



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. 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 26 de septiembre de 2003, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U CONTRA RESOLUCIÓN DE 26 DE JUNIO DE 2003 POR LA QUE SE ADOPTAN MEDIDAS CAUTELARES EN RELACIÓN CON LA DENUNCIA DE CONDUIT EUROPE, S.A Y QDQ MEDIA S.A. RELATIVA AL SUMINISTRO DE DATOS DE ABONADO POR PARTE DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. contra la Resolución de esta Comisión de fecha 26 de junio por la que se adoptan medidas cautelares en relación con la denuncia de CONDUIT EUROPE, S.A y QDQ MEDIA S.A relativa al suministro de datos de abonados por parte de TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U., el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 35/03, la siguiente Resolución:

Resolución de 26 de septiembre de 2003, recaída en el expediente AJ 2003/1081.

HECHOS

PRIMERO. En fecha 26 de junio de 2003, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó un Acuerdo en virtud del cual se adopta la siguiente medida cautelar por la que se obliga a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U, *a suministrar a Conduit Europe S.A. acceso on - line de forma gratuita a la información actualizada y completa sobre abonados al servicio telefónico básico que está utilizando en el momento presente para la*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

prestación al público de su servicio de consulta telefónica accesible a través del número 11818. En el caso de que lo anterior fuera técnicamente imposible, TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U, queda obligada transitoriamente, hasta el correcto cumplimiento de la obligación, a suministrar de manera gratuita el servicio de consulta asociado a la base de datos E.115, así como a suministrar de forma gratuita acceso al servicio de consulta telefónica de números de abonado que presta a través del número 11818, para aquellos datos que no se encuentren disponibles en la citada base.

SEGUNDO. Mediante escrito con entrada en el Registro de esta Comisión el día 4 de julio de 2003, TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U (en adelante, TESAU) interpuso recurso potestativo de reposición contra la resolución antes referida. Asimismo, a través de dicho escrito, vino a solicitar la suspensión de la medida cautelar impugnada.

En el citado escrito de interposición se expone básicamente lo siguiente:

1) Nulidad de pleno derecho de la Resolución objeto del recurso al entender que dicha Resolución es contraria a lo establecido en 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.

Según la recurrente “es incuestionable que según la normativa es la CMT la encargada de suministrar los datos facilitados por los operadores a aquellas entidades que deseen elaborar guías telefónicas. Este aspecto, absolutamente esencial se vulnera en la Resolución impugnada por cuanto la CMT pretende desentenderse de su obligación y exige a mi representada permitir un acceso directo a cierto operador”.

Tras recordar lo expuesto en el apartado décimo de la Orden de 26 de marzo de 2002, relativo a los derechos de obtención de datos relativos a los abonados del servicio telefónica disponible al público, así como en el capítulo Quinto de la misma norma, referido a los datos a facilitar por los operadores a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y los datos a facilitar por ésta, la recurrente concluye que *“la resolución recurrida es frontalmente contraria a la Orden Ministerial que regula las competencias irrenunciables de la CMT en esta materia y de forma recurrente establece que la obligación de suministrar datos es una obligación respecto de la CMT por lo que Telefónica de España tiene obligación de suministrar tales datos a la CMT pero no tiene obligación de suministrarlos directamente a las Entidades que los necesiten para la prestación de los servicios de consulta. Y no tiene la obligación de suministrarlos directamente porque su obligación regulatoria acaba con la entrega de tales datos a la CMT, que según la Orden es la receptora de los*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

misimos y la encargada de facilitarlos a terceros solicitantes previa petición de los misimos.”

Por todo lo anterior, considera TESAU que *“la medida cautelar es nula de pleno derecho por contradecir la normativa jurídica referida”*.

2) La medida cautelar es contraria al principio de los propios actos, en tanto que es contraria a lo establecido en sus propias resoluciones y, en concreto, a la Resolución de 27 de junio de 2002 por la que *“estableció todo un mecanismo y procedimiento para articular la forma de suministro y entrega de tales datos”*, así como a *“los múltiples expedientes que han existido con relación a esta materia”*.

Telefónica pone de manifiesto su desacuerdo con la medida cautelar por entenderla desproporcionada puesto que, a pesar de *“haber cumplido con su obligación de entregar los datos a la CMT y la CMT ha cumplido con su obligación de facilitarlos a CONDUIT EUROPE, S.A”*, se le impone *“una obligación ex novo, sin apoyatura legal, contraria a la normativa jurídica y a las propias resoluciones de la CMT, generando un procedimiento y una forma de acceso a las bases de datos de abonados completamente diferente a la reglamentariamente establecida por la CMT”*.

Con base a lo anterior la recurrente concluye que *“tanto el contenido de la medida cautelar como el futuro contenido de la resolución (...) supondrá una revocación de la resolución precitada (Resolución de 27 de junio de 2002)”*, al establecer un *“procedimiento de acceso a la información de datos de abonados completamente diferente al que en su día regulo y que sistemáticamente ha venido siendo cumplido”* por Telefónica. Tal revocación se habría realizado, a juicio de TESAU, vulnerando frontalmente los límites del Artículo 105 de la Ley 30/1992 consiguiendo *“una extraña suerte de revisión de oficio, olvidándose de los estrictos límites de los artículos 102 y 103 de la Ley 30/1992.”*

3) Incumplimiento de los requisitos exigibles para la adopción de la medida cautelar.

En este sentido esgrime TESAU que la medida adoptada por la Comisión supera los límites establecidos en el artículo 31 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, según el cual *“no podrá dictarse medidas cautelares que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.”*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Así mismo, entiende la recurrente que la medida cautelar contraviene el apartado 15.3 de la Orden de 26 de marzo, al obligar a la *“gratuidad en la entrega de datos ajena a la puesta a disposición en dependencias de la CMT, lo que se traduce también en una extralimitación de la CMT en sus competencias.”*

Todo ello, afirma TESAU, *“con independencia del consiguiente perjuicio que supone el esquema propuesto en el Resuelve segundo 2) de las medidas cautelares, que implicaría que el cliente final pagara el doble, aproximadamente, del precio que le corresponde”*, aumentando de esta forma los ingresos para CONDUIT EUROPE S.A, en perjuicio del cliente final y de Telefónica de España, quien lejos de obtener ingresos habrá de asumir los costes.

4) La negativa a una negociación de buena fe y ocultación de hechos ante la Comisión por parte de CONDUIT.

Afirma TESAU en su escrito de interposición que CONDUIT *“no ha intentado en ningún supuesto negociar de buena fe con Telefónica de España”* y prueba de ello, según la recurrente, es el hecho de que se enviase un contrato firmado por tal entidad a TESAU sin haber mediado negociación alguna entre las partes. En su opinión, *“CONDUIT ha ocultado la existencia de dicho contrato ante la CMT”*.

Según manifiesta la recurrente CONDUIT, estaría actualmente obteniendo los datos contenidos en el protocolo E 115 a través de un operador irlandés. A su juicio, *“este acceso a través de terceros, implica desde la perspectiva de la legislación vigente en protección de datos, una cesión ilegal de datos de abonados españoles por parte del operador irlandés a CONDUIT, a cambio de un precio, toda vez que la misma se ha realizado sin contar con el consentimiento previo de los abonados españoles (...) lo que supone una infracción de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter Personal”*.

Sobre la base de lo anterior, solicita se tenga por interpuesto recurso de reposición contra la Resolución de la Comisión de 26 de junio de 2002, acordándose, al amparo del artículo 111.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, la suspensión de la ejecución de la resolución recurrida por concurrir las circunstancias a las que se refiere tal precepto.

TERCERO. Mediante escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 8 de julio de 2003 se cumplió el trámite de información al interesado previsto en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC). Asimismo, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 112.2 de la LRJPAC, mediante escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 8 de julio de 2003 se dio traslado a CONDUIT EUROPE, S.A (en adelante, CONDUIT) Y QDQ MEDIA, S.A, (en adelante, QDQ) del recurso de reposición interpuesto por TESAU para que alegasen lo que estimasen conveniente.

CUARTO. Con fecha 18 y 22 de julio de 2003 las entidades CONDUIT Y QDQ, respectivamente, presentaron sendos escritos de alegaciones oponiéndose a los motivos de impugnación formulados por la recurrente, y solicitando la desestimación del recurso de reposición interpuesto.

QUINTO.- En sesión celebrada el día 29 de julio de 2003, el Consejo de la Comisión adoptó la Resolución por la que se deniega la suspensión solicitada por Telefónica de España, S.A.U, en relación con el Acuerdo del Consejo de 26 de junio de 2003, en el que se adopta medida cautelar en relación con la denuncia de Conduit Europe, S.A y QDQ Media, S.A, relativa al suministro de datos de abonado por parte de Telefónica de España, S.A.U.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO. Calificación.

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

El recurrente califica expresamente el escrito con fecha de entrada en esta Comisión el día 4 de julio de 2003 como recurso de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar al escrito presentado como un recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución de esta Comisión de fecha 26 de junio de 2003.

SEGUNDO. Competencia para resolver.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

TERCERO. Admisión a trámite.

El recurso de reposición ha sido interpuesto cumpliendo los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC.

Asimismo, se ha interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la misma Ley, por lo que teniendo en cuenta lo anterior, procede admitirlo a trámite.

B. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO. Sobre el motivo de impugnación primero relativo a la nulidad de pleno derecho de la resolución recurrida en aplicación del artículo 62 de la Ley 30/1992 por ser contraria a lo establecido en la Orden CTE/711/2002, de 26 de marzo.

Según lo alegado por TESAU, la Resolución recurrida es contraria a lo establecido en la Orden CTE/711/2002 por cuanto la CMT *“pretende desentenderse de todas sus competencias referidas al suministro y entrega de datos al exigir a Telefónica de España suministrar a CONDUIT EUROPE, S.A acceso on line de formar gratuita a la información actualizada y completa sobre abonados al servicio telefónica básico o a suministrar el servicio de consulta asociado a la base de datos E 115, suministrando de forma gratuita acceso al servicio de consulta telefónica de números de abonados que presta a través del número 11818”*. La recurrente estima que *“la medida cautelar es nula de pleno derecho por contradecir la normativa referida”*.

Frente a dicho motivo de impugnación, en primer lugar, se ha de poner de manifiesto que con su actuación esta Comisión no vulnera en ningún momento la Orden CTE/711/2002, de 26 de marzo, ni pretende *“desentenderse de sus obligaciones”*. Todo lo contrario. Ha sido precisamente el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas (que no se limitan únicamente a las referidas en la norma precitada) el que ha llevado a esta Comisión a la adopción de la Resolución de 26 de junio de 2003, tal y como se refleja en su Fundamento de Derecho primero relativo a la *“habilitación con respecto a las cuestiones planteadas en el procedimiento de referencia”*, así como a la *“habilitación legal para la adopción de medidas cautelares”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En efecto, el capítulo V de la Orden CTE/711/2002 regula los *"Datos a facilitar por los operadores a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y datos a suministrar por ésta"*, con la finalidad - tal y como reza su exposición de motivos - de que *"los proveedores de estos servicios puedan acceder a la información centralizada sobre números de abonado"*. Si bien es cierto que la Comisión tiene atribuida esta función de "intermediario", no fue en ejercicio de la misma en virtud de la cual se dictó la Resolución objeto de recurso.

El Fundamento de Derecho Primero de del Acuerdo impugnado (relativo a la Competencia de la Comisión) señala que dicha Resolución se adoptó de conformidad con el objeto y funciones que le han sido atribuidas en la Ley 12/1997, de 24 de abril, esto es, con el objeto de ***"salvaguardar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos."*** (art. 1. Dos.1 precitada Ley) y, sobre la base de las funciones recogidas en el apartado c) del art. 1.Dos.2 de ***"velar por la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, equilibrando, en su caso, las situaciones discriminatorias y asignando la numeración a los operadores, para lo que dictará las resoluciones oportunas"***; así como las previstas en el apartado f) del mismo artículo, por el que se habilita a la Comisión a ***"Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta de servicios, el acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores, la interconexión de las redes y suministro en condiciones de red abierta y la política de precios y comercialización por los operadores de los servicios"***. Asimismo, de acuerdo con el artículo 1.Seis de la precitada Ley, la Comisión podrá, en el ejercicio de sus funciones y, una vez iniciado el procedimiento correspondiente, ***"adoptar las medidas cautelares que estime oportunas para asegurar la eficacia del laudo o de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello"***.

La medida cautelar objeto del presente recurso ha sido adoptada en el marco de un procedimiento que tenía como objeto el análisis de las denuncias presentadas por QDQ y CONDUIT, según las cuales TESAU estaría actuando de forma discriminatoria, y por tanto anticompetitiva, al suministrar a la Comisión bases de datos de abonado diferentes a las utilizadas por dicha operadora, así como a las suministradas a sus filiales y otras entidades de su grupo para la provisión de los servicios de directorio. En la instrucción del citado procedimiento se apreció, tal y como se recoge exhaustivamente en el Fundamento de Derecho Segundo de la Resolución recurrida, la concurrencia de los elementos que justifican la adopción de una medida cautelar *"que asegure el efecto útil de la resolución que en su día se dicte por esta Comisión en los expedientes acumulados iniciados a instancias de las entidades*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

denunciantes QDQ y CONDUIT". Tal era el fin de la Resolución, y no el de eludir sus competencias, como defiende la recurrente.

Con el objeto mencionado se analizaron en la Resolución recurrida las pretensiones de los operadores, tanto desde la perspectiva de la normativa de telecomunicaciones - y por ende, al amparo de la meritada Orden CTE/711/2002 -, como desde la perspectiva de la salvaguarda de la libre competencia en el mercado (apartado II.3 a) y b) del Fundamento de Derecho Segundo).

Así, en el apartado de la Resolución en el que se estudian las pretensiones de CONDUIT desde la perspectiva de la normativa sectorial, la Comisión – lejos de renunciar a sus competencias - reconoce expresamente la posición de intermediaria que le encomienda la Orden CTE/711/02 al afirmar que *"la legislación nacional configura un mecanismo de recepción y suministro de datos en cuyo centro figura la CMT, como intermediaria en el intercambio, a la que, además, se habilita para definir los mecanismos, la forma y el plazo en que dicho intercambio se llevará a cabo"*.

Dicho procedimiento fue establecido por la Comisión mediante Resolución de 27 de junio de 2002, por el que se fijó el procedimiento aplicable frente a las sucesivas peticiones de los interesados en obtener los datos de abonado para la prestación de servicios de directorio. De acuerdo con el mismo, según consta en la propia Resolución impugnada, con fecha de 17 de octubre de 2002 el Consejo de la Comisión adoptó la Resolución relativa al suministro a CONDUIT de los datos de abonado para la prestación del servicio de consulta telefónica. La existencia de tal Resolución, y de otras muchas que hasta la fecha se han venido adoptando por el Consejo de la Comisión en materia de suministro de datos de abonado, conduce a desestimar de plano la argumentación vertida por TESAU en su escrito de interposición.

Respecto a los motivos que justifican la adopción de la medida cautelar recurrida, la Comisión señala que si bien CONDUIT como titular de una autorización tipo D, tiene el derecho a obtener de la CMT los datos actualizados que posibiliten la prestación de dicho servicio y la correspondiente obligación de proporcionar dichos datos actualizados a su cliente, la satisfacción de tal derecho y el correcto cumplimiento de tal obligación dependerán, a su vez, "de la satisfacción por parte de los operadores prestadores del servicio telefónico de sus obligaciones de i) proporcionar a esta Comisión la información actualizada y completa sobre sus abonados con la periodicidad establecida y ii) respetar en la provisión de dicha información el formato establecido por la Comisión". De ahí la importancia de garantizar que los datos que los operadores facilitan sean los adecuados.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Desde la perspectiva de la salvaguarda de la libre competencia, la Comisión, tras un análisis de la normativa que sobre la materia procede aplicar, concluye que, dada la posición dominante de TESAU, dicha entidad *‘está obligada a proveer los datos de los abonados a los prestadores de servicios de consulta de información sobre números de abonados en condiciones no discriminatorias, de forma que dichos datos sean los mismos que los que esta misma entidad o sus filiales y demás empresas pertenecientes a su grupo utilizan para prestar servicios equivalentes.’*

En efecto, como sostiene la resolución impugnada, la ventaja competitiva de TESAU, derivada del control del acceso a los datos de la práctica totalidad de los abonados al servicio telefónico fijo, podría verse atemperada si TESAU, de acuerdo con las obligaciones establecidas en la legislación sectorial y con los principios de competencia, facilitase a la Comisión los mismos datos, con el mismo contenido, e idénticas características a los utilizados para la provisión del servicio de consulta que dicha entidad presta a través del 11818. De este modo, se posibilitaría la existencia de una competencia efectiva en dicho mercado.

Según pudo comprobarse en la instrucción del procedimiento referido, los datos proporcionados por TESAU difieren en calidad y contenido de los que TESAU facilita a través de su propio servicio de consulta 11818, lo que *“equivale en la práctica a una negativa de acceso a dichos datos”*. Tal situación supone una alteración de las condiciones de competencia en el mercado, al obligar a las entidades competidoras a acudir a fuentes alternativas de suministro de información que generan unos elevados costes, circunstancia que impide a dichas empresas la posibilidad de ofrecer a sus clientes servicios equivalentes al proporcionado por TESAU.

De ahí que la Resolución ahora recurrida concluya que *“los prestadores de este tipo de servicios podrían ver satisfechos su derecho de forma temporal, y hasta la provisión por parte de TESAU de los datos que utiliza para la provisión de su servicio 11818, mediante la puesta a disposición de forma gratuita de la base de datos E115. Esta medida posibilitaría transitoriamente y hasta la aportación de los citados datos, la prestación inmediata de los citados servicios de consulta con un cierto nivel de calidad”*.

Las conclusiones anteriores, recogidas en el Fundamento de Derecho Tercero, punto II.3b) de la Resolución, expresan con claridad el carácter transitorio y temporal de una medida adoptada por esta Comisión para salvaguardar la pluralidad de la oferta de servicios de consulta - sobre la base de las competencias que tiene atribuidas en las letras c) y f) del artículo 1.Dos de la Ley 12/1997-, y cuya única finalidad es la de garantizar que los datos que se suministren sean *“los mismos datos con el mismo contenido y las mismas*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

características que utiliza TESAU para la provisión de su servicio 11818”, posibilitando así la existencia de competencia efectiva en el mercado de servicios de consulta. Por lo tanto, han de desestimarse los argumentos vertidos por TESAU conforme a los cuales esta Comisión pretende el establecimiento de un nuevo procedimiento de suministro de datos con el objeto de “renunciar” y “desentenderse” de sus competencias vulnerando de esta forma la Orden CTE/711/02.

Es más, la Comisión, lejos de ir en contra de lo pretendido por la Orden, viene a reforzar el objetivo que la misma persigue salvaguardando, de acuerdo con las funciones que le han sido atribuidas, las condiciones de competencia que han de regir los mercados liberalizados, en este caso concreto, el mercado de servicios de consulta. La Orden de 26 de marzo tiene como objeto “el establecimiento de las condiciones de prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado en un marco de competencia.”

Por todo ello, se han de rechazar las alegaciones realizadas por TESAU en el primer motivo del recurso y, por consiguiente, se confirma el contenido de la Resolución por estar plenamente ajustado a derecho.

SEGUNDO. Sobre el motivo de impugnación segundo relativo a la nulidad de pleno derecho de la resolución al ser una Resolución contraria a los propios actos de la CMT que implica una revocación de una resolución anterior.

TESAU considera que la Resolución impugnada es “*contraria al principio de los propios actos porque con independencia de los vicios legales del motivo precedente, lo establecido por la CMT es contrario a lo establecido en sus propias resoluciones.*” En este sentido, concluye que “*tanto el contenido de la medida cautelar como el futuro contenido de la Resolución (...) supondrá una revocación de la resolución precitada (Resolución de 27 de junio de 2002)*”, al establecer un “*procedimiento de acceso a la información de datos de abonados completamente diferente al que en su día reguló y que sistemáticamente ha venido siendo cumplido*” por Telefónica. Tal revocación se habría realizado, a juicio de TESAU, vulnerando frontalmente los límites del Artículo 105 de la Ley 30/1992 consiguiendo “*una extraña suerte de revisión de oficio, olvidándose de los estrictos límites de los artículos 102 y 103 de la Ley 30/1992.*”

Dicho motivo de impugnación parte de nuevo de la premisa errónea que subyace a lo largo de todo el escrito de interposición de recurso, al pretender TESAU que la medida cautelar aprobada sea “*un procedimiento de acceso a la información de datos de abonados completamente diferente al que su día reguló*” la Comisión. Y ello por los motivos que a continuación se exponen:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En primer lugar, ha de traerse a colación lo expuesto en el fundamento anterior, por cuanto la Resolución impugnada no pretende el establecimiento de un nuevo procedimiento de acceso a la información, sino garantizar la competencia efectiva en el mercado de servicios de consulta, evitando la existencia de comportamientos discriminatorios del operador dominante en el acceso a los datos de abonado.

En segundo lugar, es preciso recordar que las medidas cautelares siguen *tamquam umbra* al objeto principal del procedimiento. Se caracterizan por su instrumentalidad respecto de la pretensión que en él se ejerce, y por su precariedad o temporalidad, ya que nacen con duración limitada y con una vocación esencial de provisionalidad. De esta forma, la adopción de una medida cautelar no tiene como finalidad establecer una situación jurídica definitiva, sino que su objetivo esencial es crear una situación jurídica provisional que se mantenga hasta el momento en que se dicte la Resolución principal, evitando que una realidad eventualmente contraria a la normativa sectorial y a los principios de la libre competencia siga surtiendo efectos perjudiciales y que el transcurso del tiempo pueda frustrar el resultado final del procedimiento en curso. Se facilita de este modo que dicha situación pueda esperar hasta la Resolución definitiva, en la que tales medidas cautelares se lazarán, modificarán o confirmarán, como dispone el artículo 72.4 de la LRJAPC.

En consecuencia, la medida cautelar no participa de la naturaleza revocatoria precisamente porque, como se ha apuntado, tiene un carácter meramente instrumental que persigue el establecimiento de una situación temporal que venga a paliar los efectos perjudiciales susceptibles de producirse hasta el momento en que se dicte la resolución final, pudiendo incluso dejarse sin efecto en cuanto ésta sea innecesaria.

Tampoco el resto de los preceptos alegados por Telefónica en su segundo motivo de impugnación resultan aplicables al presente caso. De un lado, no cabe admitir la afirmación de Telefónica según la cual *“la medida cautelar es contraria al principio de los propios actos (...) porque es contrario a lo establecido en sus propias resoluciones”*, puesto que, como se ha puesto de manifiesto con anterioridad, no existe identidad en los hechos y fundamentos de las Resoluciones que la recurrente estima contrarias.

Si lo que pretende TESAU con dicha afirmación es referirse al valor del precedente administrativo, ha de recordarse que de acuerdo con lo establecido en el artículo 54.1.c del la LRJPAC la vinculación administrativa al precedente se concreta en la obligación de la Administración de motivar los actos *“que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes”*. En virtud de dicho criterio, resulta claro que la Administración puede apartarse eventualmente del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

precedente, siempre y cuando explicita las razones concretas que lleven a dicho apartamiento. Supuesto que no concurre en el presente caso, como queda dicho.

De otro lado, tampoco procede invocar, como hace la recurrente, los artículos 51 y 62.2 de la LRJPAC, pues los mismos están referidos a las disposiciones administrativas y no a los actos administrativos, entre los que se comprende la Resolución recurrida mediante el presente recurso potestativo de reposición.

En atención a lo anterior, deben desestimarse en su integridad los argumentos esgrimidos por TESAU en este apartado para impugnar la Resolución.

TERCERO. Sobre el motivo de impugnación tercero relativo al incumplimiento de los requisitos exigibles para la adopción de la medida cautelar.

Según lo manifestado por TESAU, la medida adoptada por la Comisión supera los límites establecidos en el artículo 31 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, según el cual *“no podrá dictarse medidas cautelares que puedan causar perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.”* Entiende la recurrente que la medida cautelar contraviene el apartado 15.3 de la Orden de 26 de marzo al obligar a la *“gratuidad en la entrega de datos ajena a la puesta a disposición en dependencias de la CMT, lo que se traduce también en una extralimitación de la CMT en sus competencias.”*

En lo que respecta a la posible vulneración de la Orden de 26 de marzo de 2002, así como a la habilitación competencial de la Comisión para la adopción de la Resolución recurrida baste remitirse a lo ya expuesto en relación con esta materia en el Fundamento de Derecho Primero de la presente Resolución.

En cuanto a la existencia de daños de difícil o imposible reparación, la existencia de los mismos no ha sido acreditada por la recurrente quien, en ningún momento, aporta documentación alguna al respecto, limitándose a la exposición de meras suposiciones que podrían derivarse como consecuencia de la aplicación del Resuelve de la medida cautelar recurrida.

A la vista de todo lo anteriormente razonado, no concurren los motivos de nulidad del artículo 62 de la Ley 30/1992, de 30 de noviembre, en tanto que: i) existe una norma jurídica que permite su adopción, tanto desde el punto de vista de la habilitación competencial de esta Comisión, como desde la perspectiva del propio contenido de la medida cautelar; ii) se basa en un juicio de razonabilidad en cuanto a la finalidad perseguida, es decir, facilitar a



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

CONDUIT la prestación de un servicio de consulta de información sobre datos de abonado equiparable al prestado por TESAU.

Asimismo, la adopción de la medida cautelar se justifica: *i)* en la existencia de indicios fundados de la certeza de los hechos denunciados por CONDUIT, hechos que eventualmente pueden suponer una conducta contraria a la normativa sobre competencia y que pudieran, incluso, llegar a constituir una infracción de la normativa sectorial de telecomunicaciones y de las Resoluciones de esta Comisión, *ii)* en la existencia de perjuicios que, de no evitarse con carácter inmediato, afectarían la eficacia de la Resolución principal y, por último, *iii)* en la proporcionalidad de la medida a aquello que se persigue en el expediente en curso.

No procede, por tanto, admitir los argumentos esgrimidos por la recurrente respecto al incumplimiento de los requisitos exigibles para la adopción de la medida cautelar, habiendo sido los mismos escrupulosamente analizados en el Fundamento de Derecho Segundo de la Resolución impugnada.

Finalmente, ha de ponerse de manifiesto que las alegaciones vertidas por TESAU en el cuarto motivo de impugnación relativo a *“la negativa a una negociación de buena fe y ocultación de hechos ante la CMT por parte de CODUIT”*, quedan fuera del marco del presente recurso de interposición, en tanto no responden a ninguno de los motivos en los que cabe fundar los recursos administrativos contra las resoluciones dictadas por las Administraciones públicas, según lo dispuesto en el artículo 107 LRJPAC, es decir, al no basarse *“en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de esta Ley”*.

RESUELVE

Desestimar el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad Telefónica de España, S.A.U, contra la Resolución de esta Comisión de 26 de junio de 2003 por la que se adoptan medidas cautelares en relación con la denuncia de CONDUIT EUROPE, S.A y QDQ MEDIA S.A relativa al suministro de datos de abonados por parte de TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U., y consecuentemente, confirmar el contenido de la misma, por estar plenamente ajustada a derecho.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 de reposición. 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 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

Vº Bº EL PRESIDENTE

Jaime Velázquez Vioque

Carlos Bustelo García del Real