

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO INTERPUESTO POR XFERA MÓVILES, S.A.U. CONTRA WIFISANCTIPETRI, S.L.U., POR EL CESE EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS POR IMPAGO

(CFT/DTSA/061/22)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D.^a Pilar Sánchez Núñez

D.^a María Ortíz 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 a los interesados del inicio del procedimiento y requerimientos de información	3
Tercero. Contestación al requerimiento de información	3
Cuarto. Segundo requerimiento de información a WiFi Sanctipetri	3
Quinto. Segundo requerimiento de información a Xfera	4
Sexto. Declaración de confidencialidad.....	4
Séptimo. Trámite de audiencia	4
Octavo. Informe de la Sala de Competencia.....	4
II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.....	5
Primero. Objeto del procedimiento	5
Segundo. 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 Xfera.....	8
RESUELVE.....	13

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Escrito de interposición de conflicto de acceso

Con fecha 4 de marzo de 2022, tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) un escrito de Xfera Móviles, S.A.U. (Xfera) por el que solicita autorización para el cese de la prestación de servicios mayoristas a WiFi Sanctipetri, S.L.U. (WiFi Sanctipetri), por impagos de esta última entidad.

Asimismo, Xfera solicita que se requiera a WiFi Sanctipetri para que comunique *“a sus usuarios finales la finalización de la prestación del servicio minorista con un mes de antelación”*.

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 (DTSA) de la CNMC de fecha 8 de marzo de 2022, se notificó a los interesados (Xfera y WiFi Sanctipetri) el inicio del procedimiento de referencia, 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, en dicho escrito se requirió a las partes que aportaran determinada información necesaria para la resolución del procedimiento, al amparo de lo dispuesto en el artículo 75.1 de la LPAC.

Tercero. Contestación al requerimiento de información

Los días 24 de marzo, 1 y 5 de abril de 2022, Xfera y WiFi Sanctipetri contestaron al requerimiento de información indicado en el Antecedente anterior.

Cuarto. Segundo requerimiento de información a WiFi Sanctipetri

A la vista de la documentación obrante en el expediente, el 5 de mayo de 2022 la DTSA requirió información adicional a WiFi Sanctipetri. El operador contestó el día 20 del citado mes.

Quinto. Segundo requerimiento de información a Xfera

A la vista de la nueva documentación aportada por WiFi Sanctipetri, el 30 de mayo de 2022 la DTSA requirió información adicional a Xfera. El operador contestó el día 20 de junio y completó su contestación el día 27 del mismo mes.

Sexto. Declaración de confidencialidad

El 1 de julio de 2022, la DTSA declaró la confidencialidad de determinada información aportada por Xfera y WiFi Sanctipetri en el seno del presente procedimiento.

Séptimo. Trámite de audiencia

El 18 de octubre 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.

Xfera manifestó, mediante escrito de 18 de octubre de 2022, su conformidad con la propuesta realizada por la DTSA. Por el contrario, WiFi Sanctipetri solicitó, en su escrito de 9 de noviembre de 2022, que se desestimara la reclamación efectuada por Xfera y se procediese al archivo del procedimiento.

Octavo. Informe de la Sala de Competencia

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la LCNMC¹ 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

¹ 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 administrativo tiene por objeto analizar la solicitud presentada por Xfera, relativa a que se le autorice a cesar en la prestación de servicios mayoristas de comunicaciones electrónicas contratados por WiFi Sanctipetri, debido al incumplimiento de su obligación de pago, y que pueda de esa forma resolver la relación contractual que mantienen ambos operadores.

En contestación a las alegaciones formuladas por WiFi Sanctipetri en el trámite de audiencia, procede señalar que el presente procedimiento administrativo no tiene como objeto establecer una obligación de pago de las facturas impagadas, de conformidad con el ámbito competencial de la CNMC determinado en el Fundamento siguiente, en el ejercicio de su función pública de resolución de conflictos entre operadores.

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^[2], 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 en los mercados de comunicaciones electrónicas, 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 el ejercicio de esta función, la CNMC está habilitada para supervisar la actuación de los operadores, entre otras cuestiones, para garantizar el equilibrio

² Actualmente, la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones. <https://www.boe.es/eli/es/l/2022/06/28/11>

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.

De conformidad con lo anterior, la CNMC está facultada para determinar la fijación de precios máximos de los servicios mayoristas de telecomunicaciones en el marco de la resolución de conflictos y en el contexto de una negociación contractual entre las partes, con el objetivo de garantizar la competencia efectiva en los mercados de comunicaciones electrónicas³, pero no para imponer obligaciones de pago o liquidar cantidades, cuestiones que se consideran meramente patrimoniales y corresponden al orden jurisdiccional civil⁴.

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 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

Como se ha señalado, Xfera ha solicitado a la CNMC autorización para cesar en la prestación de servicios mayoristas de telecomunicaciones a WiFi Sanctipetri, por impago de tales servicios, lo que le permitiría resolver la relación contractual que mantienen ambos operadores. Según Xfera, WiFi Sanctipetri le adeuda **[CONFIDENCIAL TERCEROS ...]** euros.

³ Véanse entre otras las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2022 (recursos contencioso-administrativos núm. 03/7540/2020, 03/2081/2021 y 03/5232/2021).

⁴ 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).

Con fecha 3 de junio de 2016, Neutra Network Services, S.L.U. (Neutra)⁵ (las referencias realizadas a Neutra deben entenderse hechas también a Xfera) y WiFi Sanctipetri suscribieron un contrato de uso de red de acceso **[CONFIDENCIAL TERCEROS ...]**, que permite a WiFi Sanctipetri prestar servicios minoristas de banda ancha en los municipios de Chiclana de la Frontera, Puerto de Santa María y Jerez de la Frontera (Cádiz)⁶.

La duración del contrato es de diez (10) años, prorrogables por periodos mínimos de tres (3) años. Según WiFi Sanctipetri, la entidad presta actualmente servicios minoristas a **[CONFIDENCIAL]**, sobre la base de este contrato.

La cláusula 10, letra f), del contrato establece la obligación de WiFi Sanctipetri de asumir sus obligaciones de pago por los servicios contratados. Los precios del contrato están indicados en el Anexo III y serán facturados y abonados siguiendo la forma de pago descrita en la cláusula 8 de contrato.

En particular, la cláusula 8.5 dispone: **[CONFIDENCIAL TERCEROS ... FIN CONFIDENCIAL]**

En sentido parecido, la cláusula 13.1 del contrato detalla las causas de resolución del contrato a instancias de Xfera. En particular, **[CONFIDENCIAL TERCEROS ...]**.

A la vista de lo anterior, el contrato suscrito entre Xfera y WiFi Sanctipetri prevé (i) la obligación de pago de WiFi Sanctipetri; (ii) un procedimiento de suspensión del servicio por Xfera en caso de demora en el pago, total o parcial, previo a la extinción del contrato y (iii) la posibilidad de resolución del contrato en caso de impago o pago retrasado de dos (2) meses consecutivos o bien de tres (3) meses a lo largo de un año natural.

⁵ Xfera compró la unidad de negocio del operador Neutra Network Services, S.L.U., de acuerdo con la escritura de cierre de contrato de compraventa de unidad de negocio de fecha 31 de julio de 2019. Esta operación mercantil ha conllevado que Xfera haya adquirido a título universal los derechos y obligaciones de Neutra, incluido el contrato suscrito con WiFi Sanctipetri. En el expediente RO/DTSA/0233/20/CANCELACIÓN NEUTRA se cancela y se extingue la condición de operador de Neutra en el Registro de Operadores.

⁶ WiFi Sanctipetri es operador inscrito en el Registro de Operadores desde su primera notificación en 2016, para la explotación de redes de comunicaciones electrónicas y la prestación de varios servicios de comunicaciones electrónicas.

Segundo. Valoración de la solicitud de Xfera

Xfera ha afirmado, en sus escritos de 24 de marzo y 20 de junio de 2022, que WiFi Sanctipetri le adeuda **[CONFIDENCIAL TERCEROS ...]** euros. Según Xfera, este importe corresponde al impago de siete (7) facturas no consecutivas devengadas en 2017, 2018 y 2019: (i) tres (3) facturas de 2017 correspondientes a los meses de abril, agosto y diciembre, (ii) dos (2) facturas de 2018 correspondientes a los meses de febrero y marzo y (iii) dos (2) facturas de 2019 correspondientes a los meses de abril y mayo.

Xfera ha aportado, junto a su escrito inicial, una copia en formato PDF de las anteriores facturas. Atendiendo a las mencionadas fechas, las facturas fueron expedidas por Neutra (parte contractual antecesora de Xfera)⁷.

Durante la instrucción del procedimiento, así como en el trámite de audiencia, WiFi Sanctipetri ha reconocido y justificado el impago de las facturas devengadas en 2017 y 2018 en los incumplimientos contractuales incurridos por Neutra, por no prestar el servicio mayorista con la capacidad técnica ofertada y contratada.

A este respecto, WiFi Sanctipetri ha afirmado, en todos sus escritos, que había acordado verbalmente con Neutra compensar las facturas de 2017 y 2018 debido al mal servicio prestado e incumplimiento contractual por parte de dicho operador.

Los correos electrónicos aportados por WiFi Sanctipetri e intercambiados con Neutra, en distintas fechas de 2017 y 2018, ponen de manifiesto que WiFi Sanctipetri comunicó a Neutra que (i) no disponía de **[CONFIDENCIAL TERCEROS ...]** en la estación base de Chiclana de la Frontera, (ii) se estaban produciendo numerosas caídas del servicio en las tres estaciones base contratadas (en Chiclana de la Frontera y Jerez de la Frontera), provocando quejas de los clientes finales; (iii) que hubo bajos valores de latencia en aquellas fechas y; (iv) que las estaciones base no cumplían con la capacidad ofertada y contratada de usuarios por celda.

Además, se han aportado al expediente las manifestaciones hechas por los clientes finales en atención a la calidad del servicio recibida, por lo que parece evidente que hubo discrepancias sobre la prestación de los servicios.

⁷ Véase nota al pie núm. 4.

En este sentido, la documentación obrante en el expediente pone de manifiesto lo siguiente:

- Únicamente se ha advertido que en tres (3) de las facturas impagadas⁸ (de las siete) se han minorado los importes totales en **[CONFIDENCIAL TERCEROS ...]** euros cada una, en concepto de “*Abono parcial servicio mensual [CONFIDENCIAL TERCEROS]*”, sin mayores referencias al significado de estas minoraciones.
- Neutra informó y reclamó a WiFi Sanctipetri -mediante correo electrónico de 13 de junio de 2018- el pago de las tres facturas impagadas y vencidas en marzo, abril y mayo de 2018 **[CONFIDENCIAL TERCEROS ...]**.

En contestación a dicho correo electrónico, WiFi Sanctipetri reconoce y justifica el impago de las facturas de la siguiente manera:

[CONFIDENCIAL TERCEROS].

- De forma adicional, Neutra envió un burofax el 20 de septiembre de 2018 a WiFi Sanctipetri en el que, si bien no reclamaba formalmente el pago de las facturas devengadas y no satisfechas hasta esa fecha, recordaba que, de conformidad con la cláusula 8 del contrato, la demora en el pago, total o parcial, del precio del contrato conlleva (i) el devengo del interés legal del dinero y (ii) la facultad de Neutra a la resolución del contrato si el impago persiste.

Durante el trámite de audiencia, WiFi Sanctipetri ha reiterado que le “*habían compensado las deficiencias que existían en el servicio prestado por Neutra al suscribir las partes un acuerdo para no abonar las facturas correspondientes a los años 2017 y 2018 por falta de prestación de servicio y, por su parte Neutra no reclamó nunca dichas facturas ni solicitó la resolución del contrato por los acuerdos alcanzados*”. Ahora bien, la propia WiFi Sanctipetri ha reconocido en el mismo trámite de audiencia que “*no consta ningún reconocimiento expreso por parte de Neutra*” ni del incumplimiento contractual por parte de WiFi Sanctipetri ni del acuerdo verbal de compensación de facturas.

A la vista de lo anterior, ha quedado constatado y reconocido el impago por WiFi Sanctipetri de cinco (5) facturas no consecutivas devengadas en distintos meses de 2017 y 2018, según WiFi Sanctipetri por causas de calidad en la prestación

⁸ Facturas de febrero y marzo de 2018 y abril de 2019.

del servicio mayorista. Dicho esto, es evidente que ni WiFi Sanctipetri solicitó la baja del servicio ni Neutra reclamó formalmente el pago de estas facturas devengadas ni instó la resolución del contrato por impago de los servicios.

No obstante, no es posible en este punto alcanzar una conclusión sobre la responsabilidad por dichos hechos o su afectación a las facturas devengadas - más allá de la compensación parcial reflejada en esas facturas-, sobre la base de un acuerdo verbal entre las partes sobre el que esta Comisión no tiene constancia.

Tampoco resulta posible a esta Comisión comprobar los niveles de calidad del servicio mayorista prestado por Neutra debido al tiempo transcurrido entre los hechos puestos de manifiesto por WiFi Sanctipetri a través de sus correos electrónicos, en los años 2017 y 2018, y el momento actual. Además, Neutra es una entidad extinguida según la información obrante en el Registro Mercantil y Xfera, su sucesora a título universal⁹, no ha reconocido los incumplimientos de los niveles de calidad alegados por WiFi Sanctipetri a lo largo de la tramitación del procedimiento.

Por su parte, en relación con las dos facturas impagadas de 2019, según consta en la documentación obrante en el expediente, Neutra envió, el 5 de julio de 2018, un burofax a WiFi Sanctipetri informándole de que se había producido un cambio normativo consistente en el incremento “*del importe de la tasa del dominio público radioeléctrico para el año 2018 en un 28% sobre el importe liquidado en años anteriores*”; el cual conllevaba trasladar **[CONFIDENCIAL TERCEROS ...]** para el año 2019. **[CONFIDENCIAL TERCEROS ...]**; modificaciones que han de acordarse entre las partes del contrato.

WiFi Sanctipetri se opuso formalmente a este incremento en el precio del contrato a través de sus burofaxes de 26 de julio y 8 de octubre de 2018. Sin embargo, se ha comprobado que la factura impagada del mes de abril de 2019 **[CONFIDENCIAL TERCEROS ...]** incluye, entre otros conceptos facturables asociados a la prestación del servicio mayorista contratado, una partida en concepto de “*Regularización tasa 2019*” por importe de **[CONFIDENCIAL TERCEROS ...]** euros.

Xfera y WiFi Sanctipetri coinciden en señalar que, el 11 de junio de 2019, iniciaron un proceso de renegociación del precio del contrato que finalizó sin

⁹ Ver nota al pie núm. 4.

éxito. Por un lado, estas negociaciones han conllevado que la última factura devengada y girada a WiFi Sanctipetri fuese de fecha 11 de junio de 2019, si bien Xfera continúa prestando servicios mayoristas a WiFi Sanctipetri en la actualidad, tal como Xfera ha afirmado, en sus escritos de 24 de marzo y 20 de junio de 2022. Por otro lado, WiFi Sanctipetri ha afirmado que la solicitud de autorización para la rescisión del contrato de referencia se debe a su negativa de aceptar un incremento del precio mensual del contrato, solicitado por Xfera, e incluso por su antecesora Neutra.

A tenor de las manifestaciones realizadas por los interesados sobre este aspecto, procede señalar que, a juicio de este organismo, la renegociación del precio del contrato derivado del incremento de la tasa del dominio público radioeléctrico y su posible encaje o no dentro del término “*cambio regulatorio*” del contrato existente entre las partes no forma parte del objeto del presente procedimiento de conflicto, interpuesto por impagos de facturas, por lo que su valoración deberá realizarse conforme a las reglas establecidas en el contrato, pero, en cualquier caso, esta controversia no tiene relación con la existente sobre las facturas impagadas anteriores¹⁰.

No obstante lo anterior, ha quedado constatado y reconocido el impago por WiFi Sanctipetri de siete (7) facturas no consecutivas devengadas en distintos meses de 2017, 2018 y 2019, y no pagadas, según WiFi Sanctipetri, por causas de calidad en la prestación del servicio mayorista o por no estar de acuerdo con el incremento de precio solicitado. No obstante, procede señalar que la inclusión en las facturas del [**CONFIDENCIAL TERCEROS** ...], atañe, como se ha dicho anteriormente, a una cuestión nueva y distinta del impago de las facturas devengadas por la prestación de los servicios mayoristas contratados por WiFi Sanctipetri en junio de 2016; de manera que el impago de este incremento no debe tratarse como un concepto impagado resultado del contrato analizado.

Como se ha señalado en numerosas ocasiones, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC –y anteriormente, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones- rechaza que los operadores tengan la obligación de soportar impagos por la prestación de servicios mayoristas de comunicaciones electrónicas -valgan por todas, la Resolución de la CNMC de fecha 9 de junio de 2022¹¹-.

¹⁰ No han formado parte del conflicto los motivos del incremento aludido ni la negociación habida sobre ese extremo particular.

¹¹ Expte. CFT/D TSA/216/21/DESCONEXIÓN PTV TELECOM vs DEVANDHOST.

En el presente caso, este organismo no puede oponerse a la finalización por Xfera de la prestación de los servicios mayoristas contratados por WiFi Sanctipetri, siempre y cuando el segundo operador no haya hecho efectivo, en el plazo de un mes a partir de la resolución del presente conflicto, el pago de las facturas analizadas anteriormente, procedentes del contrato de 3 de junio de 2016 y que no hayan prescrito de acuerdo con las reglas de derecho civil.

En cualquier caso, Xfera debe continuar prestando los servicios mayoristas de telecomunicaciones a WiFi Sanctipetri hasta un mes y medio más tarde de la notificación de la presente resolución a esta última, como medida necesaria para salvaguardar y garantizar el derecho de los clientes finales de WiFi Sanctipetri a la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas contratados con este operador.

Debe tenerse en cuenta que una consecuencia inmediata y relevante de la eventual resolución del contrato con Xfera podría ser la imposibilidad de WiFi Sanctipetri de continuar prestando sus servicios minoristas. A tal efecto, se recuerda a WiFi Sanctipetri 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 servicio minorista con un mes de antelación a que esta ocurra, con el objeto 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.

Esta solución se entiende como independiente de la controversia relativa a la modificación del contrato existente. En relación con los pagos relativos **[CONFIDENCIAL TERCEROS ...]**, si las partes no han llegado a un acuerdo tras la negociación habida al respecto, Xfera podrá rescindir el contrato cuando finalice el periodo actual de vigencia del contrato o en virtud de las demás condiciones del contrato **–[CONFIDENCIAL TERCEROS ...]**.

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

RESUELVE

ÚNICO.- Autorizar a Xfera Móviles, S.A.U. a cesar en la prestación de servicios mayoristas a WiFi Sanctipetri, S.L.U., una vez transcurrido el plazo de un mes y un medio desde la notificación a esta última de la presente Resolución, en virtud de lo indicado en el Fundamento Jurídico Material Segundo de la presente Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, Xfera Móviles, S.A.U. y WiFi Sanctipetri, S.L.U., 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.