



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. ALFONSO RAMOS DE MOLINS SÁINZ DE BARANDA, 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 nº 39/04 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 28 de octubre de 2004, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR TERRA NETWORKS ESPAÑA, S.A.U. CONTRA EL ACUERDO DEL CONSEJO DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DE 8 DE JULIO DE 2004 SOBRE LA CONVENIENCIA DE ADOPTAR LAS MEDIDAS CAUTELARES SOLICITADAS POR WANADOO ESPAÑA, S.L. RESPECTO A LA PROMOCIÓN DE VERANO DEL PRODUCTO “ADSL HOME” LANZADA POR TERRA.

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por Terra Networks España, S.A.U. contra el Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 8 de julio de 2004, sobre la conveniencia de adoptar las medidas cautelares solicitadas por Wanadoo España, S.L. respecto a la promoción de verano del producto “ADSL Home” lanzada por Terra, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 39/04 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 28 de octubre de 2004, recaída en el expediente AJ 2004/1285

HECHOS



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

PRIMERO.- Mediante el Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 8 de julio de 2004, se adoptan las medidas cautelares solicitadas por Wanadoo España S.L. (en adelante Wanadoo) respecto a la promoción de verano del producto “ADSL Home” lanzada por Terra Networks España, S.A.U. (en adelante Terra).

En el resuelve del mencionado Acuerdo se decide lo siguiente:

*“**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.*

***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.”*

SEGUNDO.- Contra la Resolución de 8 de julio de 2004 anteriormente citada, el día 15 de julio de 2004 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión recurso potestativo de reposición presentado por Terra. Los motivos recogidos en el recurso interpuesto se refieren básicamente a las siguientes cuestiones:

- Incumplimiento de la concurrencia de los elementos necesarios para la imposición de medidas cautelares. Infracción del artículo 72 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).
- Improcedencia de la adopción de la medida cautelar “inaudita parte”.
- Inexistencia de apariencia de buen derecho, ausencia de antecedentes y pronunciamientos previos de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.
- Infracción de los derechos de los consumidores y usuarios, mediante la aplicación injustificada de la medida cautelar.

TERCERO.- Mediante escritos del Secretario de esta Comisión de 3 de septiembre de 2004 fue comunicado el inicio del procedimiento a la entidad recurrente y a Wanadoo. Asimismo, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 112.2 de la LRJPAC, se dio traslado del recurso de reposición interpuesto a Wanadoo para que en el plazo de diez días alegase cuanto estimase procedente.

CUARTO.- Con fecha 15 de septiembre de 2004 se recibió en el Registro de esta Comisión, dentro del plazo otorgado al efecto, escrito de alegaciones de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Wanadoo instando la desestimación del recurso de reposición interpuesto por Terra.

En dicho escrito, en el que se sostiene que la Resolución recurrida es conforme a Derecho, básicamente se expone lo siguiente:

- Que esta Comisión está legitimada para adoptar medidas cautelares “inaudita parte”. A su juicio, no resulta relevante la supuesta ausencia de averiguación o comprobación que Terra imputa al regulador, ya que la adopción de una medida cautelar no exige averiguaciones previas sino simplemente la apariencia de buen derecho que, en este caso, *concorre y está plenamente justificada*.
- Que para la apreciación de la concurrencia del *fumus boni iuris* resulta esencial la aplicación por parte de la Comisión de la metodología de cálculo de estrechamiento de márgenes hecha pública mediante Resolución de 15 de julio de 2004. El hecho de que Terra no pudiese realizar un análisis de la promoción en base a una metodología que no conocía es irrelevante y en ningún caso supone indefensión pues, *interponiendo el recurso ya está beneficiándose de la posibilidad de alegar lo que a su derecho asista en el seno del procedimiento en curso*.
- Que la medida cautelar es necesaria y urgente para asegurar la efectividad de la Resolución final, cuyo objeto es ordenar el cese de una promoción anticompetitiva. Por ello, dicha medida cautelar debe adoptarse antes de que finalice la promoción ilícita, sin que sea necesario, como pretende Terra, que se acrediten beneficios para el mercado derivados de la suspensión de dicha promoción. En cualquier caso, resulta evidente que el cese de una práctica anticompetitiva, como el estrechamiento de márgenes, es considerado tanto por el legislador nacional como por el comunitario como beneficioso para el mercado.
- Que la concatenación de ofertas en el mercado, frente a lo sostenido por la recurrente, no sólo queda acreditada en la Resolución recurrida, sino también por el comportamiento posterior de Terra al ofrecer a los pocos días otra promoción parecida, objeto de un nuevo Acuerdo del Consejo de 28 de julio de 2004, en el que además de prohibirse dicha promoción se impide *la comercialización de la oferta Terra ADSL HOME en las condiciones que hasta entonces venía haciéndose*.
- Que no se vulnera derecho alguno de los consumidores sino que, *muy por el contrario, lo que sí tutela esta Resolución es la misma competencia en el mercado*.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 su escrito como recurso de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que las Resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, que prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado, calificar al escrito presentado como un recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución de esta Comisión de 8 de julio de 2004.

Segundo.- Competencia para resolver.

De conformidad con lo previsto 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.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. La entidad recurrente ostenta la condición de interesada por cuanto que ya lo es en el procedimiento que se está tramitando para la resolución objeto de impugnación. En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a la recurrente para la interposición del presente recurso potestativo de reposición.

Cuarto.- Admisión a trámite.

De conformidad con el artículo 107.1 de la LRJPAC, los recursos de reposición que interpongan los interesados habrán de fundarse en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de esta Ley.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con carácter general, el recurso ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC, y dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la misma Ley.

El recurso interpuesto cumple, además, los requisitos objetivos que se desprenden de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 107 de la LRJPAC, en la medida en que su objeto es una resolución administrativa.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, procede admitir a trámite el recurso potestativo de reposición interpuesto por Terra.

B. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

Primero.- Sobre el incumplimiento de la concurrencia de los presupuestos necesarios para la imposición de medidas cautelares.

La recurrente manifiesta que no han concurrido en la adopción de la medida recurrida los presupuestos necesarios que la justifican, con grave infracción de lo previsto en el artículo 72 de la LRJPAC.

Para dar una respuesta adecuada a este primer motivo de impugnación, es preciso efectuar las consideraciones que se exponen a continuación sobre cada uno de los presupuestos exigidos legalmente, según se recogen en el recurso interpuesto:

a) Respecto de la existencia de elementos de juicio suficiente.

Para Terra resulta evidente que la medida se ha adoptado sin que existan razones ni evidencias suficientes que la justifiquen, puesto que no se ha producido ningún tipo de actuación instructora o de comprobación por parte de esta Comisión encaminada a determinar los hechos, sino que se ha basado, exclusivamente, en la denuncia de Wanadoo sin ofrecer a Terra la posibilidad de pronunciarse al respecto.

En contra de lo que considera la recurrente debe tenerse presente que sí hay evidencia suficiente y que se ha realizado la labor instructora e investigadora pertinente. De hecho, hasta que esta Comisión no resolvió el procedimiento relativo a las denuncias planteadas por Wanadoo con respecto a las promociones lanzadas por Terra en el periodo de Navidad del año 2003, mediante la Resolución de 24 de junio de 2004 (Expediente AEM 2003/1632), no se adoptó medida cautelar alguna. Esta manera de proceder se justifica porque en el marco del citado expediente se aprobaba la metodología y el análisis de costes necesario para valorar la existencia de estrechamiento de precios.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Es más, con anterioridad a la adopción de la medida cautelar Terra tuvo constancia de la actividad realizada por esta Comisión, pues en el período transcurrido durante la tramitación del expediente que dio lugar a la medida provisional impugnada, se le remitieron diferentes escritos referidos a los distintos procedimientos a que había dado origen el lanzamiento de sus promociones de “ADSL Home”:

- Con fecha 14 de junio de 2004 se le comunica que el día 7 de junio se ha procedido a la apertura del Expediente AEM 2004/1024 correspondiente a la promoción de este producto en el periodo comprendido entre el 24 de mayo y el 15 de julio de 2004, objeto de la medida recurrida.
- El día 21 de junio de 2004 recibe el Informe de Audiencia relativo al procedimiento abierto en relación con la promoción lanzada durante el período comprendido entre el 11 de febrero y el 15 de marzo de 2004 (Expediente AEM 2004/314), en el que se comunica la existencia de un margen insuficiente en la oferta de “ADSL Home” sobre la base de la metodología y análisis de costes desarrollados por los servicios de esta Comisión. Además se constata que se ha producido una concatenación de promociones con margen insuficiente.
- El día 5 de julio se le notifica el Acuerdo del Consejo de 24 de junio de 2004, que resuelve sobre la promoción de este producto en Navidad de 2003 (Expediente AEM 2003/1632), en base a la citada metodología y análisis de costes. Se constata que la promoción del ADSL presenta un margen insuficiente pero no se determina que constituye una práctica anticompetitiva basada en un estrechamiento de márgenes.

En consecuencia, la recurrente era plenamente consciente de la actividad desarrollada por esta Comisión, que hasta que no dispuso de una metodología fiable, que permitiera analizar la existencia de una práctica de estrechamiento de precios, no procedió a adoptar medida cautelar alguna. Sólo, una vez aprobada la Resolución de 24 de junio de 2004 antes referida y, sobre la base de la metodología y el análisis de costes en ella prevista, se tomó la decisión de adoptar las medidas cautelares solicitadas por Wanadoo.

Conviene en este punto referirse, asimismo, a la Resolución de 15 de julio de 2004¹, en virtud de la cual se aprueba un mecanismo², diseñado para detectar

¹ 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).

² Este mecanismo se aplicará de forma independiente a cada oferta realizada por empresas del Grupo Telefónica (caso de Terra) en la modalidad de conexión GigADSL denominada D en la OBA.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

situaciones de estrechamiento de márgenes en los servicios de ADSL, sobre la base del mismo análisis de costes empleado en la citada Resolución de 24 de junio de 2004.

De acuerdo con el mecanismo previsto en dicha Resolución de 15 de julio de 2004, para valorar si se ha producido una práctica de estrechamiento de márgenes, los pasos que deben seguirse son los siguientes:

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, en la citada Resolución de 15 de julio de 2004, se precisa que de acuerdo con lo señalado en apartados anteriores:

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.*
4. *En caso de modificarse la OBA de manera que afecte al retail minus vigente, habrá que actualizar los apartados anteriores de acuerdo con los cambios que se aprueben en dicha revisión de la OBA.*

Si aplicamos esta metodología sobre la promoción de verano del producto “ADSL Home” objeto de las medidas cautelares recurridas resulta que:

1. Estimación del importe total de la promoción.

La promoción del producto “ADSL Home” incluye una cuota mensual de 14,95 € para los cuatro primeros meses y de 29,90 € para los restantes. Para un



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

periodo de dos años el importe de los descuentos sobre la cuota mensual asciende a $(39,07-17,95)*4+(39,07-32,90)*20=207,88$ €. De acuerdo con la Resolución sobre la modificación de la oferta de acceso al bucle de abonado de Telefónica de España, S.A.U. actualizada a 31 de marzo de 2004, el regalo de la cuota mensual asciende a 41,83 €. Por último, el regalo del módem se ha valorado en 25 €.

Por tanto, el importe de las promoción del producto “ADSL Home” asciende a $207,88 + 41,83 + 25 = 274,71$ €.

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 del producto “ADSL Home” asciende a 11,45 €.

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:

Margen de la promoción de “ADSL Home”= $11,45/39,07 = 29,3\%$

4. Valoración del margen de la promoción

Para el producto “ADSL Home” el margen de la promoción del 29,3% 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. Además, debe tenerse en cuenta que el Grupo Telefónica (por medio de su filial Terra) ha lanzado de manera repetida promociones del producto “ADSL Home” con margen insuficiente, concretamente, en el momento en que se adoptó la resolución recurrida, se había constatado que en los últimos ocho meses y medio habían estado vigentes este tipo de promociones del producto “ADSL Home” durante aproximadamente cinco meses.

En definitiva, sea aplicando la metodología establecida en la Resolución de 24 de junio de 2004, como se hace en la resolución recurrida, o el mecanismo diseñado a partir de dicha metodología en la Resolución de 15 de julio de 2004, que permite apreciar, de forma independiente en cada oferta, si se ha producido una práctica de estrechamiento de márgenes, no cabe dudar de la existencia de elementos de juicio suficientes necesarios para adoptar la citada medida cautelar, ya que como se ha demostrado, en ambos casos, el margen de la promoción resultante es insuficiente para un operador eficiente y se ha producido una concatenación de promociones con margen insuficiente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sin embargo, en un motivo distinto de su recurso, la recurrente insiste en la inexistencia de elementos de juicio suficiente o “apariencia de buen derecho”, pues, en su opinión, no existen precedentes, *ni en lo que se refiere a la metodología para valorar la existencia de price squeeze, ni respecto a la concatenación de promociones con margen insuficiente*, que justifiquen dicha apariencia.

A estos efectos, debe señalarse, ante todo, que para la apreciación del principio de la “apariencia de buen derecho” (*fumus boni iuris*), no es necesario que exista un pronunciamiento precedente acerca de la misma o parecida cuestión, aunque cobre especial relieve en estos casos, sino que basta con que existan indicios que permitan, razonablemente, apreciar la pretensión de anticipar la eficacia de la decisión definitiva, de modo que ésta llegue a ser verdaderamente eficaz. Como se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1996 (Ar.8915):

“(…) La aplicación de los principios de proteger la apariencia de buen derecho y de evitar que la necesidad del proceso para obtener razón se vuelva en contra de quien tiene la razón requiere, como presupuesto indispensable, que (...) aparezca justificado “prima facie” de tal manera que sin prejuzgar la decisión final, pueda razonablemente entenderse que habrá de ser estimado.”

Hecha esta precisión, ha de recordarse, una vez más, que la medida cautelar recurrida no se adoptó hasta que no se dispuso de una metodología fiable que permitiese identificar adecuadamente la posible existencia del pinzamiento de precios denunciado por Wanadoo. Así se reconoce expresamente en el Fundamento de Derecho Tercero de la resolución recurrida, en el que se señala:

“(…) 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 cliente medio representativo de TERRA. 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.

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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

(...)

Se ha producido una concatenación en el periodo señalado, por parte de TERRA, de promociones con un margen insuficiente para un operador eficiente.”

Así pues, en la resolución impugnada se aprecia claramente que existen indicios o elementos de juicio suficientes que justifican su adopción.

b) Respecto a la necesidad y urgencia de la medida.

En relación con la falta de concurrencia de este presupuesto, las alegaciones de la recurrente no desvirtúan las apreciaciones de esta Comisión ya reflejadas en la Resolución recurrida. En efecto, aunque Terra sostenga que el mantenimiento de la promoción no compromete la eficacia de la resolución final, máxime si se tiene en cuenta que la medida se ha adoptado transcurrida la mayor parte del tiempo de vigencia de la misma, a juicio de esta Comisión la medida, con independencia del número de días sobre los cuales sea efectiva, resulta necesaria para paliar los efectos negativos que este tipo de promociones ejercen sobre la competencia, sobre todo si tenemos en cuenta que se trata de un mercado con precios finales liberalizados pero cuya infraestructura de acceso, necesaria para la prestación de servicios de banda ancha, está controlada por parte del Grupo Telefónica a través de sus filiales (caso de Terra)³, pudiendo existir en la práctica incentivos para desarrollar estrategias de estrechamiento de precios con el objetivo de debilitar la competencia ⁴.

La medida era también urgente, pese a la brevedad del periodo de tiempo al que iba a afectar, dada la insistencia de Terra en el lanzamiento de promociones con márgenes insuficientes⁵ en un mercado de las características anteriormente señaladas, tanto por sus efectos inmediatos como en previsión de que se pudiera continuar lanzando promociones similares.

³ De hecho este control por parte del Grupo Telefónica, y en concreto de TESAÚ, de una infraestructura difícilmente replicable que, a su vez, constituye un elemento esencial en la provisión de los servicios minoristas hace que deba considerarse a este grupo empresarial como un operador dominante no solo en la provisión de los servicios mayoristas, sino también en el de los minoristas, dada la conexión entre ambos mercados y su posición en el primero.

⁴ En un contexto dinámico una empresa verticalmente integrada como el Grupo Telefónica puede tener incentivos para llevar a cabo esta práctica anticompetitiva con el objetivo de impedir que sus competidores, presentes en el mercado descendente, alcancen un número de clientes suficientemente elevado y decidan desplegar red avanzando en la cadena de valor.

⁵ En efecto, como ya se puso de manifiesto en el Fundamento de Derecho Tercero de la resolución recurrida, el Grupo Telefónica (por medio de su filial Terra) ha lanzado de manera repetida promociones del producto “ADSL HOME” con margen insuficiente, concretamente, *en los últimos ocho meses y medio, han estado vigentes este tipo de promociones del producto “ADSL HOME” durante aproximadamente cinco meses.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El riesgo que desde el punto vista de la competencia supondría la no adopción de la medida cautelar, sería el grave debilitamiento de la posición competitiva de los operadores alternativos en el mercado. En efecto, dada la dificultad de recuperar los clientes, que previsiblemente se pierden con este tipo de promociones, resultaría muy difícil restablecer las condiciones de competencia efectiva existentes con anterioridad a tales ofertas.

En este sentido, la actuación posterior de Terra no ha hecho sino confirmar que los temores de esta Comisión estaban fundados ya que tomó la decisión de sustituir la promoción objeto de la medida cautelar recurrida por otra promoción, sobre la cual esta Comisión ha resuelto nuevamente adoptar medidas cautelares en el marco del Expediente AEM 2004/1264⁶.

c) Respecto a los supuestos graves perjuicios derivados de la medida recurrida

Sostiene la recurrente que además del grave deterioro de la imagen de Terra se conculcan una serie de derechos de consumidores y usuarios que pueden generar reclamaciones en el futuro. Sin embargo, ni se acredita la existencia de tales perjuicios ni se concretan, en ningún momento, los derechos vulnerados o efectivas lesiones a los derechos de los particulares, limitándose a consignar una mera exposición de preceptos que con carácter genérico garantizan los derechos de los consumidores y usuarios.

Por el contrario, para esta Comisión, los graves perjuicios se irrogarían en el supuesto de no haberse adoptado la medida cautelar y no sólo a los operadores alternativos, sino también al interés general derivado de la existencia de un adecuado nivel de competencia en el acceso a la prestación de servicios minoristas de banda ancha.

En conclusión, y por las consideraciones que se acaban de exponer, no procede admitir los argumentos esgrimidos por la recurrente respecto al incumplimiento de los requisitos exigibles para la adopción de la medida cautelar, pues, como se ha visto, han concurrido todos los presupuestos legales que la justifican.

Segundo.- Sobre la improcedencia de la adopción de la medida cautelar *inaudita parte*.

Como segundo motivo de impugnación Terra sostiene que no encuentra justificación que, de forma expresa y motivada, avale la adopción de esta medida *inaudita parte*. En concreto afirma que: *i) la ausencia de actividad*

⁶ Resolución de 28 de julio de 2004, sobre la conveniencia de adoptar las medidas cautelares solicitadas por Wanadoo España S.L. con respecto a al promoción de verano del producto “ADSL Home” lanzada por Terra de 13 de julio a 13 de agosto de 2004.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

averiguatoria por parte de la CMT; ii) la inexistencia de requerimiento de información a TERRA; iii) el tiempo invertido en la adopción de la medida cautelar y iv) el tiempo de efectividad de la suspensión en que consiste dicha medida hacen evidente, de una manera tajante, la inexistencia de una urgencia extrema que justificara la aplicación al presente caso de una medida de carácter tan excepcional.

Al respecto es preciso indicar, en primer lugar, que la resolución recurrida justificó debidamente la necesidad y urgencia de la medida, atendiendo al aseguramiento de la eficacia de la resolución final y, por consiguiente, velando para que la prestación de los servicios minoristas de banda ancha pudiera realizarse en condiciones de verdadera competencia, seriamente comprometida por el lanzamiento continuado, por parte de TERRA, de promociones del producto “ADSL HOME” con margen insuficiente para un operador eficiente, como se constata en la medida recurrida.

En segundo lugar, en lo que se refiere a la adopción de medidas cautelares *inaudita parte* y, partiendo de esa urgencia inaplazable, resulta obvio, y así lo ha manifestado esta Comisión en otras ocasiones, que la configuración legal de este tipo de medidas, tal y como aparecen reguladas en el artículo 72 de la LRJPAC, en modo alguno exige un trámite de audiencia específico para su adopción. Es más, como se manifiesta, entre otras, en la Resolución del Consejo de 19 de diciembre de 2002⁷:

“(...) La adopción de la medida cautelar inaudita parte no implica indefensión alguna (...), por cuanto la medida cautelar supone una verdadera llamada al interesado para que en el expediente pueda manifestar lo que a su derecho convenga mediante las oportunas alegaciones y, en cualquier caso, nada obsta a la posibilidad de interponer el correspondiente recurso.”

Por último, respecto del resto de afirmaciones vertidas por Terra en este motivo, nos remitimos íntegramente a las consideraciones efectuadas al efecto en el Fundamento de Derecho Primero de la presente resolución.

Cabe concluir, pues, que la medida cautelar *inaudita parte* estaba suficientemente justificada en la resolución impugnada, razón por la cual procede también desestimar esta alegación.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

⁷ Resolución por la que se resuelve el recurso potestativo de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la resolución de fecha 18 de julio de 2002 relativa a la adopción de medidas cautelares sobre la modificación de las especificaciones para la conservación del número de abonado en caso de cambio de operador para solicitudes provenientes de desagregación del bucle.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

RESUELVE

Único.- Desestimar íntegramente el recurso potestativo de reposición interpuesto por Terra Networks España, S.A.U. impugnando la Resolución de esta Comisión de fecha 8 de julio de 2004 sobre la conveniencia de adoptar las medidas cautelares solicitadas por Wanadoo España, S.L. respecto a la promoción de verano del producto “ADSL Home” lanzada por Terra.

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 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 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

Alfonso Ramos de Molins Sáinz de Baranda

Carlos Bustelo García del Real