



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

IGNACIO REDONDO ANDREU, 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 28/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 23 de julio de 2008, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN RELATIVA A LOS RECURSOS POTESTATIVOS DE REPOSICIÓN INTERPUESTOS POR EUSKALTEL, S.A., CABLEUROPA, S.A.U, Y TENARIA, S.A., CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2007, SOBRE LA CONTRAPRESTACIÓN ECONÓMICA ENTRE OPERADORES POR LOS PROCEDIMIENTOS DERIVADOS DE LA CONSERVACIÓN DE NUMERACIÓN POR CAMBIO DE OPERADOR DE RED FIJA.

En relación con los recursos potestativos de reposición interpuestos por Euskaltel, S.A. (en adelante Euskaltel), y las entidades Cableuropa, S.A.U, y Tenaria, S.A. (en adelante ONO), contra la Resolución de fecha 20 de septiembre de 2007, recaída en el expediente DT 2005/1460, sobre la contraprestación económica entre operadores por los procedimientos derivados de la conservación de numeración por cambio de operador de red fija, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 28/08 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de fecha 23 de julio de 2008, recaída en el expediente AJ 2007/1318 y Acumulados.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución de fecha 20 de septiembre de 2007.

Con fecha 20 de septiembre de 2007, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones acordó la Resolución sobre la contraprestación económica entre operadores por los procedimientos derivados de la conservación de numeración por cambio de operador de red fija (DT 2005/1460).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En la parte dispositiva de la citada Resolución, se acordaba:

Primero.- El importe de la contraprestación económica a que se refiere el artículo 45.2 del Reglamento de Mercados en caso de conservación de numeración por cambio de operador de red fija será el indicado en el cuadro siguiente según los diversos supuestos, siendo de aplicación a todos los operadores integrados en el ámbito de portabilidad de telefonía fija:

Importes (euros)		Importe por solicitud	Importe por número
Numeración Geográfica	Regular	8,61	
	Básico RDSI	8,88	0,67
	Multilínea	8,88	0,67
Numeración de Inteligencia de Red		8,61	

Segundo.- Los operadores de redes fijas en calidad de donantes podrán facturar los siguientes importes en el supuesto indicado de cancelación:

Importe (euros)	Importe por solicitud
Cancelación por parte del operador receptor	1,14

Tercero.- Los nuevos importes serán de aplicación a partir de la fecha de aprobación de la presente Resolución.

SEGUNDO.- Recurso de reposición de Euskaltel

Con fecha 6 de noviembre de 2007 ha tenido entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante la Comisión) un escrito firmado por D. Aurelio Campo Iglesias, en nombre y representación de Euskaltel, por el que se interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución arriba mencionada.

Euskaltel muestra su disconformidad con la Resolución impugnada, al considerar contrario al ordenamiento jurídico la determinación de los efectos de la citada Resolución de 20 de septiembre de 2007 desde su entrada en vigor, sobre la base de los siguientes argumentos:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- a) En virtud del artículo 18 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante LGTel), y 45 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (en adelante Reglamento de Mercados), la contraprestación económica derivada de la conservación de numeración en los casos de portabilidad fija se determinará en función del coste directo incurrido no procediendo ninguna indemnización ni pago adicional por la gestión, sin embargo:
- Por Resolución de la Comisión de 5 de abril de 2001 se fijó la cuantía de la citada contraprestación económica a favor del operador donante y se estableció la revisión anual del importe con el objetivo de que permanentemente reflejara el coste real en que se incurre, sin que se procediese a la revisión anual acordada.
 - La Resolución de la Comisión de 15 de abril de 2004 modificó las especificaciones técnicas aplicables a la conservación de numeración en caso de cambio de operador en las redes telefónicas públicas fijas (expediente DT 2002/7177) suponiendo una reducción de los costes, mientras que el importe de la contraprestación no se ha visto modificado hasta la Resolución de 20 de septiembre de 2007.
 - Atendiendo a todo lo anterior, es evidente que, en el supuesto de que el operador donante recibiese cantidades por encima del coste real, éstas supondrían una clara retribución y por tanto un ingreso indebido que genera un derecho a favor del operador receptor de recuperar lo indebidamente abonado.
- b) El importe de la contraprestación no se ha actualizado durante más de siete años, a pesar de que por Resolución de la Comisión de 5 de abril de 2001 la revisión de la contraprestación económica derivada de la conservación de numeración debía ser anualmente, y pese a la Resolución de 15 de abril de 2004 que supuso una importante reducción de los costes originados por el operador donante.
- c) Concurrencia de los requisitos legales para la aplicación retroactiva de la Resolución recurrida.
- La Resolución de 20 de septiembre de 2007 actualizó los precios de las contraprestaciones pero estableció que el precio únicamente se aplicaría a partir de la aprobación de dicha Resolución. Por lo tanto, los operadores receptores de numeración no tendrían derecho a recuperar las cantidades indebidamente pagadas, confiriendo a las mismas un carácter indemnizatorio al superar el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

coste real la intervención del operador donante en el proceso de conservación de numeración, desde el 5 de abril de 2002 hasta el 20 de septiembre de 2007.

- Para restablecer la legalidad y asegurar que las contraprestaciones tengan carácter compensatorio y no indemnizatorio, se solicita que la Comisión declare los precios sustitutos que hubiera correspondido percibir a los operadores donantes para los años 2002 al 2007 (hasta el 20 de septiembre del 2007).
- La solicitud de aplicación retroactiva de la Resolución recurrida, o bien la “aclaración de un determinado aspecto de la relación preexistente y por tanto los precios directamente relacionados con el coste” se hace al entender que concurren los requisitos establecidos en el artículo 57.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), que representa la excepción a la regla general de la irretroactividad de los actos administrativos, ya que:
 - Los supuestos de hecho necesarios ya existían en la fecha a que se retrotraería la eficacia del acto, a saber, el año 2004.
 - No se lesionan derechos o intereses legítimos de terceros, ya que a partir de la entrada en vigor de la Resolución del 2004 las cantidades recibidas por los operadores donantes en el proceso de portabilidad fija se encontraban por encima del coste real incurrido, constituyendo esto un enriquecimiento indebido que no es un derecho o interés legítimo.

Y en el “Petitum” principal de su escrito, Euskaltel solicita que:

-Los precios sustitutos de las contraprestaciones que hubieran correspondido recibir a los operadores donantes derivadas de la conservación de numeración por cambio de operador en redes telefónicas fijas se apliquen desde el año 2002 hasta el 20 de septiembre de 2007; o subsidiariamente, y para el supuesto de que lo anterior no sea acogido, desde la entrada en vigor de la Resolución de 15 de abril de 2004; o subsidiariamente desde la fecha de interposición de la petición de Euskaltel de revisión de precios de 3 de octubre de 2005.



TERCERO.- Recurso de Reposición de ONO.

Por su parte, ONO ha presentado un recurso de reposición contra el apartado Tercero del Resuelve de la Resolución de fecha 20 de septiembre de 2007, de constante referencia, que ha tenido entrada en el registro de esta Comisión en fecha 6 de noviembre de 2007.

El recurso de ONO se basa en los siguientes motivos:

- a) Varios de los costes en los que se funda la nueva contraprestación económica fijada por la Comisión existían ya el día 1 de octubre de 2004.
 - Los nuevos importes de las contraprestaciones económicas por portabilidad fija se han fijado por la Comisión teniendo en cuenta un coste mayor de mano de obra y un ahorro respecto del tiempo requerido para llevar a cabo las tareas administrativas por parte de los operadores donantes como consecuencia de la Resolución de fecha 15 de abril de 2004 sobre modificación de las especificaciones técnicas en lo referente a portabilidad fija. Estas circunstancias existían ya desde la fecha de implantación en las redes de la modificación de las especificaciones técnicas, esto es, desde el día 1 de octubre de 2004, por lo que procede fijar los importes correspondientes a las contraprestaciones económicas no solo desde la fecha de aprobación de la Resolución recurrida sino con carácter retroactivo desde el 1 de octubre de 2004, en la medida en la que en aquel momento éstos debieron reflejar ya tales circunstancias.
 - Los nuevos importes fijados por la Comisión en la Resolución recurrida tienen en cuenta los incrementos en mano de obra desde el día 5 de abril del 2001 al 20 de septiembre del 2007. Por tanto, debido a la desaparición en octubre de 2004 de ciertas tareas administrativas para el operador donante, no debería haberse cobrado a los operadores receptores el importe de las mismas ya que esto contraviene el artículo 45 del Reglamento de Mercados.
- b) La Resolución recurrida tiene carácter declarativo y no constitutivo, lo que conlleva una necesaria o natural retroactividad de la cuantía establecida en la medida en que tiene en cuenta circunstancias que preexistían a aquella.
 - De los artículos 18 de la LGTel y 45 del Reglamento de Mercados resulta que los operadores donantes tienen derecho a percibir por parte de los operadores receptores una contraprestación económica derivada de la portabilidad que ha de determinarse en



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

función del coste directo relacionado con los procedimientos necesarios para habilitar el cambio. Por lo que la percepción de la contraprestación nace directamente del ordenamiento jurídico, sin perjuicio de que la fijación concreta del importe pueda ser acordada por las partes o, en su defecto, por decisión de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

- La Resolución de 5 de abril de 2001 estableció que las cuantías fijadas se revisarían con una periodicidad anual a fin de tener en cuenta los cambios en los costes reales y modificar en consecuencia el precio a abonar. Considerando el carácter declarativo del importe establecido por la Comisión en la Resolución recurrida habrán de aplicarse retroactivamente a la fecha en que éstos existían, pues en caso contrario los operadores donantes habrían recibido cantidades superiores a las que legalmente les correspondían.
- c) Se cumplen todos los requisitos del artículo 57.3 de la LRJPAC para la aplicación retroactiva de la Resolución recurrida. Esto evitaría la vulneración del principio general de Derecho que prohíbe el enriquecimiento injusto, ya que entiende que el operador donante desde el día 1 de octubre de 2004 ha recibido importes superiores a los que tendría derecho.

Y en el “Petitum” principal de su escrito, ONO solicita que se modifique el apartado Tercero de la Resolución recurrida, dictando en su sustitución otro en cuya virtud se establezca que:

1. En la medida en que los importes fijados en el apartado primero del Resuelve se fundan en circunstancias que existían ya a fecha 1 de octubre de 2004, los importes de la contraprestación económica a la que se refiere el artículo 45.2 del Reglamento de Mercados serán, desde el día 1 de octubre de 2004 y, hasta la fecha de aprobación de la presente Resolución, los siguientes:

Numeración	Desde 1/10/04 hasta 30/9/05	Desde 1/10/05 hasta 30/9/06	Desde 1/10/06 hasta 20/9/07
Regular	10,43	10,30	10,17
Básico RDSI	11,90	11,77	11,64
Multilínea	13,59	13,46	13,33
Inteligencia de Red	9,73	9,60	9,47

2. Los nuevos importes fijados en el apartado Primero y Segundo del Resuelve serán de aplicación a partir de la fecha de aprobación de la presente Resolución.



CUARTO.- Notificación, acumulación y trámite de información.

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión, fechado el día 13 de noviembre de 2007 y cuya salida fue registrada el día 28 de noviembre de 2007, se informó a las recurrentes y a todos los interesados que, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC se cumplía el trámite de información del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación de los recursos potestativos de reposición interpuestos por Euskaltel y ONO.

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 73 de la LRJPAC, se acordó la acumulación de los citados recursos habida cuenta la íntima conexión existente entre ambos procedimientos, al referirse ambos a la misma Resolución, de fecha 20 de septiembre de 2007, recaída en el expediente número DT 2005/1460.

Asimismo, se informó a los interesados de que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 112.2 de la LRJPAC, se les daba traslado de una copia de los recursos de reposición interpuestos por Euskaltel y ONO y se les informaba de que disponían de un plazo de diez días para poder efectuar alegaciones y aportar documentos al procedimiento si así lo estimaban conveniente a sus intereses.

QUINTO.- Alegaciones

1) Por parte de Telefónica de España, S.A.U.

Telefónica de España, S.A.U. (en adelante TESAU) en su escrito de alegaciones de fecha 12 de diciembre de 2007 aduce el principio de irretroactividad consagrado en los artículos 9.3 de la Constitución, 2.3 del Código Civil y 57 de la LRJPAC para defender que la retroactividad de los actos administrativos debe entenderse como un recurso absolutamente excepcional que solo debe aplicarse en supuestos especialmente establecidos. TESAU estima que no debe permitirse su aplicación por analogía, como a su juicio espera ONO cuando en su escrito de recurso manifiesta que “se trata de un supuesto sustancialmente análogo a otros en que la retroactividad es reconocida sin problemas en nuestro ordenamiento”.

TESAU alega que no se cumplen los requisitos del artículo 57 de la LRJPAC para aplicar la retroactividad a la Resolución recurrida. Además, aduce que los costes establecidos en abril 2001 partieron de la valoración de costes de máxima eficiencia y automatización, lo que significó una anticipación teórica de una eficiencia que sólo podría conseguirse a futuro, y por tanto no en el momento en que se definieron las citadas contraprestaciones. Es decir, que los precios que se definieron en dicho momento podían ser inferiores a los costes directos reales existentes en dicho momento.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Contra las alegaciones de que la denegación de la aplicación retroactiva de los precios implicaría “enriquecimiento injusto” y un “carácter indemnizatorio”, TESAU entiende que “una aplicación retroactiva de los precios implicaría una revisión al alza de los mismos en años anteriores, para cubrir los costes directos incurridos en la habilitación de la portabilidad”. Además de que, las modificaciones de precios no son de aplicación hasta tanto no resuelva la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ya que en caso contrario (aplicación de modificación de precios a libre albedrío en unos casos frente a otros) esto supondría una inseguridad jurídica.

En cuanto a la revisión de precios prevista anualmente, TESAU entiende que no necesariamente hubiese implicado una revisión a la baja como indica Euskaltel y que el apartado Cuarto del Resuelve de la Resolución de fecha 5 de abril de 2001 indicaba claramente que cualquier discrepancia o conflicto que pudiera surgir en la interpretación, cumplimiento o ejecución de la Resolución o sobre cualquier aspecto no previsto en ella pero relacionado con los costes asociados a la conservación del número de abonado por cambio de operador, podría ser sometida por cualquiera de las partes a esta Comisión. Entendiendo entonces que no fue una falta de revisión anual de la Comisión sino una falta de diligencia de los operadores interesados.

2) Por parte de France Telecom España, S.A.

France Telecom España, S.A. (en adelante France Telecom) en su escrito de alegaciones de fecha 12 de diciembre de 2007 manifiesta su conformidad con los recursos de reposición interpuestos y subraya “la necesidad de retrotraer las variaciones de las contraprestaciones económicas, como mínimo, hasta la última modificación de las especificaciones técnicas de portabilidad de la Resolución de 15 de abril de 2004, cuya aplicación efectiva se produjo a lo largo del mes de octubre de tal año”.

Se aduce a la misma Resolución de 5 de abril de 2001 que indica que la contraprestación que tiene derecho a percibir el operador donante únicamente va dirigida a compensar los costes reales incurridos, no pudiendo en ningún caso tener carácter indemnizatorio, lo cual entiende se produciría en caso de no admitirse la solicitada retroactividad.

France Telecom alega que los operadores no deben de asumir el retraso de la Comisión de varios años en el análisis de las contraprestaciones económicas en materia de portabilidad fija que debió realizar anualmente desde el año 2002, ni muchos menos el retraso en la conclusión del expediente DT2005/1460.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por último, contra la argumentación de que se debe seguir el principio de irretroactividad de los actos administrativos, France Telecom estima que es una interpretación parcializada ya que en otros tipos de expedientes similares que ha tramitado la Comisión se ha admitido la aplicación retroactiva. Y solicita la retroactividad desde el día 1 de octubre de 2004.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Admisión a trámite.

Los recursos de reposición de Euskaltel y ONO han sido interpuestos cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC. Asimismo, se han interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la misma Ley, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior, procede admitirlos a trámite.

SEGUNDO.- Competencia y plazo para resolver.

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, la competencia para resolver los recursos de reposición objeto de esta Resolución corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

El citado recurso deberá ser resuelto, y su Resolución notificada, en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley, y siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo.

TERCERO.- Calificación.

El artículo 107 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones, entre otros actos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.



Las entidades recurrentes califican expresamente sus escritos como recursos de reposición y que han sido interpuestos en plazo; por tanto, y teniendo en cuenta que las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa, resulta procedente calificarlos como recursos potestativos de reposición interpuestos contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 20 de septiembre de 2007, al tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC que prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO.- Sobre la aplicación retroactiva de la Resolución impugnada.

La eficacia inmediata de los actos administrativos es una manifestación del principio de autotutela que asiste a las Administraciones Públicas. Implica que las decisiones de los órganos administrativos crean derechos y obligaciones a sus destinatarios. Su otra consecuencia es que se establece una presunción de validez que permite que el acto despliegue todos sus posibles efectos hasta que no se demuestre su invalidez, trasladando al interesado la carga de impugnarlo para frenar su eficacia.

A ello se refiere el artículo 57.1 de la LRJPAC cuando dispone que

“Los actos de las Administraciones Públicas sujetos a Derecho administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosas”.

Esta regla general tiene las importantes excepciones del apartado 2 del propio artículo 57 de la LRJPAC, que establece:

“La eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior”.

Además de la eficacia demorada a que se refiere el artículo 57.2, los actos administrativos pueden tener excepcionalmente eficacia retroactiva cuando ésta se inicie con anterioridad al propio acto.

La posibilidad está prevista en el artículo 57.3 de la LRJPAC, que prevé:

“3. Excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, y, asimismo, cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La Ley configura la retroactividad de los actos administrativos como verdaderamente excepcional y sólo operará bajo circunstancias estrictamente tasadas. Ello porque los principios de legalidad y seguridad jurídica impiden retrotraer los efectos del acto, lo que supondría reconocer a la Administración un poder sobre el pasado que destruye la necesidad de certeza y estabilidad de las relaciones jurídicas. Por tanto, el principio de seguridad jurídica, garantizando en el artículo 9.3 de la Constitución Española, impone la irretroactividad de los actos administrativos como norma general. Así lo reconoce el Tribunal Supremo en la Sentencia de 22 de octubre de 1996, (S TS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, (RJ 1996\7378), FJ 3º:

TERCERO. 1. *Debemos empezar precisando que la regla general es que los actos administrativos son irretroactivos (art. 45.1 LPA y art. 9.3 CE [RCL 1978\2836 y ApNDL 2875]). Ciertamente existen excepciones, pero ello es únicamente cuando se den los supuestos previstos en la Ley, y siempre que los actos sean favorables y no lesionen derechos o intereses legítimos de otras personas (art. 45.3 de la LPA).*

Como se ha expuesto anteriormente, dos son los supuestos excepcionales en los que la ley reconoce la posibilidad de aplicación retroactiva de los actos administrativos: (1) en el caso de sustitución de actos anulados y (2) cuando la retroactividad es favorable al interesado y siempre que en el momento al que se retrotraerían los efectos ya se cumplieran los supuestos de hecho y no se afecten derechos o intereses legítimos de terceros.

Con todo hay que tener en cuenta que el concepto de acto favorable es equívoco cuando existen terceros interesados cuya posición es antagónica respecto de la del destinatario del acto: lo que a éste favorece puede perjudicarles a ellos. Pensando en ello el legislador ha establecido una última matización: la retroacción de los efectos del acto no será posible cuando ésta *“lesione derechos o intereses legítimos de otras personas”*.

En estos casos, se requiere, por tanto, la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) La preexistencia de los supuestos de hecho. En caso contrario, se estaría produciendo un reconocimiento de beneficios o derechos a quien en su momento no reunía las condiciones necesarias para adquirirlos. Así lo reconoce el Tribunal Supremo (STS de 4 de julio de 2000, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, (RJ 2000\5714), FJ 5º:

“... la retroactividad que autoriza el artículo 57 de la Ley 30/1992, exige, entre otros que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

eficacia del acto, y tal presupuesto aquí no concurre, cuando se pretende la eficacia para el 1 de marzo de 1991, y en tal fecha, no concurría la condición de residentes en las 17.629 personas, que aparecen inscritas en el padrón en 14 de mayo de 1992, y por tanto hasta esa fecha no tenían la condición de residentes, artículo 53 del Real Decreto 1690/1986”.

b) Que no se lesione derechos o intereses legítimos de otras personas. Esta previsión pretende amparar a quien, actuando de conformidad con la norma, ha adquirido unos derechos que la revocación del acto podría vulnerar. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de abril de 2000 (S TS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, (RJ 2000\4932), FJ 5º establece:

(..) B) Sobre lo segundo, es claro que si la posterior publicación de las normas de un Plan se entiende como una convalidación, en el sentido del artículo 53 de la antigua Ley de Procedimiento Administrativo (RCL 1958, 1258, 1469, 1504; RCL 1959, 585 y NDL 24708), sus efectos se producen desde la fecha de la publicación (artículo 53.3), salvo que se le puedan dar efectos retroactivos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.3 de aquella Ley; pero para esa eficacia retroactiva se exige que ésta «no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas», requisito que no se cumple en el presente caso en que la eficacia retroactiva de la convalidación se produciría en perjuicio de las demandantes de este recurso (que no impugnaron la licencia ejercitando la acción pública en materia de urbanismo, sino defendiendo evidentes intereses particulares)”.

Por tanto, la garantía del respeto a intereses o derechos dignos de protección de terceros exige la evaluación del alcance de la eficacia retroactiva del acto, y, en su caso, la ponderación de los intereses en juego.

Las recurrentes solicitan la aplicación retroactiva de la resolución recurrida al entender que se cumplen los requisitos del artículo 57.3 de la LRJPAC y, en particular, que no es sostenible la tesis contraria a la retroactividad bajo el argumento de que se podrían lesionar intereses o derechos legítimos de terceros (en este caso de los operadores donantes) ya que los operadores donantes, desde el día 1 de octubre de 2004, han recibido importes en concepto de contraprestaciones económicas por portabilidad superiores a los que legalmente les corresponden, contraviniendo así el artículo 45 del Reglamento de Mercados que establece:

“Artículo 45. Contraprestaciones económicas.

1. Los costes derivados de la actualización de los elementos de red y de los sistemas necesarios para hacer operativa la conservación de los números por los abonados deberán ser sufragados por cada operador, y no darán derecho a contraprestación económica alguna.

2. La conservación de números por parte de un abonado que cambie de operador dará derecho, al que anteriormente le prestaba el servicio, a la percepción de una contraprestación económica fija y por una sola vez. Esta cantidad se determinará en



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

función del coste directo relacionado con los procedimientos necesarios para habilitar el cambio y será facturada al operador receptor del abonado.

3. En su caso, los costes derivados del uso diferenciado de los recursos de red en que incurran los operadores que participen en el establecimiento o en el transporte de llamadas a abonados que han conservado sus números darán derecho a aquellos a la percepción de una contraprestación económica que será facturada al operador receptor del abonado.

[...]

5. En todo caso, los precios de interconexión para la aplicación de las facilidades de conservación de los números habrán de estar orientados en función de los costes.”

A ello también se refiere el párrafo segundo del artículo 18 de la LGTel

“Los costes derivados de la actualización de los elementos de la red y de los sistemas necesarios para hacer posible la conservación de los números deberán ser sufragados por cada operador sin que, por ello, tengan derecho a percibir indemnización alguna. [...] Los precios de interconexión para la aplicación de las facilidades de conservación de los números habrán de estar orientados en función de los costes [...]”

Las recurrentes alegan, en síntesis, que de no aplicarse retroactivamente los nuevos importes se habría estado permitiendo a los operadores donantes el cobro de una cantidad superior a la estrictamente necesaria para cubrir los costes, incumpliendo de esta manera lo previsto en el artículo 45 del Reglamento de Mercados y 18 de la LGTel, anteriormente citados. Así, los motivos que han sido considerados en la resolución recurrida para rebajar el importe de la contraprestación a los operadores donantes (fundamentalmente la reducción del coste de las tareas administrativas y el incremento de la mano de obra), existían ya desde el día 1 de octubre de 2004, en que entraron en vigor las nuevas especificaciones técnicas y administrativas.

Nuevamente, por tanto y partiendo de la excepcionalidad con que debe entenderse la facultad de esta Comisión para acordar la retroactividad de sus resoluciones, es necesario proceder al análisis de los requisitos previstos en el artículo 57.3 de la LRJPAC.

En cuanto a la producción de perjuicios a terceros, con carácter general, en los procedimientos tramitados por esta Comisión existen partes con intereses contrapuestos, por lo que de acordar la aplicación retroactiva de las resoluciones, siempre habría un hipotético perjuicio a alguna de ellas, en este caso, a los operadores con balances claramente donantes. Es por ello que es necesario valorar el comportamiento de los operadores.

Por un lado, los operadores donantes han venido facturando los importes acordados por esta Comisión basándose en la confianza legítima de que, en



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

tanto no se produzca la revisión prevista, esos serían los importes a aplicar. Sólo desde el momento en que se les notificó el inicio del expediente destinado a su modificación, decae la seguridad en la corrección de su proceder, surgiendo una incertidumbre que se materializará en la resolución definitiva.

Por otra parte, los operadores beneficiarios no plantearon, hasta la petición de Euskaltel, la revisión de los importes, pese a estar previsto en la Resolución de fecha 5 de abril de 2001 y ni tan siquiera tras la de fecha 15 de abril de 2004, que aparentemente suponía un recorte de los costes administrativos para el operador donante.

Tampoco debe pasarse por alto que la Resolución recurrida fue dictada en ejercicio de las potestades que le atribuye el artículo 45.4 del Reglamento de Mercados, que establece:

“A falta de acuerdo sobre la cuantía de las contraprestaciones económicas que se enumeran en este artículo, resolverá la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, a solicitud de cualquiera de las partes, en el plazo establecido en la normativa vigente”.

Como puede apreciarse, dicho artículo configura la intervención de esta Comisión como subsidiaria a los acuerdos libremente alcanzados por las partes, al prever que sólo resolverá *“a falta de acuerdo sobre la cuantía de las contraprestaciones”*. Ello supone la prevalencia de los principios de autocomposición e intervención mínima, que difícilmente encajan en la imposición de la solución retroactiva.

Al contrario de lo que alega ONO en su recurso, la resolución recurrida no tiene carácter declarativo, interpretativo o aclaratorio, sino constitutivo, pues el importe de las contraprestaciones económicas, en caso de desacuerdo, no es otro que el que la Comisión determina. No se trata de valorar la corrección de un precio propuesto por otro operador (como en el caso de las ofertas de referencia), sino de la determinación *ex nunc* de la contraprestación por una actividad de los operadores que se ha venido realizando. Así, la Comisión resuelve un conflicto (o controversia) sobre una situación jurídica previa, que se proyecta desde el pasado y que continúa produciéndose mientras se tramita.



SEGUNDO.- Sobre la solicitud de determinación de los precios sustitutivos de las contraprestaciones económicas entre operadores desde el año 2002 hasta el día 20 de septiembre de 2007.

El artículo 45.2 del Reglamento de Mercados, así como el 18 de la LGTel, determinan que la contraprestación económica habrá de estar orientada a costes, pudiendo entender que es una obligación de los operadores que existe en todo caso, sin que sea necesaria actuación alguna posterior por parte de esta Comisión.

Desde que se comunicó la apertura del procedimiento, tras la solicitud de Euskaltel, con fecha de entrada en el registro de esta Comisión el 3 de octubre de 2005, los operadores donantes tenían constancia del inicio del trámite destinado a la verificación del principio de orientación a costes de las contraprestaciones por portabilidad.

El desacuerdo entre los operadores no se puso de manifiesto hasta la presentación de la referida solicitud de Euskaltel y el inicio del correspondiente procedimiento en el que se ha procedido a analizar los costes para los operadores donantes de los mecanismos necesarios para efectuar la portabilidad numérica. Por lo que, hasta la Resolución de fecha 20 de septiembre de 2007 que puso fin al procedimiento iniciado por Euskaltel, no habría lugar a modificación de los importes acordados anteriormente.

Esta Comisión sólo pudo tener certeza de los precios orientados a costes de las contraprestaciones por portabilidad a partir de la finalización del procedimiento que dio lugar a la Resolución de fecha 20 de septiembre de 2007, pero no en los hitos temporales anteriores que han sido solicitados por las recurrentes ya que con anterioridad a la determinación específica de los precios éstos bien podían resultar superiores o inferiores, situación que ya fue analizada en la Resolución recurrida. Por tanto, a juicio de ésta Comisión no se cumple el requisito del artículo 57.3 de la LRJPAC de que *“los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto”*.

Además, la inexistencia de medidas provisionales que supusieran una eventual rebaja de los importes y que previeran la compensación a partir de los definitivamente aprobados entre su adopción y la resolución definitiva, supone que no existe otro momento diferente a esta última que pudiese tenerse en cuenta.

La legitimidad de la actuación de los operadores donantes debe ponerse en relación con la conducta de aquellos otros operadores, como los recurrentes, que presentan saldos netamente receptores. Así, y pese a estar prevista la revisión



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

anual de las contraprestaciones desde la Resolución de fecha 5 de abril de 2001, sólo hasta el día 3 de octubre de 2005 (cuatro años y medio después), la solicitó uno de ellos, Euskaltel. Tampoco lo hicieron tras la Resolución de fecha 15 de abril de 2004 (que entró en vigor en octubre de 2004), que simplificaba significativamente los trámites de la portabilidad y pese a que ello era conocido por los propios operadores. Así, los operadores receptores habrían consentido el pago de un importe superior al no instar su revisión. Además, el inicio del procedimiento de revisión no presupone pronunciamiento alguno respecto a la necesidad de rebajar las contraprestaciones, que sólo se producirá si esta Comisión comprueba que son mayores a los costes.

Debe recordarse el carácter subsidiario de la intervención de la Comisión en la fijación de la cuantía de las contraprestaciones que nos ocupan, lo que significa que sólo cuando exista desacuerdo entre los operadores podrá imponer su cuantía. Que la solución impuesta por esta Comisión lo es con carácter subsidiario, implicaría que los precios a aplicar lo son desde que se acuerdan y no para un periodo anterior, pues sólo en ese momento se ha comprobado y declarado qué importe cumple el requisito previsto en la LGTel y en el Reglamento de Mercados de estar en función de los costes.

En atención a todo lo anterior, y vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión:

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar íntegramente los recursos de reposición interpuestos por las entidades Euskaltel, S.A. y Cableuropa, S.A.U, y Tenaria, S.A. contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 20 de septiembre de 2007, recaída en el expediente DT 2005/1460, sobre la contraprestación económica entre operadores por los procedimientos derivados de la conservación de numeración por cambio de operador de red fija, por estar la misma plenamente ajustada a Derecho.

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 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por la Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado puede interponerse 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 48.17 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 el artículo 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 58 de la misma Ley.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Reinaldo Rodríguez Illera

Ignacio Redondo Andreu