



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON ALFONSO RAMOS DE MOLINS SAINZ DE BARANDA, 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 nº 17/05 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 12 de mayo de 2005, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE DESESTIMA EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA ENTIDAD VODAFONE ESPAÑA, S.A. CONTRA LA RESOLUCIÓN DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DE FECHA 1 DE JULIO DE 2004, POR LA QUE SE RESUELVE EL CONFLICTO DE INTERCONEXIÓN ENTRE UNI2 TELECOMUNICACIONES, S.A.U. Y VODAFONE ESPAÑA, S.A., EN RELACIÓN CON LA MODIFICACIÓN PARCIAL DEL AGI SUSCRITO ENTRE AMBOS OPERADORES (PRECIOS DE ACCESO DESDE LA RED DE VODAFONE ESPAÑA, S.A.).

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad VODAFONE ESPAÑA, S.A. (en adelante, VODAFONE) contra la Resolución de fecha 1 de julio de 2004, por la que se resuelve el conflicto de interconexión entre UNI2 TELECOMUNICACIONES, S.A.U. (en adelante, UNI2) y VODAFONE, en relación con la modificación parcial de su AGI (MTZ 2002/7337), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 17/05 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 12 de mayo de 2005, recaída en el expediente AJ 2004/1395.

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 11 de julio de 2002, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución por la que se determinaban transitoriamente los precios de interconexión de AIRTEL MÓVIL, S.A. (actualmente, VODAFONE).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En la citada Resolución se acordó lo siguiente:

“Primero. Establecer los siguientes precios máximos del servicio de interconexión de terminación en la red de Airtel Móvil, S.A.:

Horario Normal: de lunes a viernes, de ocho a veinte horas: 0,171830 euros/minuto, facturándose un minuto de conversación completo para duraciones iguales o inferiores al minuto y efectuándose el cómputo en segundos para duraciones superiores.

Horario Reducido: de lunes a viernes, de veinte a ocho horas; sábados, domingos y festivos de ámbito nacional, durante todo el día: 0,094631 euros/minuto, facturándose un minuto de conversación completo para duraciones iguales o inferiores al minuto y efectuándose el cómputo en segundos para duraciones superiores.

Segundo. La modificación económica fijada en el resuelve primero, modificará los Acuerdos Generales de interconexión o Addenda entre Airtel Móvil, S.A. y otros operadores desde la notificación de la solicitud escrita de estos. En cualquier caso, los nuevos precios no entrarán en vigor antes del 1 de agosto de 2002. Ambas partes se obligan a formalizar por escrito la modificación de los Acuerdos o Addenda afectados en el plazo de cinco días desde la fecha de recepción de la solicitud efectuada por el operador interconectado a Airtel Móvil, S.A.”

Posteriormente, los precios de interconexión de terminación en la red de VODAFONE han sido fijados por la Comisión mediante Resoluciones de 18 de diciembre de 2003 y 10 de junio de 2004.

SEGUNDO.- Mediante escrito con fecha de entrada en el Registro de la Comisión el 30 de julio de 2002, la entidad VODAFONE planteaba conflicto de interconexión con UNI2, relativo a la interpretación de los apartados 3.6.1.1 y 3.7.1.1 del Anexo 3 del AGI suscrito entre ambos operadores, que establecían la vinculación de los precios de interconexión de acceso a los servicios números cortos y de inteligencia de red de UNI2 con los precios de interconexión de terminación.

VODAFONE entendía que la rebaja de los precios de interconexión de terminación operada en la Resolución de 11 de julio de 2002, no era aplicable a los precios de acceso, solicitando que se modificara el AGI diferenciando entre los precios de interconexión de acceso y los de terminación. Frente a ello, UNI2 mantenía la validez de las referidas cláusulas del AGI, pidiendo que se mantuviera el mismo precio para los servicios de interconexión de terminación y de acceso de acuerdo con el AGI firmado por las partes, de modo que la rebaja de los precios de terminación operada en la Resolución citada conllevara también la disminución paralela de los precios de acceso.

TERCERO.- Con fecha 1 de julio de 2004, el Consejo de la Comisión, aprobó la Resolución por la que se resolvía el conflicto de interconexión entre UNI2 y



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

VODAFONE, relativo a la modificación parcial del AGI suscrito entre ambos operadores (precios de acceso desde la red de VODAFONE).

En la citada Resolución se acordó lo siguiente:

“Primero.- Estimar la petición de Vodafone de eliminar la cláusula del Acuerdo que vincula los precios de acceso a los de terminación.

Segundo.- A partir de la notificación de la presente resolución, Vodafone y Uni2 deberán, en el marco de la libre negociación entre las partes, alcanzar un acuerdo sobre las condiciones económicas aplicables a la interconexión de acceso. Durante el periodo de tiempo que duren las negociaciones seguirán aplicándose a la interconexión de acceso los precios que se aplican a la interconexión de terminación”.

CUARTO.- Con fecha 6 de agosto de 2004, se recibió en esta Comisión escrito presentado por Doña María Luisa Belda Cuesta, en nombre y representación de VODAFONE, en virtud del cuál interponía recurso potestativo de reposición contra la Resolución de fecha 1 de julio de 2004 antes mencionada, con base en los siguientes motivos:

1º.- La Resolución recurrida no se pronuncia sobre todos los extremos del conflicto planteado por VODAFONE.

Sostiene la recurrente que la Resolución de 1 de julio de 2004 tan sólo da respuesta a su solicitud de eliminación, con efectos desde el 1 de agosto de 2002, de las cláusulas 3.6.1.1 y 3.7.1.1 del Anexo III del AGI suscrito con UNI2, si bien no se pronunciaba en ningún sentido sobre la sustitución de las mismas por la redacción que con fecha 23 de julio de 2002 propuso la operadora a UNI2, o por cualquier otra que desvinculase desde el 1 de agosto de 2002 los precios de los servicios de acceso de los precios de terminación.

Añade VODAFONE que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), la Comisión está obligada a resolver lo procedente sobre todos los extremos objeto del conflicto, sustituyendo, incluso, la voluntad de ambas partes para poner fin al conflicto.

2º.- La desestimación de la retroactividad solicitada por VODAFONE supone una discriminación positiva para UNI2.

Según VODAFONE, la negativa de UNI2 a modificar las cláusulas del AGI que vinculaban los precios de acceso a los precios de terminación tras la Resolución de 11 de julio de 2002, llevó a dicha operadora a obtener un trato de favor frente a otros operadores y un enriquecimiento injusto, al haber resarcido a VODAFONE un precio por el servicio de acceso inferior al



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

establecido con carácter general en el resto de AGIS suscritos con otros operadores.

3º.- La eficacia de la Resolución queda supeditada a una ulterior negociación entre las partes.

Se alega que la falta de fijación en la Resolución del conflicto de un plazo límite para que las partes alcanzaran un acuerdo sobre las condiciones económicas aplicables a la interconexión de acceso ha beneficiado a UNI2, que no ha mostrado interés alguno en llegar a un acuerdo en los últimos dos años. A este respecto VODAFONE solicita, para el caso de no atenderse las solicitudes formuladas en los apartados primero y segundo de su recurso, la fijación de un plazo de tiempo máximo en el que las partes tengan que llegar a un acuerdo.

En virtud de los motivos expuestos anteriormente, la entidad VODAFONE solicita:

- a) Que se ordene a VODAFONE y UNI2 a modificar el AGI vigente entre las partes a través de la firma del Addendum enviado a UNI2 con fecha 23 de julio de 2002.
- b) Que se dote de efectos retroactivos a la Resolución de 1 de julio de 2004, desde el día 1 de agosto de 2002.
- c) Que establezca un plazo máximo de cinco días para la formalización por UNI2 y VODAFONE del Addendum que recoja la modificación ordenada en la Resolución que se adopte.

QUINTO.- Con fecha 15 de octubre de 2004, VODAFONE y UNI2 firman un Addendum al Anexo III de Servicios del AGI suscrito entre ambas, eliminando las cláusulas que vinculan los precios de acceso a los de terminación, así como procediendo a fijar las condiciones económicas aplicables a la interconexión de acceso para los servicios de números cortos y los servicios de red inteligente 900 de UNI2.

En dicho Addendum se establece la vigencia de tales previsiones a partir del día 1 de septiembre de 2004.

SEXTO.- Con fecha 4 de octubre de 2004, tuvo entrada en el Registro de la Comisión escrito presentado por Don Christian Hacker, en virtud del cual presentaba, en nombre y representación de la entidad UNI2, las siguientes alegaciones al recurso de reposición interpuesto por VODAFONE contra la Resolución de 1 de julio de 2004:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1ª.- La Resolución impugnada se pronuncia sobre todos los extremos del conflicto planteado por VODAFONE.

Señala UNI2 que la recurrente confunde la necesidad de un pronunciamiento sobre todos los extremos objeto del conflicto con los deseos de una Resolución plenamente favorable a sus intereses, sin considerar la posibilidad de aceptación parcial de su solicitud, solución ésta producida en la Resolución de 1 de julio de 2004 que eliminó las cláusulas del AGI objeto de conflicto y que estableció la obligación de negociar los precios de acceso, lo que a su vez conllevó la denegación de la parte de la solicitud de VODAFONE relativa a la sustitución de las cláusulas del AGI cuestionadas por la redacción propuesta por la operadora a UNI2 el 23 de julio de 2002.

Sostiene UNI2 que no es objeto del procedimiento la definición de los precios de interconexión de acceso, al no haber sido objeto de discusión entre las partes cuáles deberían ser dichos precios en el supuesto de que tales cláusulas fueran eliminadas del AGI. De este modo, sólo en el supuesto de falta de acuerdo en el proceso de negociación abierto tras la Resolución del conflicto, sería posible que alguna de las partes solicitara a la Comisión la fijación de los precios.

2ª.- Imposibilidad de dotar a la Resolución de 1 de julio de 2004 de efectos retroactivos.

Según UNI2, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad contemplado en el artículo 1.255 del Código Civil, la eliminación de las cláusulas 3.6 y 3.7 del Anexo III del AGI suscrito entre las partes sólo es efectiva en el ordenamiento jurídico desde el momento en que es aceptada por la otra parte, bien voluntariamente o como consecuencia de una Resolución de la Comisión al poner fin al conflicto suscitado entre las partes, resultando aquéllas plenamente válidas conforme a lo dispuesto en el artículo 1258 del Código Civil.

Añade que la inexistencia de retroactividad en cuanto a la aplicación de la Resolución de 1 de julio de 2004 no supone una discriminación positiva para UNI2 en relación con los demás operadores, ya que lo negociado por éstos con VODAFONE en ningún caso puede penalizar a UNI2.

3ª.- La Resolución impugnada es plenamente eficaz en sus estrictos términos.

Frente a lo expuesto por VODAFONE, señala UNI2 que la Resolución de 1 de julio de 2004 resulta plenamente eficaz al resolver el conflicto sin necesidad de ulteriores actuaciones de las partes. Según la operadora, el hecho de que como consecuencia de la desvinculación entre los precios de acceso y los de terminación, las partes se vean avocadas a un proceso de negociación sobre los precios de acceso, en ningún caso puede presuponer la existencia de un nuevo conflicto.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Además, sostiene UNI2 que al no haber tenido lugar la negociación sobre los precios de acceso, y en base al principio de mínima intervención, en ningún caso tal extremo podía haber sido objeto de resolución por parte de la Comisión.

SÉPTIMO.- Con fecha 11 de noviembre de 2004 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por Doña Carmen Mateas Moreno, en virtud del cual, en nombre y representación de la entidad UNI2, formula de nuevo alegaciones al recurso de reposición interpuesto por VODAFONE, poniendo en conocimiento de la Comisión la conclusión con esta entidad del ya referido Acuerdo sobre el precio de la originación de llamadas en la red de VODAFONE hacia determinadas numeraciones de UNI2, e incidiendo en la aplicación de las condiciones económicas previstas en el Addendum a partir del 1 de septiembre de 2004, tal y como pactaron las partes, lo que impediría a su entender dotar de eficacia retroactiva a la Resolución recurrida.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- Fundamentos jurídicos procedimentales.

PRIMERO.- Calificación del escrito.

El artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, 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.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC establece que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La recurrente califica expresamente su escrito como recurso potestativo de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.17 de la LGTel, las Resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar el escrito presentado por VODAFONE como recurso potestativo de reposición que se interpone contra la Resolución de esta Comisión de fecha 1 de julio de 2004.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEGUNDO.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición.

La entidad recurrente ostenta la condición de interesada al ser parte en el conflicto cuya Resolución es ahora objeto de impugnación, por lo que en atención a ello se reconoce legitimación activa a aquélla para la interposición del recurso potestativo de reposición.

TERCERO.- Competencia y plazo para resolver.

La competencia para resolver el presente recurso corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado. El recurso deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a la interposición, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley.

CUARTO.- Admisión a trámite.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJPAC, los recursos de reposición que interpongan los interesados habrán de fundarse en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de esta Ley.

El escrito presentado por VODAFONE, además de cumplir los requisitos del artículo 107.1, cumple igualmente con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y ha sido presentado en el plazo previsto en el artículo 117.1 de la misma Ley, por lo que debe admitirse a trámite.

II.- Fundamentos jurídicos materiales.

Primero.- Sobre el objeto del conflicto de interconexión planteado por VODAFONE.

La entidad recurrente alega que la Resolución de 1 de julio de 2004 vulnera lo dispuesto en el artículo 14 de la LGTel, al no haberse pronunciado sobre los extremos objeto del conflicto; en particular, sobre la sustitución de los precios de acceso por la redacción que con fecha 23 de julio de 2002 propuso la operadora a UNI2, o por cualquier otra que desvinculase desde el 1 de agosto de 2002 los precios de los servicios de acceso de los precios de terminación.

Sin embargo, frente a lo expuesto por VODAFONE, debe señalarse, en primer lugar, que si bien no se estimaron todas las pretensiones formuladas por la recurrente, la Resolución de 1 de julio de 2004 dio cumplida respuesta a las



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cuestiones planteadas por la operadora durante el procedimiento de resolución del conflicto.

En efecto, sobre la eliminación de las cláusulas 3.6.1.1 y 3.7.1.1 del Anexo III del AGI, la Resolución de 1 de julio de 2004 estimó la pretensión de VODAFONE, al entender que debían fijarse precios distintos para los precios de acceso, si bien se rechazó la sustitución de dichas cláusulas por la redacción propuesta por VODAFONE o por cualquier otra que desvinculase los precios de acceso desde el 1 de agosto de 2002.

Es cierto que tal desestimación no tuvo lugar expresamente, pero aparecía implícita en el Resuelve segundo de la Resolución, que establecía que las partes habían de llegar a un acuerdo sobre los precios de interconexión de acceso, aplicándose entre tanto a ésta los precios de interconexión de terminación.

La aplicación de estos últimos precios (de terminación) fue acordada por la Comisión con carácter transitorio hasta que VODAFONE y UNI2 llegaran a un acuerdo sobre los precios aplicables a la interconexión de acceso, por entender que debían ser los operadores los que negociaran las condiciones económicas que de modo definitivo debían resultar de aplicación.

Y es que no puede dejar de tenerse en cuenta que los acuerdos de interconexión, si bien tienen una vertiente pública que habilita a esta Comisión a intervenir en los conflictos que se susciten entre los mismos, gozan también de naturaleza contractual, sometidos a las reglas generales de la contratación contempladas en el Código Civil (en adelante, CC), entre las que cabe destacar el principio de la autonomía de la voluntad contemplado en el artículo 1255 CC, que establece que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.

Como ha reiterado la Comisión en numerosas ocasiones¹, el único límite legal a la libertad de pactos recogida en el Derecho común consiste en la posibilidad de intervención de la Comisión en la formación de la voluntad contractual de las partes, aunque, conforme al principio de intervención mínima que ha de regir la actuación de la Administración, esta intervención sólo se podrá producir en los casos en que esté justificada y tenga por objeto fomentar y garantizar la interconexión y la interoperabilidad de los servicios.

En otras palabras, la intervención de este organismo debería ser lo menos intrusiva posible en la esfera privada de los contratantes y concentrarse única y exclusivamente en aquellos aspectos que fueran objeto de conflicto², pues de lo contrario podría imposibilitarse una negociación respecto de extremos no

¹ Entre otras, en Resoluciones de 26 de septiembre de 2003 (MTZ 2003/309), 23 de octubre de 2003 (RO 2003/736), 12 de junio de 2003 (RO 2003/790), 23 de octubre de 2003 (RO 2003/841), 23 de octubre de 2003 (RO 2003/844), 9 de septiembre de 2004 (RO 2004/54), 10 de junio de 2004 (RO 2004/425) y 30 de diciembre de 2004 (RO 2004/1617).

² Resolución de 13 de septiembre de 2001 (DT1999/610).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

sometidos a controversia alguna, dejando vacío de contenido el referido principio de autonomía de la voluntad.

Así pues, en el presente caso, debe distinguirse entre el desacuerdo producido en la interpretación del AGI suscrito entre las partes como consecuencia de la Resolución de 11 de julio de 2002 y las supuestas discrepancias que hubieran podido surgir en el proceso de negociación de los precios de interconexión de acceso.

El conflicto suscitado entre UNI2 y VODAFONE versaba sobre la pretensión de UNI2 de aplicación de las cláusulas del AGI que vinculaban los precios de acceso con los precios de terminación tras la Resolución de 11 de julio de 2002 que fijaba transitoriamente estos últimos, llegándose en la Resolución del conflicto a la conclusión de que la vinculación de precios contenida en dichas cláusulas no resultaba acorde con el espíritu de la Resolución en la que se fijaban los precios de interconexión de terminación, que vino a ser reflejo de la existencia de dos escenarios distintos³, el de acceso y el de terminación.

Cuestión distinta era la de la identificación o determinación de los precios de acceso. Las diferencias surgidas sobre la aplicabilidad o no de las referidas cláusulas del AGI no presuponían un desacuerdo sobre los precios de acceso, por lo que ésta no era una cuestión del conflicto que hubiera de ser resuelta en la Resolución de 1 de julio de 2004 ahora recurrida.

A mayor abundamiento, nada impedía, con independencia de la desvinculación entre precios de acceso y terminación operada en la Resolución impugnada, que las partes hubieran podido acordar, tras la aprobación de la misma, precios de acceso similares o próximos a los precios de terminación, por lo que la intervención de la Comisión en dicha cuestión, fijando los precios de acceso que debía satisfacer UNI2 a la recurrente, habría supuesto una intromisión en el ámbito reservado a la esfera privada de los contratantes. De ahí que este organismo hubiera limitado su actuación a la determinación transitoria de dichos precios hasta su concreción definitiva mediante acuerdo de los operadores interesados.

Por tanto, resulta claro que la imposición de un texto en el AGI, tal y como solicita VODAFONE, no resulta acorde con la naturaleza negociada de dicho Acuerdo y con el principio de intervención mínima que debe regir la actuación de la Administración respecto de tales acuerdos.

En cualquier caso, tal y como fue puesto de manifiesto a la Comisión, con fecha 15 de octubre de 2004 las partes llegaron a un acuerdo eliminando del AGI las cláusulas que vinculaban los precios de acceso a los de terminación, así como procediendo a fijar las condiciones económicas aplicables a la

³ Véase a dicho respecto el Acuerdo del Consejo de la Comisión del día 3 de septiembre de 2004 por el que se da contestación a la consulta formulada por la sociedad Jazz Telecom, S.A., acerca del precio del servicio de interconexión de acceso prestado por las redes de telefonía móvil (DT 2002/7609).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

interconexión de acceso para los servicios de números cortos y los servicios de red inteligente 900 de UNI2.

Debe, por tanto, decaer el motivo del recurso en el que se solicita a la Comisión que se ordene a UNI2 la firma del Addendum que VODAFONE le envió con fecha 23 de julio de 2002, debiendo dar por válido el Addendum firmado por las partes tras la Resolución del conflicto.

Segundo.- Sobre la discriminación positiva a UNI2 como consecuencia de la desestimación de la retroactividad solicitada por VODAFONE.

VODAFONE solicita la aplicación retroactiva de la Resolución de 1 de julio de 2004 al 1 de agosto de 2002, fecha de entrada en vigor de los precios de terminación en la red de aquélla fijados en la Resolución de 11 de julio de 2002, por entender que de lo contrario se habría producido un enriquecimiento injusto por parte de UNI2, que habría satisfecho a VODAFONE un precio por el servicio de acceso inferior al establecido con carácter general en el resto de los AGIS.

La solicitud de VODAFONE ha de ser examinada a la luz de lo dispuesto en el artículo 57 de la LRJPAC relativo a los efectos de los actos administrativos, que en su apartado primero contempla como regla general que los actos administrativos despliegan sus efectos para el futuro desde el momento en que son dictados.

De acuerdo con ello, la Resolución de 1 de julio de 2004 por la que se ponía fin al conflicto suscitado entre VODAFONE y UNI2 produjo sus efectos desde el mismo momento en que se dictó.

No obstante, el citado artículo 57 de la LRJPAC prevé en su apartado tercero la posibilidad de otorgar efectos retroactivos a los actos administrativos, al afirmar que *“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.”*

Puede, por tanto, otorgarse eficacia retroactiva a un acto, pero con carácter excepcional, en los supuestos y con los requisitos señalados en el artículo 57.3 de la LRJPAC, tal y como ha reiterado la Jurisprudencia en numerosas ocasiones⁴.

Como se deriva de los términos del artículo 57.3 de la LRJPAC, son dos los casos en los que la Ley permite otorgar carácter retroactivo a un acto

⁴ SS del Tribunal Supremo 15 de abril de 1980 (Ar. 1335), 25 de junio de 1980 (Ar. 2685), 29 de noviembre de 1982 (Ar. 7166), 13 de febrero de 1984 (Ar. 1051), 24 de marzo de 1987 (Ar. 3806), 17 de julio de 1987 (Ar. 7523), 6 de junio de 1988 (Ar. 4596), 1 de febrero de 1990 (Ar. 1065) y 7 de junio de 2002 (Ar. 8605).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

administrativo, a saber, cuando se dicten en sustitución de actos anulados o cuando produzcan efectos favorables al interesado.

Respecto al primero de los supuestos, resulta evidente que en el presente caso la Resolución de fecha 1 de julio de 2004 no se dictó en sustitución de un acto o resolución administrativa anterior anulada, sino en respuesta a un conflicto producido entre dos operadores con ocasión de la interpretación de su AGI.

Por lo que se refiere a la producción de efectos favorables para el interesado, es preciso señalar que la aplicación retroactiva de la Resolución de 1 de julio de 2004 hubiera sido beneficiosa para VODAFONE si tal retroactividad hubiera tenido lugar en los términos pretendidos por la operadora, esto es, si la Comisión hubiera determinado la aplicación de precios de acceso distintos a los precios de terminación desde el 1 de agosto de 2002, produciéndose desde aquel momento la desvinculación entre los precios de interconexión de acceso y los de terminación.

Debe recordarse, no obstante, que la Resolución de 1 de julio de 2004, si bien estimó la pretensión de VODAFONE de desvincular los precios de acceso de los precios de terminación, no fijó los precios de acceso, determinando únicamente que los precios de terminación habrían de ser de aplicación transitoria hasta que las partes acordaran los precios de acceso definitivos. En la medida en que tales precios de terminación eran los mismos que se venían aplicando en virtud de lo dispuesto en el AGI, la aplicación retroactiva de aquella Resolución no tendría, por tanto, efectos favorables para VODAFONE.

Ello solamente hubiera sido posible en el caso de que los precios de acceso fijados de modo transitorio no hubieran sido los precios de terminación, o en el de que se hubiera decidido sustituir la redacción de las cláusulas 3.6.1.1 y 3.7.1.1 del Anexo III del AGI por el texto propuesto en su momento por VODAFONE a UNI2 o por cualquier otro que desvinculara los precios de acceso de los precios de terminación desde el día 1 de agosto de 2002, lo que tal y como ha sido expuesto en el fundamento de Derecho primero de la presente Resolución no puede tener cabida, pues supondría la intervención de la Comisión en un asunto que no fue objeto de conflicto y que, por tanto, pertenece a la esfera privada de los contratantes.

Debe advertirse en este punto cómo en el Addendum al Anexo III de Servicios del AGI suscrito entre ambos operadores el día 15 de octubre de 2004, se establece la vigencia de los nuevos precios de acceso acordados entre VODAFONE y UNI2 a partir del día 1 de septiembre de 2004, sin que nada hubiera impedido a aquellas entidades fijar, al amparo de la autonomía de las partes de establecer las cláusulas, pactos y condiciones que tuvieran por conveniente, sin más limitaciones que las leyes, la moral y el orden público (artículo 1.255 CC), una fecha distinta de aplicación de tales precios.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Siendo la voluntad manifestada por los contratantes que los precios de acceso se apliquen desde el 1 de septiembre de 2004, y sin que sobre dicha cuestión se haya sometido controversia alguna a la Comisión, no procede, en atención al principio de intervención mínima ya aludido anteriormente, la fijación de una fecha distinta a la pactada por las partes.

Por otro lado, es preciso señalar que no en todos los casos en los que la aplicación retroactiva de un acto administrativo produce efectos favorables para el interesado, puede otorgarse tal retroactividad, ya que el artículo 57.3 de la LRJPAC limita su aplicación al cumplimiento de dos requisitos; a saber, que el supuesto de hecho en cuestión existiera ya en la fecha a la que se retrotrajera la eficacia del acto y que no se lesionasen derechos o intereses legítimos de otras personas.

En el presente caso, admitida la existencia del supuesto de hecho (vinculación de los precios de acceso a los precios de terminación) el día 1 de agosto de 2002, debe, sin embargo, apreciarse la falta de concurrencia del requisito de la no lesión de intereses legítimos o derechos de otras personas como consecuencia de la retroactividad a la que alude VODAFONE.

La fijación de precios distintos a los de terminación y su aplicación retroactiva en el presente supuesto no sólo hubiera invadido la esfera privada de los contratantes sino que, además, hubiera conllevado un perjuicio para los intereses legítimos de UNI2, que se habría visto obligada a satisfacer por los servicios de acceso desde la red de VODAFONE precios distintos de aquéllos que había venido integrando con anterioridad al 1 de septiembre de 2004 (fecha en la que habría de hacerse efectivo el Addendum que fijaba los precios de acceso).

En último término, frente al argumento de la recurrente según el cual UNI2 ha obtenido un enriquecimiento injusto por la aplicación de precios de acceso iguales a los de terminación desde el 1 de agosto de 2002, debe señalarse que desde un punto de vista jurídico no concurren en el presente supuesto los requisitos necesarios para determinar la existencia de dicho enriquecimiento.

Constituye doctrina reiterada del Tribunal Supremo⁵ que, a falta de regulación en el Ordenamiento positivo, los requisitos del enriquecimiento injusto se concretan en: a) un provecho o ventaja patrimonial del demandado; b) el correlativo empobrecimiento del actor; c) falta de causa que justifique dicho enriquecimiento y d) ausencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio.

Debe aclararse sobre ello que en el presente supuesto la aplicación a los precios de acceso de los precios de terminación obedece a una causa lícita, cual es, hasta la fecha de la Resolución de 1 de julio de 2004, la aplicabilidad efectiva de las cláusulas del AGI suscrito entre VODAFONE y UNI2 que

⁵ Entre otras, SS. 15 de noviembre de 1990 (RJ 8948), 31 de marzo de 1992 (RJ 2315) y 25 de abril de 2002 (RJ 4785).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

vinculaban los precios de acceso a los precios de terminación, y a partir de dicha Resolución, hasta tanto los operadores en conflicto no llegaran a un acuerdo sobre los precios de acceso, la intervención de la Comisión determinando la aplicación transitoria de los precios de terminación.

Concorre, por tanto, en el supuesto aquí examinado una causa legitimadora de la aplicación de los precios de terminación a los precios de acceso que impide sostener la existencia de un enriquecimiento injusto por parte de UNI2.

Desde otro punto de vista, la relación jurídica privada existente entre VODAFONE y UNI2 en lo relativo a los precios de acceso desde la red de la primera no puede verse afectada por las condiciones económicas pactadas por otros operadores con VODAFONE para el mismo tipo de acceso.

La Resolución de 11 de julio de 2002 conminaba a los operadores a modificar sus AGIS en el plazo de cinco días desde la fecha de la recepción por VODAFONE de las solicitudes formuladas por los operadores interconectados para que fueran de aplicación los nuevos precios de terminación, pero en ningún caso el hecho de que otros operadores distintos de UNI2 hubieran modificado su AGI fijando precios de acceso diferentes a bs de terminación, podría conllevar la obligación de UNI2 de modificar su AGI, ni todavía menos de asumir los precios acordados por los demás operadores con VODAFONE.

Tercero.- Sobre la supeditación de la eficacia de la Resolución impugnada a una ulterior negociación entre las partes.

Como último argumento sostiene VODAFONE que la falta de fijación en la Resolución de 1 de julio de 2004 de una fecha límite para alcanzar un acuerdo sobre los precios de acceso, así como la determinación de la aplicación transitoria de los precios de terminación a la interconexión de acceso, privan a aquella Resolución de una eficacia inmediata.

Sobre este particular, deben hacerse diversas consideraciones que desvirtúan la referida alegación de la recurrente, comenzando en primer término por el marco jurídico que rige la demora de la eficacia de los actos administrativos.

Además de la posibilidad de otorgar carácter retroactivo a un acto administrativo, la Ley contempla como excepción a la eficacia inmediata de los actos la de que el acto mismo disponga el momento a partir del cuál va a producir efectos (artículo 57.1 de la LRJPAC).

Señala también el artículo 57.2 de la LRJPAC que *“la eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto...”*. En este caso, dicha demora puede derivar del contenido esencial o natural del acto, o bien de las condiciones accesorias que el órgano administrativo puede establecer, de modo que, en el caso de tratarse de una condición suspensiva, la eficacia del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

acto se hace depender de un suceso futuro e incierto, y en el de un término suspensivo, del transcurso del plazo.

Ahora bien, en ningún caso, se desprende de los términos de la Resolución de 1 de julio de 2004 ahora recurrida que la eficacia de la misma quedara aplazada a una ulterior negociación de las partes del conflicto, tal y como parece entender la recurrente.

La desvinculación de los precios de acceso respecto de los precios de terminación contemplada en el AGI suscrito entre VODAFONE y UNI2 tuvo lugar desde la fecha misma de la Resolución del conflicto de interconexión ocasionado entre ambas, al margen de que con carácter transitorio se acordara por la Comisión la aplicación de los precios de terminación a los de acceso, precisamente para cubrir el vacío que con la ejecución inmediata de la Resolución se producía.

No se trataba, por tanto, de supeditar la eficacia de la desvinculación operada en la Resolución de 1 de julio de 2004 a un negocio posterior de los operadores implicados sobre los concretos precios que debían ser aplicados a la interconexión de acceso, sino de establecer unos precios que provisionalmente debían regir la interconexión de acceso en tanto los operadores no llegaran a un acuerdo.

Sobre la fijación de un momento o fecha límite para llegar a este acuerdo, debe reiterarse, en consonancia con lo ya afirmado en el Fundamento de Derecho Primero sobre el principio de autonomía de la voluntad de las partes, que dicho pronunciamiento hubiera excedido del marco del conflicto existente entre VODAFONE y UNI2, debiendo dejar a las partes que, en uso de la libertad negociadora que el ordenamiento les confiere, decidieran cuáles iban a ser los precios de interconexión de acceso por los que se iban a regir, sin estar condicionados a límite temporal alguno.

Es por ello por lo que tampoco debe prosperar la solicitud de VODAFONE de establecimiento por la Comisión de un plazo máximo para que las partes acordaran los precios de acceso.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Primero.- Desestimar el recurso potestativo de reposición interpuesto por VODAFONE contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 1 de julio de 2004, por la que se resuelve el conflicto de interconexión entre UNI2 TELECOMUNICACIONES, S.A.U. y VODAFONE ESPAÑA, S.A., en relación con la modificación parcial de su AGI.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 el artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, 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 resuelve un recurso potestativo de reposición, no puede interponerse de nuevo dicho recurso. No obstante, contra la misma 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.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Alfonso Ramos de Molins Sainz de Baranda

Reinaldo Rodríguez Illera