



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 14/12 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 11 de abril de 2012, se ha adoptado el siguiente

## ACUERDO

Por el cual se aprueba la

**Resolución por la que se resuelve la petición de suspensión solicitada por la entidad Telefónica Móviles España, SAU, en el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de fecha 8 de marzo de 2012, por la cual se adoptan medidas cautelares en el marco del conflicto de acceso planteado por NVIA Gestión de Datos, S.L., Advanced Telephone Services, Meztura Servicios Premium, S.L., Anekis, S.A., R&D Media Europe B.V. y Translease International LTD contra Telefónica Móviles España, S.A.U. (AJ 2012/597).**

## I ANTECEDENTES

### PRIMERO.- Resolución de 8 de marzo de 2012.

Con fecha 8 de marzo de 2012, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, Comisión) dictó Resolución por la cual se adoptaron medidas cautelares en el marco del conflicto de acceso planteado por NVIA Gestión de Datos, S.L., Advanced Telephone Services, Meztura Servicios Premium, S.L., Anekis, S.A., R&D Media Europe B.V. y Translease International LTD contra Telefónica Móviles España, SAU, (en adelante, TME), dictada en el marco del procedimiento con número de referencia RO 2012/391.

La citada Resolución resolvió lo siguiente:

*<< Unico.- Adoptar la medida cautelar consistente en obligar a Telefónica Móviles España, S.A.U. a restablecer el acceso a la numeración de la que son titulares los Operadores de comunicaciones electrónicas prestadores de servicios de almacenamiento y reenvío de mensajes con los que ha suscrito un acuerdo NVIA GESTION DE DATOS, S.L. para la prestación de estos servicios con objeto de poner a disposición de los usuarios y consumidores finales sus contenidos*



*mediante mensajes cortos. Está excluida de la presente medida cautelar la numeración de la que sean titulares los citados Operadores, relativa a los servicios de tarificación adicional denominados servicios de suscripción prestados a través de los rangos de numeración 79 5ABM, 79 7ABM, 99 5ABM y 99 7ABM.*

*Telefónica Móviles España, S.A.U. deberá mantener el acceso al que se refiere el párrafo anterior hasta la fecha de la Resolución que ponga fin al presente procedimiento o, en todo caso, hasta el 21 de mayo de 2012.>>*

## **SEGUNDO.- Recurso de reposición interpuesto por TME.**

Con fecha 16 de marzo de 2012, tuvo entrada en el Registro de la Comisión un escrito presentado en nombre y representación de TME en virtud del cual interpone recurso potestativo de reposición contra la mencionada Resolución, de fecha 8 de marzo de 2012, a la que se refiere el antecedente de hecho primero.

TESAU solicita la nulidad de la Resolución impugnada sobre la base de lo previsto en el artículo 62.1 a) Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC). Alega que la Resolución impugnada es contraria a la normativa vigente por considerar improcedente la adopción de la medida cautelar ahí adoptada.

En concreto, alega que la medida cautelar ha sido adoptada sin que concurren los requisitos pertinentes y por la falta de competencia de la Comisión para conocer del asunto objeto del expediente RO 2012/391.

Asimismo, al amparo de lo establecido en la letra a) del artículo 111.2 de la LRJPAC, solicita la suspensión de la Resolución impugnada.

## **TERCERO.- Notificación de inicio de procedimiento.**

Mediante el correspondiente escrito del Secretario de la Comisión, fechado el día 29 de marzo de 2012, se notificó a los interesados el inicio del correspondiente procedimiento de tramitación del recurso de reposición, con número de expediente AJ 2012/597, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

## **CUARTO.- Objeto de la presente Resolución y alegaciones de la solicitante.**

Constituye el objeto de la presente Resolución resolver sobre la suspensión solicitada por TME en su recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de 8 de marzo de 2012 y al amparo de lo establecido en el artículo 111.2 de la LRJPAC, de la medida cautelar adoptada en la Resolución recurrida.

Justifica su solicitud de suspensión alegando que la Comisión no es competente para conocer del asunto objeto del expediente número RO 2012/391, además de que por medio de la Resolución impugnada se vulnera el principio de libertad y autonomía de la voluntad, sobre la base del artículo 38 de la Constitución Española, así como el principio de mínima intervención de la Administración implícito en el artículo 11.4 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel).



## **II FUNDAMENTOS JURÍDICO PROCEDIMENTALES.**

### **PRIMERO.- Calificación del escrito.**

El artículo 107.1 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, y cumpliendo las formalidades establecidas en el artículo 110.1 de la misma LRJPAC.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC prevé 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, y en el artículo 117 se especifica que el plazo para interponer el recurso de reposición será de un mes desde la notificación de la resolución recurrida.

TME califica su escrito como recursos de reposición, y han sido interpuestos cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la misma Ley; por tanto, y teniendo en cuenta que las Resoluciones de la Comisión ponen fin a la vía administrativa (artículo 48.12 de la LGTel), procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar el escrito de recurso presentado por TME al que se refiere el Antecedente Segundo de la presente Resolución, como recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución del Consejo de la Comisión de 8 de marzo de 2012, adoptada en el marco del procedimiento, con número de expediente RO 2012/391, que tiene por objeto resolver el conflicto de acceso planteado por NVIA Gestión de Datos, S.L, Advanced Telephone Services, Meztura Servicios Premium, S.L., Anekis, S.A., R&D Media Europe B.V. y Translease International LTD contra TME.

### **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 por cuanto que ya lo es en el procedimiento con número de expediente RO 2012/391 en el marco del cual se dictó la Resolución objeto de impugnación.

En atención a lo anterior, TESAU ostenta la condición de interesada en la presente pieza de suspensión.

### **TERCERO.- Admisión a trámite.**

El artículo 111 de la LRJPAC regula la suspensión de la ejecución de los actos administrativos, cuando éstos han sido objeto de cualquier recurso administrativo.

Habida cuenta que el recurso de reposición presentado por la entidad TME se interpone contra una Resolución de esta Comisión, que resulta susceptible de recurso según lo dispuesto por los artículos 107 y 116 de la LRJPAC, y dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley; y que ha justificado su solicitud de suspensión por cuanto que



impugna la Resolución recurrida sobre la causa prevista en la letra a) del artículo 62.1 de la LRJPAC, procede admitir a trámite la referida petición de suspensión para su resolución.

#### **CUARTO.- Competencia para resolver.**

Corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la competencia para resolver el mencionado recurso de reposición y, por tanto, la petición de suspensión en él contenida, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

### **III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES**

#### **ÚNICO.- Sobre la petición de suspensión de la Resolución recurrida.**

Conforme a lo establecido por los artículos 57 y 94 de la LRJPAC, los actos administrativos son inmediatamente ejecutivos. En este mismo sentido, el artículo 111.1 de la misma Ley establece que serán ejecutivos los actos administrativos aun cuando sobre los mismos se haya solicitado suspensión.

No obstante lo anterior, el artículo 111.2 de la misma LRJPAC dispone que el órgano a quien compete resolver el recurso podrá suspender la ejecución del acto impugnado, previa ponderación entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido. Para ello, se señalan en el citado artículo dos circunstancias alternativas que deben concurrir para que sea posible la suspensión:

- Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.
- Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de la LRJPAC.

Por consiguiente, en aplicación del artículo citado, para determinar si procede o no acceder a la suspensión solicitada por la recurrente esta Comisión ha de analizar, en primer lugar, si concurre alguna de las circunstancias señaladas en las letras a) y b) del artículo 111.2 de la LRJPAC. A continuación, deberá analizarse si debe prevalecer el interés público o de terceros, o el del interesado en la suspensión del acto, previa ponderación razonada de los perjuicios que a unos y otros causaría la suspensión o la ejecución inmediata del acto recurrido.

TME fundamenta su solicitud amparándose en la concurrencia de la segunda circunstancia prevista en el artículo 111.2 de la LRJPAC por cuanto alega la existencia de una supuesta nulidad de pleno derecho de la Resolución impugnada al considerar que esta Comisión no es competente para conocer del asunto objeto del procedimiento con número de expediente RO 2012/391, además de que ha vulnerado los principios de libertad y de autonomía de la voluntad que se desprenden del artículo 38 de la Constitución Española.

Para apreciar si concurre la segunda de las circunstancias previstas en el artículo 111.2 de la LRJPAC, el pretendido vicio determinante de la nulidad ha de resultar patente y notorio, tal y como exige la consolidada doctrina jurisprudencial sobre la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) de la nulidad de pleno derecho alegada. Por lo tanto, será preciso el



análisis del contenido del motivo de impugnación con abstracción del fondo del asunto puesto que éste será objeto de análisis en la Resolución que resuelva el recurso interpuesto por TME contra la Resolución de 8 de marzo de 2012.

En este sentido se expresa la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de marzo de 2001 (RJ 2001/3004) al indicar que:

*“No resulta suficiente por último, en contra de lo que se alega, la simple invocación de la existencia de un vicio de nulidad de pleno Derecho de los acuerdos impugnados para que proceda acordar su suspensión cautelar. Esta Sala tiene declarado que la apariencia de buen Derecho sólo puede admitirse en casos en los que la pretensión del recurrente aparezca justificada en forma manifiesta, sin necesidad de un análisis detenido de la legalidad, que está reservado necesariamente al proceso principal.”*

Además, en el momento de analizar la causa de nulidad alegada por la recurrente debe tenerse en cuenta el criterio de interpretación restrictiva para su apreciación establecido por la jurisprudencia y expuesto, entre otras muchas, en Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de noviembre de 2003 (RJ 2004/402), en cuyo Fundamento de Derecho Octavo señala lo siguiente:

*“La jurisprudencia, al considerar el aspecto positivo o habilitante del fumus boni iuris, advierte frente a los riesgos de perjuicio (Dogma vom Vorwegnahmeverbot en la doctrina alemana), declarando que «la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente, pero no [...] al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión en el proceso principal, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a una efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución (RCL 1978\2836), cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito» (autos de 22 de noviembre de 1993 [RJ 1993\8943] y 7 de noviembre de 1995 [RJ 1995\8137] y sentencia de 14 de enero de 1997 [RJ 1997\131], entre otras muchas resoluciones).”*

Frente a las alegaciones manifestadas por TME sobre la concurrencia de las causas de nulidad invocadas, es preciso señalar que su concurrencia no resulta manifiesta o inequívoca dado que no se deduce a primera vista ni de manera evidente o manifiesta pues se requiere el análisis de fondo de dichas cuestiones a los efectos de determinar si efectivamente aquéllas concurren.

Es así que una vez examinada la Resolución por la que se ha adoptado la medida cautelar impugnada, se puede constatar que esta Comisión tiene atribuidas competencias para conocer del asunto, de conformidad con el art. 11.4 de la LGTel y la letra a) del artículo 48.4 de la misma Ley, además de que se ha observado de manera escrupulosa la concurrencia de los requisitos que permiten a una Administración Pública la adopción de una medida cautelar sin que se pueda apreciar de manera evidente o manifiesta una vulneración del derecho de libertad de empresa propugnado por el artículo 38 de la Constitución española. Es decir, para la adopción de la Resolución recurrida lo único que resulta evidente es que esta Comisión ha seguido con adecuación lo previsto en el art. 72 de la LRJPAC.



En definitiva, no concurriendo ninguno de los supuestos en los que la Jurisprudencia permite aplicar la doctrina de la apariencia de buen derecho, sobre la base de esa doctrina no puede acordarse la concurrencia de la segunda circunstancia prevista en el artículo 111.2 de la LRJPAC.

A efectos de ponderar entre el interés de TME en suspender la ejecutividad del acto y el interés público o de terceros en mantener su ejecutividad, ha de señalarse que la recurrente no alega la concurrencia de perjuicios de imposible o difícil reparación en el supuesto de no acordarse la suspensión solicitada.

En consecuencia, cabe concluir que ha de primar la protección pretendida por la medida cautelar adoptada del interés general en la medida en que persisten las circunstancias que motivaron la adopción de dicha medida que, conforme indica la Resolución impugnada, no es otra que la necesidad de garantizar el acceso a los Operadores conectados a la plataforma de NVIA que se han visto privados del mismo de manera repentina por la resolución unilateral, por parte de TME, del contrato<sup>1</sup> de intermediación que tenía suscrito NVIA con TME, así como la protección de los usuarios de TME en cuanto que, por un lado, a través de la medida cautelar adoptada se les impide su acceso a los servicios Premium de suscripción, principal fuente de reclamaciones de los usuarios y principal motivo de la decisión adoptada por TME, y por otro lado, se protege la posibilidad de acceder a servicios Premium, que no sean de suscripción, a los usuarios que legítimamente quieren hacer uso de los mismos.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

## RESUELVE

**ÚNICO.-** Desestimar la solicitud de Telefónica Móviles España, SAU, de suspender la ejecutividad de la Resolución del Consejo de la Comisión, de fecha 8 de marzo de 2012, por la cual se adoptaron medidas cautelares en el marco del conflicto de acceso planteado por NVIA Gestión de Datos, S.L, Advanced Telephone Services, Meztura Servicios Premium, S.L., Anekis, S.A., R&D Media Europe B.V. y Translease International LTD contra la solicitante.

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.

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 48.12 de

---

<sup>1</sup> Contrato de Intermediación en la venta de contenidos y la gestión de cobros con objeto de proveer a NVIA el acceso a la red de los servicios de TME y su Anexo, denominado Contrato de colaboración de servicios de Mensajería.



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 presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros.***