

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO INTERPUESTO POR XTRA TELECOM, S.A.U. CONTRA FIBRA ÓPTICA ANDALUCÍA, S.L. EN RELACIÓN CON EL IMPAGO DE LOS SERVICIOS MAYORISTAS PRESTADOS POR EL PRIMERO

(CFT/DTSA/254/22)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a Pilar Sánchez Núñez

D^a María Ortiz Aguilar

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 12 de enero de 2023

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. Escrito de interposición de conflicto de acceso.....	3
Segundo. Comunicación del inicio del procedimiento y requerimiento de información a los interesados.....	3
Tercero. Contestación a los requerimientos de información efectuados	3
Cuarto. Declaración de confidencialidad.....	4
Quinto. Trámite de audiencia a los interesados.....	4
Sexto. Informe de la Sala de Competencia	4
II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.....	5
Único. Habilitación competencial de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y ley aplicable	5
III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES	6
Primero. Hechos analizados en el presente conflicto y relación contractual entre las partes.....	6
Segundo. Valoración de la solicitud de Xtra.....	7

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Escrito de interposición de conflicto de acceso

Con fecha 20 de septiembre de 2022, se recibió en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) un escrito presentado por Xtra Telecom, S.A.U. (Xtra), por el que interpone un conflicto de acceso contra Fibra Óptica Andalucía, S.L. (Fibra Óptica Andalucía), por no pagarle los servicios mayoristas prestados.

Concretamente, Xtra señala que, a fecha de la presentación de su escrito, el operador viene impagando las facturas que se le emiten en contraprestación de los servicios recibidos, constando un impago total de **[CONFIDENCIAL]** euros.

Por ello, la operadora solicita que se autorice a Xtra al “cese de los servicios mayoristas prestados por XTRA a FIBRA ÓPTICA, quedando a discreción de XTRA la reclamación de la deuda pendiente por la vía que estime conveniente”.

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

Mediante escritos de fecha 3 de octubre de 2022, se notificó a las partes interesadas el inicio del procedimiento de conflicto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 21.4, párrafo segundo, de la LPAC¹, otorgándoles un plazo de diez días para que realizasen las alegaciones que tuvieran por conveniente.

Asimismo, por medio del citado escrito se realizaron sendos requerimientos de información a ambas empresas para que aportasen información necesaria para la instrucción y resolución del procedimiento, al amparo de lo dispuesto en el artículo 75.1 de la LPAC.

Tercero. Contestación a los requerimientos de información efectuados

Con fecha 5 de octubre de 2022, Xtra contestó al requerimiento de información, aportando documentación relativa a la relación entre las partes interesadas.

Fibra Óptica Andalucía acusó recibo de la notificación del escrito de comunicación del inicio del procedimiento y del requerimiento de información

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>

efectuado el día 6 de octubre de 2022, pero ni ha efectuado alegaciones ni ha contestado al citado requerimiento de información.

Cuarto. Declaración de confidencialidad

Con fecha 28 de octubre de 2022, fue notificada a las partes interesadas la declaración de confidencialidad de algunos datos e información contenidos en el escrito de interposición del conflicto presentado por Xtra, así como en la contestación al requerimiento de información por parte de dicha entidad.

Quinto. Trámite de audiencia a los interesados

Tras la instrucción del procedimiento, con fecha 10 de noviembre de 2022, la DTSA notificó a las partes interesadas el correspondiente informe en el trámite de audiencia, otorgándoles un plazo de diez días para que formularan las alegaciones que tuvieran por conveniente y aportaran los documentos que estimaran pertinentes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 de la LPAC.

En la misma fecha Xtra presentó sus alegaciones. Fibra Óptica Andalucía en cambio rechazó tácitamente la notificación, entendiéndose efectuado el trámite y continuando el procedimiento.

Sexto. 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

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>

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

Primero. Objeto del procedimiento

El presente procedimiento tiene por objeto analizar la solicitud presentada por Xtra de dar por finalizados sus servicios mayoristas a Fibra Óptica Andalucía debido al impago por ésta de los servicios mayoristas prestados por aquélla.

Segundo. 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 28 y 100.2.j) de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones (LGTel), facultan a la CNMC a resolver los conflictos que se susciten, a petición de cualquiera de las partes interesadas, en relación con las obligaciones existentes en virtud de la presente ley y su normativa de desarrollo entre operadores, entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión o entre operadores y proveedores de recursos asociados.

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,

³ Actualmente, la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones. <https://www.boe.es/eli/es/l/2022/06/28/11>

el órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

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. Hechos analizados en el presente conflicto y relación contractual entre las partes

Tal y como se ha expuesto anteriormente, Xtra ha presentado ante la CNMC un escrito solicitando que se le autorice a dejar de prestar los servicios mayoristas de telecomunicaciones que tiene contratados con Fibra Óptica Andalucía, dada la situación de impago de determinadas facturas en la que éste se encontraría.

Xtra ha aportado, en el marco del expediente objeto del presente conflicto, el contrato mayorista suscrito con Fibra Óptica Andalucía y al amparo del cual se han producido las desavenencias entre los interesados; concretamente se trata de un contrato para la prestación de servicios mayoristas de acceso directo IP y telefonía VoIP, de fecha 1 de septiembre de 2012.

En la cláusula 4 del contrato suministrado se establece la obligación de Fibra Óptica Andalucía de asumir sus obligaciones de pago de los servicios contratados.

Asimismo, se establece, en la cláusula Decimocuarta, letra e), que será causa de terminación del contrato “[**CONFIDENCIAL**]”.

Por tanto, en el contrato suscrito por Xtra y Fibra Óptica Andalucía se prevé la obligación de pago de ésta y el impago de los servicios mayoristas prestados como causa de terminación del contrato.

Según la información que Xtra ha aportado junto a su escrito de interposición del conflicto (contrato que rige la relación entre ambas partes, copia de las facturas impagadas y burofax reclamando el pago), Fibra Óptica Andalucía habría impagado los servicios mayoristas prestados por Xtra, existiendo concretamente un impago total de [**CONFIDENCIAL**] a fecha de interposición del presente conflicto.

Por su parte, Fibra Óptica Andalucía no ha contestado al requerimiento de información formulado por la CNMC ni ha efectuado alegación alguna sobre el escrito de interposición del conflicto de Xtra.

Segundo. Valoración de la solicitud de Xtra

Ante las circunstancias relatadas y tras el análisis de la documentación aportada, se concluye que ha de permitirse a Xtra que cese en la prestación de los servicios mayoristas de comunicaciones electrónicas. Los plazos establecidos en el contrato entre ambas operadoras para el cumplimiento de las obligaciones de pago han vencido -habiéndose sido Fibra Óptica Andalucía notificada al respecto mediante burofax de fecha 4 de julio de 2022, en el que se reclamaba el pago de las facturas pendientes-, y no consta que se hayan constituido garantías bancarias que puedan ejecutarse para responder de la deuda existente.

A este respecto, 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 civil.

Por otro lado, existen alternativas en el mercado para la contratación de los servicios mayoristas que Xtra presta a Fibra Óptica Andalucía (servicio de acceso a Internet y telefonía fija VoIP).

La Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC 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 2021 -.

Por último, debe tenerse en cuenta que una consecuencia inmediata y relevante de la eventual resolución del contrato con Xtra será la imposibilidad de Fibra Óptica Andalucía de continuar prestando sus servicios minoristas.

Por ello, se recuerda que Xtra debe continuar prestando los servicios mayoristas de telecomunicaciones a Fibra Óptica Andalucía durante el periodo establecido en la presente resolución, como medida necesaria para salvaguardar y garantizar el derecho de los clientes finales de Fibra Óptica Andalucía a los servicios de comunicaciones electrónicas.

Por otro lado, se recuerda a Fibra Óptica Andalucía 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, esta entidad deberá comunicar a sus usuarios finales la finalización de la prestación del 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.

En definitiva, en el presente caso, procede autorizar a Xtra a finalizar la prestación de los servicios mayoristas a Fibra Óptica Andalucía, una vez transcurrido el plazo de un mes y una semana desde la notificación a ésta de la presente Resolución, extremo que se notificará a Xtra.

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

RESUELVE

ÚNICO.- Autorizar a Xtra Telecom, S.A.U. a cesar en la prestación de servicios mayoristas a Fibra Óptica Andalucía, S.L., una vez transcurrido el plazo de un mes y una semana desde la notificación a este último de la presente Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, Xtra Telecom, S.A.U. y Fibra Óptica Andalucía, 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.