



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 27/04 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 8 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

Expediente AEM 2004/1024

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha 7 de junio de 2004 tuvo entrada en el registro de esta Comisión, escrito de D. Ludovic Pech, en nombre y representación de la entidad Wanadoo España S.L (en adelante WANADOO), por la que venía a denunciar las promociones de los servicios “ADSL Home” y “ADSL Plus” lanzadas por Terra Networks España S.A.U (en adelante TERRA), vigentes desde del 24 de mayo hasta el 15 de julio 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 cuatro primeros meses de servicio, el precio mensual se reduce un 50%, a 14.95€. 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.

El servicio “ADSL PLUS” proporciona un acceso ADSL a Internet con una velocidad máxima de recepción de datos de 256 kbps durante 24 horas, 365



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

días al año. El precio de venta de este producto en la nueva oferta es de 21.02€ al mes durante los primeros 4 meses y el resto de cuotas a 42.04€/mes.

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 no reiterar ofertas similares que incurran en pinzamientos de precios, (ii) en sede cautelar, e inaudita parte, se imponga a TERRA la obligación de suspender la oferta denunciada y (iii) se proceda a ampliar el margen de retail minus en la definición del precio del servicio GigADSL a fin de hacer posible la replicabilidad de las promociones del Grupo Telefónica y esta modificación se aplique retroactivamente a los plazos en que las promociones objeto de esta denuncia están teniendo lugar.

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 2004/1024 con fecha 7 de junio de 2004.

Cuarto. Con fecha 24 de junio de 2004 esta Comisión resolvió el Expediente 2003/1632, relativo a las denuncias presentadas por WANADOO contra TERRA por las promociones de Navidad de los productos “ADSL PLUS” y “ADSL HOME” y contra TESAÚ por la promoción de Navidad de la oferta “Kit ADSL USB”, en el que se aprobaba la metodología desarrollada para analizar la existencia de estrechamiento de precios.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Habilitación competencial

De conformidad con la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, 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 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (en adelante, LRJPAC) de conformidad con el artículo 48.1. de la citada Ley 32/2003 de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

Segundo. Habilitación competencial para la adopción de medidas cautelares

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

Tercero. 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 concurren en el presente expediente todos los elementos necesarios que justifican la adopción de una



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

III.1.1 Razonabilidad y apariencia de buen derecho

Tal y como se ha señalado en el Antecedente de Hecho Cuarto esta Comisión resolvió el Expediente AEM 2003/1632 relativo a las denuncias planteadas por WANADOO con respecto a las promociones lanzadas por el Grupo Telefónica en el periodo de Navidad del año 2003. En el marco del citado expediente se aprobaba la metodología desarrollada para valorar la existencia de estrechamiento de precios. Por tanto, a partir de la aplicación de dicha metodología existe apariencia de buen derecho favorable a la adopción de las presentes medidas cautelares, basada en la existencia de elementos de juicio suficientes:

Se constata que La promoción del producto “ADSL HOME” constituye un estrechamiento de precios. Para el producto “ADSL HOME” el margen de la promoción es positivo para un periodo de amortización de 6 años para el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cliente medio representativo de TERRA¹. Los ingresos recurrentes mensuales permiten cubrir la totalidad de los costes recurrentes mensuales y los costes de captación de cliente si el periodo mínimo de permanencia es como mínimo de 6 años (ver Tabla III.1.1).

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. Esta Comisión considera que seis años es un periodo excesivo para la recuperación de los costes en que debe incurrir un operador eficiente en el mercado de referencia.

Tabla III.1.1 Margen de un operador alternativo con respecto a la promoción del “ADSL HOME” (CONFIDENCIAL)

	Tiempo de permanencia						
	1 año	2 años	3 años	4 años	5 años	6 años	7 años
Ingresos Oferta Referencia							
Ingresos Promoción							
Reducción Ingresos							
Reducción margen							
Margen promoción							

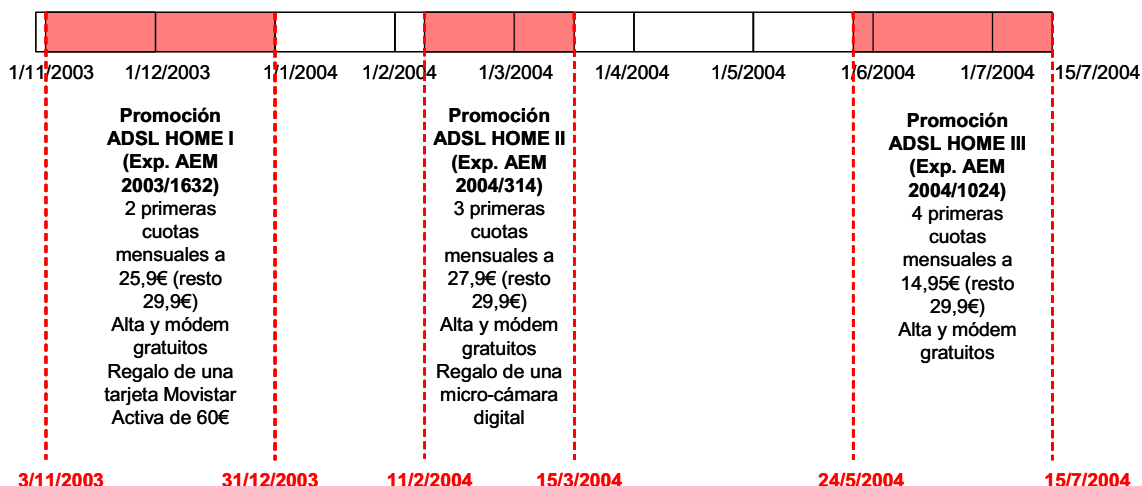
Se ha producido una concatenación en el periodo señalado, por parte de TERRA, de promociones con un margen insuficiente para un operador eficiente. En concreto, TERRA ha lanzado de manera repetida promociones del producto “ADSL HOME” con margen insuficiente. A la vista del Gráfico III.1.1 en los últimos 8,5 meses, han estado vigentes este tipo de promociones del producto “ADSL HOME” durante aproximadamente cinco meses.

Gráfico III.1.1 Promociones con margen insuficiente lanzadas por TERRA (Periodo comprendido entre 1/11/2003 y 15/7/2004)

¹ Se ha tenido en cuenta que la cuota de alta correspondiente a la oferta de referencia asciende a 41,83€, 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES



III.1.2 Necesidad y urgencia de la medida

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, máxime habida cuenta que el periodo de vigencia de la promoción finaliza el 15 de julio de 2004. Además, de este modo se evita el posible lanzamiento inminente de promociones similares por parte de TERRA, y el consiguiente perjuicio sobre la competencia.

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 tan corto durante el cual esta promoción no será aplicable. 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.

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

ACUERDA

Primero. Con respecto a la promoción del producto “ADSL HOME” llevada a cabo por TERRA para el periodo comprendido entre el 24 de mayo y el 15 de julio de 2004, se ha identificado la existencia de un estrechamiento de precios.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segundo. 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.

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.

Vº Bº

EL SECRETARIO

EL PRESIDENTE

Carlos Bustelo García del Real

Jaime Velázquez Vioque