



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DÑA. ALEJANDRA DE ITURRIAGA GANDINI, por vacante del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (art. 7.2 de la O.M. de 9 de abril de 1997, B.O.E. de 11 de abril de 1997), 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 21/05 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día de de 2005, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el que se aprueba la:

**RESOLUCIÓN SOBRE LA CONVENIENCIA DE ADOPTAR MEDIDAS CAUTELARES CON RESPECTO A LA PROMOCIÓN DE VERANO DEL SERVICIO LÍNEA IMAGENIO, BAJO LA OPCIÓN DE ACCESO A INTERNET DE FACTURACIÓN POR VOLUMEN, PROPUESTA POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.**

Expediente AEM 2005/845

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.** Con fecha 19 de mayo de 2005 tuvo entrada en el registro de esta Comisión, escrito de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante TESAU) en el que comunica su intención de comercializar una nueva promoción correspondiente al servicio "Línea Imagenio".

TESAU expone en su escrito que "tiene la intención de realizar una promoción consistente en una cuota de alta con instalación al precio de 14,14 euros y de la exención de las cuotas de abono correspondientes hasta el 31 de agosto de 2005, para contrataciones del Servicio Imagenio (bajo la opción de acceso a Internet de facturación por volumen) realizadas entre los días 14 de junio y 27 de agosto de 2005". Asimismo, la promoción incluye:

- Módem Router gratis y tarjetas inalámbricas (PCMCIA o USB) a 30 euros/unidad.
- Descuento del 100% del importe de las llamadas metropolitanas con una duración máxima de 120 minutos (incluido el establecimiento de la comunicación), excepto llamadas a números 908 y de Red Inteligente,



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

realizadas de lunes a domingo, las 24 horas del día, hasta el 31 de diciembre de 2005, únicamente para los nuevos clientes que no dispusieran de acceso a Internet a través de ADSL.

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 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 citada Ley 32/2003 de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

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

El artículo 48.12 de la Ley 32/2003 de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones señala 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”*.

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*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*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**

#### ***1.1 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 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.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 de los elementos aquí citados, con el fin de determinar la procedencia de su adopción.

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

La propuesta que plantea TESAU implica el regalo de algunos conceptos y la subvención de otros. A continuación se explica el coste de la promoción asociado al usuario que se adscriba el primer día de la promoción:

- Descuento en la cuota de alta, que en vez de 38,10€ pasa a ser 14,14€. 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 su coste asciende a 41,83€. Por tanto, el coste del descuento asciende a **27,69€**.
- Regalo de las cuotas de abono hasta el 31 de agosto de 2005 para las contrataciones realizadas entre el 14 de junio y el 27 de agosto. Esto supone el regalo del abono de un máximo de 2,53 meses, que a razón de 29,90 € por el servicio ADSL supone un total de **75,65€**.
- El regalo del módem router, y la comercialización de las tarjetas inalámbricas (PCMCIA o USB) a 30 euros/unidad, se ha valorado a **55,76€**.
- El descuento del 100% de (prácticamente) la totalidad de las llamadas metropolitanas que realice el cliente de esta promoción hasta el 31 de diciembre de 2005. Para calcular el coste de este obsequio, se supone que un operador alternativo contrata con TESAU un acceso y terminación local y acude al servicio mayorista de interconexión por capacidad. Asumiendo una ocupación media de los circuitos del 50% (a tenor de los datos aportados por los operadores en el marco del expediente de la OIR



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2002, ésta es la ocupación media de los circuitos en abril de 2003<sup>1</sup>) el coste por minuto del tráfico metropolitano asciende a 0,0065 €. Asimismo, sobre la base de los Informes Trimestrales de 2004<sup>2</sup>, se estima el volumen de tráfico metropolitano por línea en servicio residencial. Dado que:

- El volumen de minutos de tráfico metropolitano de voz en el periodo comprendido entre enero y septiembre asciende a [CONFIDENCIAL] millones de minutos.
- El número medio de líneas en servicio en el segmento residencial de telefonía fija en el periodo comprendido entre enero y septiembre asciende a [CONFIDENCIAL]<sup>3</sup>.

Se concluye que el volumen de tráfico metropolitano de voz por línea en servicio residencial en los tres primeros trimestres del año 2004 asciende a 1.106,44 minutos (122,94 minutos al mes). Por tanto, el coste mayorista del descuento del 100% del importe de las llamadas metropolitanas hasta el 31 de diciembre de 2005 es igual a  $6,53^4 \times 122,94 \times 0,0065 = 5,22\text{€}$ .

Una vez estimado el coste de cada uno de los regalos, se obtiene que el importe de la promoción es el siguiente:

$$\text{Importe Promoción} = 27,69 + 75,65 + 55,76 + 5,22 = 164,32\text{€}$$

Teniendo presente que:

- El Informe preceptivo para la aprobación del servicio “Línea Imagenio” trata de preservar que los servicios de ADSL se presten de forma no discriminatoria mediante Imagenio o la red tradicional, esto es, sean emulables por un operador alternativo con independencia de que el servicio ADSL se comercialice conjuntamente con el servicio “Línea Imagenio”.

---

<sup>1</sup> Ver Expediente OM 2003/957, pág. 104.

<sup>2</sup> Informe Confidencial. Uso interno.

<sup>3</sup> El número de líneas en servicio residenciales (expresadas en miles) en enero, marzo, junio y septiembre es igual a 12.472, [CONFIDENCIAL], [CONFIDENCIAL] y [CONFIDENCIAL], respectivamente.

<sup>4</sup> Se ha estimado el coste mayorista del descuento del 100% del importe de las llamadas metropolitanas bajo el supuesto de que el cliente contrata el servicio el primer día de la promoción, el 14 de junio. Por tanto, el número de meses durante los cuales las llamadas metropolitanas son gratuitas asciende a 6,53.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- En la Resolución del Expediente MTZ 2005/589<sup>5</sup>, se establece que la cantidad máxima que se puede destinar a promociones es independiente de la comercialización del servicio Imagenio (la cantidad máxima permitida para el paquete 1 -ADSL 24 horas y Plan de precios 3- y el paquete 7 -ADSL 24 horas y Plan de precios 3 e Imagenio- es la misma, y lo mismo aplica a los Paquetes 2 y 8).

La cantidad máxima a destinar para la promoción propuesta por TESAU es 98,81€, que es la cantidad máxima establecida por esta Comisión para promociones del servicio ADSL por volumen<sup>6</sup>. En la Resolución del Expediente MTZ 2005/589 se actualiza el porcentaje de líneas disponibles para acceso desagregado de manera que la cantidad máxima resultante para promociones queda en 110,09€<sup>7</sup>. Por tanto, se comprueba que la promoción propuesta por TESAU excede la cantidad máxima permitida para ese fin y por tanto no es emulable por terceros.

### **I.1.2 Urgencia y necesidad de la medida para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer.**

La ORDEN PRE/3028/2003, de 30 de octubre, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la CDGAE, de 25 de septiembre de 2003, de liberalización de los precios minoristas de los servicios ADSL prestados por TESAU pone fin, en lo concerniente a los servicios ADSL minorista de TESAU, al régimen de precios autorizados administrativamente. Sin embargo se mantiene, eso sí, la obligación de comunicación previa de las modificaciones de los precios minoristas de estos servicios, con arreglo al apartado Segundo del citado Acuerdo de 25 de septiembre de 2003.

Es por ello que esta Comisión debe adoptar medidas cautelares si del análisis realizado se desprendiera que TESAU supera, en la comercialización de sus productos de ADSL en el mercado final, el límite máximo establecido para promociones. De lo contrario, la obligación de comunicación previa impuesta a TESAU carecería de contenido y relevancia en la práctica. Por tanto, la necesidad y urgencia de la medida se justifica sobre la base de la ORDEN PRE/3028/2003.

---

<sup>5</sup> Resolución de 6 de mayo de 2005 por la que se pone fin al período de información previa a la apertura de un procedimiento de modificación de la OBA como consecuencia del lanzamiento por TESAU de ofertas empaquetadas que incluyen el servicio de acceso a Internet a través de ADSL.

<sup>6</sup> Resolución del 14 de marzo de 2005 por la que se aprueba el lanzamiento por TESAU del servicio minorista "ADSL 12/04" de facturación por volumen (Expediente MTZ 2005/101). Ver Tabla en Pág. 19 de dicha Resolución.

<sup>7</sup> [CONFIDENCIAL]



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### **I.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 TESAU un perjuicio de imposible o difícil reparación ni siquiera por el hecho de que la medida cautelar se adopte inaudita parte, a tenor del periodo promocional limitado (desde el 14 de junio al 27 de agosto) y de la capacidad de TESAU para comercializar las restantes promociones propuestas del servicio “Línea Imagenio”, bajo otras opciones del servicio de acceso ADSL. Concretamente:

- Promoción en el servicio “Línea Imagenio”, consistente en una cuota de alta con instalación al precio de 14,14 euros y las cuotas de abono correspondientes hasta el 31 de agosto de 2005, para contrataciones del servicio Imagenio bajo la opción de facturación de Tarifa Plana 24 horas, realizadas entre los días 7 de junio y 27 de agosto de 2005, ambos inclusive.
- Promoción en el servicio “Línea Imagenio”, consistente en una cuota de alta con instalación al precio de 14,14 euros para contrataciones del servicio Imagenio, bajo la opción de acceso a Internet de facturación por tiempo (opción fines de semana, noches y el combinado de ambas), así como la exención de las cuotas de TV hasta el 31 de agosto, realizadas entre los días 6 de junio y 27 de agosto de 2005, ambos inclusive.
- Promoción en el servicio Imagenio, consistente en una cuota de alta con instalación al precio de 14,14 euros y, con cuotas de abono reducidas por importe de 24,90 euros durante tres meses y el componente de TV gratis hasta el 31 de agosto de 2005, para contrataciones del Servicio Imagenio, bajo la opción de acceso a Internet de facturación por tiempo en horario reducido, realizadas entre los días 6 de junio y 27 de agosto, ambos inclusive.

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

### **ACUERDA**

**Primero.** Se impone a TESAU, en sede cautelar, la prohibición de comercializar el servicio Línea Imagenio bajo la opción de acceso a Internet de facturación por volumen, en las condiciones establecidas en la promoción de verano, a partir del día siguiente en que se le haya notificado la presente resolución.





## 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.

LA DIRECTORA DE ASESORÍA JURÍDICA

Vº Bº EL PRESIDENTE

Alejandra de Iturriaga Gandini

P.V. art. 7.2 O.M. de 9 de abril de 1997  
(B.O.E. de 11 de abril de 1997)

Reinaldo Rodríguez Illera