

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL CONFLICTO PLANTEADO POR JAZZ TELECOM, S.A.U. CONTRA SEA SUN TELECOMUNICACIONES, S.L., EN RELACIÓN CON EL CESE EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS MAYORISTAS Y RESCISIÓN DEL CONTRATO SUSCRITO ENTRE AMBAS COMPAÑÍAS.

CFT/D TSA/1720/14/RESOLUCIÓN CONTRATO JAZZTEL v. SEASUNTEL

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 8 de octubre de 2015

Finalizada la instrucción del conflicto de acceso iniciado a instancias de la entidad Jazz Telecom, S.A.U. mediante escrito de 24 de septiembre de 2014 por el que solicitaba autorización para resolver el contrato de acceso mayorista al bucle desagregado suscrito en su día con Sea Sun Telecomunicaciones, S.L. por impago continuo de facturas debidas, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Escrito de Jazz Telecom, S.A.U. instando el inicio del conflicto.

Con fecha 24 de septiembre de 2014, tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia –en adelante, CNMC- un escrito del operador Jazz Telecom, S.A.U. –en adelante, Jazztel- mediante el que solicitaba autorización para la resolución del contrato de prestación de servicios de acceso mayorista al bucle desagregado de abonado suscrito en fecha 2 de diciembre de 2008 con el operador Sea Sun Telecomunicaciones, S.L. –en adelante, Seasuntel- por el impago continuo de facturas debidas

correspondientes al mes de abril de 2013 y a los meses de abril a agosto de 2014 y cuyo importe asciende a **INICIO CONFIDENCIAL TERCEROS [...] FIN CONFIDENCIAL TERCEROS** euros.

Asimismo, en dicho escrito Jazztel informó a esta Comisión de que había requerido mediante burofax de fecha 24 de septiembre de 2014 a Seasuntel el pago de las mencionadas facturas vencidas, confiriéndole un plazo de 30 días para su abono.

SEGUNDO.- Comunicación a los interesados del inicio del procedimiento y requerimiento de información a Jazztel y Seasuntel.

Mediante sendos escritos de la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual –en adelante, Directora de la DTSA- de la CNMC, de fecha 20 de octubre de 2014, se notificó a Jazztel y a Seasuntel el inicio del correspondiente procedimiento para resolver el conflicto de acceso planteado por el primer operador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común -en adelante, LRJPAC-.

De forma adicional, se requirió a cada una de las partes interesadas –Jazztel y Seasuntel- determinada información, por ser necesaria para conocer las circunstancias concretas del asunto en cuestión, al amparo de lo previsto en el artículo 78 de la LRJPAC.

TERCERO.- Contestación de Jazztel al requerimiento de información.

Con fecha de 31 de octubre de 2014, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones y de contestación de Jazztel al requerimiento de información señalado en el Antecedente anterior.

CUARTO.- Notificación B.O.E.

No habiendo resultado posible la notificación a Seasuntel del citado acto administrativo practicado, por causas no imputables a la Comisión, debido a que la misma se intentó infructuosamente dos veces por los servicios de Correos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 59.5 de la LRJPAC se procedió a notificar dicho acto a través del B.O.E., en fecha 20 de diciembre de 2014.

Seasuntel no ha contestado al requerimiento de información indicado en el Antecedente segundo.

QUINTO.- Escrito adicional de Jazztel.

Con fecha 23 de abril de 2015, tuvo entrada en el registro de la CNMC un nuevo escrito de Jazztel mediante el que aporta información actualizada a dicha fecha de las facturas vencidas y no pagadas por Seasuntel. Asimismo, Jazztel expone que no ha sido posible alcanzar ningún acuerdo con Seasuntel para el pago de la deuda y la resolución del contrato de prestación de servicios suscrito entre ambos operadores.

SEXTO.- Trámite de audiencia.

Mediante escrito de fecha 30 de julio de 2015, se comunicó a las partes interesadas el inicio del trámite de audiencia del presente procedimiento, notificándose el informe elaborado por la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC a Jazztel ese mismo día.

SÉPTIMO.- Alegaciones de Jazztel.

Con fecha 31 de julio de 2015, tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de alegaciones de Jazztel mediante el que se ratifica en las alegaciones y manifestaciones realizadas durante la tramitación del procedimiento administrativo.

OCTAVO.- Notificación B.O.E.

No habiendo resultado posible la notificación a Seasuntel del inicio del citado trámite de audiencia, por causas no imputables a esta Comisión, debido a que la misma se intentó infructuosamente dos veces por los servicios de Correos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 59.5 de la LRJPAC se procedió a notificar dicho acto a través del B.O.E., en fecha 16 de septiembre de 2015.

Seasuntel tampoco ha realizado alegaciones al trámite de audiencia.

NOVENO.- Escrito adicional de Jazztel.

Con fecha 21 de septiembre de 2015, tuvo entrada en el registro de la CNMC un nuevo escrito de Jazztel por el que informa de las facturas vencidas y no pagadas por Seasuntel desde el día 23 de abril hasta el 18 de septiembre de 2015.

A los anteriores antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Objeto del presente procedimiento.

El presente procedimiento de resolución de conflicto tiene por objeto dirimir la controversia existente relativa a la resolución del contrato de prestación de servicios de acceso mayorista al bucle desagregado de abonado de fecha 2 de diciembre de 2008 suscrito por Jazztel con Seasuntel, debido al incumplimiento por el segundo operador de sus obligaciones de pago.

SEGUNDO.- Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

De conformidad con los artículos 6.4, 12.1.a).1º y 12.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (Ley CNMC) y los artículos 15 y 70.2.d) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) le corresponde a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la función de resolver de forma vinculante los conflictos que se susciten entre operadores en materia de acceso e interconexión de redes.

Así, el artículo 15 de la LGTel dispone la competencia de esta Comisión para conocer de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivados de esta Ley y de sus normas de desarrollo, disponiéndose que la CNMC dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto y las medidas provisionales que correspondan. Por lo tanto, la competencia de esta Sala lo es para resolver sobre los conflictos dimanantes de dichas obligaciones en tanto en cuanto provengan de las relaciones jurídico-públicas derivadas de la LGTel y no sobre los aspectos meramente privados dimanantes exclusivamente de la voluntad de las partes que puedan concurrir en la misma relación contractual.

Lo anterior lo corroboran los artículos 12.5 y 70.2.g) de la LGTel que establecen que esta Comisión podrá intervenir en las relaciones entre operadores (o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión), a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, 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 señalados en el artículo 3 del mismo texto legal.

En consecuencia, esta Comisión resulta competente para conocer del presente conflicto planteado por Jazztel, por el que solicita autorización para dejar de prestar los servicios de acceso a Seasuntel y para resolver el contrato de servicios de acceso desagregados al bucle de abonado vigente entre ambas entidades en lo que respecta a la obligación de Jazztel de seguir prestando los servicios contratados.

Por ello, y en atención a lo previsto en los artículos 5.3 y 6, en relación con el artículo 21.2 de la Ley CNMC, y en el 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 conflicto es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

ÚNICO.- Sobre la resolución del contrato de acceso mayorista al bucle de abonado entre Jazztel y Seasuntel.

Según consta en el Registro de Operadores, Seasuntel presta servicios de proveedor de acceso a Internet, reventa de capacidad y el servicio telefónico sobre redes de datos en interoperabilidad con el servicio telefónico disponible al público desde el día 1 de noviembre de 2005¹.

Con fecha 2 de diciembre de 2008, Jazztel y Seasuntel suscribieron un contrato en virtud del cual Jazztel presta servicios de acceso mayoristas al bucle desagregado de abonado de Telefónica a Seasuntel, para que este segundo operador pueda ofrecer servicios de transmisión de datos a sus clientes finales. Los servicios prestados son los siguientes: (i) servicio de acceso DSL ULL 1G Mayorista, (ii) servicio de acceso DSL 2G ULL mayorista, (iii) servicio GigADSL, (iv) servicio ADSL-IP y (v) servicio ADSL marca blanca. En los Anexos II a VI del contrato se describen las condiciones técnicas y económicas de prestación de cada uno de los citados servicios.

En su faceta estrictamente contractual, este acuerdo de acceso mayorista 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.

Así, Seasuntel está obligado a pagar los servicios mayoristas prestados por Jazztel -cláusulas 2.1.2 y 7.2.3- en el plazo de treinta -30- días naturales mediante transferencia bancaria, a contar desde la emisión de la correspondiente factura por parte de Jazztel -cláusula 7.2.2-. En caso de impago, Seasuntel incurre automáticamente en situación de mora, debiendo abonar también los correspondientes intereses de demora -cláusula 7.2.4-. Además, el contrato prevé un mecanismo de aseguramiento de pago a favor de Jazztel consistente en un aval bancario -cláusula 7.2.6-.

De acuerdo con la cláusula 11.1 del contrato, las partes pueden resolver el contrato en cualquier momento mediante previo aviso por escrito, además de por las causas previstas en derecho, en los siguientes casos -entre otros-: (i) el incumplimiento de las condiciones del contrato, si tras quince -15- días desde la

¹ Expte. núm. RO 2005/1356.

notificación por escrito persiste el incumplimiento y, (ii) el impago de las facturas por parte de Seasuntel, siempre que, requerida la parte en mora, no hiciera efectivo su importe en el plazo de una semana y sin perjuicio del abono de los intereses pactados.

Esta cláusula contractual debe interpretarse en relación con la cláusula 19 que establece que las comunicaciones entre las partes contratantes deben realizarse *“por cualquier medio que permita acreditar fehacientemente su recepción (en mano, por correo certificado o por mensajero). En cualquier caso, esto no impedirá que dichas comunicaciones puedan ser anticipadas por fax o email”*.

Según consta en la documentación obrante en el expediente, Jazztel reclamó, mediante burofax de fecha 24 de septiembre de 2014, a Seasuntel el pago mediante transferencia bancaria de las facturas vencidas y no pagadas en el plazo máximo de 30 días naturales. En dicha fecha, las facturas vencidas y no pagadas correspondían al mes de abril de 2013 y a los meses de abril a agosto de 2014, siendo el importe total adeudado de **INICIO CONFIDENCIAL TERCEROS [...] FIN CONFIDENCIAL TERCEROS** Euros. Asimismo, en dicho burofax Jazztel recordó a Seasuntel la existencia de dos facturas adicionales emitidas y no vencidas cuyo importe ascendía a **INICIO CONFIDENCIAL TERCEROS [...] FIN CONFIDENCIAL TERCEROS** Euros. Más aún, Jazztel informó, en dicho burofax, de su intención de proceder a la suspensión de los servicios mayoristas prestados y reclamar judicialmente los importes debidos, si transcurrido el plazo de 30 días no se hubiera pagado la totalidad de la deuda o hubiese puesto en contacto con Jazztel para tal fin.

Esta situación de impago ha continuado produciéndose hasta la actualidad².

Seasuntel no ha realizado alegaciones ni antes ni durante el trámite de audiencia y tampoco ha contestado al requerimiento de información practicado por esta Comisión de fecha 20 de octubre de 2014.

Por todo ello, en virtud de la documentación obrante en el expediente y de las declaraciones de Jazztel, se concluye que Seasuntel ha incumplido una de las obligaciones esenciales del contrato al no proceder al pago de las cantidades debidas por la prestación de servicios mayoristas por parte de Jazztel, por lo que concurre una causa legítima para resolver anticipadamente el contrato –el impago continuo de facturas–, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 11 del contrato de referencia.

A este respecto, procede recordar que la CMT y la CNMC han rechazado rotundamente, en la resolución de distintos conflictos de interconexión, que los operadores tengan la obligación de soportar impagos continuos por la

² La última factura vencida y no pagada que consta a esta Comisión es de 2 de septiembre de 2015.

prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. En otras, la Resolución de 24 de marzo de 2011³ expresó dicha posición en los siguientes términos:

“La prestación de los servicios de interconexión genera unos costes para el operador de la red que los presta y que dichos servicios han de ser remunerados conforme a los precios pactados. El impago de tales servicios, además de constituir un incumplimiento contractual, implica que el operador que los recibe no asume el coste de los mismos, mientras que el operador que los presta está obligado a soportar los costes incurridos por un competidor, aspecto al que no está sujeto por la legislación y que conculca la esencia de un mercado que actúa en competencia. Este mercado se caracteriza por la necesidad de que sus actores actúen en pie de igualdad, lo que, entre otras consecuencias, supone que cada uno debe asumir individualmente los riesgos empresariales por los que opta.

Esta Comisión no puede amparar un incumplimiento de los acuerdos suscritos y, en este caso concreto, el impago reiterado de los servicios consumidos por un operador, en la medida en que mantener esta situación, además de crear una injustificable inseguridad jurídica para Telefónica, supondría obligar a la misma a financiar o subvencionar los servicios prestados por sus competidores.

Por otro lado, junto al perjuicio señalado que se genera al acreedor, se produce una situación de discriminación frente a los demás operadores que ante la prestación de servicios cumplen con la debida contraprestación.”

De forma adicional, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, en su Resolución de fecha 17 de marzo de 2015, autorizó a Telefónica de España, S.A. a cesar en la prestación de los servicios de acceso al bucle de abonado en favor de Desarrollo de la Tecnología de las Comunicaciones, S.C.A. por incumplimiento grave, por parte de este segundo operador, de la obligación de pago de los mencionados servicios al amparo de los acuerdos de acceso al bucle firmados entre ambos operadores⁴.

Sentado lo anterior, dado el periodo de tiempo transcurrido y la falta de justificación existente -Seasuntel no ha presentado alegaciones al respecto- no procede imponer a Jazztel determinadas condiciones que afecten a su facultad para llevar a cabo la rescisión contractual.

³ Resolución de 24 de marzo de 2011, por la que se procede a resolver el conflicto de interconexión presentado por Telefónica de España, S.A.U. frente a Integración de Recursos Informáticos y Servicios, S.L. (RO 2010/788).

⁴ Expediente CNF/DTSA/1237/13/TELEFÓNICA vs DTI2 OBA RESOLUCIÓN CONTRATOS.

La única consecuencia inmediata de la resolución del contrato con Jazztel sería la imposibilidad de Seasuntel de continuar prestando el servicio minorista de transmisión de datos a sus clientes, si bien se desconoce si Seasuntel tiene clientes.

En virtud de las inscripciones que constan en el Registro de Operadores y del propio contrato entre Jazztel y Seasuntel, esta empresa sólo presta servicios de transmisión de datos, por lo que no tienen por qué producirse perjuicios para los clientes en otros servicios contratados con terceros operadores.

Si pretende seguir prestando servicios al público, corresponde, pues, a Seasuntel buscar soluciones alternativas al servicio mayorista ofrecido por Jazztel. Por ello, Seasuntel debería migrar los servicios a otro operador mayorista.

La amplia oferta existente en el mercado de servicios de transmisión de datos permitiría a los usuarios afectados, en su caso y si lo desean, sustituir los servicios prestados por Seasuntel sin mayores problemas y en un breve espacio de tiempo, motivo por el que no se percibe que concurren razones de interés jurídico-público o de mantenimiento de la competencia que indiquen que haya de mantenerse la prestación de servicios mayoristas por un tiempo adicional.

En conclusión, los perjuicios para los usuarios en el caso de acordarse la desconexión serían limitados, sin que puedan calificarse de irreparables.

Por todo ello, se considera que, al haber impagos no justificados de los servicios y habiendo requerido fehacientemente el pago Jazztel a Seasuntel en ocasiones anteriores, de conformidad con las cláusulas 11.1.b) y 19 de su contrato, Jazztel está autorizado a rescindir definitivamente su contrato de acceso mayorista al bucle desagregado con Seasuntel y a suspender automáticamente los servicios mayoristas del contrato.

Se recuerda a Seasuntel, como ya se hizo en el informe de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual sometido a audiencia, 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. Esta Comisión entiende que esta comunicación la ha podido llevar a cabo Seasuntel anteriormente, si no podía hacer frente a sus obligaciones de pago en su contrato mayorista con Jazztel.

Por todo lo anterior, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

RESUELVE

PRIMERO.- Estimar la solicitud de Jazz Telecom, S.A.U., y autorizarle para cesar en la prestación de servicios mayoristas de telecomunicaciones al amparo del contrato firmado con Sea Sun Telecomunicaciones, S.L., y para rescindir dicho contrato, a partir de la notificación de la presente Resolución.

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.