciones, solicitando la portabilidad de su número, o darse de baja. Devandhost no está dado de alta en el nodo de portabilidad móvil, debiendo tramitar las portabilidades a través de PTV Telecom. En este sentido, a partir de las comunicaciones a los usuarios finales que lleve a cabo Devandhost, PTV Telecom y Devandhost deberán facilitar la portabilidad inmediata de todos los clientes que lo soliciten.

En definitiva, en el presente caso, procede autorizar a PTV Telecom a finalizar la prestación de los servicios mayoristas contratados a Devandhost, una vez transcurrido el plazo de un mes y una semana desde la notificación a ésta de la resolución que se dicte en el presente procedimiento, extremo que se notificará a PTV Telecom.

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

RESUELVE

ÚNICO.- Autorizar a Procono, S.A. (PTV Telecom) a cesar en la prestación de servicios mayoristas a Devandhost, S.L., una vez transcurrido el plazo de un mes y una semana desde la notificación a esta última de la presente Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, Procono, S.A. y Devandhost, S.L., 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.