



JORGE SÁNCHEZ VICENTE, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA

Que en la Sesión número 40/12 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 15 de noviembre de 2012, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución por la que se pone fin al periodo de información previa iniciado como consecuencia de la denuncia de Vodafone España, S.A.U. en relación con el incumplimiento por parte de Lycamobile, S.L. del contrato de acceso mayorista móvil existente entre ambos operadores (RO 2012/1265).

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 4 de junio de 2012 tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de Vodafone España, S.A.U. (en adelante, Vodafone) en el que se ponía en conocimiento de esta Comisión el impago e incumplimiento contractual por parte de Lycamobile, S.L. (en adelante, Lycamobile) del acuerdo de 23 de marzo de 2012 para el suministro de los servicios de acceso mayorista de Vodafone en relación con una factura vencida el 29 de mayo de 2012 por una cuantía de [CONFIDENCIAL]. En dicha comunicación, se indicaban las medidas previstas en el contrato que Vodafone adoptaría si Lycamobile no subsanaba la situación de impago en el plazo contractualmente previsto [CONFIDENCIAL], concretamente la de suspensión de los servicios mayoristas en tanto no se satisficiera el pago de las cuantías adeudadas. A su escrito adjuntaba la comunicación remitida a Lycamobile relativa a dicho incumplimiento.

SEGUNDO.- En virtud de lo establecido en el artículo 69.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), mediante escrito del Secretario de esta Comisión notificado a Vodafone el día 5 de julio de 2012, se informó a dicha entidad del inicio de un periodo de información previa con el fin de conocer con mayor detalle las circunstancias del caso y la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento. En dicho escrito se solicitaba a Vodafone que remitiera en el plazo de diez días información sobre los siguientes extremos:

1. Copia del acuerdo suscrito entre Vodafone y Lycamobile.
2. Detalle de las circunstancias que han dado lugar a la comunicación de Vodafone, citada anteriormente, explicando a qué conceptos responde el impago de



Lycamobile y las condiciones contractuales y operativas del abono de los servicios.

3. Indicación de si persiste el impago.

El requerimiento de información fue satisfecho por Vodafone con fecha 17 de julio de 2012.

TERCERO.- También se comunicó a Lycamobile el inicio del periodo de información previa y la solicitud de remisión de la siguiente documentación (extremos notificados a dicha entidad con fecha 11 de julio de 2012):

1. Detalle de las circunstancias que han dado lugar a la comunicación de Vodafone, explicando a qué conceptos responde el impago de Lycamobile y las condiciones contractuales y operativas del abono de los servicios.
2. Indicación de si persiste el impago.

Dicho requerimiento no fue inicialmente satisfecho por Lycamobile, circunstancia que dio lugar a la adopción de una reiteración del requerimiento inicial, en la que también se incluyó una solicitud de información adicional sobre los siguientes extremos (dicha solicitud fue notificada a Lycamobile el 6 de agosto de 2012):

1. Proporción de clientes prepago y postpago de Lycamobile, detallando la proporción del número de clientes que utiliza cada servicio;
2. Copia del contrato de acceso concluido en su momento entre Lycamobile y Telefónica Móviles España, S.A.U. (en adelante, TME);
3. Indicación de los servicios que todavía presta TME a Lycamobile (si existen), con el detalle de la proporción de tráfico cursado por la red de TME, en su caso, y la aplicación actual de los compromisos comerciales de tráfico o ingresos asumidos por parte de Lycamobile frente a TME;
4. Indicación de cómo se procedería a migrar a los clientes en un supuesto de cambio de operador de acceso, con indicación del plazo y cuestiones técnicas específicas que se suscitarían antes de hacer efectivo dicho cambio, indicando cómo se materializó la migración cuando Lycamobile pasó a depender de los servicios de acceso de Vodafone;
5. Indicación de, en un hipotético supuesto de resolución contractual entre Vodafone y Lycamobile, cómo se procedería tanto contractualmente como desde el punto de vista operativo a migrar los clientes a TME o a otro operador de acceso mayorista.

Lycamobile respondió a ambos requerimientos con fecha 2 de octubre.

CUARTO.- Con carácter regular, Vodafone ha informado a esta Comisión sobre la situación de impago en el marco de su contrato con Lycamobile tanto por fax como mediante escritos con fechas de entrada en el Registro de 16, 17, 18, 23 y 30 de julio de 2012, 8, 14, 16, 20, 21, 22, 23, 27 y 30 de agosto, 3, 7, 10, 17, 19, 25 y 27 de septiembre y 8, 16, 24 y 30 de octubre de 2012.

A los anteriores Antecedentes de Hecho le son de aplicación los siguientes



II FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

Los diversos escritos presentados por Vodafone ponen en conocimiento de esta Comisión una serie de actuaciones por parte de Lycamobile que debe valorarse si constituyen un incumplimiento contractual en el que tenga que intervenir la CMT para salvaguardar aquellos intereses públicos que tiene encomendados. Para ello han de tenerse en cuenta las consecuencias previstas en el contrato suscrito por ambos operadores, particularmente la suspensión temporal o definitiva de los servicios mayoristas prestados por Vodafone. Asimismo, debe analizarse la afectación a la interoperabilidad de servicios y a los derechos de los usuarios.

Conforme a lo previsto en el artículo 48.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), el objeto de esta Comisión es *“el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora y en el apartado 1 del artículo 10 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos”*.

Entre las potestades de intervención de esta Comisión se incluyen, conforme al artículo 48.4.e) de la LGTel la de *“adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios”*.

También, entre las facultades atribuidas a la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, se encuentra la posibilidad de, conforme al artículo 11.4 de la LGTel, intervenir en las relaciones entre operadores *“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”*.

Entre dichos objetivos se encuentran:

- (a) *“Fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y en el suministro de los recursos asociados a ellos, velando por que no exista falseamiento ni restricción de la competencia en la explotación de redes o en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, incluida la transmisión de contenidos. (...)*
- (d) *Promover el desarrollo del sector de las telecomunicaciones, así como la utilización de los nuevos servicios y el despliegue de redes, fomentando la conectividad y la interoperabilidad extremo a extremo de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y el acceso a éstos, en condiciones de igualdad, e impulsar la cohesión territorial, económica y social. (...)*



- (f) *Defender los intereses de los usuarios, asegurando su derecho al acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas en adecuadas condiciones de elección, precio y calidad, promoviendo la capacidad de los usuarios finales para acceder y distribuir la información o utilizar las aplicaciones y los servicios de su elección, y salvaguardar, en la prestación de éstos, la vigencia de los imperativos constitucionales, en particular, el de no discriminación, el del respeto a los derechos al honor, a la intimidad, a la protección de los datos personales y al secreto en las comunicaciones, el de la protección a la juventud y a la infancia y la satisfacción de las necesidades de grupos sociales específicos en igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, las personas mayores, las personas en situación de dependencia y usuarios con necesidades sociales especiales. A estos efectos, podrán imponerse obligaciones a los prestadores de los servicios para la garantía de dichos derechos. En lo relativo al acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas de las personas en situación de dependencia, se fomentará el cumplimiento de las normas o las especificaciones pertinentes relativas a normalización técnica publicadas de acuerdo con la normativa comunitaria". (...)*

Por su parte, el artículo 23 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (en adelante, Reglamento de Mercados), dispone, en la letra a) de su apartado 3, que *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá atribuidas las competencias siguientes: Podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado”*.

De acuerdo con los preceptos transcritos, compete a esta Comisión conocer de la cuestión planteada por Vodafone en sus escritos, considerando el posible impacto en el ámbito de las relaciones mayoristas de acceso existentes entre las partes y la interoperabilidad de los servicios ofrecidos por Vodafone a Lycamobile y la defensa de los derechos e intereses de los usuarios a recibir un servicio de comunicaciones electrónicas en unas condiciones determinadas, ambos objetivos susceptibles de protección conforme al artículo 3 de la LGTel.

SEGUNDO.- Valoración de las actuaciones practicadas en el periodo de información previa

(a) Contenido de las obligaciones contractuales acordadas entre Vodafone y Lycamobile

El acuerdo firmado el 23 de marzo de 2012 entre Vodafone y Lycamobile (en adelante, el Contrato) para la prestación de servicios mayoristas de acceso con el objeto de que Lycamobile pueda ofrecer servicios minoristas [CONFIDENCIAL] a sus clientes contiene las siguientes previsiones:

- En primer lugar, se establece como obligación del Contrato la del abono de los servicios prestados por Vodafone (artículo 6.1 del mismo). Igualmente, Lycamobile se compromete a ser responsable de cara a sus usuarios en relación con la prestación del servicio (artículo 6.3), considerándose ambas obligaciones de carácter esencial entre las partes.



- En relación con la obligación de pago, el artículo 7 del Contrato proporciona a Lycamobile la posibilidad de elegir las condiciones de pago y los conceptos aplicables al efecto. [CONFIDENCIAL]
- Las consecuencias del incumplimiento de cualquier obligación de pago por parte de Lycamobile suponen, según indica el artículo 7.30 del Contrato, la posibilidad de suspender temporalmente los servicios mayoristas de Vodafone hasta que no se haga efectivo el pago pendiente.
- Al inicio del contrato y efectivo a partir del 1 de abril de 2012, Lycamobile se compromete a realizar una serie de abonos en concepto de [CONFIDENCIAL] hasta un total de [CONFIDENCIAL] y se llevó a efecto en los plazos contractualmente previstos (entre el 1 de abril y el 14 de mayo de 2012). Esta previsión contractual se encuentra incluida en el artículo 7.18 del Contrato y corresponde aproximadamente a un periodo de [CONFIDENCIAL] según reconoce Vodafone en su respuesta al requerimiento realizado. La cantidad se actualiza con carácter regular.
- Hasta el mes de [CONFIDENCIAL] y como parte de las condiciones comerciales acordadas entre las partes, Lycamobile se encontraba exenta de [CONFIDENCIAL]

En definitiva, Lycamobile se comprometía a depositar una cantidad [CONFIDENCIAL] y a [CONFIDENCIAL] la cuantía de los tráficos de consumo, estando ambos pagos sujetos a actualización periódica a la luz del consumo efectivo de Lycamobile. Sin embargo, no fue hasta [CONFIDENCIAL] cuando comenzó a aplicar efectivamente el mecanismo de [CONFIDENCIAL], ya que durante los [CONFIDENCIAL] Lycamobile había negociado una exención de pago por ambos conceptos.

(b) Valoración de los hechos denunciados por Vodafone relativos al incumplimiento de las obligaciones contractuales aplicables a Lycamobile en su relación con Vodafone

En primer lugar, ha quedado acreditado el incumplimiento de las obligaciones de pago de los servicios prestados por Vodafone a Lycamobile. Tal y como ha denunciado reiteradamente Vodafone en las diversas comunicaciones enviadas a Lycamobile y según resulta en el anexo acompañado a la respuesta al requerimiento formulado a este último (donde se enumeran las fechas debidas de pago y las de pago efectivo), se constata el retraso del pago de la totalidad de las facturas y, en algunos casos, Lycamobile reconoce haber abonado únicamente una parte de la factura una vez vencida la fecha de pago.

[CONFIDENCIAL]. De hecho, conforme a la respuesta al requerimiento de información de Lycamobile, este operador reconoce una deuda de cara a Vodafone que asciende a fecha de 27 de septiembre de 2012 a [CONFIDENCIAL].

En definitiva, se puede concluir que Lycamobile ha incurrido en un incumplimiento contractual relativo a las obligaciones de pago de los servicios de acceso mayorista que le presta Vodafone.

Como justificación de su conducta, Lycamobile señala que existe un descuadre de tesorería generado por la diferencia entre los ingresos de sus clientes [CONFIDENCIAL] y el sistema de [CONFIDENCIAL] acordado con Vodafone. Según explica Lycamobile, este problema se ha visto agravado por *“el crecimiento desmesurado de Lycamobile en el Mercado Español”*. A pesar de que Lycamobile considera que dicho problema de liquidez se encuentra



“prácticamente resuelto”, esta Comisión observa que se han producido retrasos reiterados en el pago de los servicios prestados por Vodafone, extremo reconocido por Lycamobile, lo que podría suponer un incumplimiento de una obligación esencial del Contrato. Más allá de la anterior afirmación, no corresponde a esta Comisión valorar esta cuestión por tratarse de una cuestión jurídico-privada entre las partes¹.

Tampoco se ha cumplido la obligación de Lycamobile relativa a la actualización de la cuantía correspondiente al [CONFIDENCIAL], extremo que reconoce expresamente dicho operador en su respuesta al requerimiento de información realizado por esta Comisión al indicar que [CONFIDENCIAL]. Sin embargo, también en relación con la actualización del sistema de [CONFIDENCIAL], se podría haber producido un incumplimiento contractual a tenor del contenido de las obligaciones de pago incluidas en el Contrato.]

Esta Comisión ha de tener en cuenta que la suspensión de los servicios mayoristas contratados implica la ruptura del principio de interoperabilidad de los servicios, interés público y objetivo regulatorio por el que debe velar la CMT. Así, la posible suspensión o interrupción definitiva de los servicios que se produzca como consecuencia de la situación descrita debe valorarse atendiendo a la totalidad de las circunstancias concurrentes, en particular a la presencia de una causa que justifique la adopción de tal medida.

En el presente caso, se constata que las comunicaciones remitidas por Vodafone a Lycamobile con la amenaza de suspensión de los servicios hasta que se satisfagan los pagos pendientes por Lycamobile se encuentran justificadas conforme al régimen contractualmente acordado entre las partes, ya que los retrasos en el pago respecto a las condiciones acordadas [CONFIDENCIAL] no se han producido con carácter aislado, sino de manera reiterada y continua en el tiempo desde que [CONFIDENCIAL] comenzó a aplicar el mecanismo [CONFIDENCIAL] entre Vodafone y Lycamobile. En otro orden de cosas, no se ha producido en ningún momento un intento de renegociación por las partes de las cláusulas contractuales analizadas ni una denuncia respecto de las posiciones y equilibrio de las partes en el Contrato (más bien, la información de la que dispone esta Comisión es que las cláusulas de pago controvertidas fueron solicitadas por Lycamobile).

En consecuencia, en las circunstancias conocidas por esta Comisión, anteriormente descritas, no concurre ninguna causa de interés jurídico público que justifique la apertura de un procedimiento administrativo para garantizar el mantenimiento del acceso a Lycamobile, debiendo considerarse que las diferencias anteriores existentes entre las partes afectan a su esfera privada.

(c) Posible afectación a los consumidores y usuarios finales de los servicios minoristas móviles en el presente caso

Más allá de la repercusión entre las partes contratantes de la situación planteada como consecuencia del incumplimiento por parte de Lycamobile de sus obligaciones de pago de cara a Vodafone, debe tenerse en cuenta que las previsiones contractuales aplicables en caso de incumplimiento por Lycamobile (concretamente, las que posibilitan la suspensión temporal de los servicios mayoristas) también afectan a los servicios minoristas que presta Lycamobile a sus abonados, [CONFIDENCIAL]². [CONFIDENCIAL].

¹ Véase por todas la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2008 (RJ 2008, 5966).

² Conforme a los datos solicitados por esta Comisión para la elaboración de la nota mensual, Lycamobile declaró en agosto de



Lycamobile articula los servicios que presta a sus clientes finales a través de Vodafone exclusivamente (operador host que ha sustituido a TME, con quien Lycamobile tenía un contrato hasta abril de 2012), por lo que las posibles suspensiones que puedan producirse de cara al futuro deben examinarse a la luz del marco legal aplicable a los usuarios de los servicios de comunicaciones electrónicas, que configuran determinadas obligaciones de información y calidad del servicio, así como el derecho a una compensación por suspensiones del servicio.

El artículo 38 de la LGTel desarrollado por el 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 (concretamente, en sus artículos 5 y 15), dispone que los consumidores y usuarios finales tienen derecho a recibir el servicio en las condiciones pactadas, a la continuidad del servicio y, en su caso, a la indemnización en supuestos de interrupción del mismo.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios (Reglamento del Servicio Universal), aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, corresponde a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información (SETSI) el control y ejercicio de las facultades de la Administración en materia de derechos de los consumidores y usuarios.

Por tanto, en la medida en que pudieran producirse suspensiones de los servicios mayoristas adicionales que pudieran afectar a los derechos de los usuarios a recibir el servicio contratado en determinadas condiciones de calidad –sin interrupciones-, procede dar traslado de la presente resolución y de los antecedentes recabados en el curso del expediente a la SETSI, a los efectos que estime oportunos, en virtud de las competencias que tiene habilitadas.

Sin perjuicio de lo anterior, corresponde asimismo a esta Comisión velar por el equilibrio de las relaciones entre los operadores y porque los intereses de los usuarios queden salvaguardados en el hipotético supuesto de que la situación de suspensión pueda prolongarse en el tiempo o en el supuesto de que llegara a producirse la finalización de la relación contractual entre ambos operadores. En este sentido, debe tenerse en cuenta que, entre otras cuestiones, parece claro y la propia Lycamobile lo corrobora en la respuesta al requerimiento de información, que un supuesto de finalización contractual requeriría un periodo que se estima en [CONFIDENCIAL] meses para completar la migración. En tales circunstancias, esta Comisión, en caso necesario, supervisará el proceso para garantizar un marco adecuado de desarrollo de las relaciones entre los operadores implicados y, en particular, la continuidad de los servicios, en el ámbito de sus competencias.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión, en uso de las competencias que tiene atribuidas

RESUELVE



ÚNICO.- Proceder al archivo de las actuaciones, dando traslado de la presente Resolución y de los antecedentes recabados a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y la Sociedad de la Información, dependiente del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, a los efectos que estime oportunos, en virtud de las competencias que tiene habilitadas.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el artículo 22.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de su Consejo de 30 de marzo de 2012 (BOE núm. 149, de 22 de junio de 2012), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, por quienes puedan acreditar su condición de interesados ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.12 de la ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y los artículos 107 y 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 48 de la misma Ley.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Vicepresidente, Marcel Coderch Collell (P.S. art. 39 R.D. 1994/1996 de 6 septiembre, B.O.E. de 25 de septiembre de 1996).