



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 28/10 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 22 de septiembre de 2010, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

Resolución relativa a la suspensión cautelar solicitada por las entidades Telefónica Móviles España, S.A.U., Xfera Móviles, S.A. y Vodafone España, S.A.U. en sus recursos de reposición interpuestos contra la Resolución del Consejo de esta Comisión, de fecha 22 de julio de 2010, recaída en el procedimiento MTZ 2009/822 relativo al conflicto de acceso presentado por Alterna Project Marketing, S.L. frente a Telefónica Móviles España, S.A.U., France Telecom España, S.A., Vodafone España, S.A.U., Xfera Móviles, S.A. y Euskaltel, S.A. en relación con la imposibilidad de alcanzar un acuerdo para la prestación de servicios SMS Premium (AJ 2010/1508).

I ANTECEDENTES

Primero.- Inicio del procedimiento MTZ 2009/822.

Con fecha 14 de mayo de 2009 tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, esta Comisión) escrito de la entidad ALTERNA PROJECT MARKETING, S.L. (en adelante, ALTERNA), operador prestador de servicios de almacenamiento y reenvío de mensajes, por el cual presentaba conflicto de acceso frente a Telefónica Móviles España, S.A. (en adelante, TME), France Telecom España, S.A. (en adelante, ORANGE) y Vodafone España, S.A.U. (en adelante, VODAFONE), debido a la negativa de dichos operadores de negociar y llegar a un acuerdo para la prestación de Servicios SMS Premium.

Segundo.- Resolución del Consejo de esta Comisión de 22 de julio de 2010.

Mediante Resolución del Consejo de fecha 22 de julio de 2010 recaída en el procedimiento MTZ 2009/822 esta Comisión acordó que:



“ÚNICO.- *Obligar a los operadores Telefónica Móviles España, S.A., sociedad unipersonal, France Telecom España, S.A. y Vodafone España, S. A., sociedad unipersonal, Xfera Móviles, S. A. y Euskaltel, S.A. a ofrecer a Alterna Project Marketing, S.L. sus servicios mayoristas de conexión a las respectivas redes móviles conforme a una estructura tarifaria basada en un único precio unitario por servicio y cuyos importes se ajusten a las previsiones del apartado II.6.3 de esta Resolución, debiendo negociar la firma de los correspondientes acuerdos de acceso en el plazo de dos meses desde la notificación de la presente Resolución.”*

Tercero.- Interposición de recurso de reposición por parte de ORANGE, TME, VODAFONE y XFERA MÓVILES, S.A.

Con fechas 11 y 25 de agosto de 2010 y 8 de septiembre de 2010 han tenido entrada en el Registro de esta Comisión sendos escritos presentados en nombre y representación de las entidades ORANGE, TME, VODAFONE y XFERA MÓVILES, S.A. (en adelante, XFERA) contra la Resolución de esta Comisión de fecha 22 de julio de 2010 citada en el antecedente de hecho anterior.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJAPAC), se ha acordado la tramitación acumulada de los citados recursos dada la identidad sustancial del acto contra el que se dirigen.

Cuarto.- Los recursos de reposición de TME, VODAFONE y XFERA y la solicitud de suspensión contenida en los mismos.

Mediante escritos de fechas 25 y 27 de agosto y 2 de septiembre de 2010, las entidades TME, VODAFONE y XFERA interpusieron recurso de reposición contra la Resolución de esta Comisión de fecha 22 de julio de 2010, en los cuales solicitaban la suspensión cautelar de la ejecutividad de la totalidad de la Resolución impugnada al amparo del artículo 111.2 a) y b), al estar fundamentado el recurso de reposición en varias causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) y al alegar la concurrencia de un perjuicio de imposible o difícil reparación.

Los razonamientos aducidos por estas entidades en sus recursos para fundamentar tal solicitud pueden resumirse, fundamentalmente, en lo siguiente:

- Según TME, la ejecución de la Resolución no solo causaría inseguridad jurídica en el sector, sino que además le causaría un grave perjuicio económico de imposible reparación, ya que una vez realizados los cambios oportunos en sistemas, desarrollos, plataformas, etc. necesarios para implantar el precio único por servicio en el plazo de dos meses desde que se les notificó la Resolución, TME no tendría forma de deshacer las inversiones ya realizadas ni recuperar los gastos en que hubiera podido incurrir.
- VODAFONE argumenta que la ejecución de la Resolución recurrida *“exige la implementación de un nuevo modelo de facturación y un nuevo modelo contractual que, una vez en el mercado, sería imposible retirar”*, aunque la resolución del presente recurso fuera estimatoria de las pretensiones de la recurrente.



Por otra parte, a juicio de la recurrente, la suspensión de la ejecución del acto recurrido no presenta afectación alguna al interés general, más bien al contrario, la afectación al interés general se produciría si, tras la introducción de un nuevo modelo de relación comercial por parte de los operadores afectados, esta Comisión resolviera el recurso declarando la nulidad de la Resolución recurrida.

- Por último, XFERA entiende que *“las obligaciones establecidas en la Resolución supondrán una revisión de la posición de Xfera en el mercado afectando no solo a los operadores sino también a aquellas plataformas tecnológicas (agregadores, enabler tecnológicos) que también participan en el mercado, produciéndose en todo caso una perturbación grave del interés general y causando perjuicio de difícil reparación”*.

Quinto.- Notificación del inicio del procedimiento a los interesados.

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión se informó a las recurrentes y a todos los interesados, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC, del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación del recurso potestativo de reposición interpuesto por ORANGE, TME, VODAFONE y XFERA contra la Resolución de esta Comisión, de fecha 22 de julio de 2010, relativa al conflicto de acceso presentado por Alterna Project Marketing, S.L. frente a Telefónica Móviles España, S.A.U., France Telecom España, S.A., Vodafone España, S.A.U., Xfera Móviles, S.A. y Euskaltel, S.A. en relación con la imposibilidad de alcanzar un acuerdo para la prestación de servicios SMS Premium.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Admisión a trámite.

En los recursos de reposición presentados por TME, VODAFONE y XFERA contra la Resolución del Consejo de 22 de julio de 2010 se solicita, por medio de su otrosí en el caso de TME y de su solicitud en los restantes casos, la suspensión cautelar de la ejecutividad de la totalidad de la resolución impugnada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 111 de la LRJPAC.

El citado 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 de que los tres recursos de reposición citados, en los que se solicita la suspensión del acto administrativo impugnado, se interponen contra un acto dictado por un órgano 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, procede admitir a trámite la referida petición de suspensión para su resolución final.

SEGUNDO.- Competencia para resolver.

Corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la competencia para resolver el mencionado recurso de reposición, al ser el acto impugnado una resolución dictada por ese mismo órgano, según prevé el artículo 116 LRJPAC.



Asimismo, el artículo 111.2 de la LRJPAC atribuye la competencia para suspender la ejecución del acto impugnado, bien de oficio o a solicitud del recurrente, al órgano a quien compete resolver el recurso. En consecuencia, el Consejo de esta Comisión resulta competente para resolver la solicitud de suspensión de las entidades TME, VODAFONE y XFERA.

II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO.- La suspensión de la ejecución de los actos administrativos.

Con carácter general, el artículo 111.1 LRJPAC dispone que la interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado, excepto en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario.

Esta posibilidad constituye un verdadero límite a la ejecutividad de los actos administrativos, en consonancia con el principio constitucional de eficacia que debe informarlos y al privilegio de autotutela atribuido a la Administración Pública. Es por ello que, en principio, el análisis de toda solicitud de suspensión de la ejecutividad de un acto, como las de las recurrentes, deba hacerse partiendo de su excepcionalidad con respecto a los principios de ejecutividad, presunción de validez y eficacia inmediata de los actos administrativos previstos en los artículos 56 y 57 LRJPAC. Ejecutividad reconocida expresamente por los Tribunales respecto a los actos y resoluciones de esta Comisión, entre otras, en las SSTS de 16 de mayo (RJ 2006\2358) y 18 de julio (RJ 2006\5840) de 2006 y de 13 de marzo de 2007 (RJ 2007\2572).

No obstante, el apartado 2 del citado artículo prevé que el órgano al que compete el recurso, previa ponderación suficientemente razonada 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, podrá suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias tasadas:

- 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 LRJPAC.

En aplicación de lo anterior, para determinar si procede o no acceder a la suspensión cautelar solicitada por la entidad recurrente, habrá que analizar, en primer lugar, si concurren las anteriores circunstancias, y, en caso de que así ocurra, deberá analizarse, en segundo lugar, si debe prevalecer el interés público o de terceros o el de los interesados 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.

SEGUNDO.- Análisis de la concurrencia de los requisitos para la suspensión cautelar de la Resolución recurrida.

2.1. La causación de perjuicios de imposible o difícil reparación.

La primera de las circunstancias que debe concurrir para que proceda la suspensión de la ejecución de los actos administrativos es la producción a la entidad recurrente de perjuicios



de imposible o difícil reparación que pudieran producirse tras la estimación del recurso. De esta manera se pretende garantizar la integridad del objeto litigioso, pues de no ser así, se desvirtuaría el propio derecho al recurso.

En principio, no basta la mera alegación de hipotéticos perjuicios para proceder a la suspensión de la ejecutividad de los actos, sino que, por el contrario, el solicitante debe justificar al menos de forma indiciaria su existencia. En efecto, el concepto de daño de difícil o imposible reparación ha sido analizado en distintas Sentencias del Tribunal Supremo con relación a la suspensión de ejecutividad de actos y resoluciones administrativos. Entre otras, cabe señalar las SSTs de 30 de enero de 2008 (RJ 2008\931) y de 20 de diciembre de 2007 (RJ 2008\515). En el Fundamento Quinto de la STS de 20 de diciembre de 2007 se recuerda el deber que incumbe al solicitante de la suspensión de acreditar debidamente la concurrencia del perjuicio de “difícil o imposible reparación”¹. Y no solamente en Sentencias sino también en Autos del mismo Tribunal Supremo se ha llegado a la misma conclusión. A este respecto cabe señalar lo manifestado por la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en sus Autos de 3 de junio de 1997 (RJ 1997/5049)² y de 26 de marzo de 1998 (RJ 1998\3216). En este último Auto el Tribunal es especialmente claro al declarar que:

"No basta, por otra parte, que la petición de suspensión vaya acompañada de una expresa manifestación de los perjuicios irreparables que pudieran irrogarse al recurrente caso de no acordarse, siendo necesario según reiterada doctrina de esta Sala que se aporte al menos un principio de prueba de la sobreveniencia de tales perjuicios, o bien que la existencia de los mismos pueda deducirse de la naturaleza del acto impugnado, caso de no accederse a ella. Por otra parte, resulta absolutamente necesario que tales circunstancias sean patentes en el momento de la solicitud de suspensión."

En el caso que nos ocupa las tres entidades recurrentes aluden en sus recursos a la causación de perjuicios de imposible o de difícil reparación como consecuencia de la aplicación de la Resolución recurrida, pero ninguna de ellas ha acreditado a lo largo de los mismos la causación de estos perjuicios, según lo exigido por el artículo 111.2.a) LRJPAC.

XFERA dedica un único párrafo de su recurso a exponer los motivos de su solicitud de suspensión, haciendo referencia únicamente en la página 3 del mismo a que las obligaciones establecidas en la Resolución producirán una “*perturbación grave del interés general causando perjuicio de difícil reparación*”, sin detallar en qué consistirá tal perjuicio.

TME hace referencia en su recurso a la “*existencia de graves perjuicios para mi representada derivados de la ejecución de la Resolución recurrida de imposible o difícil reparación*”, que desarrolla en la página 20 del mismo y que centra en el trabajo y las inversiones económicas que le supone la implantación del sistema de precio único por servicio en el plazo de dos meses, pero sin aportar prueba indiciaria alguna de que los mismos pudieran ser de imposible o difícil reparación.

¹ “*el interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que sea suficiente una mera invocación genérica (...)*”

² “*la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado, que la ejecución del acto impugnado (o la vigencia de la disposición impugnada) le pueda ocasionar perjuicios, ni menos que éstos sean de difícil o imposible reparación*”.



Por último, VODAFONE se refiere en la página 23 de su recurso a la “*evidente situación perjudicial para todos los agentes implicados*” que supone “*la introducción por Vodafone en el mercado de un nuevo modelo como el impuesto por la CMT*” pero tampoco acredita los efectos negativos de esa situación perjudicial.

A mayor abundamiento, en relación con la causación de los hipotéticos perjuicios alegados por las recurrentes, esta Comisión entiende que, aun en el caso de haberse acreditado, de la propia descripción que realizan los operadores se desprende que se trata de perjuicios económicos cuantificables y por tanto susceptibles de resarcimiento a posteriori, por lo que no cabe calificarlos como perjuicios de imposible o difícil reparación. Es más, en el caso de estimarse los recursos de las recurrentes, la cuantificación de los perjuicios alegados y por tanto su reparación, resultarían sencillas dado que, al versar el conflicto sobre el sistema de tarificación utilizado, bastaría con comparar los importes resultantes de aplicar el sistema de tarificación anterior (mecanismo de *revenue sharing*) y el sistema de estructura tarifaria basada en un único precio unitario por servicio impuesto por la Resolución recurrida.

Finalmente, debe indicarse que si existiera realmente peligro de que la ejecución del acto recurrido pudiera causar a la recurrente daños de difícil o imposible reparación, la entidad impugnante debería haber interpuesto recurso y solicitado la suspensión dentro de los primeros días del plazo de un mes previsto en el artículo 117 LRJPAC, sin embargo las tres entidades recurrentes que solicitan la suspensión han presentado sus recursos dentro del último día o últimos días del plazo legal, lo que indica que las operadoras no consideraban que los perjuicios que ahora alegan fueran tan inminentes.

2.2. La fundamentación del recurso en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62 de la LRJPAC.

TME alega en su recurso la existencia de causa de nulidad basada en el artículo 62.1, letras a, b y e, de la LRJPAC. VODAFONE por su parte fundamenta su solicitud de nulidad de pleno de derecho en el artículo 62.1, letras b y e, mientras que XFERA no alude expresamente a ninguna de las causas de nulidad previstas en dicho artículo.

Con respecto a la apariencia de buen derecho, y en caso de alegación de una causa de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1 LRJPAC, la jurisprudencia, y entre otras, la STS de 20 de mayo de 2009 (RC 680/2008), exige que dicha nulidad sea “*evidente*” o “*manifiesta*” para que pueda adoptarse la medida cautelar solicitada. Esto es, que pueda apreciarse, al menos con carácter indiciario, que existe una clara causa de nulidad.

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 jurisprudencial restrictivo en la apreciación de las causas de nulidad de los actos administrativos con relación a la adopción de medidas cautelares establecido, entre otras muchas, en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 tomada 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).”*

En los supuestos de las causas del artículo 62.1 de la LRJPAC alegadas por las entidades recurrentes, esto es, las previstas en las letras a, b y e de dicho artículo, no se aprecia, ni siquiera indiciariamente, ni tampoco de forma notoria o manifiesta la concurrencia de los vicios invocados por las impugnantes, puesto que no se aprecia “prima facie” la existencia de una posible extralimitación de competencias por parte de esta Comisión al dictar la Resolución recurrida dado que los artículos 11.4 y 14 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones le habilitan para intervenir en las relaciones entre operadores y conocer de los conflictos que se susciten entre ellos, aspecto que queda extensamente fundamentado en el apartado II.4 la Resolución.

Por otro lado, no se observa omisión del procedimiento legalmente establecido ni existe fundamento jurídico alguno que impida al Consejo de esta Comisión apartarse del criterio de los servicios del organismo expuesto en el Informe de audiencia, sin perjuicio de que todo ello sea objeto de un análisis más profundo en la Resolución que ponga fin al presente procedimiento.

Al no resultar en el presente caso ni manifiestos ni inequívocos los vicios alegados por las recurrentes, pues se requiere el análisis de fondo de la cuestión, debe ser objeto de la resolución principal del procedimiento y no de este procedimiento de naturaleza cautelar. En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) en Sentencia de 18 de mayo de 2004 (RJ 2004/4409) señalando:

“...que es también doctrina reiterada del Tribunal Supremo, la que precisa que la pieza de suspensión o el incidente de medidas cautelares no es el cauce o momento procesal oportuno para resolver la cuestión de fondo, ni por tanto para hacer valoraciones que sean propias del fondo del asunto, pues ello sería tanto como desvirtuar su propia naturaleza y contenido, y el resolver la cuestión de fondo sin trámite de demanda, de prueba y de conclusiones, esto es, sin las garantías y trámites que al efecto ha establecido el Legislador”.

En el caso de XFERA, que recordemos no fundamenta expresamente su solicitud de nulidad en ninguna de las causas previstas en el artículo 62.1 de la LRJPAC, cabe señalar que en



virtud del principio antiformalista que rige la actividad de la Administración Pública, corresponde a la Comisión determinar si concurriría alguna de aquellas causas o, en su defecto, si la Resolución impugnada incurriría en infracción del ordenamiento jurídico determinante de su anulabilidad en virtud de lo dispuesto en el artículo 63 de la LRJPAC. Sin embargo, para ello resulta imprescindible realizar un análisis de fondo del acto recurrido y del recurso, análisis que, tal y como se ha señalado, no es propio del presente acto.

TERCERO.- Ponderación de intereses.

Habiendo analizado los requisitos del artículo 111.2 LRJPAC, se ha observado que en este caso no concurre ninguno de ellos, por lo que, en principio, esta Comisión no estaría obligada a efectuar la ponderación de intereses prevista en el citado precepto. Sin embargo, de realizarse dicha ponderación, y tal y como se razonará seguidamente, el interés público prevalecería sobre el interés de los operadores recurrentes afectados por la Resolución recurrida a la suspensión de la misma, al no haberse acreditado por parte de éstos la posible causación de perjuicio alguno. En efecto, los tribunales, como en la STS de 6 de marzo de 2006 (RJ 2006\1081) exigen de los recurrentes una “mínima actividad probatoria” relativa al daño que les causaría la ejecutividad del acto o resoluciones administrativas recurridos. En el Fundamento Segundo de esta sentencia se dice que:

“La necesidad de ponderación de los intereses en juego requiere que la petición de suspensión haya ido acompañada de una mínima actividad probatoria sobre el perjuicio derivado de la ejecución (...)”

En este caso no solamente no se han presentado indicios de que los perjuicios sean de “imposible o difícil reparación”, tal y como se ha expuesto en el Fundamento anterior, sino que las impugnantes no ha aportado en sus escritos indicio alguno de la propia existencia de “perjuicios”.

Por otro lado, concurre un **interés público general** en el cumplimiento de las funciones ordenadoras del mercado encomendadas a esta Comisión, como se recuerda en la STS de 15 de febrero de 2010 (RC 2880/2007, JUR\2010\66659):

“el interés público más relevante es la protección de las funciones ordenadoras del mercado de las telecomunicaciones atribuidas al órgano regulador, que requieren una pronta atención y respeto por parte de los operadores a las resoluciones del citado órgano, especialmente teniendo en cuenta la acusada movilidad y rápida evolución del sector de las telecomunicaciones. Además, en la ponderación de intereses a la que se refiere el propio artículo 130 de la Ley jurisdiccional, habría de sumarse a este interés público, decisivo en asuntos como el presente, el interés particular de otras entidades particulares, contrapuesto al de la recurrente –operadora dominante en el mercado-, en que se cumplan las resoluciones dictadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (...).

En segundo lugar, existe en este caso un **interés público especial** en el cumplimiento de la Resolución de 22 de julio de 2010 objeto de recurso, relativa al conflicto de acceso presentado por Alterna Project Marketing, S.L. frente a Telefónica Móviles España, S.A.U., France Telecom España, S.A., Vodafone España, S.A.U., Xfera Móviles, S.A. y Euskaltel, S.A. en relación con la imposibilidad de alcanzar un acuerdo para la prestación de servicios SMS Premium. Y ello porque, tal y como se manifiesta en su Fundamento de Derecho 5, apartado 3 (página 22), el modelo de relación comercial que está siendo aplicado por los



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

operadores en la prestación de servicios SMS Premium afecta a la competencia y a los consumidores del mercado de la telefonía móvil en el siguiente sentido:

“En definitiva, esta Comisión estima que el mecanismo de revenue sharing vigente en la relación en conflicto supone una distorsión del mercado móvil, que perjudica las condiciones en que los consumidores acceden a los SMS Premium, sin que existan elementos particulares dignos de protección que justifiquen dicha situación.

Por tanto, la estructura tarifaria del revenue sharing aplicada a la relación entre los operadores móviles y ALTERNA no supone un acceso adecuado y, además, resulta un obstáculo para la consecución de los objetivos del artículo 8 de la Directiva Marco. En consecuencia, habrá que determinar la solución más ajustada a los fines de competencia efectiva en el mercado de telecomunicaciones y que resulte conveniente promover en interés de los usuarios finales”.

Teniendo en cuenta que, tal como expresa la Resolución recurrida en su página 13, “Los servicios de SMS suponen el 10% de la facturación del mercado móvil en su totalidad, siendo los SMS Premium la segunda fuente de ingresos de estos servicios”, la repercusión de la situación descrita en el mercado es considerable.

Considerados los anteriores razonamientos y dadas las circunstancias descritas, esta Comisión entiende que debe prevalecer en este caso el interés público al mantenimiento de la ejecutividad de la Resolución recurrida sobre el interés de los operadores recurrentes a la suspensión de la misma.

Por todo cuanto antecede, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

RESUELVE

ÚNICO.- Denegar la suspensión cautelar solicitada por las entidades Telefónica Móviles España, S.A.U., Vodafone España, S.A.U. y Xfera Móviles, S.A. en sus respectivos recursos de reposición interpuestos contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de 22 de julio de 2010 sobre el conflicto de acceso presentado por Alterna Project Marketing, S.L. frente a Telefónica Móviles España, S.A.U., France Telecom España, S.A., Vodafone España, S.A.U., Xfera Móviles, S.A. y Euskaltel, S.A. en relación con la imposibilidad de alcanzar un acuerdo para la prestación de servicios SMS Premium recaída en el procedimiento MTZ 2009/822.

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 mediante Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007 (BOE núm. 27, de 31 de enero de 2008), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a 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, 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, Reinaldo Rodríguez Illera.