



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON JAIME VELÁZQUEZ VIOQUE, 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 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 24 de julio de 2003, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE PONE FIN AL PERIODO DE INFORMACIÓN PREVIA A LA APERTURA DE UN PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN RELACIÓN CON LA DENUNCIA PRESENTADA POR TELEGATE ESPAÑA, S.A. POR PRESUNTO INCUMPLIMIENTO POR PARTE DE LA ENTIDAD TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. DE LA RESOLUCIÓN DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DE FECHA 18 DE OCTUBRE DE 2001

En relación con la denuncia de TELEGATE ESPAÑA, S.A. por presunto incumplimiento por parte de la entidad TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. de la Resolución de fecha 18 de octubre de 2001, dictada en relación con las solicitudes de intervención de SONERA CORPORATION y TELEGATE ESPAÑA, S.A. sobre acceso a los datos de abonados y a los servicios de facturación y cobro de Telefónica de España, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 29/03 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 24 de julio de 2003, recaída en el expediente AJ 2002/5853.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha de 18 de octubre de 2001, esta Comisión dictó resolución en relación con las solicitudes de intervención de SONERA CORPORATION y TELEGATE ESPAÑA, S.A. (en adelante, TELEGATE) sobre acceso a los datos de abonados y a los servicios de facturación y cobro de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. (en adelante, TESAU).

En el Resuelve Primero de la citada decisión se prescribía lo siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

"Primero: Se establece la obligación de Telefónica de proveer a TELEGATE los datos de los abonados y el servicio de facturación y cobro, de acuerdo con las siguientes consideraciones.

- En relación con los datos de los abonados al servicio telefónico:

1.- Sin perjuicio de lo establecido en la legislación sobre protección de datos, TESAU estará obligada, a solicitud de TELEGATE, a negociar el acceso en línea a la base de datos de sus abonados, en condiciones razonables, transparentes, objetivas, no discriminatorias respecto de las condiciones en que presta sus propios servicios (1003), o se los ofrece a sus filiales, empresas pertenecientes a su grupo empresarial u otras personas físicas o jurídicas distintas, y a precios orientados a costes.

2.- Los datos a los que TESAU deberá dar acceso conforme a lo dispuesto en el apartado anterior, son los datos de carácter personal estrictamente necesarios para identificar a un abonado que no haya solicitado su no aparición en las guías telefónicas impresas:

- Apellidos e inicial del nombre del abonado - persona física, o en caso de persona jurídica, nombre de la razón social correspondiente y profesión o actividad realizada si el abonado lo hubiera solicitado.
- Domicilio de instalación del servicio telefónico básico o condición de telefonía móvil.
- Número de teléfono, con indicación del tipo de servicio: centralita o servicio de interconexión, (una sola línea, dos o más líneas), telefax y teléfono de texto (terminal videotex, cualquier otro terminal de texto).

- En relación con los servicios de facturación y cobro de TESAU,

TESAU se encuentra obligada a prestar estos servicios a TELEGATE en condiciones razonables, transparentes, objetivas, y no discriminatorias respecto de las condiciones en que presta sus propios servicios (1003), o se los ofrece a sus filiales, empresas pertenecientes a su grupo empresarial u otras personas físicas o jurídicas distintas".

Segundo.- Con fecha 10 de enero de 2002, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de D. Francisco Tripero Cascales, en nombre y representación de TELEGATE, mediante el cual se ponía en conocimiento de esta Comisión que TESAU se muestra en desacuerdo con dar un acceso en línea a su base de datos de abonados y la prestación del servicio de facturación y cobro en los términos prescritos en la resolución citada en el antecedente primero, debiéndose esperar al pronunciamiento de la Audiencia Nacional sobre la suspensión solicitada en el contexto del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución mencionada anteriormente. Mediante escrito de fecha 24 de enero de 2002 se aportaba carta de TEAU en la que se ponía de manifiesto dicha postura.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como consecuencia de lo anterior, y a los efectos de este expediente, el escrito de TELEGATE concluía solicitando se considerase la posibilidad de iniciar un procedimiento sancionador contra TESAU por el incumplimiento de la mencionada resolución.

Tercero.- Mediante sendos escritos de 22 de enero de 2002, al amparo de lo dispuesto en los artículos 69.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y 12 del Reglamento de Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado mediante Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, el Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones informó a TELEGATE y TESAU de la apertura de un período de información previa a la iniciación de un procedimiento sancionador contra TESAU como consecuencia de la denuncia referida en el antecedente segundo.

En los referidos escritos, se concedía a las partes un plazo de diez días hábiles contados desde el día siguiente a su recepción para que, si a su Derecho interesara, pudieran aducir las alegaciones y aportar los documentos u otros elementos de juicio que estimaran pertinentes.

Cuarto.- Con fecha 4 de febrero de 2002, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de alegaciones de TESAU por el que vino a poner de manifiesto que, de acuerdo con la doctrina constitucional por ella citada, la ejecución de la resolución presuntamente incumplida por ella debía entenderse en suspenso en tanto en cuanto la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional no hubiera resuelto sobre la petición de suspensión deducida por TESAU en el recurso planteado contra la misma. Además, esta entidad señalaba en su escrito que no tenía ninguna intención de incumplir dicha resolución y que, sin perjuicio de lo anterior, iba a iniciar negociaciones con TELEGATE en orden a acordar las condiciones en las que podría darse el acceso en línea a la base de datos de sus abonados. En conclusión, TESAU solicitó se acuerde archivar la citada denuncia interpuesta por TELEGATE.

Por su parte, mediante escrito de esta Comisión de fecha 6 de febrero de 2002, se dio traslado a TELEGATE de este escrito de alegaciones de TESAU, concediendo un plazo de diez días hábiles contados desde el día siguiente a su recepción para que, si a su derecho interesara, pudiera aducir las alegaciones y aportar los documentos u otros elementos de juicio que estimasen pertinentes.

Quinto.- Con fecha 21 de febrero de 2002, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de TELEGATE por el que, habiendo sido notificado el escrito de alegaciones presentado por TESAU al que hace referencia el antecedente anterior, formula alegaciones por las que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

pone en conocimiento de esta Comisión que TESAU notificó a TELEGATE el día 4 de febrero de 2002 su disposición a la negociación de los aspectos que se recogían en la referida resolución, sin perjuicio de que los acuerdos derivados de la misma quedasen supeditados a lo que disponga la Audiencia Nacional respecto del recurso interpuesto por TESAU. No obstante, esta entidad considera que *"cabría la posibilidad de que este inicio de las negociaciones constituyese una táctica para conseguir el archivo de la denuncia de TELEGATE, sin que TESAU tuviese intención alguna de llegar a un acuerdo en firme con TELEGATE"*, por lo que concluye que *"el archivo de la denuncia conllevaría el peligro de producir una paralización o, en su caso, una prolongación indefinida de las negociaciones, opciones ambas que tendrían un efecto muy perjudicial para TELEGATE, mucho mayor que los perjuicios que alega TESAU para solicitar el archivo de la denuncia"*. En conclusión de todo lo cual solicita no se acceda al archivo de su denuncia.

TELEGATE aportaba junto a este escrito carta de TESAU de fecha 4 de febrero de 2002 en virtud de la cual le indicaba su disposición a la negociación solicitada.

Sexto.- Con fecha 4 de abril de 2002, fue publicado en el Boletín Oficial del Estado (nº 81) la Orden CTE/711/2002, de 26 de marzo, por la que se establecen las condiciones de prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado.

Séptimo.- Mediante escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 29 de abril de 2002, se requirió a TESAU para que, en el plazo de diez días, remitiera a esta Comisión la siguiente información:

"- Que se informe sobre cuándo han comenzado exactamente las supuestas negociaciones con la empresa Telegate España, S.A. a las que hace referencia en su escrito de alegaciones.

- Que se informe y acredite documentalmente en qué han consistido estas negociaciones llevadas a cabo por las partes, tales como las propuestas de acuerdo alcanzadas o a alcanzar en el marco de dicha negociación, así como cualesquiera otras posibles actuaciones llevadas a cabo por las mismas.

- Por último, y en relación a su carta de fecha 4 de febrero de 2002, por la que se da contestación al escrito de Telegate España, S.A. solicitando de nuevo el cumplimiento de la citada Resolución de esta Comisión, que se aclare en qué consiste la referencia que hace en su carta sobre la disposición a la negociación que dice tener Telefónica para dar efectivo cumplimiento a la citada Resolución, así como que se informe en qué han consistido las actividades llevadas a cabo por las partes para conseguir el supuesto progreso que han tenido las mismas, tal y como se manifiesta al final de su carta".



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con fecha de Registro de entrada de 21 de mayo de 2002, TESAU presentó escrito en virtud del cual vino a dar contestación al citado requerimiento de información, señalando de forma detallada cada una de las reuniones mantenidas al efecto, desde el día 15 de febrero de 2002, y adjuntando copia del acta de la reunión celebrada el día 27 de febrero de 2002 .

A su vez, con fecha de 22 de mayo de 2000, mediante escrito del Secretario de esta Comisión se dio traslado a TELEGATE para que, en el plazo de diez días hábiles, pudiera presentar alegaciones a dicha contestación y aportara los documentos u otros elementos de juicio que estimase pertinentes.

Octavo.- El día 30 de abril de 2002 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TELEGATE por el que solicitó que, tras los trámites oportunos, se facilitase a dicha entidad la información actualizada de los abonados del servicio telefónico, una vez que estuviera disponible, de conformidad con lo establecido en la Orden ministerial de 26 de marzo de 2002, ya citada, para la prestación, en su propio nombre, del servicio de consulta sobre números de abonados a la red pública telefónica. Dicha petición dio lugar a la apertura por los Servicios de esta Comisión del expediente AJ 2002/6688.

Noveno.- Que, mediante Auto de 4 de junio de 2002, la Audiencia Nacional acuerda denegar la suspensión de la ejecución de la Resolución de fecha 17 de enero de 2002, por la que esta Comisión denegó la solicitud presentada por TESAU de suspensión de la Resolución de fecha 18 de octubre de 2001, relativa a la intervención de SONERA y TELEGATE sobre acceso a los datos de los abonados y a los servicios de facturación y cobro de TESAU.

Décimo.- El día 10 de junio de 2002, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TELEGATE en virtud del cual efectuaba alegaciones al escrito de TESAU de contestación al requerimiento de esta Comisión, reconociendo la existencia de las reuniones habidas con TESAU a las que se hacía referencia en su escrito, dejando constancia de la no presentación hasta esa fecha de oferta o propuesta definitiva por parte de TESAU en cuanto a los trabajos encaminados a la interconexión entre ambas entidades. En relación al acceso on-line a su base de datos, la empresa TESAU les manifestó que no está obligada a facilitar dicho acceso como consecuencia de la publicación de la Orden ministerial a la que se hace referencia en el antecedente sexto, debiendo ser la destinataria de tales datos esta Comisión.

Undécimo.- Con fecha 10 de octubre de 2002, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adoptó, en el marco del expediente AJ 2002/6688, un Acuerdo por el que resolvía la solicitud de TELEGATE referida en el Antecedente octavo en el sentido siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

" RESUELVE

PRIMERO.- Estimar la solicitud de *TELEGATE ESPAÑA, S.A.*, como titular de una Autorización tipo D para la prestación del servicio de consulta sobre números de abonados, de que se le facilite los datos de los abonados previstos en el apartado 3 de la OM de 26 de marzo de 2002 con el fin de prestar servicios de consulta telefónica. La puesta a disposición se producirá en los términos previstos en los apartados siguientes:

SEGUNDO.- Todos los operadores del servicio telefónico disponible al público, que asignen números a sus abonados, deberán los tres últimos días hábiles de todos los meses suministrar a la CMT (en su sede social, Alcalá, nº 37, Madrid, 28014) la información actualizada de sus abonados a día 20 de cada mes, señalada en el Fundamento II.5.B de esta Resolución para la prestación de los servicios de consulta por *TELEGATE ESPAÑA, SA.*, mediante soporte óptico o magnético y según las especificaciones contenidas en el Anexo. La primera entrega se producirá durante los tres últimos días hábiles del mes de octubre.

TERCERO.- La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones pondrá a disposición de *TELEGATE ESPAÑA, S.A.* los susodichos soportes magnéticos u ópticos, con los ficheros contenidos, durante los tres primeros días hábiles de cada mes. La primera entrega se llevará a cabo en los tres primeros días del mes de noviembre.

CUARTO.- *TELEGATE ESPAÑA, SA.* deberá cumplir, entre otras que le impone la normativa sectorial, las siguientes condiciones:

- Se hará un uso de la información solicitada única y exclusivamente para los fines para los que fue entregada.
- Se procederá a la actualización de los datos de los abonados que hayan sido suministrado conforme a lo dispuesto en la presente resolución.
- Se garantizará la prestación del servicio con las características, el contenido y en las condiciones previstas en la normativa específica.
- Se garantizará el respeto a la legislación vigente en materia de protección de datos.

TELEGATE ESPAÑA, S.A. correrá a cargo de los estrictos costes del soporte informático necesario para el suministro de los datos".

Finalmente, y de acuerdo a lo dispuesto en el resuelve tercero, con fechas 3 y 14 de noviembre de 2002, esta Comisión hizo entrega de los datos de los abonados al servicio telefónico disponible al público correspondientes a varios operadores, entre los que se encontraban los de TESAU.

Duodécimo.- Por último, el día 16 de diciembre de 2002 la entidad *TELEGATE* firmó con TESAU un acuerdo por el que se desarrolla el servicio de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

interconexión para los servicios de consulta telefónica sobre números de abonado 11811 y 11880 para llamadas originadas en la red de Telefónica.

Por su parte, con fecha 10 de marzo de 2003, tiene entrada en el Registro de esta Comisión un escrito conjunto de TESAU y TELEGATE en virtud del cual ponen en conocimiento que dichas entidades han venido manteniendo negociaciones en orden a alcanzar un acuerdo general sobre distintos aspectos relacionados con la interconexión de sus respectivas redes adscritas al servicio telefónico. Asimismo, como consecuencia de dichas negociaciones, las mencionadas empresas suscribieron el día 20 de febrero de 2003 el correspondiente Acuerdo General de Interconexión, el cual se comunica a esta Comisión mediante el escrito al que se hace referencia en este apartado y se solicita la declaración como confidencial de su Anexo 2 C (Anexo de facturación).

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A. Fundamentos jurídicos procedimentales

PRIMERO.- Calificación del escrito presentado por TELEGATE

El escrito presentado por TELEGATE con fecha 10 de enero de 2002 constituye una denuncia, en virtud del cual se pone en conocimiento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones determinados hechos que pudieran constituir una infracción administrativa de las tipificadas en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), consistente en el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por esta Comisión en el ejercicio de sus funciones.

El artículo 11 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, aplicable a los procedimientos sancionadores tramitados por esta Comisión, conforme a lo dispuesto por la Disposición Transitoria Undécima de la LGTel, determina que:

"1. Los procedimientos sancionadores se iniciarán siempre de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia.

A efectos del presente Reglamento, se entiende por: (...)

d) Denuncia: El acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera constituir infracción administrativa".



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el escrito presentado por TELEGATE se pone en conocimiento de esta Comisión la supuesta negativa expresada por TESAU para negociar un acceso en línea a su base de datos de abonados y la prestación del servicio de facturación y cobro en los términos de lo prescrito en la Resolución de 18 de octubre de 2001. De acuerdo con ello, se solicita que *"se adopten todas las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento efectivo de la Resolución de la CMT, y que se considere la posibilidad de iniciar un procedimiento sancionador contra TESAU por el incumplimiento de lo dispuesto en la citada Resolución y que, a tal efecto, se tenga en cuenta, la reiteración en la conducta de TESAU"*.

En atención a lo anterior, y en virtud del precepto anterior, ha de calificarse el escrito de referencia como una denuncia a fin de examinar, con la consideración de las alegaciones presentadas durante el trámite de actuaciones previas abierto al amparo del artículo 69.2 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 del artículo 12 del Reglamento de Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado mediante Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante Reglamento del Procedimiento Sancionador), si procede iniciar o no el correspondiente expediente sancionador.

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

Para determinar si es competente esta Comisión para resolver acerca de la cuestión planteada en la denuncia, ha de analizarse si la conducta descrita en el citado escrito se puede considerar como una conducta sancionable por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

La Resolución de 18 de octubre de 2001, dictada en relación con las solicitudes de intervención de SONERA y TELEGATE sobre acceso a los datos de abonados y a los servicios de facturación y cobro de TESAU, establecía las condiciones en que esta última entidad debería asegurar uno y otro extremo. Sin embargo, como queda dicho, TELEGATE ha denunciado que TESAU se habría negado a negociar -cuando menos, temporalmente- un acceso en línea a su base de datos de abonados y la prestación del servicio de facturación y cobro en los términos de lo prescrito en la citada Resolución.

En lo relativo a la competencia para sancionar esta infracción, la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, dispone en su artículo 1.Dos.2. I):

"Para el cumplimiento de este objeto -salvaguardar las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos-, *la Comisión ejercerá las siguientes funciones:*

El ejercicio de la potestad sancionadora por el incumplimiento de las instrucciones dictadas para salvaguardar la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de los acuerdos y resoluciones que adopte en ejecución de las funciones públicas que se le atribuyen; así como por el incumplimiento de los requerimientos de información formulados por la Comisión en el desarrollo de sus funciones."

Por su parte, el art. 79.15 de la LGTel dispone que:

"Se consideran infracciones muy graves:

El incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el ejercicio de sus funciones, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral, previo sometimiento voluntario de las partes."

Por último, a tenor de lo establecido en el artículo 84.1.a) de la LGTel, corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, a través de su Consejo, el ejercicio de la potestad sancionadora por el incumplimiento de la instrucciones dictadas para salvaguardar la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de los acuerdos y resoluciones que adopte en ejecución de las funciones públicas que se le atribuyen; así como por el incumplimiento de los requerimientos de información formulados por la Comisión en el ejercicio de sus funciones.

De acuerdo con todo lo anterior, cabe concluir que esta Comisión se considera competente para incoar y conocer sobre la supuesta infracción denunciada y, en consecuencia, para decidir sobre la iniciación o no del correspondiente procedimiento sancionador, según lo dispuesto en el artículo 11.1 del Reglamento del Procedimiento Sancionador.

B. Fundamentos jurídicos materiales

Único.- Respecto al posible incumplimiento por parte de TESAU de la Resolución de 18 de octubre de 2001

El artículo 69.2 de la LRJPAC establece que, con anterioridad al acuerdo de iniciación, podrá el órgano competente abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento.

Por su parte, el artículo 11.1 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora establece que los procedimientos



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

sancionadores se iniciarán siempre de oficio, disponiendo a su vez el artículo 12 del mismo texto que *"con anterioridad a la iniciación del procedimiento, se podrán realizar actuaciones previas con objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen tal iniciación. En especial, estas actuaciones se orientarán a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros"*.

Básicamente, el periodo de información previa al que nos venimos refiriendo es un trámite que se utiliza para evitar los efectos negativos que puede causarse a los afectados por la apertura de un procedimiento sancionador de forma automática con la mera presentación de una denuncia. El trámite de diligencias previas responde a razones elementales de prudencia, tratando de evitar que la precipitación a la hora de acordar la apertura de un procedimiento, que nunca debió iniciarse por carecer de base suficiente, provoque perjuicios para los afectados.

Téngase en cuenta por otro lado que, sobre la base de la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, los principios rectores del Derecho penal y procesal derivados de los artículos 24 y 25 de la Constitución Española resultan aplicables, aunque con ciertos matices, a la potestad sancionadora de la Administración y al procedimiento administrativo sancionador.

En coherencia con lo anterior, y partiendo de la repercusión que la apertura inadecuada de un procedimiento sancionador puede presentar en la esfera jurídica del afectado, han de ponerse en juego buena parte de estos principios con carácter previo a la apertura del procedimiento para evitar, en la medida de lo posible, una apertura inadecuada del mismo. Será, por tanto, necesario adoptar en la valoración de las alegaciones y de la documentación aportada por las partes similar actitud a la que exigiría su valoración en el curso del procedimiento sancionador si llegara a iniciarse, sopesando su valor a la luz del principio de presunción de inocencia que, sin lugar a dudas, ha de ser tenido en consideración.

En el supuesto que nos ocupa, y sobre la base de las consideraciones de TELEGATE recogidas en su escrito de denuncia, esta Comisión inició un período de información previa dirigiendo a los interesados sendos escritos que tenían por objeto la verificación de los hechos controvertidos o, al menos, llegar a la conclusión de que los motivos esgrimidos por la denunciante podían ser considerados suficientes para proceder a la apertura de un procedimiento sancionador.

Cabe señalar que, las manifestaciones esgrimidas por la denunciante se refieren a la supuesta negativa por parte de TESAU para negociar el acceso a la base de datos que la Resolución de fecha 18 de octubre de 2001 les obliga,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

pudiendo ser consideradas tan sólo como meramente indiciarias de un presunto incumplimiento de la citada Resolución, pero sin que, en ningún caso, llegue a determinar por sí solas la existencia de tal incumplimiento. Es más, incluso para este caso, y poder constituirse en fundamento de la apertura de un procedimiento sancionador, los indicios deben, al menos, aparecer como un germen de prueba que permita, razonablemente, en un futuro procedimiento sancionador, desvirtuar la presunción de inocencia.

En concreto, y con relación a la valoración de los indicios, es pacífica la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 174/1985, 175/1985, 229/1988), contenida en reiteradas Sentencias del Tribunal Supremo, que permite sobre la base de una prueba indiciaria desvirtuar la presunción de inocencia pero debiendo satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: (1) los indicios han de estar plenamente probados -no puede tratarse de meras manifestaciones o sospechas- y (2) se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora, pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo.

En el presente caso, la aplicación de este criterio jurisprudencial a la valoración de las alegaciones de la denunciante durante el período de información previa permite afirmar la falta de plena consistencia para desvirtuar el principio de presunción de inocencia que, como ya se ha expresado, se considera plenamente aplicable a esta fase previa a la apertura del procedimiento sancionador.

En efecto, el resuelve primero de la Resolución presuntamente incumplida establece *"la obligación de Telefónica de proveer a TELEGATE los datos de los abonados y el servicio de facturación y cobro"*.

No obstante, cabe recordar que esta obligación de proveer los datos viene establecida de acuerdo con una serie de consideraciones, entre las que se señala en relación a los datos, el negociar el acceso en línea previa petición del interesado. De la misma manera, y en relación al servicio de facturación y cobro en condiciones razonables, transparentes, objetivas y no discriminatorias, esta obligación viene exigida una vez se haya negociado el referido acceso en línea y se proceda a proveer de los datos conforme al acuerdo adoptado al respecto.

Por tanto, el resuelve primero no establece dos obligaciones independientes y separadas unas de otras (negociar el acceso y prestar el servicio de facturación y cobro), sino que impone una sola obligación consistente en proveer los datos de abonados. Ahora bien, para el efectivo cumplimiento de la misma, será necesario previamente que se negocie a tal fin y, una vez llegado a un acuerdo,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

prestar el servicio de facturación y cobro en las condiciones establecidas en la Resolución.

Además, y de acuerdo con lo anterior, en el marco de este expediente no se debe tener en cuenta aquellos otros aspectos relacionados con la negociación de la interconexión propiamente dicha entre ambas entidades, y que fueron objeto de los trabajos y reuniones que se llevaron al efecto a los que se hace mención en el escrito de TELEGATE de 10 de junio de 2002 (documento nº 12 del índice), finalizados con la firma de un acuerdo general de interconexión el día 20 de febrero de 2003.

Por su parte, cabe señalar que la obligación principal de proveer a TELEGATE los datos (incluida la firma del acuerdo correspondiente junto con el servicio de facturación y cobro), se ha realizado tal y como se señala en los dos últimos antecedentes de hecho expuestos en la presente resolución, habiéndose incluso firmado el correspondiente acuerdo general de interconexión.

Por todo ello, con carácter previo resulta necesario aclarar que la conducta infractora que se le imputa a TESAU en el marco de este expediente viene determinado por el incumplimiento del resuelve primero de la Resolución de 18.10.2001, conducta referida a la supuesta negativa a dar cumplimiento a la obligación de negociar el acceso en línea solicitado por la denunciante.

Sin embargo, a la vista de la documentación aportada por los interesados, esta Comisión no puede sino estimar que la imputación realizada por TELEGATE en relación a la supuesta negativa por parte de TESAU de negociar con esa entidad el acceso en línea a la base de datos de sus abonados no está suficientemente acreditada, frente a la afirmación de TESAU respecto a que ella no se ha negado a negociar con TELEGATE en orden a acordar las condiciones en las que podría darse el mencionado acceso en línea.

Como señala la propia denunciante en su escrito de fecha 21 de febrero de 2002 (documento nº 7 del índice), la entidad TESAU notificó a TELEGATE el día 4 de febrero de 2002 su disposición a la negociación de los aspectos que se recogían en la referida resolución, si bien el acuerdo final que se adoptase estaría supeditado al pronunciamiento de la Audiencia Nacional sobre la media cautelar de suspensión solicitada sobre la Resolución de fecha 18 de octubre de 2001.

Por su parte, durante los meses que transcurrieron desde la fecha de petición formal de inicio de la negociación por TESAU hasta el Auto dictado por la Audiencia Nacional, no se ha probado que la consideración que erróneamente hace la denunciada sobre la suspensión de la referida Resolución hubiera podido afectar a las negociaciones propiamente dichas llevadas a cabo, hasta tal punto de poder considerarlas como inexistentes y, por tanto, merecedora de una sanción por el incumpliendo en su totalidad de dicha obligación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este mismo sentido, tampoco está acreditada la imputación genérica que hace la denunciante en su escrito de 21 de febrero de 2002 (documento nº 7 del índice) sobre que *"el inicio de las negociaciones constituyese una táctica para conseguir el archivo de la denuncia de TELEGATE, sin que TESAU tuviese intención alguna de llegar a un acuerdo en firme con TELEGATE"*, teniendo tal afirmación la consideración de mera manifestación de parte carente de eficacia probatoria alguna en orden a desvirtuar la presunción de inocencia.

A requerimiento de esta Comisión se solicitó a las dos entidades se informara de las reuniones habidas para la provisión del citado acceso a los datos, quedando de manifiesto a la vista de los escritos y documentos presentados las que seguidamente se indican:

15-02-2002: Se mantiene la primera reunión entre ambas entidades y se expone de manera preeliminar el servicio a prestar, acordándose la necesidad de convocar una nueva reunión con la intervención de las áreas técnicas de ambas empresas para concretar aspectos técnicos y económicos. TELEGATE manifiesta expresamente que TESAU mostró una posición inicialmente favorable a sus pretensiones.

27-02-2002: Se mantiene una reunión en el que se plantean los siguientes problemas: La necesidad de adecuar las plataformas de ambas empresas (compatibilidad e integración de los sistemas), TELEGATE explicó el procedimiento a seguir para prestar el referido servicio de directorios con sus implicaciones en interconexión y facturación, así como los problemas de facturación al usuario final de TELEGATE en el caso de compleción de llamada. Se aportó copia del acta levantada en dicha reunión que consta adjunta al documento nº 9 del índice.

En esta reunión se adoptó el compromiso por parte de TELEGATE de enviar un documento que especificara las características técnicas de la central que utilizarían y, por parte de TESAU, el compromiso de estudiar las soluciones a los problemas planteados. De acuerdo con el escrito de TELEGATE (documento nº 12 del índice), también se menciona otros aspectos que se comprometió enviar -pero referidos a la negociación propiamente de la interconexión- tales como previsiones de tráfico a transitar, dimensión de los enlaces, servicio que pretende prestar y las trazas de las conversaciones ISUP con señalización SS7,.

13-03-2002: TELEGATE hace llegar a TESAU un documento en la que según manifiesta contiene toda la información requerida en la pasada reunión, incluyendo una propuesta para el acceso on-line a la base de datos de abonados y para los servicios de facturación y cobro.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

21-03-2002: En una reunión interna se decide por las áreas implicadas de ambas empresas, la utilización del protocolo PUSI para la prestación del servicio directorio que TELEGATE pretende ofertar.

Por su parte, TESAU manifiesta que hasta la fecha ambas entidades se habían intercambiado documentación en orden a elaborar un proyecto técnico que incluía la posibilidad de dar acceso on-line a la base de datos de abonados.

26-04-2002: TESAU informa a TELEGATE que se someterá a lo dictado en la Orden Ministerial de 26 de marzo de 2002 (BOE 4-04-2002), que impone la entrega de los datos de los abonados a esta Comisión. TELEGATE se opone y manifiesta que la Resolución de esta Comisión prevalece frente a la citada Orden Ministerial.

30-04-2002: TELEGATE solicita ante esta Comisión se le facilite la información actualizada de los abonados del servicio telefónico, una vez que estuviera disponible, de conformidad con lo establecido en la Orden ministerial de 26 de marzo de 2002 ya citada.

16-05-2002: Se abordan nuevamente aspectos técnicos relativos a la interconexión y facturación, sin que se concrete por TESAU una propuesta específica al respecto, quedando emplazado a la presentación de una oferta concreta incluyendo aspectos técnicos y económicos sobre los servicios que está interesado en prestar TELEGATE. Se aportó copia del acta levantada en dicha reunión que consta adjunta al documento nº 12 del índice en el anexo III.

6-06-2002: TELEGATE remite a TESAU documento informativo de trabajo con algunas de las consideraciones recogidas en la pasada reunión para ser aclaradas y contestadas por esa empresa, en relación solo a la interconexión entre centrales y a la tarificación de TELEGATE a los clientes de TESAU.

En atención a lo anterior, se puede apreciar claramente la existencia de diversas reuniones entre ambos operadores en orden a negociar las condiciones de acceso a la base de datos, tal y como le impuso la resolución de esta Comisión.

Hasta la publicación en el BOE el 4-04-2002 de la Orden Ministerial reguladora del servicio de consulta telefónico, resulta indiscutible que ambas entidades habían mantenido negociaciones en orden a elaborar un proyecto técnico que incluía la posibilidad de dar acceso on-line a la base de datos de abonados, sin que este hecho haya sido negado por la denunciante.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con fecha 26-04-2002 es cuando por vez primera se pone en conocimiento a TELEGATE que se procederá a dar los datos de abonados conforme a lo establecido al efecto en la citada Orden y es esta misma entidad la que presenta el día 30-04-2002 ante esta Comisión una solicitud de provisión de datos conforme a la Orden.

Como se ha dicho anteriormente, TELEGATE solicitó por escrito a esta Comisión que se le facilitase la información actualizada de los abonados del servicio telefónico de conformidad a la citada Orden Ministerial. Como se indica en el antecedente de hecho undécimo, dicha solicitud fue estimada por Resolución de esta Comisión de fecha 10 de octubre de 2002, y de acuerdo a lo que en ella se disponía, con fechas 3 y 14 de noviembre de 2002, por parte de esta Comisión se hizo entrega de los datos de los abonados al servicio telefónico disponible al público correspondientes a varios operadores, entre los que se encontraban los de TESAU. Una vez obtenidos los datos, las citadas entidades suscribieron el día 16 de diciembre de 2002 un acuerdo de interconexión para los servicios de consulta telefónica y en el que se recoge las condiciones para la prestación del citado servicio de facturación y cobro.

Finalmente, en cuanto a las negociaciones habidas para la interconexión, se insiste nuevamente que carece de relevancia a los efectos de este expediente, pues está confundiendo este tipo de negociación con la establecida en la resolución de referencia para la provisión del acceso a la base de datos, debiendo quedar diferenciadas ambas negociaciones en cuanto al presente sancionador se refiere.

Por todo ello, y dado que lo que se cuestiona es la conducta de TESAU en relación a la obligación de negociar el acceso en línea a la base de datos de sus abonados, a este respecto se debe concluir que no ha podido ser acreditado el incumplimiento por TESAU de la obligación impuesta de negociar, ya que se han expuesto todas y cada una de la reuniones habidas para negociar el acceso a los datos, sin que pudiera considerarse incumplimiento (y menos aún negativa expresa de TESAU a facilitar el acceso) por la existencia de varias reuniones y la necesidad de aclaraciones o concreciones de cualquier aspecto relevante en la negociación dado el carácter restrictivo que tiene todo procedimiento sancionador.

En atención a todo lo anterior, y teniendo en cuenta las consideraciones realizadas anteriormente, tras el examen minucioso de la totalidad de las alegaciones y de la documentación proporcionada por los interesados, esta Comisión no dispone de elementos de juicio suficientes para proceder al inicio de un procedimiento sancionador contra TESAU por incumplimiento de la Resolución de fecha 18 de octubre de 2001, por lo que debe concluirse el presente periodo de información previa y estimar la improcedencia de la incoación de un expediente sancionador sobre la base de las mismas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En virtud de las consideraciones expuestas, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en cumplimiento de lo previsto por la normativa de referencia,

RESUELVE

Único.- Declarar concluso el periodo de información previa de referencia, y resolver no iniciar un procedimiento formal al respecto.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, 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 pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.ocho de la Ley

12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las 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

Jaime Velázquez Vioque

Vº Bº
EL PRESIDENTE

Carlos Bustelo García del Real