



## 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 el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

### CERTIFICA:

Que en la Sesión nº 30/04 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 28 de julio de 2004, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el que se aprueba la:

**RESOLUCIÓN SOBRE LA CONVENIENCIA DE ADOPTAR LAS MEDIDAS CAUTELARES SOLICITADAS POR WANADOO ESPAÑA S.L. CON RESPECTO A LA PROMOCIÓN DE VERANO DEL PRODUCTO “ADSL HOME” LANZADA POR TERRA DE 13 DE JULIO A 13 DE AGOSTO DE 2004**

Expediente AEM 2004/1264

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.** Con fecha 23 de julio de 2004 tuvo entrada en el registro de esta Comisión, escrito de D. Cristian Hacker, en nombre y representación de la entidad Wanadoo España S.L (en adelante WANADOO), por la que venía a denunciar la promoción del servicio “ADSL Home” lanzada por Terra Networks España S.A.U (en adelante TERRA), vigente desde del 13 de julio hasta el 13 de agosto de 2004.

El servicio “ADSL HOME” proporciona un acceso ADSL a Internet con una velocidad máxima de recepción de datos de 256 kbps. Por un precio mensual de 29.9€ se proporciona acceso desde las 00:00 a las 8:00 y desde las 18:00 hasta las 00:00 durante los días laborables y durante 24 horas fines de semana y festivos, 365 días al año. Durante los tres primeros meses de servicio, el precio mensual es igual a 27.9€. El tiempo de acceso a Internet durante la franja horaria de 8:00 a 18:00 durante días laborables es facturado a 0.06€/min, siendo el límite máximo de 45€ mensuales a pagar por cliente. Esta promoción incluye cuota de abono y kit auto-instalable gratis.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**Segundo.** En el citado escrito, la representación de WANADOO solicita que (i) se declare la ilegalidad de esta oferta y se inste al Grupo Telefónica a retirarla del mercado de forma inmediata, así como a no reiterar ofertas similares que incurran en pinzamientos de precios o infrinjan de cualquier otro modo el ordenamiento jurídico vigente, (ii) se imponga a TERRA la obligación de comunicación a esta Comisión con diez días de antelación sus ofertas y promociones en servicios de acceso a Internet en banda ancha y (iii) en sede cautelar, e inaudita parte, se imponga a TERRA la obligación de suspender la oferta denunciada y todas las promociones basadas en la misma.

**Tercero.** Sobre la base de los hechos denunciados por WANADOO en su escrito, y de acuerdo con la habilitación competencial recogida en el artículo 48.3. e) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, establecida más abajo, se procedió a la apertura del Expediente AEM 2004/1264 con fecha 23 de julio de 2004.

**Cuarto.** Con fecha 15 de julio de 2004 esta Comisión adoptó la Resolución por la que se desestima la consideración de las promociones del Grupo Telefónica en el cálculo de los precios de la OBA fijados mediante *retail minus* (Expediente MTZ 2004/609). En el marco de dicho expediente se aprobó el mecanismo para detectar situaciones de estrechamiento de márgenes en los servicios ADSL.

**Quinto.** Con fecha 22 de julio de 2004 esta Comisión resolvió que TERRA había incurrido en prácticas contrarias a la libre competencia en el marco del Expediente AEM 2004/314 relativo la denuncia presentada por WANADOO contra TERRA por la promoción del producto “ADSL HOME” de febrero de 2004.

A los anteriores Antecedentes de Hecho les son de aplicación los siguientes

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **Primero. Habilitación competencial para la adopción de medidas cautelares**

De conformidad con la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante LGTel), la habilitación competencial de esta Comisión para la tramitación del presente procedimiento se encuentra recogida en el artículo 48.3. e) que establece que corresponde a esta Comisión “adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

interconexión de las redes y la explotación de la red en condiciones de red abierta”.

Asimismo, la CMT adecuará sus actuaciones a lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (en adelante, LJPAC) de conformidad con el artículo 48.1. de la LGTel.

En relación a la competencia de esta Comisión para la adopción de medidas cautelares el artículo 48.12 de la LGTel establece que: “En el ejercicio de sus funciones, y en los términos que reglamentariamente se determinen, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, una vez iniciado el procedimiento correspondiente, podrá en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, 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”.

Por su parte, el artículo 31 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado mediante Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre (en adelante RCMT), habilita a esta Comisión para, en el ejercicio de sus funciones, adoptar de oficio o a instancia de los interesados, una vez iniciado el correspondiente procedimiento, “las medidas cautelares que estime oportunas para asegurar la eficacia (...) de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello”.

Según el mismo artículo 31 del RCMT dichas medidas cautelares podrán consistir en órdenes de cesación o de imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas a que se refiere el procedimiento o en la imposición de fianza de cualquier clase, excepto la personal, que sea bastante para responder de la indemnización de los daños y perjuicios que se pudieran causar.

Por último, el citado artículo 31 impide dictar medidas cautelares que puedan causar perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

De acuerdo con el artículo 2 del RCMT, esta Comisión, en el ejercicio de las funciones públicas que tiene encomendadas, adecuará sus actuaciones a lo previsto en la LRJPAC.

Conforme a las previsiones contenidas en el artículo 72 de la citada LRJPAC,

“1. Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolverlo podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello”.

### **Segundo. Concurrencia de los elementos que justifican la adopción de la medida cautelar**

#### ***III.1 Elementos que deben concurrir para justificar la adopción de una medida cautelar***

La presente Resolución tiene por objeto la adopción de una medida cautelar. Para poder adoptar la misma, es necesario que concurran en el presente expediente todos los elementos necesarios que justifican la adopción de una medida cautelar, y que vienen recogidos en el artículo 72 LRJPAC. Dichos elementos son los siguientes:

- La existencia de elementos de juicio suficientes para adoptar la citada medida cautelar;
- La necesidad de la medida para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer;
- La inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación para los interesados o de efectos que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

El Tribunal Constitucional ha interpretado el régimen de adopción de medidas cautelares considerando que no se produce vulneración de derechos constitucionales, incluso en el caso de que se tomen sin audiencia de las partes, siempre que:

- Exista una norma jurídica que permita su adopción;
- Se adopten las medidas cautelares por resolución en derecho; y
- Se basen en un juicio de razonabilidad en cuanto a la finalidad perseguida y circunstancias concurrentes.

En los apartados posteriores se analizará la concurrencia en la solicitud de WANADOO relativa a la adopción de medidas cautelares de los elementos aquí citados, con el fin de determinar la procedencia de su adopción.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### III.1.1 Razonabilidad y apariencia de buen derecho

Mediante Resolución de 15 de julio de 2004<sup>1</sup>, esta Comisión aprobó un mecanismo diseñado para detectar situaciones de estrechamiento de márgenes en los servicios ADSL. Así, esta Comisión aplicará la siguiente metodología:

- 1. Se calcula el importe total de la promoción, es decir, la suma de los descuentos o regalos aplicados a una nueva alta, valorados a precio mayorista. Para valorar los descuentos en las cuotas mensuales (en este caso se computan también los eventuales recargos minorando la cuantía de la promoción), se consideran las cuotas aplicadas a lo largo de todo el periodo de recuperación de costes de adquisición respecto de la cuota mensual minorista de referencia.*
- 2. Se calcula el importe de la promoción por mensualidad, que se obtiene como el cociente de su importe total entre el número de meses del periodo de recuperación de costes de adquisición.*
- 3. Se calcula el porcentaje que dicho importe mensual representa sobre la cuota mensual de referencia (la cuota mensual de referencia es el precio minorista aplicado por TESAU para la modalidad D, empleado en el cálculo retail minus).*
- 4. Se analiza si dicho porcentaje supera el porcentaje máximo de la cuota mensual destinado a promociones. Si lo supera, se considerará que dicha oferta provoca una situación de estrechamiento de márgenes, lo que será tenido en cuenta por esta Comisión a la hora de analizar si existe un comportamiento anticompetitivo.*

Asimismo, se señalaba en la citada Resolución que:

- 1. Las ofertas a considerar son las de todas las empresas del Grupo Telefónica, con las características técnicas definidas por la modalidad D incluida en la OBA vigente (256 kbit/s – 128 Kbit/s sin garantía).*
- 2. El porcentaje máximo de la cuota mensual minorista destinado a promociones es del 19,6 % para dicha modalidad D, de acuerdo con el retail minus vigente.*
- 3. El periodo de recuperación de costes de adquisición se estima en 24 meses.*

A partir de la aplicación de este mecanismo de detección de prácticas de estrechamiento de precios existe apariencia de buen derecho favorable a la

---

<sup>1</sup> Resolución por la que se desestima la consideración de las promociones del Grupo Telefónica en el cálculo de los precios de la OBA fijados mediante Retail Minus.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

adopción de las presentes medidas cautelares, basada en la existencia de elementos de juicio suficientes, tal y como se explica a continuación:

### 1. Estimación del importe total de la promoción.

La promoción incluye una cuota mensual de 27,9€ para los tres primeros meses y 29,9€. Asumiendo un ingreso mensual por cliente por el tráfico fuera de horario igual a 3€ mensuales, para un periodo de dos años el importe de los descuentos sobre la cuota mensual asciende a  $(39,07-30,90)*3+(39,07-32,90)*21=154,08€$ . De acuerdo con la Resolución sobre la modificación de la oferta de acceso al bucle de abonado de Telefónica de España, SAU. Actualizada a 31 de marzo de 2004 el regalo de la cuota de alta asciende a 41,83€. Por último el regalo del módem se ha valorado a 25€. Por tanto, el importe de la promoción asciende a  $154,08 + 41,83 + 25 = 220,91€$ .

### 2. Estimación del importe mensual de la promoción

Dado que el periodo establecido para la recuperación de los costes de captación del cliente es de dos años, el importe mensual de la promoción asciende a 9,20€.

### 3. Estimación del margen de la promoción denunciada

Se estima el margen que representa el importe mensual de la promoción con respecto a la cuota mensual de referencia, esto es:

$$\text{Margen de la promoción} = 9,20/39,07 = 23,6\%$$

### 4. Valoración del margen de la promoción

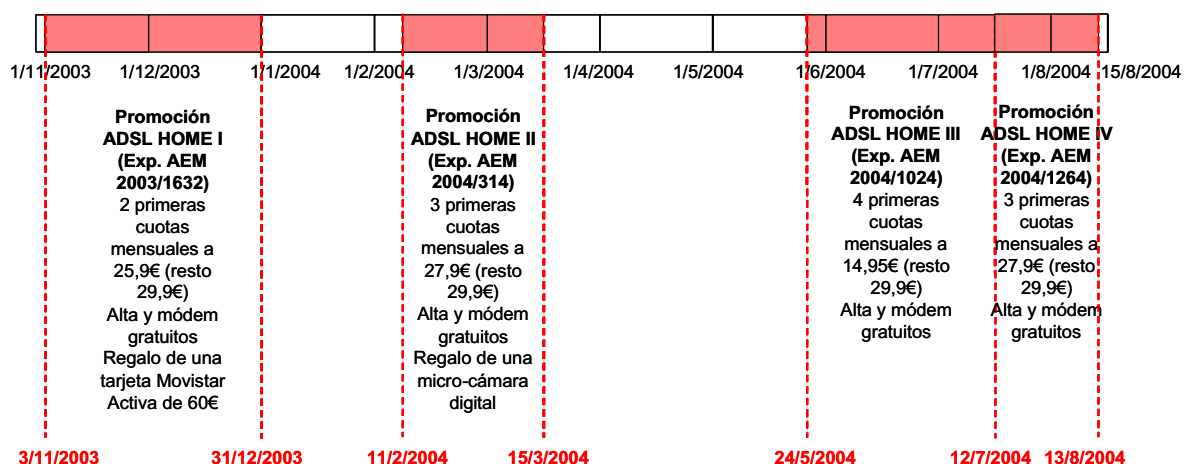
Se constata que la promoción del producto "ADSL HOME" podría constituir una práctica anticompetitiva basada en un estrechamiento de precios. Para el producto "ADSL HOME" el margen de la promoción del 23,6% supera el porcentaje máximo de la cuota mensual destinado a promociones fijado en el 19,6%. Por tanto, la promoción del producto "ADSL HOME" presenta una reducción en el margen de tal magnitud que no permitiría a un operador eficiente replicarla de manera rentable.

Adicionalmente, se ha producido una concatenación en el periodo señalado, por parte de TERRA, de promociones con un margen insuficiente para un operador eficiente. En concreto, TERRA ha lanzado de manera repetida promociones del producto "ADSL HOME" con margen insuficiente. A la vista del Gráfico III.1.1 en los últimos 9,5 meses, han estado vigentes este tipo de promociones del producto "ADSL HOME" durante aproximadamente seis meses.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**Gráfico III.1.1 Promociones con margen insuficiente lanzadas por TERRA (Periodo comprendido entre 1/11/2003 y 15/8/2004)**



### III.1.2 Necesidad y urgencia de la medida

Esta Comisión decidió adoptar medidas cautelares con respecto a la promoción del producto “ADSL HOME” que inicialmente TERRA lanzó para este verano en el marco del Expediente AEM 2004/1024. Asimismo, esta Comisión resolvió en el marco del Expediente AEM 2004/314 que TERRA había incurrido en prácticas contrarias a la libre competencia como consecuencia de la promoción lanzada en Febrero (idéntica a la promoción objeto del presente expediente, salvo que incurría además el regalo de una micro-cámara).

A la vista del lanzamiento continuado, por parte de TERRA, de promociones del producto “ADSL HOME” con margen insuficiente para un operador eficiente (con el efecto negativo que ello conlleva sobre el desarrollo de una competencia sostenible en un mercado en crecimiento) esta Comisión considera que es necesario y urgente adoptar las medidas cautelares solicitadas por WANADOO.

### III.1.3 Inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados o de efectos que impliquen violación de derechos amparados por las leyes

La adopción de esta medida cautelar no supone para TERRA un perjuicio de imposible o difícil reparación a tenor del periodo de tiempo durante el cual esta promoción está vigente (entre el 13 de julio y 13 de agosto de 2004). Como se puede observar en el Gráfico III.1.1, julio y agosto son claramente los meses donde la demanda de estos servicios se reduce significativamente y se registra el menor número de altas. Aún más, el periodo de tiempo durante el cual está promoción no estaría vigente (aproximadamente dos semanas) afectaría al mes agosto, el mes con menor número de contratación de servicios de ADSL.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### Gráfico III.1.2. Número de altas mensuales en el mercado de ADSL

Aún más, la adopción de esta medida cautelar impide a TERRA realizar nuevas promociones que incumplan el ordenamiento jurídico vigente, y así le evita las consecuencias negativas que conllevarían dicho incumplimiento. Esto es especialmente relevante ya que la promoción objeto del presente expediente se lanzó inmediatamente después de que TERRA retirara a la promoción anterior del producto “ADSL HOME” (como consecuencia de las medidas cautelares impuestas por esta Comisión).

En razón de las consideraciones de Hecho y de Derecho esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

### ACUERDA

**Primero.** Se impone a TERRA, en sede cautelar, el cese de la promoción del producto “ADSL HOME” a partir del día siguiente en que se le haya notificado la presente resolución, impidiéndose la comercialización de este producto en las condiciones establecidas en la promoción. Asimismo se impide a TERRA regalar el módem y la cuota de alta, y fijar la cuota mensual en 29,9€ con el objeto de comercializar el producto “ADSL HOME”.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, 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 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Jaime Velázquez Vioque

Carlos Bustelo García del Real